

**LAUDO ARBITRAL DE  
COSA COLOMBIA S.A.S. -COSACOL S.A.S.- Y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO  
COMPAÑÍA ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA –CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA-,  
QUIENES INTEGRAN EL CONSORCIO COSACOL-CONFURCA VS. TRANSPORTADORA DE  
GAS DEL ORIENTE S.A. E.S.P. -TRANSORIENTE S.A. E.S.P.-**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil catorce (2014).

## 1. PARTES

### 1.1. PARTE CONVOCANTE

Se trata del CONSORCIO COSACOL CONFURCA, constituido mediante Acuerdo Consocial suscrito el 27 de mayo de 2009<sup>1</sup> integrado por las siguientes compañías:

- 1.1.1. COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. -, sociedad mercantil, constituida mediante las leyes de la República de Colombia, identificada con el Nit No. 800252912-5, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C, representada legalmente por MARIELLA AYALA MEJÍA, mayor, domiciliada y residente en Bogotá, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 31'243.014, o quien haga sus veces en su calidad de Gerente de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal respectivo<sup>2</sup>, compañía que en adelante se denominará individualmente como "COSACOL"; y
- 1.1.2. CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA -, sucursal de la Sociedad CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO con domicilio en Ojeda (Venezuela), representada legalmente por JAVIER ENRIQUE ESCOBAR MEDINA, mayor, domiciliado y residente en Bogotá, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1.126'242.816, o quien haga sus veces en su calidad de representante legal suplente de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal respectivo<sup>3</sup>, compañía que en adelante se denominará individualmente como "CONFURCA".

El CONSORCIO COSACOL CONFURCA integrado por las compañías antes mencionadas se denominará en lo sucesivo como el "Consorcio" o la "Convocante".

---

<sup>1</sup> Cdno. de Pruebas No. 1, Fls. 2 a 27.

<sup>2</sup> Cdno. de Pruebas No. 1, Fls. 50 a 53.

<sup>3</sup> Cdno. de Pruebas No. 1, Fls. 54 y 55.

## 1.2. PARTE CONVOCADA

TRANSORIENTE S.A. E.S.P., empresa de servicios públicos por acciones de carácter comercial, con domicilio en Bucaramanga (Santander), constituida mediante Escritura Pública No. 651 del 24 de marzo de 1994 de la Notaría 1 del Circuito de Bucaramanga, representada legalmente por CÉSAR AUGUSTO TORRES MACÍAS, mayor, domiciliado y residente en Bucaramanga (Santander), identificado con Cédula de Ciudadanía No. 13'833.981, o quien haga sus veces en su calidad de Presidente de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal respectivo<sup>4</sup>, compañía que en lo sucesivo se denominará como "TRANSORIENTE" o la "Convocada").

## 2. MINISTERIO PÚBLICO

El doctor RODRIGO BUSTOS BRASBI, Procurador 51 Judicial II para Asuntos Administrativos con sede en Bogotá, es el agente especial del Ministerio Público delegado para este trámite arbitral por el doctor ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa de la Procuraduría General de la Nación mediante comunicación del 6 de agosto de 2012<sup>5</sup>.

## 3. ANTECEDENTES GENERALES CONTRACTUALES Y FÁCTICOS

- 3.1. TRANSORIENTE es una empresa de servicios públicos que tiene por objeto social principal la prestación del servicio público complementario de transporte de gas natural.
- 3.2. El 15 de mayo de 2008, TRANSORIENTE suscribió un Contrato de Transporte con GAS NATURAL S.A. E.S.P. que implicaba la construcción de un gasoducto para transportar gas desde Gibraltar, corregimiento del municipio de Toledo, Norte de Santander hasta Bucaramanga, Santander.
- 3.3. TRANSORIENTE adelantó un proceso de selección de carácter privado ("*Bases para la Invitación a Cotizar*") con el fin de elegir entre otros, el constructor del Gasoducto Gibraltar – Bucaramanga (en adelante el "Gasoducto") mediante esquema de precio global fijo, el cual culminó sin que se eligiera contratista alguno.
- 3.4. TRANSORIENTE inició un nuevo proceso de selección en el que modificó el esquema contractual y de riesgos en relación con el diseño y construcción de la geotecnia y adoptó el esquema de precio global fijo para la construcción del Gasoducto, al cual fueron invitadas COSACOL y CONFURCA.

---

<sup>4</sup> Cdno. de Pruebas No. 1, Fls. 56 a 58.

<sup>5</sup> Cdno. Ppal. No. 1, Fl. 343.

- 3.5. Dentro de este proceso, TRANSORIENTE suministró información a los participantes principalmente compuesta de la Ingeniería Básica, el Estudio de Levantamiento Topográfico, Prediación y los Estudios Técnicos Preliminares del Gasoducto, cuyo alcance está en discusión.
- 3.6. El 27 de mayo de 2009, COSACOL y CONFURCA integraron el Consorcio COSACOL CONFURCA.
- 3.7. Las partes negociaron un alcance y valor final de manera que se excluirían los últimos cinco (5) kilómetros de construcción –realizados por la sociedad 5 K- y un valor final de CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO NOVENTA PESOS (\$188.899.525.190 M/CTE)<sup>6</sup>.
- 3.8. El 1º de septiembre de 2009, el Consorcio remitió la Oferta Mercantil (No. 002), TRANSORIENTE la aceptó y además se suscribió el Acta de Inicio de la ejecución.
- 3.9. Durante la ejecución se suscribieron los siguientes Otrosíes:

Otrosí No.	Fecha	Asunto
1	27/Jul/2010	Transacción, levantamiento de No Conformidades, reprogramación del Programa Detallado de Trabajo (PDT) y de la Terminación Mecánica y Definitiva.
2	19/Dic/2010	Reconocimiento de fuerza mayor y Nuevas fechas para Terminación Mecánica y Definitiva.
3	Sin fecha	Modificar la solución de controversias.
4	Sin fecha	Suspensión del Hito de Terminación Mecánica.
5	3/Feb/2011	Acuerdo económico, nuevo Plan Detallado de Trabajo y modificación del régimen contractual de multas.
6	15/Abr/2011	Asuntos relativos a la terminación y procedimiento de toma de control del Proyecto.
7	20/May/2011	Elección del Auditor del Proyecto.
8	Sin fecha <sup>7</sup>	Modificación del pacto arbitral.

- 3.10. A lo largo de la ejecución contractual se presentaron circunstancias diversas que llevaron a ambas partes a hacerse recíprocas recriminaciones consistentes principalmente, las del Consorcio, alegando hallazgo de roca no informada, datos

---

<sup>6</sup> Mediante oferta del 1º de septiembre de 2009 y Orden de Compra No. 1044 de 2009 de la misma fecha.

<sup>7</sup> Sin embargo, aparece suscrito el 15 de diciembre de 2011.

errados sobre la supuesta línea regular del proyecto, diseño defectuoso del trazado, inconvenientes con el trámite de derecho de vía y fuerza mayor derivada de lluvias anormales y las de TRANSORIENTE, arguyendo principalmente incumplimientos en los Planes Detallados de Trabajo (PDT), el retraso de las fechas de los Hitos de Terminación Mecánica y Definitiva, el incumplimiento de planes de choque ofrecidos y condiciones de calidad de los trabajos, etc., todo lo cual habría dado lugar a la imposición de multas sucesivas.

- 3.11. El 11 de agosto de 2011, después de fallidos intentos de arreglo directo entre las partes y de los ajustes contractuales introducidos en los Otrosíes aludidos, TRANSORIENTE habría tomado control del proyecto como consecuencia del retiro de maquinaria del Consorcio, incumplimiento de los pagos a proveedores de la región, la destinación “abusiva” de dineros entregados en mutuo por TRANSORIENTE y un embargo por \$120.000 millones contra los bienes de uno de los consorciados.
- 3.12. El conflicto surgido entre las partes deriva, de un lado, de que el Consorcio reclama principalmente el pago de los sobrecostos y otros perjuicios generados como consecuencia de los imponderables invocados y del otro, TRANSORIENTE pretende principalmente el pago de las multas por incumplimiento, sobrecostos, lucro cesante y una eventual multa a pagar a GAS NATURAL S.A. E.S.P.

#### 4. PACTO ARBITRAL APLICABLE

El pacto arbitral aplicable está incorporado en el Artículo 2º del Otrosí (sin fecha)<sup>8</sup> convenido por las partes para modificar las cláusulas compromisorias incorporadas en los siguientes contratos:

- (i) De Construcción del Gasoducto Gibraltar-Bucaramanga, perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009 (en adelante “el Contrato de Construcción”),
- (ii) De Diseño de las Obras Geotécnicas y Control de Erosiones del DDV del Gasoducto Gibraltar-Bucaramanga, perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 001 del 1º de septiembre de 2009 (en adelante “el Contrato de Diseño de Geotecnia”) y,
- (iii) De Construcción de las Obras Geotécnicas y Control de Erosiones del DDV del Gasoducto Gibraltar-Bucaramanga, perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 003 del 4 de junio de 2010 (en adelante “el Contrato de Construcción de Geotecnia”).

---

<sup>8</sup> Cdno. Ppal. No. 1, Fls. 61 a 64.

El artículo 2º del antedicho otrosí establece lo siguiente:

*"Se modifica la Cláusula 34 del Contrato de Construcción, la Cláusula 30 del Contrato de Construcción de Geotecnia y la Cláusula 27 del Contrato de Diseño de Geotecnia, la cual se unifica en una sola cláusula que quedará así:*

*CLÁUSULA COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia que surja entre las Partes con ocasión de la celebración, perfeccionamiento, interpretación, ejecución o liquidación del contrato perfeccionado por la aceptación de la presente Oferta, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento presentado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual estará sujeto a sus reglamentos y tarifas, de acuerdo con las siguientes reglas:*

- (i) *El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros, los cuales serán designados por las partes de común acuerdo, dentro de un término de diez (10) días hábiles contados a partir del día en que una de las partes notifique a la otra de su intención de elegir los árbitros. Si pasados los diez (10) días hábiles dentro de las cuales debieran elegir los árbitros, esto no fuere posible, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá mediante sorteo de la Lista A de Árbitros de dicho Centro, a solicitud de cualquiera de las partes.*
- (ii) *El Tribunal decidirá en derecho.*
- (iii) *El Tribunal tendrá como sede el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá."*

## 5. EL PROCESO ARBITRAL

A continuación un breve resumen de las actuaciones surtidas a lo largo del arbitraje. Inicialmente, los planteamientos generales de las posiciones de las partes expresadas en las demandas de mutua petición y sus contestaciones; posteriormente podrá encontrarse una relación de las demás actuaciones procesales y además el cálculo sobre el término de duración surtido, el cual habilita al Tribunal para expedir el presente laudo arbitral. En relación con el trámite de la demanda principal se tendrá en cuenta la reforma integral presentada.

## 5.1. REFORMA DE LA DEMANDA ARBITRAL

### 5.1.1. RESUMEN GENERAL DE LOS HECHOS SEGÚN LA CONVOCANTE

TRANSORIENTE abrió infructuosamente una convocatoria privada para la construcción del Gasoducto<sup>9</sup> en la que no se habrían presentado ofertas, por lo que en un nuevo proceso de selección modificó riesgos derivados del diseño y construcción de la geotecnia y respecto de la construcción del Gasoducto mantuvo el esquema de contratación (precio global fijo) y riesgos con base en la información de la ingeniería aportada.

En este segundo proceso de selección participaron COSACOL y CONFURCA por invitación de TRANSORIENTE, quienes tuvieron inicialmente 15 días de plazo para presentar la propuesta, contados a partir de las respuestas a las consultas sobre los términos de referencia.

El 27 de mayo de 2009, COSACOL y CONFURCA suscribieron Acuerdo Consorcial mediante el cual constituyeron el Consorcio COSACOL CONFURCA para participar dentro del proceso de selección y ejecutar el Contrato.

El Consorcio ofreció ejecutar "*ciento setenta y cuatro punto ocho (174.8) kilómetros de construcción, por un valor total de DOSCIENTOS VEINTITRÉS MIL SESENTA Y UN MILLONES CIENTO SETENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS VEINTITRÉS PESOS M/CTE (\$223.061.172.623)*", lo cual fue rechazado por TRANSORIENTE.

Por lo anterior, TRANSORIENTE solicitó al Consorcio que presentara una nueva oferta "*sin incluir los cinco (5) kilómetros de construcción correspondientes a obras especiales*" que habrían sido ejecutados por la sociedad "5K", por lo que el Consorcio presentó una nueva oferta el 1º de septiembre de 2009 (Oferta Mercantil de Servicios No. 002) por "*CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO NOVENTA PESOS (\$188.899.525.190 M/CTE), sin incluir IVA*".

TRANSORIENTE aceptó la Oferta Mercantil mediante Orden de Compra No. 1044 de 2009 del 1º de septiembre de 2009, fecha en la que además se suscribió el Acta de Inicio.

El Consorcio presentó reclamaciones debido a las situaciones no imputables a él a partir del 25 de febrero de 2010 (Comunicación CCC-ITC-REM-134) principalmente relacionadas con:

- (i) Hallazgo de roca no informada puesto que el "*Estudio de Levantamiento Topográfico, Prediación y los Estudios Técnicos Preliminares del Gasoducto*

---

<sup>9</sup> "Construcción de un gasoducto de aproximadamente ciento setenta y cinco (175) kilómetros entre los municipios de Gibraltar y Bucaramanga, en los Departamentos de Norte de Santander y Santander".

*Gibraltar Bucaramanga, los cuales fueron elaborados por la firma Grdex Ingeniería S.A.* "reportaron suelo duro por 7.73%

Dicho estudio cuenta con "todos los aspectos que debe tener un estudio de geotecnia definitiva, según lo establece la Norma NSR 10, Artículo H. 2.2.2" y el Contratista encontró que la información suministrada era "radicalmente distinta en el terreno en el cual se ejecutó el proyecto" "a pesar de las características del estudio (definitivo e integral)".

Tales eventos generaron sobrecostos, mayor permanencia del Consorcio y afectación de la apertura del derecho de vía y de zanja, bajado y tapado de la tubería y reconformación del terreno y reclamaciones de subcontratistas.

- (ii) Información errada sobre supuesta línea regular: La "descripción de la línea y especificaciones técnicas" establecen "que el proyecto se desarrollaría fundamentalmente en un trazado de línea regular" y la realidad fue muy diferente principalmente por: i. El trabajo en bermas fue mayor, ii. Tuvo que construir cinco (5) cruces más de los previstos, iii. Mayor cantidad de cruces preformados para pasos arqueológicos.

La Convocante asegura haber creído en los estudios e información suministrados que fueron mencionados anteriormente por: i. La supervisión regulatoria de TRANSORIENTE, ii. Las características del proyecto ya que TRANSORIENTE era la encargada de la ingeniería de detalle y la consecución de permisos, iii. Los estudios tuvieron 190 exploraciones en 177 kms y iv. "de haber querido desvirtuar esa información, con el rigor científico y técnico necesario, entre el momento de la solicitud de oferta y la presentación de la misma, era indispensable realizar unos estudios definitivos, iguales a los suministrados, lo cual escapaba del alcance del proyecto".

- (iii) Diseño defectuoso: Los numerales 22 y 35 de la cláusula 1 y 20 de la cláusula 3 del Contrato disponen que la ingeniería básica y de detalle sería suministrada al Contratista por TRANSORIENTE. Sin embargo, "el Consorcio debió efectuar modificaciones de alineamientos y del trazado en una longitud de más de 62 kilómetros, lo que significa que más del 36% del trazado estaba definido de forma incorrecta en la ingeniería de detalle y en el diseño entregado".

Los realineamientos tuvieron que hacerse porque el trazado no cumplía la licencia ambiental, "habría implicado una renegociación para ampliar el derecho de vía" o no cumplía técnicamente.

- (iv) TRANSORIENTE no garantizó el derecho de paso en incumplimiento de lo pactado en la Cláusula 19 del Contrato para la construcción ininterrumpida del Gasoducto, lo cual ocasionó suspensión de obras, cambios de trazado y traslados no previstos.
- (v) Lluvias generadas por el “Fenómeno de la Niña” reconocido como extraordinario e imprevisible mediante Decreto, las cuales habrían afectado procesos constructivos tales como: i. Apertura del derecho de vía, ii. Transporte y acopio de tubería DDV, iii. Lastrado de tubería, para cruces subfluviales y fluviales, iv. Tendido de tubería DDV, v. Pre doblado y doblado de tubería DDV, vi. Winchado, vii. Alineado, soldadura, viii. Corte de tubería DDV, ix. Chorro abrasivo de arena, y pintura en DDV, x. Revestimiento de juntas de tubería, xi. Construcción puentes aéreos, teleférico, y válvulas, xii. Perforación para voladuras de rocas y piedras con explosivos, xiii. Zanjado, bajado, tapado de tubería, xiv. Prueba Hidrostática, Neumática y limpieza de tubería, xv. Cruces especiales con línea de Ecopetrol y, xvi. Manejo y transporte de cargas.

Las partes modificaron el Contrato, entre otras, en las siguientes oportunidades:

- El 27 de julio de 2010 suscribieron el Otrosí No. 1, en el cual habrían transado sobre las no conformidades y sobre las reclamaciones existentes a la fecha.
- El 19 de diciembre de 2010 suscribieron el Otrosí No. 2 en que concertaron algunos eventos constitutivos de Fuerza Mayor y Caso Fortuito.
- Mediante Otrosí No. 4, *“las partes acordaron suspender el hito de terminación mecánica”*.
- El 3 de febrero de 2011 suscribieron el Otrosí No. 5 en el que llegaron a un acuerdo para darle mayor liquidez al proyecto y generar un nuevo Programa Detallado de Trabajo (PDT), entre otros asuntos.
- El 15 de abril de 2011 suscribieron el Otrosí No. 6 con el que establecieron condiciones de terminación del proyecto incluyendo la posibilidad de toma de posesión del proyecto por parte de TRANSORIENTE y términos para el reconocimiento de pagos.

El 11 de agosto de 2011, TRANSORIENTE tomó posesión de las obras y control administrativo del proyecto (Comunicación TRO-CCC-CA-IEX-230) aun cuando el Consorcio *“ejecutó el 98.92%, para el Hito de Terminación Mecánica, y 98,38%, para el Hito de Terminación Definitiva de las obras”*. TRANSORIENTE culminó el proyecto *“con los recursos administrativos y técnicos del CONSORCIO”*.

No ha habido recibo final de las obras debido a discrepancias con la Interventoría.

TRANSORIENTE habría dado cuenta de las dificultades en la estructuración del proceso de selección, así como de lo ocurrido en terreno, al dirigirse en varias oportunidades a la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG) para modificar la tarifa al usuario.

#### 5.1.2. PRETENSIONES

##### **"I. PRETENSIONES DECLARATIVAS:**

###### **1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

Que se **DECLARE**, específicamente, que **TRANSORIENTE**, en el desarrollo de la etapa precontractual que originó el contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009 presentada por el **CONSORCIO**, incumplió el deber precontractual de suministrar información acertada respecto al tipo de suelo sobre el cual se construiría el Gasoducto Gibraltar – Bucaramanga, pues a lo largo de la ejecución de las obras, contrario a lo informado por el contratante en la etapa precontractual, se encontró un alto porcentaje de roca en los términos y porcentajes que se prueben en el trámite arbitral.

###### **- PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

Que se **DECLARE** que **TRANSORIENTE** violó el deber de buena fe.

###### **2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

Que se **DECLARE** que los integrantes del **CONSORCIO**, en su momento los oferentes, en el desarrollo de la etapa precontractual que originó el contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009 presentada por el **CONSORCIO**, no podían desvirtuar, entre el momento de recibir la oferta para cotizar y la suscripción del acta de inicio, la información técnica aportada por **TRANSORIENTE** sobre las características del suelo en el cual se ejecutaría el proyecto, pues dichos estudios, además de ser completos e integrales a la luz de la normatividad sobre el particular, provenían de la entidad contratante y, en tal virtud, tenían en su momento toda la credibilidad que se predica de la buena fe y confianza legítima que debe regir la relación entre los contratantes.

###### **- PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

Que se **DECLARE** que **TRANSORIENTE** violó el deber de buena fe.

**3. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

Que se **DECLARE**, específicamente, que **TRANSORIENTE**, en el desarrollo de la etapa precontractual que originó el contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009 presentada por el **CONSORCIO**, incumplió el deber precontractual de suministrar información acertada respecto de la línea regular del proyecto sobre el cual se construiría el Gasoducto Gibraltar – Bucaramanga objeto del contrato, pues a lo largo de la ejecución de las obras, contrario a lo informado por el contratante en la etapa precontractual, se encontró una mayor cantidad de obras especiales en los términos y porcentajes que se prueben en el trámite arbitral.

**- . PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

Que se **DECLARE** que **TRANSORIENTE** violó el deber de buena fe.

**4. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

Que se **DECLARE** que los integrantes del **CONSORCIO**, en su momento los oferentes, en el desarrollo de la etapa precontractual que originó el contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009 presentada por el **CONSORCIO**, no podían desvirtuar, entre el momento de recibir la oferta para cotizar y la suscripción del acta de inicio, la información técnica aportada por **TRANSORIENTE** sobre la línea regular del proyecto, pues dichos documentos soportes de la invitación a cotizar provenían de la entidad contratante y, en tal virtud, tenían en su momento toda la credibilidad que se predica de la buena fe y confianza legítima que debe regir la relación entre los contratantes.

**- . PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

Que se **DECLARE** que **TRANSORIENTE** violó el deber de buena fe.

**5. QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

Que se **DECLARE**, específicamente, que **TRANSORIENTE**, en el desarrollo de la etapa precontractual que originó el contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009 presentada por el **CONSORCIO**, incumplió el deber precontractual de suministrar la información acertada sobre el trazado, y con ello el diseño definitivo y la ingeniería de detalle, pues al tener inconvenientes técnicos y ambientales terminó siendo una

*información errónea, lo que implicó que a lo largo de la ejecución de las obras el **CONSORCIO** se viera en la necesidad de efectuar, por distintos motivos, realineamientos en una longitud de más de 62 kilómetros o la que se llegue a probar durante el trámite arbitral.*

**- . PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que **TRANSORIENTE** violó el deber de buena fe.*

**6. SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que los integrantes del **CONSORCIO**, en su momento los oferentes, en el desarrollo de la etapa precontractual que originó el contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009 presentada por el **CONSORCIO**, no podían prever que el diseño definitivo y la ingeniería de detalle aportados por **TRANSORIENTE** para la construcción del gasoducto tuvieran errores, hasta el punto que el contratista se viera en la necesidad de efectuar, por distintos motivos, realineamientos en una longitud de más de 62 kilómetros o la que se llegue a probar durante el trámite arbitral, pues dicha información provenía de la entidad contratante y, en tal virtud, tenían en su momento toda la credibilidad que se predica de la buena fe y legítima confianza que debe regir la relación entre los contratantes.*

**- . PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que **TRANSORIENTE** violó el deber de buena fe.*

**7. SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que **TRANSORIENTE** incumplió su obligación de información espontánea, ello es, el deber que tienen las partes, en particular la dueña del proyecto, de informar a los proponentes y al contratista constructor sobre la totalidad de los puntos que le puedan ser de interés a este, en virtud de la legítima confianza que se debe tener sobre el contratante en consideración a que es el primer interesado en el éxito del mismo.*

**8. OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE**, específicamente, que **TRANSORIENTE**, en el desarrollo de la etapa de ejecución del contrato, incumplió el deber contractual de garantizar el derecho de paso para la construcción ininterrumpida del proyecto, pues a lo largo de la ejecución de las obras el **CONSORCIO**, en las oportunidades que se prueben en el trámite arbitral, se vio en la necesidad de suspender la ejecución de las obras,*

*de desmovilizar y trasladar los frentes de trabajo a otros sectores y de realizar cambios en el trazado inicialmente definido por el contratante.*

**- . PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que **TRANSORIENTE** violó el deber de buena fe.*

**9. NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que **TRANSORIENTE**, contrario a su deber constitucional y legal, actuó de mala fe con relación al **CONSORCIO** en la etapa precontractual y contractual.*

**10. DÉCIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que durante la ejecución del contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009, los integrantes del **CONSORCIO**, para efectos del cumplimiento de los hitos parciales y de la entrega final en los plazos previstos, se vieron afectados por hechos imputables a **TRANSORIENTE**, en los términos y los alcances que determine el perito técnico, como lo fueron: (1) el hallazgo de roca no informado por **TRANSORIENTE** al **CONSORCIO**; (2) el suministro de información errada sobre supuesta línea regular del proyecto; (3) el diseño defectuoso del trazado suministrado por **TRANSORIENTE**; y (4) el incumplimiento de **TRANSORIENTE** en el trámite del derecho de vía.*

**11. DÉCIMA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que durante la ejecución del contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009, los integrantes del **CONSORCIO**, para efectos del cumplimiento de los hitos contractuales y de la entrega final en los plazos previstos, en conjunto con los hechos imputables a **TRANSORIENTE**, se vieron afectados por hechos, ajenos a las partes del contrato, en los términos que determine el perito técnico, como lo fue la presencia de precipitaciones pluviales por encima de los registros históricos en la zona de ejecución del proyecto, los cuales generaron circunstancias constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito.*

**12. DÉCIMA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se declare que los integrantes del **CONSORCIO**, durante la ejecución del contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009, a pesar de la presencia conjunta y sistemática de una serie de hechos y circunstancias no imputables a los mismos, como lo son los descritos*

*en las pretensiones anteriores, ejecutaron el proyecto de buena fe, hasta el punto que al momento de la toma del control administrativo por parte de **TRANSORIENTE**, el contratista ejecutó el 98,92%, para el Hito de Terminación Mecánica, y 98,38%, para el Hito de Terminación Definitiva de las obras, o el porcentaje que se prueba durante el trámite arbitral.*

**13. DÉCIMA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que en consideración a la declaratoria de la **OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA** y **NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA**, se declare que los integrantes del **CONSORCIO** no estaban obligados a lo imposible, pues todas esas circunstancias, no imputables al contratista, implicaron que ni ellos, ni ningún otro contratista en las mismas condiciones, podían cumplir con los hitos parciales y finales establecidos en el contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009, incluyendo, para estos efectos, las modificaciones relevantes introducidas en los respectivos Otrosías.*

**14. DÉCIMA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que el Contrato de Construcción del Gasoducto Gibraltar-Bucaramanga ha causado grave perjuicio económico a las sociedades **COSACOL SAS** y **CONFURCA – SUCURSAL COLOMBIA**, como integrantes del **CONSORCIO COSACOL-CONFURCA**.*

**- PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA DÉCIMA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que **TRANSORIENTE** se ha enriquecido sin justa causa con ocasión del Contrato de Construcción del Gasoducto Gibraltar-Bucaramanga.*

**15. DÉCIMA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** el incumplimiento, por parte de **TRANSORIENTE**, del Contrato de Construcción del Gasoducto Gibraltar – Bucaramanga.*

**16. DÉCIMA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que la contabilidad del **CONSORCIO**, como consecuencia de la ejecución del contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009, sufrió un desequilibrio contable entre los ingresos y costos directos del proyecto en los términos que el perito contable determine.*

**17. DÉCIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que los integrantes del **CONSORCIO** dejaron de percibir las utilidades de acuerdo con el AIU del contrato (7%) del valor contable del proyecto, esto es, lo registrado en la contabilidad del **CONSORCIO** y de uno de sus integrantes, **CONFURCA – SUCURSAL COLOMBIA**.*

**18. DÉCIMA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que los integrantes del **CONSORCIO** dejaron de percibir, en los términos que determine el perito técnico, las utilidades adicionales por concepto de los trabajos con mayor nivel de complejidad técnica desarrollados en suelo rocoso.*

**19. DÉCIMA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que los integrantes del **CONSORCIO** dejaron de percibir ingresos, en los términos que determine el perito técnico, por concepto de la eficiencia administrativa del **CONSORCIO**, esto es, (i) el reconocimiento de la pérdida de utilidad obtenida en la contratación y alquiler de la maquinaria a mejores tarifas que las del mercado y (ii) en la contratación de los subcontratistas de obra a que se refieren los hechos de la demanda (hechos 64 al 73) a mejores tarifas que las del mercado.*

**20. VIGÉSIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** la nulidad absoluta, o en su defecto la ineficacia, de las siguientes cláusulas del contrato de Construcción del Gasoducto Gibraltar-Bucaramanga: (i) cláusula 3, I, 1; (ii) cláusula 3, I, 17; (iii) cláusula 3, II, 9; (iv) cláusula 3, párrafos 1 y 2; (v) cláusula 5, numeral 15; (vi) cláusula 8, numeral 23; (vii) cláusula 10, numeral 4; (viii) cláusula 12, numeral 4; (ix) cláusula 12, párrafos 1 y 2; y (x) cláusula 17, en razón a que las mismas son cláusulas leoninas o abusivas en contra del contratista.*

**- SUBSIDIARIA DE LA VIGÉSIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA:**

*Que se **DECLARE** que **TRANSORIENTE** incurrió en abuso del derecho.*

**II. PRETENSIONES DE CONDENAS ECONÓMICAS:**

**1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONDENATORIA:**

*Que de acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho se **CONDENE** a **TRANSORIENTE** a pagar a los integrantes del **CONSORCIO (COSACOL SAS y CONFURCA – SUCURSAL COLOMBIA)**, las siguientes sumas, o las que se lleguen a probar durante el proceso, por concepto de mayores costos reportados en*

*la contabilidad del **CONSORCIO** y de uno de sus integrantes, **CONFURCA – SUCURSAL COLOMBIA**, así:*

*-. Por desequilibrio entre ingresos y costos directos del proyecto registrados en la contabilidad del **CONSORCIO**, la suma de **NUEVE MIL CIENTO VEINTITRÉS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$9.123.295.242) MCTE**, o la que en su defecto, en mayor o menor cantidad, determine el perito contable;*

*-. Por desequilibrio entre ingresos y costos directos del proyecto registrados en la contabilidad de uno de los integrantes del **CONSORCIO, CONFURCA – SUCURSAL COLOMBIA**, la suma de **CINCO MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS VEINTIOCHO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$5.952.328.485) MCTE**, o la que en su defecto, en mayor o menor cantidad, determine el perito contable.*

### **2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONDENATORIA:**

*Que de acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho se **CONDENE** a **TRANSORIENTE** a pagar a los integrantes del **CONSORCIO (COSACOL SAS y CONFURCA – SUCURSAL COLOMBIA)**, las siguientes sumas, o las que se lleguen a probar durante el proceso, por concepto de intereses de mora sobre el no pago oportuno de los mayores costos reportados en la contabilidad del **CONSORCIO** y de uno de sus integrantes, **CONFURCA – SUCURSAL COLOMBIA**, así:*

*-. Por concepto de intereses de mora sobre el no pago oportuno de los mayores costos reportados en la contabilidad del **CONSORCIO**, hasta el 15 de enero de 2.013, la suma de **TRES MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN MILLONES CIENTO NOVENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$3.561.194.676) MCTE**, o la que en su defecto, en mayor o menor cantidad, determine el perito contable, y hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral que ponga fin al proceso;*

*-. Por concepto de intereses de mora sobre el no pago oportuno de los mayores costos reportados en la contabilidad de **CONFURCA – SUCURSAL COLOMBIA**, hasta el 15 de enero de 2.013, la suma de **DOS MIL TRESCIENTOS VEINTITRÉS MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$2.323.436.867) MCTE**, o la que en su defecto, en mayor o menor cantidad, determine el perito contable, y hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral que ponga fin al proceso.*

### **3. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONDENATORIA:**

*Que de acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho se **CONDENE** a **TRANSORIENTE** a pagar a los integrantes del **CONSORCIO (COSACOL SAS y CONFURCA – SUCURSAL COLOMBIA)**, las siguientes sumas, o las que se lleguen a probar durante el proceso, por concepto de utilidades dejadas de percibir de acuerdo con el AIU contractual (7%), cifra que se determina de la aplicación del porcentaje (7%) al valor contable del proyecto, esto es, lo registrado en la contabilidad del **CONSORCIO** y de uno de sus integrantes, **CONFURCA – SUCURSAL COLOMBIA**, al igual que los intereses de mora correspondientes, así:*

*-. Por concepto de utilidades dejadas de percibir de acuerdo con el AIU contractual (7%), la suma de **CATORCE MIL OCHENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA MIL OCHOCIENTOS VEINTIÚN PESOS (\$14.089.390.821)**, MCTE, cifra que se obtiene de aplicar el porcentaje (7%) al costo total registrado en la contabilidad del proyecto, o la que en su defecto, en mayor o menor cantidad, determine el perito contable;*

*-. Por concepto de intereses de mora por el no reconocimiento oportuno de la utilidad en los términos anteriores, la suma de **CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$5.499.664.568)**, MCTE, o la que en su defecto, en mayor o menor cantidad, determine el perito contable;*

#### **4. CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONDENATORIA:**

*Que de acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho se **CONDENE** a **TRANSORIENTE** a pagar a los integrantes del **CONSORCIO (COSACOL SAS y CONFURCA – SUCURSAL COLOMBIA)**, las siguientes sumas, o las que se lleguen a probar durante el proceso, por concepto de mayores utilidades dejadas de percibir con relación a los trabajos desarrollados en suelo rocoso, cifra que se determina de la aplicación del porcentaje adicional entre el AIU del contrato (7%) y el estimado en el mercado para este tipo de trabajos (12%), esto es, un 5% adicional sobre al valor contable del proyecto, esto es, lo registrado en la contabilidad del **CONSORCIO** y de uno de sus integrantes, **CONFURCA – SUCURSAL COLOMBIA**, al igual que los intereses de mora correspondientes, así:*

*-. Por concepto de utilidades dejadas de percibir con relación a los trabajos desarrollados en suelo rocoso (5%), la suma de **DOS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS (\$2.977.644.178)**, MCTE, cifra que se obtiene de aplicar el porcentaje adicional (5%) sobre el porcentaje de ejecución en suelo rocoso (40.98%) del total del trazado, o la que en su defecto, en mayor o menor cantidad, determine el perito contable, con base en los resultados del peritaje técnico respecto a la cantidad total del trazado en suelo rocoso;*

- Por concepto de intereses de mora por el no reconocimiento oportuno de la mayor utilidad por los trabajos desarrollados en suelo rocoso en los términos anteriores, la suma de **MIL CIENTO SESENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL CIENTO TRECE PESOS (\$1.162.296.113)**, MCTE, o la que en su defecto, en mayor o menor cantidad, determine el perito contable.

#### **5. QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONDENATORIA:**

Que de acuerdo con los fundamentos de hecho y de derecho se **CONDENE** a **TRANSORIENTE** a pagar a los integrantes del **CONSORCIO (COSACOL SAS y CONFURCA – SUCURSAL COLOMBIA)**, las siguientes sumas, o las que se lleguen a probar durante el proceso, por concepto de la eficiencia administrativa de los integrantes del **CONSORCIO**, esto es, (i) el reconocimiento de la pérdida de utilidad obtenida en la contratación y alquiler de la maquinaria a mejores tarifas que las del mercado y (ii) en la contratación de los subcontratistas de obra a que se refieren los hechos de la demanda (hechos 64 al 73) a mejores tarifas que las del mercado, así:

- Por concepto de reconocimiento de la pérdida de utilidad obtenida en la contratación y alquiler de la maquinaria a mejores tarifas que las del mercado, la suma de **OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE PESOS (\$8.746.489.187)** MCTE, o la que en su defecto, en mayor o menor cantidad, determine el perito contable, con base en la cuantificación que sobre el particular realice el perito técnico;

- Por concepto de reconocimiento de la pérdida de utilidad obtenida en la contratación de los subcontratistas de obra a que se refieren los hechos de la demanda (hechos 64 al 73) a mejores tarifas que las del mercado, la suma de **MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$1.395.449.423)** MCTE, o la que en su defecto, en mayor o menor cantidad, determine el perito contable, con base en la cuantificación que sobre el particular realice el perito técnico.

#### **6. SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONDENATORIA:**

- Que se **CONDENE** a **TRANSORIENTE**, con base en el peritaje contable, al pago de las costas y las agencias en derecho, esto es, la suma de **DOS MIL TRESCIENTOS DIECINUEVE MILLONES CIENTO VEINTISÉIS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$2.319.126.567)** MCTE, entre otros, por concepto de los gastos del Tribunal de Arbitramento, del Centro de Arbitraje y Conciliación, de los honorarios del apoderado y del peritaje técnico

*aportado con la reforma de la demanda, todo ello con el debido soporte contable, o la cifra que llegue a determinar el Tribunal de Arbitramento.*

*-. Que se **CONDENE** a **TRANSORIENTE**, con base en el peritaje contable, el pago de los intereses de mora de los anteriores gastos, entre el momento del pago efectuado por los miembros del **CONSORCIO** hasta la fecha de ejecutoria del laudo arbitral*

### **7. SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONDENATORIA:**

*Que se **CONDENE** a **TRANSORIENTE**, sobre todas y cada una de las condenas económicas que se impongan en el laudo arbitral que ponga fin al proceso, a reconocerle a los integrantes del **CONSORCIO** intereses de mora, a la máxima tasa permitida en la ley, desde el sexto día siguiente a la ejecutoria de la mencionada providencia y hasta el día del pago efectivo de todas y cada una de esas condenas.”*

## 5.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES

TRANSORIENTE se opuso a la demanda, pidió pruebas y presentó las siguientes excepciones de mérito:

### *Genéricas*

*1.1. Improcedencia de las pretensiones por estar fincadas en la imprevisión pues el objetivo es la revisión del precio.*

*1.2. Superación de la Etapa Precontractual.*

*1.3. Inexistencia de incumplimiento de las obligaciones precontractuales y buena fe de TRANSORIENTE.*

*1.4. Culpa profesional del Consorcio al evaluar la información y las características del proyecto.*

*1.5. Inexistencia de incumplimiento de las obligaciones contractuales durante la ejecución y buena fe de TRANSORIENTE.*

*1.6. Negligencia, impericia e improvisación del Consorcio en la ejecución.*

*1.7. Incumplimiento del Consorcio.*

*1.8. Riesgo del negocio.*

*1.9. Ausencia de daño.*

*1.10. Transacción.*

*Particulares*

*2.1. Inexistencia de incumplimiento de obligaciones precontractuales por tipo de suelo y suministro de información de la línea regular del proyecto.*

*2.2. Negligencia grave del Consorcio por no evaluar información, hacer caso omiso a advertencias y asumir como definitiva la información preliminar.*

*2.3. Negligencia grave del Consorcio por no evaluar información, hacer caso omiso a advertencias y distribución de riesgos.*

*2.4. Inexistencia absoluta de incumplimiento del deber de buena fe por TRANSORIENTE.*

*2.5. Culpa profesional en la evaluación de información, características y riesgos.*

*2.6. Inexistencia de incumplimiento del deber de información del trazado definitivo e ingeniería de detalle.*

*2.7. Culpa profesional del Consorcio en evaluación y manejo del trazado y contradicción de las pretensiones relacionadas con el trazado.*

*2.8. Mala fe del Consorcio al solicitar incumplimiento de TRANSORIENTE, referido a modificaciones hechas por asuntos ambientales o por solicitud del Consorcio.*

*2.9. Ausencia de obligación de entrega de "información espontánea" y transparencia en entrega.*

*2.10. Falta de causa entre los hechos de la ejecución con el retraso.*

*2.11. Inexistencia absoluta de obligaciones imposibles.*

*2.12. Negligencia grave del Consorcio en cumplimiento de hitos.*

*2.13. Inexistencia de perjuicio económico del contrato.*

*2.14. Culpa del Consorcio en sobrecostos denominados perjuicios.*

*2.15. Ausencia absoluta de causa entre el "desequilibrio contable" y ejecución del proyecto.*

*2.16. Ineptitud de pretensiones 17 y 18 y ausencia de causa en obligación de percibir utilidades.*

*2.17. Ineficacia de la nulidad parcial o ineficacia de las cláusulas (no se invocan presupuestos del art. 899).*

*2.18. Inexistencia de abuso del derecho.*

*2.19. Inexistencia de enriquecimiento sin causa.*

### 5.3. DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Dentro de la oportunidad legal la parte convocada presentó demanda de reconvención, de la cual el Tribunal estima pertinente resaltar lo siguiente:

#### 5.3.1. RESUMEN GENERAL DE LOS HECHOS SEGÚN LA CONVOCADA

El 15 de mayo de 2008, TRANSORIENTE suscribió Contrato de Transporte con GAS NATURAL S.A. E.S.P. que contenía una multa de US\$200,000 por mes de retraso o fracción en la entrada en servicio del Gasoducto.

TRANSORIENTE inició un proceso para seleccionar quién llevaría a cabo el diseño de obra geotécnica y construcción de obra geotécnica, así como la construcción propiamente dicha del Gasoducto, de acuerdo con una asignación previa de los riesgos contractuales.

*"De manera expresa, se advertía que el Oferente, para presentar la Oferta, debía realizar su propio cálculo de riesgos, para lo cual podía o no tomar la información entregada a título informativo, y hacer sus propias valoraciones, frente a lo cual se esperaba que el conocimiento y la pericia del proponente, agregaran valor, que finalmente se materializara en el precio final ofertado".*

El proyecto debía ejecutarse en 480 días calendario divididos en los hitos de Terminación Mecánica (390 días) y Terminación Definitiva (90 días).

La modalidad de *"Precio Global Fijo implicaba que TRANSORIENTE no iría a reconocer ningún valor adicional al que se señalara dentro de la Oferta elegida, por lo que le correspondía al proponente involucrar dentro del precio, los riesgos que pudieran derivarse de una mayor cantidad de obra que pudiera implicar la construcción del*

*gasoducto". Adicionalmente, "TRANSORIENTE, con el fin de presentar las Bases para la Invitación a Cotizar, y en ejecución del principio de buena fe, contrató previamente unos estudios que consistían en una Ingeniería Básica, un Estudio de Levantamiento Topográfico, unos estudios técnicos preliminares y un Estudio de Impacto Ambiental, los cuales se anexaron a las Bases para la Invitación a Cotizar y se entregaron a los Proponentes, únicamente a título informativo".*

TRANSORIENTE reveló la información a su disposición *"advirtiendo que ésta no tenía un efecto vinculante, y en ese sentido, que le asistía a cada proponente la obligación de realizar la investigación propia que le permitiera una formulación de una Oferta, en la que el precio revelara la incorporación de los riesgos asociados a la ejecución del proyecto, considerando su propia experiencia en la construcción de ductos".*

El numeral 3.5 del documento de *"Bases para la Invitación a Cotizar"* incluía una manifestación según la cual la presentación de cotización implicaba que el proponente había considerado todos los aspectos técnicos necesarios.

De acuerdo con las modificaciones al cronograma, los proponentes dispusieron de 71 días entre la convocatoria y la presentación de la Oferta. Las partes negociaron unos Análisis de Precios Unitarios (APU) que fueron excluidos y decidieron un esquema financiero que comprendía un valor de \$188.899'525.190 sin incluir el IVA, un anticipo opcional y presentación de facturas por obra adelantada.

Para el seguimiento al desarrollo del proyecto se contrató la interventoría con ITANSUCA.

Una vez iniciado el Contrato, el Consorcio anexó un Programa Detallado de Trabajo (PDT) que se ejecutaría en dos tramos (1 y 2) que a su vez se dividieron en 4 y 3 sectores, respectivamente. *"Cada tramo tenía un Director de Obra y cada sector tenía su respectivo ingeniero residente".*

COSACOL y CONFURCA eran a su vez, proveedores del Consorcio. CONFURCA era *"un gran proveedor de maquinaria del Consorcio, además de controlar la mayor parte de la estructura operativa de éste, tomando las decisiones de carácter técnico y una parte de los asuntos de carácter administrativo".*

El Consorcio empezó a presentar atraso y formuló reclamaciones que fueron despachadas desfavorablemente por TRANSORIENTE, pues el contrato no estaba sujeto a revisión dada la modalidad pactada (precio global fijo).

Como consecuencia de los atrasos e incumplimientos constructivos, la Interventoría trató *"No Conformidades"* por lo que TRANSORIENTE impuso multas. Para el 27 de julio de 2010, el Consorcio conocía la totalidad del trazado del gasoducto.

TRANSORIENTE accedió a nuevos plazos lo cual consta en varios otrosíes que fueron incumplidos (1, 2, 5 y 6), a pesar de Planes de Choque que fueron propuestos por el Consorcio y que no se ejecutaron debido a "*la desorganización del Consorcio, los errores constructivos, la falta de dirección y en general que el mismo Consorcio no ponía en práctica los esfuerzos que anuncia como "Plan de Choque"*", según la Interventoría, así como nuevos Planes de Terminación que también fueron incumplidos.

TRANSORIENTE también autorizó la devolución de lo retenido en garantía sin renunciar a sus reclamaciones pues ello sería suficiente para aliviar la caja del proyecto (Otrosí No. 5). Sin embargo, el Consorcio contravino lo pactado y el 4 de abril de 2011 remitió la comunicación CONCC-CE-RL-005 modificando la fecha de entrega para el 15 de mayo del 2011 que condicionó a la entrega de \$16.000 millones más, entre otras.

La Interventoría encontró que el Consorcio giró un valor de \$2.544.586.187, de los cuales \$2.257.527.467 fueron girados a CONFURCA, y \$287.059.720 fueron girados a COSACOL (Comunicación ITC-TRO-COM-IEX-164) por lo que las partes suscribieron el Otrosí No. 6 "*con el fin de establecer las condiciones dentro de las cuales se terminaría el Proyecto*" con el cual TRANSORIENTE dispuso de la suma solicitada con el fin de mitigar sus perjuicios y reservándose el derecho de reclamar.

El Consorcio, por su parte, se comprometió principalmente a aportar la maquinaria, terminar antes del 30 de junio de 2011, suministrar los Pasivos por Reconocer, pagar la nómina, aportar los recursos disponibles en caja y realizar correcciones de errores ("Retrabajos").

Sin embargo, el Consorcio sacó maquinaria sin aviso previo y en perjuicio del proyecto, obligando a contratar maquinaria adicional. Así mismo, los subcontratistas amenazaron con paros debido a los incumplimientos del Consorcio, razón por la que TRANSORIENTE entregó recursos en mutuo suscrito el 26 de mayo de 2011 que han debido regresarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes.

TRANSORIENTE tuvo que asumir valores aún por encima de los \$16.000 millones para la terminación del Gasoducto. Al 15 de julio de 2011, el Consorcio había ejecutado el 98.51%, pero había dejado las obras con mayor dificultad constructiva para el final.

TRANSORIENTE puso de presente que fue enterada de la existencia de un embargo, en contra de COSACOL por \$120.000 millones de pesos, lo cual amenazaba la continuación de la obra, más si el Consorcio nunca rindió explicaciones al respecto. La medida se concretó por \$280 millones "*equivalente a un 40% de la nómina directa del proyecto*".

Por lo anterior, TRANSORIENTE dio por terminado el Contrato el 11 de agosto de 2011 y tomó el control del proyecto para asumir directamente la obra y su terminación. El

Consorcio había ejecutado un 98.92% para la terminación Mecánica y un 98.38% para la terminación definitiva.

El Consorcio incumplió con 31/50 cruces de línea, el regreso de material sobrante y la devolución de 2790 mts de tubo, los retrabajos, en la construcción del Cruce del Río Cubugón (que debió reconstruirse porque colapsó en marzo de 2011), .

La terminación mecánica del Gasoducto se dio el 16 de agosto de 2011 y el 14 de octubre de 2011 se puso en funcionamiento el Gasoducto, lo cual permitió determinar la aparición de agua dentro del gasoducto por culpa del Consorcio quien supuestamente había hecho las pruebas necesarias.

Los incumplimientos del Consorcio generaron perjuicios representados en multas por "No conformidades", incumplimiento del Hito de Terminación Mecánica para el 20 de enero de 2011 y Otrosí No. 5, Incumplimiento de la Fecha de Avance Parcial, multas por retraso en el Contrato de Transporte, más los siguientes:

Concepto	Valor
Lucro Cesante por Transporte de Gas - Terminación Construcción generado del 20 de Enero de 2011 al 16 de Agosto de 2011.	\$ 31.113.350.000
Lucro Cesante por Transporte de Gas - Agua Tubería del 14 de Octubre de 2011 al 7 de Diciembre de 2011	\$ 6.633.500.000
Sobrecostos Interventoría - Causación Febrero de 2011 a Enero de 2012	\$ 8.055.280.000
Sobrecostos Interventoría - Estimación Abril de 2012 a Mayo de 2012	\$ 501.430.000
Sobrecostos Rx	\$ 424.020.000
Sobrecostos Gerencia del Proyecto	\$ 353.840.000
Sobrecostos por estabilización puente Río Cubugón	\$ 1.517.782.337
Costos por Administración Daños a Terceros	\$ 112.350.000
Sobrecostos por Seguros	\$ 975.340.000
Tubería Dañada o Perdida	\$ 917.550.000
Gastos por Agua en Tubería	\$ 2.524.990.000
Retrabajos Contratos en Ejecución y Obras por contratar.	\$ 7.921.368.585
Pagos a Terceros	\$ 2.946.600.000
Acuerdos de Pago CCC-TRO durante la construcción.	\$ 248.980.000
Valor real pagado por TRANSORIENTE a la fecha del Otrosí No. 6	\$ 24.838.550.000
Descuento Contractual por Cantidad Real de Cruces de Líneas en Operación	\$ 966.400.000
<b>TOTAL PERJUICIOS</b>	<b>\$ 90.051.330.922</b>

### 5.3.2. PRETENSIONES

*"Con fundamento en los hechos antes expuestos solicito al Honorable Tribunal se sirva conceder las siguientes pretensiones declarativas y condenatorias:*

**A. Con respecto a la solidaridad de los integrantes del CONSORCIO COSACOL CONFURCA**

1. Que se declare que COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, se encuentran obligadas a responder solidaria e ilimitadamente frente a TRANSORIENTE S.A. E.S.P., por todas las actuaciones desplegadas por el CONSORCIO COSACOL CONFURCA y por el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil para la prestación de los Servicios de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga en tubería de 12" de diámetro y 170,066 km de longitud aproximada No. 002 y de sus respectivos otrosíes.

**B. Con respecto al incumplimiento del Hito de Terminación Mecánica y el Hito de Terminación Definitiva.**

2. Que se declare que COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, incumplieron el contrato perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil para la prestación de los Servicios de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga en tubería de 12" de diámetro y 170,066 km de longitud aproximada No. 002, al no cumplir con el Hito de Terminación Mecánica del proyecto previsto para el 20 de enero de 2011 y el Hito de Terminación Definitiva del proyecto previsto para el 20 de abril de 2011 de conformidad con el Otrosí No. 2, y en consecuencia de lo anterior:

2.1. Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A E.S.P. la suma de ONCE MIL TRECIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS SETENTA MIL PESOS M/CTE. (\$11.333.970.000.00) o el monto que el Honorable Tribunal determine, por concepto de multas por el incumplimiento del Hito de Terminación Mecánica previsto para el 20 de enero de 2011 correspondientes a 30 días de acuerdo con el contrato perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil para la prestación de los Servicios de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga en tubería de 12" de diámetro y 170,066 km de longitud aproximada No. 002.

2.2. Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A E.S.P. el monto que el Honorable Tribunal determine, por el daño emergente sufrido por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. a causa de los sobrecostos en que incurrió y el que incurra en un futuro por los servicios de intervención que a mayo de 2012 sumaban OCHO MIL CINCUENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL PESOS M/CTE. (\$8.055.280.000).

2.3. *Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. la suma de CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES VEINTE MIL PESOS M/CTE. (\$424.020.000.00) o el monto que el Honorable Tribunal determine, por el daño emergente sufrido por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. a causa de los sobrecostos que debió asumir por concepto de pruebas de rayos equis practicadas al Gasoducto Gibraltar Bucaramanga.*

2.4. *Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL PESOS M/CTE. (\$353.840.000) o el monto que el Honorable Tribunal determine, por el daño emergente sufrido por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. a causa de los sobrecostos que debió asumir por concepto de servicios de gerencia del proyecto.*

2.5. *Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. la suma de NOVECIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES TRECIENTOS CUARENTA MIL PESOS M/CTE. (\$975.340.000.00) o el monto que el Honorable Tribunal determine, por el daño emergente sufrido por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. a causa de los sobrecostos que debió asumir por concepto de ampliación de la vigencia de las pólizas de seguro.*

2.6. *Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. el daño emergente que llegue a sufrir TRANSORIENTE S.A. E.S.P. a causa de las multas incluidas en el Contrato de Suministro de Servicio de Transporte Suscrito entre TRANSORIENTE y GAS NATURAL S.A. E.S.P entre el periodo comprendido entre el 20 de enero de 2011 y el 11 de agosto de 2011, de acuerdo con lo que se acredite en el proceso.*

2.7. *Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A. E.S.P., la suma de TREINTA Y UN MIL CIENTO TRECE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE. (\$31.113.350.000.00) o el monto que el Honorable Tribunal determine, por concepto de perjuicios por lucro cesante sufridos por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. debido a la incapacidad de operar el Gasoducto Gibraltar desde el 21 de enero de 2011 hasta el 16 de agosto de 2011.*

**C. Con respecto a las obligaciones del Otrosí No. 5.**

*3. Que se declare que COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, incumplieron el Otrosí No. 5 al contrato perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil para la prestación de los Servicios de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga en tubería de 12" de diámetro y 170,066 km de longitud aproximada No. 002, al no cumplir con las fechas de avance parcial de obra establecidas en dicho otrosí, y en consecuencia de lo anterior:*

*3.1. Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A E.S.P. la suma de TRECE MIL DOSCIENTOS VEINTIDÓS MILLONES NOVECIENTOS SETENTA MIL PESOS M/CTE. (\$13.222.970.000.oo) o el monto que el Honorable Tribunal determine, por concepto de multas por el incumplimiento de la fecha de avance parcial correspondiente al 96% de ejecución del proyecto, dado un retraso de 35 días.*

*4. Que se declare que COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, incumplieron el Otrosí No. 5 al contrato perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil para la prestación de los Servicios de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga en tubería de 12" de diámetro y 170,066 km de longitud aproximada No. 002, al no efectuar la terminación mecánica del proyecto el 15 de abril de 2011 y la terminación definitiva del proyecto el 15 de julio de 2011 según se estableció en dicho otrosí, y en consecuencia de lo anterior:*

*4.1. Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A E.S.P. la suma de SESENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SETENTA MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA MIL PESOS M/CTE. (\$66.870.430.000.oo) o el monto que el Honorable Tribunal determine, por concepto de multas por el incumplimiento de la terminación mecánica del proyecto previsto para el 15 de abril de 2011 dado un retraso de 118 días.*

***D. Con respecto a las obligaciones del Otrosí No. 6. y al mayor valor del proyecto***

*5. Que se declare que COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, incumplieron el Otrosí No. 6 al contrato perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil para la prestación de los Servicios de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga en tubería de 12" de diámetro y 170,066 km de longitud aproximada No. 002, al no efectuar la terminación mecánica del proyecto el 30 de junio de 2011.*

6. Que se declare que COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, incumplieron el Otrosí No. 6 al contrato perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil para la prestación de los Servicios de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga en tubería de 12" de diámetro y 170,066 km de longitud aproximada No. 002, al retirar maquinaria de su propiedad que a criterio de TRANSORIENTE S.A. E.S.P., era requerida para la terminación del proyecto.

7. Que se declare que COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, incumplieron el Otrosí No. 6 al contrato perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil para la prestación de los Servicios de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga en tubería de 12" de diámetro y 170,066 km de longitud aproximada No. 002, al apropiarse de valores existentes en Caja y Bancos al 1 de abril de 2011 y aquellos que se causaron en el futuro.

8. Que se declare que COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, incumplieron el contrato perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil para la prestación de los Servicios de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga en tubería de 12" de diámetro y 170,066 km de longitud aproximada No. 002, al tener que asumir TRANSORIENTE el pago de sumas por encima del precio global fijo pactado en el señalado contrato para su ejecución, y en consecuencia de lo anterior:

8.1. Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A E.S.P. la suma de VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE. (\$24.838.550.000.oo) o el monto que el Honorable Tribunal determine por el daño emergente sufrido por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. a causa de los valores por encima del precio global fijo que debió pagar entre el 20 de enero de 2011 y el 11 de agosto de 2011, por la construcción del gasoducto Gibraltar Bucaramanga.

8.2. Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A E.S.P. el monto que el Honorable Tribunal determine por el daño emergente sufrido por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. a causa de los valores por encima del precio global fijo que debió pagar con posterioridad al 11 de agosto de 2011, para la terminación del proyecto de construcción del gasoducto Gibraltar Bucaramanga, los cuales a la fecha asciende a la suma de CINCO MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL PESOS M/CTE. (\$5.737.560.000.oo).

**E. Con respecto a las no conformidades.**

9. Que se declare que COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, incumplieron el contrato perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil para la prestación de los Servicios de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga en tubería de 12" de diámetro y 170,066 km de longitud aproximada No. 002, al incurrir en no conformidades durante la construcción del proyecto, y en consecuencia de lo anterior:

9.1. Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A E.S.P. la suma de NUEVE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$9.395.000.000.00) o el monto que el Honorable Tribunal determine, por concepto de multas por no conformidades.

**F. Con respecto a las presencia de agua en la Tubería.**

10. Que se declare que COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, incumplieron el contrato perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil para la prestación de los Servicios de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga en tubería de 12" de diámetro y 170,066 km de longitud aproximada No. 002, al no garantizar la construcción del gasoducto de conformidad con lo estipulado en el señalado contrato y en las normas técnicas que rigen la materia, al dejar de forma negligente agua en la tubería, y en consecuencia de lo anterior:

10.1. Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A E.S.P. la suma de SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES QUINTOS MIL PESOS M/CTE. (\$6.633.500.000.00) o el monto que el Honorable Tribunal determine, por concepto de perjuicios por lucro cesante sufridos por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. por la imposibilidad de operar el Gasoducto Gibraltar Bucaramanga entre el 14 de octubre de 2011 y el 7 de diciembre del 2011.

10.2. Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A E.S.P. la suma de DOS MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA MIL PESOS M/CTE. (\$2.524.990.000.00) o el monto que el Honorable Tribunal determine, por el daño emergente sufrido

*por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. correspondiente al costo del retiro del agua de la tubería.*

**G. Con respecto a las reclamaciones de terceros.**

11. Que se declare que COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, incumplieron el contrato perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil para la prestación de los Servicios de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga en tubería de 12" de diámetro y 170,066 km de longitud aproximada No. 002, al incumplir el artículo 44 de la misma, consistente en dejar indemne a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. frente a los incumplimientos de los subcontratistas del Consorcio y a las reclamaciones de terceros, y en consecuencia de lo anterior:

11.1. Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A E.S.P. el monto que el Honorable Tribunal determine, por el daño emergente sufrido por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. a causa de los pagos a terceros que efectuó y que un futuro efectúe por concepto de indemnizaciones de perjuicios de perjuicios y deudas que debía asumir y cancelar el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, los cuales a la fecha asciende a la suma de MIL SETECIENTOS DIECIOCHO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA MIL PESOS M/CTE. (\$1.718.840.000.oo).

11.2. Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A E.S.P. la suma de CIENTO DOCE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS M/CTE. (\$112.350.000.oo) o el monto que el Honorable Tribunal determine, por concepto de gastos de administración por los pagos efectuados por TRANSORIENTE a terceros por indemnización de perjuicios y deudas del CONSORCIO COSACOL CONFURCA, de conformidad con los estipulado en el artículo 20 de la Oferta Mercantil aceptada por TRANSORIENTE.

**H. Con respecto a los cruces de línea en operación.**

12. Que se declare que COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, en cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil para la prestación de los Servicios de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga en tubería de 12" de diámetro y 170,066 km de longitud aproximada No. 002, construyeron solamente diecinueve (19) de los cincuenta (50) cruces de línea en operación pagados por TRANSORIENTE, a un precio unitario por cruce especial de VEINTITRÉS MILLONES NOVECIENTOS

*OCHENTA MIL DOSCIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE. (\$23,980,227) o la suma que el Honorable Tribunal determine.*

*13. Que se declare que COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, se encuentran obligadas a reintegrar a TRANSORIENTE el precio de los 31 cruces de línea en operación pagados por TRANSORIENTE, pero no construidos, y en consecuencia de lo anterior:*

*13.1. Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. la suma de NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS M/CTE. (\$966.400.000.oo) o el monto que el Honorable Tribunal determine, por concepto de reintegro del precio de los 31 cruces de línea en operación pagados por TRANSORIENTE S.A. E.S.P., pero no construidos por los demandados.*

**I. *Con respecto a la tubería dañada o faltante.***

*14. Que se declare que dentro de la construcción del gasoducto Gibraltar Bucaramanga, COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, dejaron inservible dos mil setecientos noventa metros (2.790 mts.) de tubería de propiedad de TRANSORIENTE, por valor total de NOVECIENTOS DIECISIETE MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS M/CTE. (\$917.550.000.oo) o la suma que el Honorable Tribunal determine, y en consecuencia de lo anterior:*

*14.1. Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. la suma de NOVECIENTOS DIECISIETE MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL PESOS M/CTE. (\$917.550.000.oo) o el monto que el Honorable Tribunal determine, por concepto de resarcimiento de perjuicios por el daño de dos mil setecientos noventa metros (2.790 mts.) de tubería de su propiedad.*

**J. *Con respecto a los acuerdos de pago.***

*15. Que se declare que COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, aceptaron reconocer y pagar a TRANSORIENTE S.A. E.S.P., la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL PESOS M/CTE. (\$248.980.000.oo) o la suma que el Honorable Tribunal determine por concepto de Variantes constructivas y ambientales y daños a terceros dentro del Derecho de Vía del gasoducto Gibraltar Bucaramanga y en consecuencia de lo anterior:*

*15.1. Se condene solidariamente a COSACOL S.A.S. y CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, a pagar a TRANSORIENTE S.A E.S.P. la suma de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA MIL PESOS M/CTE. (\$248.980.000.00) o el monto que el Honorable Tribunal determine, que aceptaron reconocerle y pagarle por concepto de Variantes constructivas y ambientales y daños a terceros dentro del DDV del gasoducto Gibraltar Bucaramanga.”*

#### 5.4. CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN Y EXCEPCIONES

El Consorcio se opuso a la demanda de reconvención, pidió pruebas y presentó las siguientes excepciones de mérito:

- i. Mala fe.
- ii. Incumplimiento del deber de información y ruptura de la legítima confianza entre los contratantes.
- iii. Abuso de la posición dominante.
- iv. Excepción de contrato no cumplido.
- v. Fuerza mayor y caso fortuito (Otrosí No. 2).
- vi. Culpa exclusiva de la víctima.
- vii. Hecho de un tercero (en relación con la presencia de agua en tuberías).
- viii. Cumplimiento de obligaciones contractuales del Consorcio.
- ix. Inexistencia de daños ilícitos pues se habrían atribuido por conductas exclusivamente imputables a TRANSORIENTE.

#### 5.5. DESARROLLO DEL TRÁMITE

Como se dijo, la demanda fue presentada en forma el 28 de marzo de 2012 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>10</sup> que procedió a comunicar las designaciones efectuadas de mutuo acuerdo por las partes.

---

<sup>10</sup> Cdno. Ppal. No. 1, Fls. 1 a 43.

Los árbitros que integran este Tribunal aceptaron dentro de la oportunidad legal<sup>11</sup> por lo que procedieron entre otros asuntos a instalar el arbitraje, designar al Secretario quien a su turno aseguró cumplir los deberes propios de su cargo (D. 2279/89, Art. 20)<sup>12</sup>, fijar la sede del Tribunal y calificar la demanda mediante Auto No. 1. La demanda fue admitida mediante Auto No. 2 proferido en la misma oportunidad<sup>13</sup>.

El 11 de mayo de 2012 se notificó el auto admisorio de la demanda de forma personal al apoderado judicial principal de la Convocada.

El 25 de junio de 2012 y previo requerimiento sobre la naturaleza jurídica de la Convocada y su controlante, el Tribunal adoptó decisión según la cual resolvió adoptar el trámite legal<sup>14</sup> para adelantar el arbitraje.

TRANSORIENTE dio contestación oportuna y de forma legal a la demanda arbitral<sup>15</sup> y a su turno presentó demanda de reconvención<sup>16</sup>, la cual fue admitida mediante Auto No. 4<sup>17</sup>.

El 10 de agosto de 2012, el Agente del Ministerio Público recibió notificación personal del auto admisorio de la demanda de reconvención y retiró los anexos<sup>18</sup>, sin que hubiera pronunciamiento dentro del término de traslado.

El Consorcio contestó oportunamente la demanda de reconvención<sup>19</sup>. Teniendo en cuenta que en ambas contestaciones se incluyeron excepciones de mérito, el Secretario corrió traslado de las mismas en los términos previstos en los artículos 428 a 430 del Código de Procedimiento Civil<sup>20</sup>.

Mediante Auto No. 5, el Tribunal convocó a las partes para adelantar la Audiencia de Conciliación, la cual se llevó a cabo después de dos (2) suspensiones decretadas en Autos No. 6 y 7 a solicitud de las partes.

---

<sup>11</sup> (i) Gustavo Cuberos Gómez: Cdno. Ppal. No. 1, Fl. 77, (ii) Ernesto Rengifo García: Cdno. Ppal. No. 1, Fl. 81 y; Juan Carlos Expósito Vélez: Cdno. Ppal. No. 1, Fl. 93.

<sup>12</sup> Cdno. Ppal. No. 1, Fls. 128 a 132 y 135.

<sup>13</sup> "4. Fijar como lugar de funcionamiento y secretaría, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicado en la Avenida El Dorado No. 68D-35, piso 3º, de esta ciudad, sin perjuicio de que los apoderados de las partes puedan presentar memoriales en la oficina del señor Presidente, ubicada en (la) Carrera 12 No. 71-33 (...)"

<sup>14</sup> Cdno. Ppal. No. 1, Fls. 317 a 319.

<sup>15</sup> Cdno. Ppal. No. 1, Fls. 149 a 187.

<sup>16</sup> Cdno. Ppal. No. 1, Fls. 198 a 279.

<sup>17</sup> Cdno. Ppal. No. 1, Fls. 345 y 346.

<sup>18</sup> Cdno. Ppal. No. 1, Fl. 344.

<sup>19</sup> Cdno. Ppal. No. 1, Fls. 351 a 420.

<sup>20</sup> Cdno. Ppal. No. 1, Fl. 421.

El 27 de noviembre de 2012 concluyó la audiencia de conciliación la cual se declaró fallida mediante Auto No. 8 y se señalaron las sumas por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, así como de funcionamiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y protocolización, tal como aparece en el Auto No. 9<sup>21</sup>. Las partes oportunamente consignaron las sumas ordenadas a su cargo.

El 16 de enero de 2013, la Convocante presentó reforma integrada de la demanda<sup>22</sup>, la cual fue admitida mediante Auto No. 10<sup>23</sup> y contestada oportunamente por la Convocada<sup>24</sup>. Por lo anterior, se corrió el traslado de las excepciones de mérito incluidas en la contestación<sup>25</sup> dentro del cual la Convocante pidió pruebas adicionales<sup>26</sup>.

El 7 de febrero de 2013 se adelantó la Primera Audiencia de Trámite en la cual el Tribunal entre otras, se declaró competente (Auto No. 12) y decretó pruebas de oficio<sup>27</sup> y las solicitadas por las partes, salvo las inspecciones que fueron pospuestas (Auto No. 13).

Dentro de la etapa de instrucción, el Tribunal realizó una inspección judicial oficiosa con intervención de perito técnico al trazado del Gasoducto de forma terrestre y aérea, recibió las declaraciones de parte, múltiples testimonios, exhibiciones de documentos en poder de las partes y de terceros, múltiples documentales aportadas por las partes así como las remitidas por la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS (CREG) como se ordenó, así como dictámenes técnicos y financieros aportados por las partes y otros practicados durante el proceso que fueron parcialmente objetados por la Convocante<sup>28</sup>. Dentro de las objeciones, a su vez se decretaron y practicaron nuevas pruebas. Las documentales incorporadas así como las transcripciones fueron objeto de los respectivos trasladados legales a las partes y al Ministerio Público.

En su oportunidad, el Tribunal indagó a las partes para que pusieran de presente cualquier asunto que pudiera invalidar lo actuado frente a lo cual tanto las Partes como el Ministerio Público manifestaron expresamente su conformidad con el trámite arbitral, como dan cuenta las Actas 29 y 30.

El 18 de marzo de 2014 se llevó a cabo la audiencia de alegaciones finales en la cual intervinieron las partes en forma oral y entregaron resúmenes escritos de sus alegatos. Mediante Auto No. 72, el Tribunal autorizó al Agente del Ministerio Público para que

---

<sup>21</sup> Cdno. Ppal. No. 1, Fls. 461 a 467.

<sup>22</sup> Cdno. Ppal. No. 2, Fls. 1 a 102.

<sup>23</sup> Cdno. Ppal. No. 2, Fls. 105 a 107.

<sup>24</sup> Cdno. Ppal. No. 2, Fls. 108 a 159.

<sup>25</sup> Cdno. Ppal. No. 2, Fl. 163.

<sup>26</sup> Cdno. Ppal. No. 2, Fls. 164 a 167.

<sup>27</sup> La prueba de oficio fue coadyuvada por el Agente del Ministerio Público mediante memorial del 30 de enero de 2013 que obra en el Cdno. Ppal. No. 2, Fl. 168.

<sup>28</sup> Cdno. Ppal. No. 3, Fl. 296 a 315.

rindiera su concepto el 25 de abril de 2014, fecha en que efectivamente fue entregado<sup>29</sup> para los efectos previstos en el artículo 2º numeral 6º de la Resolución 270 de 2001 del Procurador General de la Nación y señaló la fecha para la lectura del Laudo Arbitral.

Debido a la extensión del Concepto presentado por la Agencia del Ministerio Público, el Tribunal se remite al escrito respectivo cuya ubicación ya fue mencionada y transcribe las conclusiones del mismo a continuación:

**"2.19.- CONCLUSIONES.**

**2.19.1.- Para esta Agencia del Ministerio Público, de conformidad con los dictámenes periciales, las declaraciones de los peritos, los testimonios recepcionados y demás material probatorio, los estudios elaborados por GRADEX, entregados por TRANSORIENTE, y denominado "Estudios Preliminares", entregados a título "informativo", se pueden tener como preliminares respecto a la etapa o momento en que se entregaron, o sea como una información previa a, pero por su contenido son DEFINITIVOS Y COMPLETOS, ya que en su forma cumplieron con la normatividad colombiana que los hacia definitivos y por su contenido cumple con todas las especificaciones y requisitos que los hacia idóneos para su finalidad, que era informar las características geológicas, morfológicas y sísmicas del terreno en donde se construiría el Gasoducto de Gibraltar – Bucaramanga. Otra cosa, es determinar si con ellos se cumplió con el deber de información.**

**2.19.2.- La información entregada por Transoriente cumplía con la característica de ser una información completa y definitiva; razón por la cual, resulta claro que si para los peritos expertos y los contratistas con experiencia en la ejecución de esta clase de obras, la información es completa y definitiva, pues así se debe entender para todos los efectos técnicos y legales del presente proceso, razón por la cual el Consorcio adelantó la verificación y validación de la información, y determinaron que no era necesario adelantar estudios complementarios, o de campo, teniendo en cuenta además, que el resultado de ellos mostraba una homogeneidad en la clase de suelo encontrado. Pero además de no ser necesario, el tiempo con que contaban no era suficiente, y no se puede pretender que los posibles oferentes adelantaran estudios de verificación de la información respecto a la calidad o clase de suelo que existe a lo largo del terreno por donde se construyó el gasoducto, o estudios complementarios, ello requeriría un tiempo, al menos igual al de duración del que realizó Gradex, es decir de 8 meses. Adicionalmente, no se trataba de un terreno de**

---

<sup>29</sup> Cdno. Ppal. No. 4, Fls. 123-231.

*fácil acceso, que permitiera hacer una pruebas selectivas. Esta claro en el expediente, que se trata de 170 kilómetros que atraviesan la cordillera oriental, y de los cuales muchos pasan por bosques y montañas de muy difícil acceso, tal como lo pudo observar directamente éste Agente del Ministerio Público, conjuntamente con los señores Árbitros y el secretario del Tribunal, en la diligencia de inspección judicial que se práctico al inicio del proceso, por lo cual no se puede alegar una falta de diligencia, máxime si la información suministrada era completa. Es decir, que el consorcio, teniendo en cuenta la calidad de la información, y la válida confianza que debe existir entre contratistas, actúo de manera correcta, validando y verificando la información para elaborar y presentar su propuesta.*

**2.19.3.-** *La presencia de roca en la ejecución de la obra en cantidades no previstas, que se alejan enormemente de cualquier margen de error previsible, la influencia en los retrasos en la ejecución de la misma, las mayores dificultades, los mayores costos, etc, llevan a la conclusión de que la información entregada por Transorient S.A. ESP, no es veraz ni auténtica, ya que no corresponde con la realidad encontrada por el consorcio al momento de ejecutar la obra.*

**2.19.4.-** *El hecho de que haya aparecido la cantidad de roca que finalmente apareció a lo largo de los 170 kilómetros por los que se construyó el gasoducto, podría entenderse en principio como un error de los resultados del estudio, atribuible a la empresa que lo realizo (sic) y contractualmente a la parte que los suministró, pero el hecho de que se haya comprobado que en al menos 76 de los 190 sitios específicos en que se dice en el estudio de Gradex que se hicieron los apiques, presentando un resultado de suelos muy blandos, blandos o duros, haya aparecido roca, (tal como se pudo establecer con la comparación y cruce de información que se hizo entre los sitios de los apiques del estudio y las planillas o actas de zanjado, bajado y tapado), es un hecho que no admite una explicación valedera, y que se debe entender como una clara y evidente violación del principio de la buena fe, circunstancia que deberá producir, no solo todas las consecuencias frente a las pretensiones de la demanda, sino además todas las que legalmente corresponda.*

**2.19.5.-** *Transorient S.A. no cumplió con el deber de información. Puede que la información se haya entregado oportunamente durante la etapa precontractual; igualmente, de acuerdo con las pruebas allegadas, se estableció que la información entregada, concretamente los estudios de Gradex, reúnen los requisitos de ser completos y definitivos, pero no se cumple con el requisito indispensable e indiscutible de que los mismos sean veraces y reales, ya que las características del suelo según los estudios no*

*coinciden con los encontrados durante la ejecución de las obras, observándose unas diferencias muy grandes, por fuera de los límites de un margen de error admisible.*

**2.19.6.-** *De conformidad con las pruebas allegadas y practicadas dentro del proceso se evidencio (sic) y estableció que la información sobre la línea regular del proyecto no era correcta ni completa, que existían deficiencias en los diseños del trazado, que se incumplió con el derecho de vía, y que los temas prediales, de permisos y cruces no estaban resueltos totalmente. Por tales razones, se afectó el normal desarrollo del proyecto, se causó necesariamente una serie de trabajos, dificultades y mayores costos para el constructor y de modo similar implicaron mayores costos al contratista, traducidos en maquinaria y personal, y por lo tanto deben ser reconocidas a este, razón por la cual solicita este despacho que se acceda a las pretensiones, relacionadas con estos temas.*

**2.19.7.-** *Es evidente que la presencia del fenómeno de la niña, que produjo una fuerte ola invernal imprevisible, que no solo retraso los trabajos, sino que ocasiono daños que demoraron aun más los avances de las obras, sustentado en informes del IDEAM, y reconocido en varias sesiones de la Junta Directiva por el Presidente de Transoriente S.A ESP, es un claro caso de Fuerza Mayor, razón por la cual, las consecuencias económicas de los retrasos deberán ser asumidas por el dueño de la obra, ya que no corresponde al alea normal del contrato, y en consecuencia para ésta Agencia del Ministerio Público le asiste derecho a las pretensiones del consorcio convocante.*

**2.19.8.-** *De conformidad con los términos del contrato el consorcio contratista tiene derecho a recibir una utilidad equivalente al 7% del valor total del contrato. Ahora, la propuesta y aspiración de recibir ese porcentaje como utilidad se presentó sobre la base de que la obra se ejecutaría en un terreno con suelo muy blando, blando y duro, según el informe de Gradex, entregado por Transoriente, con un derecho de vía despejado, con permisos al día, etc. No obstante, como ya quedó establecido, la verdad es que en la zona de ejecución de la obra apareció roca en un porcentaje superior al 40%, y así se ejecuto la obra. También se estableció en este proceso, que esa circunstancia ocasiono una mayor dificultad constructiva, mayor inversión, mayor utilización de maquinaria, equipos y personal, mayor tiempo de duración de la obra, entre otras; razón por la cual, no obstante la indefinición y los inconvenientes aducidos por los señores peritos, se encuentra que dadas las circunstancias de mayor complejidad invocadas y demostradas, es entendible, admisible y viable que en aplicación de los principios de justicia y proporcionalidad, se le reconozca al constructor un porcentaje mayor al 7% por concepto de utilidad, que*

***desde luego no puede ser sobre el total del monto del contrato, sino que deberá ser sobre una parte que sea proporcional y equivalente respecto al porcentaje y cantidad de roca que apareció. El convocante esta aspirando a un 5% adicional. Al respecto, nos parece que de acuerdo con las circunstancias probadas en el proceso, les corresponderá a los señores Árbitros, en su leal saber y entender, determinar cual es ese porcentaje mayor, que en justicia le correspondería, de manera proporcional. Ahora, resulta de utilidad la invocación y utilización del Artículo 16 de la Ley 446 de 1998, de acuerdo a los principios de la reparación integral y la equidad, para la reparación del daño.***

**2.19.9.-** *Del material probatorio obrante en el proceso, especialmente de la prueba pericial, encontramos por la gestión administrativa del Consorcio se presentó un ahorro por el alquiler de maquinaria por un monto de \$17.053.019.079,12, si incluimos a Confurca y Cosacol como terceros al momento de alquilar la maquinaria, ó de \$15.238.809.234,54, si no tomamos como terceros a Confurca y Cosacol, y por la subcontratación un ahorro por la suma de \$4.201.491.734. Siendo así solicitamos al honorable Tribunal que accedan a las pretensiones relacionadas con el ahorro por alquiler de la maquinaria y subcontratación.*

**2.19.10.-** *De conformidad con el Dictamen Pericial contable, el Perito estableció que en la contabilidad del consorcio y de Confurca se registran unos costos y gastos adicionales relacionados con la ejecución del Gasoducto Gibraltar-Bucaramanga, en una cuantía exactamente idéntica a la pretendida. Y con el dictamen presentado con la objeción parcial por error grave, el perito señaló que si es posible establecer los costos de cada contrato pese a no haber centros de costos independientes.*

**2.19.11.-** *En varias de las actas de la Junta Directiva de Transoriental, aportadas al expediente, se observa que en algunas de ellas el Presidente informó que las fuertes lluvias que se han presentado y los problemas del derecho de vía, como los permisos para el paso compartido con Ecopetrol con el oleoducto Caño Limón – Coveñas, han (sic) retrasado las obras, y han hecho perder muchos días de trabajo. Esta información se constituye en un elemento de prueba del reconocimiento de la parte Directiva de Transoriental, sobre los temas de lluvia y derecho de vía.*

*No obstante, llama la atención que en las Actas revisadas y citadas en los numerales correspondientes de éste concepto, no se observa que en los informes se haga referencia a la presencia de roca en el proceso de construcción, cuando fue la mayor causa de los retrasos, de los problemas, reclamaciones e inconvenientes que se ventilaron entre las partes*

*durante la ejecución del contrato, solo en una de ellas se dice que el consorcio reclamó por ello, pero nada más.*

**2.19.12.-** *Si meramos (sic) si el contrato se ejecutó dentro del plazo inicialmente acordado por las partes, se observa que no fue así, las partes de común acuerdo suscribieron varias adiciones y prorrogas. Entonces, desde ese punto de vista, podría decirse que en (sic) consorcio incumplió con los plazos del contrato, pero están de por medio las prórrogas.*

*Pero además, se ha establecido en este concepto que las demoras no fueron por causas imputables al consorcio, sino por causas atribuibles a Transorient S.A. ESP, que incumplió con el deber de brindar y suministrar la información debida en la etapa precontractual, en la medida en que no correspondió con la realidad, incumplió con el derecho de vía, permisos, diseños etc, tal como se ha referido arriba, y también por causa de fuerza mayor, como el caso de la fuerte ola invernal que se presentó por el denominado fenómeno de la niña.*

*Es decir, que quien incumplió (sic) con sus obligaciones precontractuales y contractuales fue Transorient, razón por la cual no existe incumplimiento atribuible al consorcio y en esa medida se deberán (sic) denegar las pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN, ya que las mismas están sustentadas sobre el presunto incumplimiento de las obligaciones del consorcio.*

*En los anteriores términos presento el concepto de esta Procuraduría, orientado por el respeto al orden jurídico, la defensa del patrimonio público y el respeto a las garantías y derechos fundamentales.”*

## 5.6. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Recuérdese que la Primera Audiencia de Trámite culminó el 7 de febrero de 2013<sup>30</sup> por lo que el término de duración inicialmente vencería el 6 de agosto de 2013. A dicho término debe adicionarse los términos de las once (11) solicitudes de suspensión presentadas conjuntamente en las partes en oportunidades durante los períodos que se relacionan a continuación:

Susp.	Acta	Auto	Fecha	Cdno.	Fl.	Inicio	Hasta <sup>31</sup>	Días
1	11	14	7/Feb/2013	2	194	8/Feb/2013	9/Mar/2013	29
2	14	19	13/Mar/2013	2	264	14/Mar/2013	19/Mar/2013	6

---

<sup>30</sup> Acta No. 11 Cdno. Ppal. No. 2 Fl. 14.

<sup>31</sup> Ambas fechas incluidas.

3	15	25	20/Mar/2013	2	296	21/Mar/2013	7/Abr/2013	18
4	18	32	10/Abr/2013	2	357	16/Abr/2013	22/May/2013	37
5	21	44	19/Jun/2013	3	46	20/Jun/2013	8/Jul/2013	19
6	25	54	22/Jul/2013	3	212	26/Jul/2013	30/Sep/2013	67
7	28	63	18/Nov/2013	3	364	22/Nov/2013	2/Dic/2013	11
8	29	66	3/Dic/2013	3	386	4/Dic/2013	12/Dic/2013	9
9	29	66	3/Dic/2013	3	386	19/Dic/2013	26/Ene/2014	39
10	30	71	27/Ene/2014	3	405	28/Ene/2014	17/Mar/2014	49
11	31	73	18/Mar/2014	4	119	19/Mar/2014	3/Jun/2014	77
								<b>Total días</b> <b>361</b>

Teniendo en cuenta la fecha en la cual se surtió la primera audiencia de trámite y las suspensiones solicitadas de común acuerdo por las Partes y decretadas por el Tribunal, los seis (6) meses para proferir el Laudo Arbitral previstos en el artículo 126 del Decreto 1818 de 1998<sup>32</sup> vencerían el *3 de agosto de 2014*.

Adicionalmente, el Tribunal había ordenado la prórroga del término de duración mediante Auto No. 74<sup>33</sup>, decisión que fue revocada bajo el entendido que ya no sería necesaria para proferir esta decisión.

## 6. PRESUPUESTOS PROCESALES

A continuación, el Tribunal entrará a pronunciarse sobre la concurrencia de los presupuestos procesales, que le permiten entrar a decidir de fondo el asunto<sup>34</sup>:

<sup>32</sup> *Si en el compromiso o en la cláusula compromisoria no se señalare el término para la duración del proceso, éste será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite.*

*El término podrá prorrogarse hasta seis (6) meses, a solicitud de las partes o de sus apoderados con facultad expresa para ello. A este término se adicionarán al término los días en que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso.*

<sup>33</sup> En esa ocasión el Tribunal expuso que: *"El presente arbitraje ha sido conducido por el trámite legal habida cuenta de la naturaleza jurídica de la Convocada, según se resolvió en el Auto No. 4 que se encuentra en firme. Por ello, resulta aplicable el artículo 70 inciso 4º de la Ley 80 de 1993 en virtud del cual puede prorrogarse el término de duración de la habilitación conferida al Tribunal por la mitad del término legal, como una precaución necesaria aun cuando advierte que proferirá el Laudo Arbitral y atenderá las eventuales solicitudes de adición y aclaración que lleguen a surgir".*

<sup>34</sup> En doctrina autorizada: *"Se entiende por presupuestos procesales "los requisitos indispensables para la formación y desarrollo normal del proceso y para que éste pueda ser decidido en el fondo mediante una sentencia estimatoria"* (Corte Suprema de Justicia, cas. Feb. 21 de 1996, "G.J.", t. CXV, pág. 129. En el mismo sentido Tribunal Superior de Bogotá, sentencia abril 21 de 1971, ponente: Marco Gerardo Monroy, en Diario Jurídico, vol. XXI, núm. 1036, pág. 236.), *habiéndose señalado como tales "demanda en forma, competencia del juez, capacidad para ser parte y capacidad para obrar procesalmente"* (...)

## 6.1. Competencia del Tribunal Arbitral.

El Tribunal es competente de acuerdo con los lineamientos expuestos al decidir sobre su propia competencia en la Primera Audiencia de Trámite mediante Auto No. 12<sup>35</sup> que se encuentra en firme puesto que no fue recurrido por las Partes ni el Ministerio Público.

## 6.2. Capacidad jurídica y capacidad para ser parte.

Al respecto, la legislación procesal exige lo siguiente:

**"Artículo 44.- Modificado por el Decreto 2282 de 1989, Artículo 1,  
Num. 16. Capacidad para ser parte y para comparecer al proceso.  
Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso.**

Tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales.

Las personas jurídicas comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la constitución, la ley o los estatutos. (...)"(resaltado por fuera del texto).

En concordancia con lo anterior:

*"La doctrina<sup>36</sup> y la jurisprudencia<sup>37</sup> han coincido en señalar que la capacidad para ser parte es la aptitud legal que se tiene para ser sujeto de la relación*

---

*De no estar reunidos estos requisitos, de acuerdo con los repetidos fallos de la Corte, no es posible dictar sentencia estimatoria o desestimatoria sino inhibitoria, la cual tiene como característica esencial ponerle fin al proceso pero no hacer tránsito a cosa juzgada. (...)*

*En efecto, la Corte ha recordado que de no hallarse presentes los presupuestos procesales "se impone al fallador, dado el carácter jurídico-público en la relación procesal, el declarar oficiosamente, antes de entrar a conocer y decidir sobre las pretensiones y excepciones deducidas por los litigantes, si existen o no los presupuestos del proceso" (...)"* (Hernán Fabio López Blanco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo I, Parte General, Dupré Editores, Bogotá, 2002, Págs. 965 a 967.).

<sup>35</sup> Cdno. Ppal. No. 2, Fls. 174 a 176.

<sup>36</sup> Nota original de la sentencia citada: Para el tratadista Hernando Devís Echandía en su libro *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso* Tomo I,, "la capacidad para ser parte en un proceso, significa ser sujeto de la relación jurídica procesal, es decir, actuar como demandante, demandado, sindicado, interveniente, etc.. En consecuencia, toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso, artículo 44 del C. de P.C.". En el sentido ver: GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I. Instituto de Estudios Políticos de Madrid, impreso por Gráficas Hergon.

<sup>37</sup> Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 12 de agosto de 2003; Radicación número: 11001-03-15-000-2003-00330-01(S-330).

*jurídico – procesal, es la capacidad que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones procesales, para realizar directamente o por intermedio de sus representantes actos procesales válidos y eficaces, así como para asumir las cargas y responsabilidades que se desprendan del proceso.*

*El artículo 44 del C. de P.C., dispone que toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso y que tienen la capacidad para comparecer por sí mismas las personas que pueden disponer de sus derechos; las demás deben comparecer por medio de sus representantes o debidamente autorizados por éstos con sujeción a las normas sustanciales.*

*Particularmente, en lo que a las personas jurídicas concierne, la misma norma prevé que éstas deben comparecer al proceso por medio de sus representantes con arreglo a lo dispuesto por la Constitución la ley o los estatutos*<sup>38</sup>.

Es así como tratándose de un consorcio, este puede concurrir por conducto de su representante legal –aún sin integrar una nueva personería jurídica– como recientemente lo sostuvo el Consejo de Estado<sup>39</sup>, o por conducto de las sociedades que lo integran como ocurrió en este caso, en que el Tribunal encontró que las partes tienen plena capacidad para ser parte y comparecer al proceso arbitral y como prueba de ello obran los certificados de existencia y representación legal respectivos<sup>40</sup>.

Finalmente, el Tribunal encuentra que las partes comparecen por conducto de sus apoderados judiciales principales y suplentes legalmente constituidos (C. de P. C., Art. 66 y 67) mediante los poderes arrimados al expediente<sup>41</sup>, cuya personería fue reconocida a los apoderados principales en el Auto No. 1 numeral 50<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 25 de marzo de 2010; Consejera ponente: Myriam Guerrero de Escobar; Radicación No.: 25000-23-26-000-1999-02563-02(36489); Actor: Contraloría Distrital de Bogotá. Demandado: Carlos Ariel Sánchez Torres. Citado en Consejo de Estado – Sala Plena, Sentencia de unificación de jurisprudencia del 25 de septiembre de 2013, Exp. 19.933, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>39</sup> Consejo de Estado – Sala Plena, Sentencia de unificación de jurisprudencia del 25 de septiembre de 2013, Exp. 19.933, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>40</sup> Cdno. de Pruebas No. 1, Fls. 50 a 53, Fls. 54 y 55 y Fls. 56 a 58.

<sup>41</sup> Cdno. Ppal. No. 1, Fls. 46 a 49 y 65 y 66.

<sup>42</sup> Cdno. Ppal. No. 1, Fl. 130.

C. de P. C., Art. 303: "(...) Sólo se mencionarán los nombres de los apoderados judiciales, cuando se reconozca su personería o se les imponga alguna condena. (...)"

### 6.3. Competencia y naturaleza jurídica de TRANSORIENTE.

El Tribunal resolvió sobre el trámite a adoptar para conocer de la presente controversia mediante Auto No. 4 de fecha 25 de junio de 2012<sup>43</sup>, providencia que fue proferida sin ningún pronunciamiento de las partes o el Ministerio Público, ni recursos en contra.

Los motivos aducidos por el Tribunal para fundamentar su competencia y el trámite que debía dársele al proceso arbitral, fueron los siguientes:

En primer lugar, se aclaró que Transoriente S.A. E.S.P. está compuesta por cinco empresas, así:

Accionista	Porcentaje de Participación en TRANSORIENTE
PROMIGAS S.A. E.S.P.	73.27%
GAS NATURAL DEL ORIENTE S.A. E.S.P.	20%
ELECTRIFICADORA DE SANTANDER S.A. E.S.P. (ESSA)	6.73%
GASPROM S.A.	0.00041%
PROMIGAS SERVICIOS INTEGRADOS S.A.	0.00041%

También se adujo que una de las anteriores empresas, Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. es de capital mixto, lo que a su vez implica que el capital de TRANSORIENTE sea mixto.

Por esta razón, al presente proceso se le dio el trámite legal para el arbitraje, y no el institucional, pese a lo que se pactó en un principio por las partes. Ello, porque sin importar el monto del porcentaje que representa el capital público en Transoriente, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 13 de la Ley Estatutaria 270 de 1996 (mod. L. 1285/2009, Art. 6º-3), *"Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en los términos que señale la ley. Tratándose de arbitraje, en el que no sea parte el estado o alguna de sus Entidades, los particulares podrán acordar las reglas de procedimiento a seguir, directamente o por referencia a la de un Centro de Arbitraje, respetando, en todo caso los principios Constitucionales que integran el debido proceso"*.

Además se aclaró que las controversias de las cuales habría de conocer el Tribunal, esto es, las relativas a la celebración y ejecución del Contrato de Construcción y la condena en perjuicios, son susceptibles de transacción de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2469 y siguientes del Código Civil, pues son relativas al fisco interno de los interesados con eventuales consecuencias patrimoniales, que además se encuentran comprendidas

---

<sup>43</sup> Cdno. de Pruebas No. 1, Fls. 317 y ss.

dentro del alcance de la cláusula compromisoria pactada en los contratos suscritos por las partes.

Por los anteriores motivos, el Tribunal resolvió dar al proceso el trámite legal, y ordenar la notificación al Ministerio Público para lo pertinente.

Ahora bien, frente a la naturaleza jurídica de TRANSORIENTE, es preciso reiterar que se trata de una entidad descentralizada indirecta, constituida como una sociedad anónima prestadora de servicios públicos.

En principio se diría que se trata de una Empresa de Servicios Públicos privada, en los términos del numeral 14.7 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, pues su *"capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas que someten a los particulares"*, norma que se aplica debido a que TRANSORIENTE presta servicios públicos domiciliarios de gas combustible, actividad que se encuentra en el ámbito de aplicación de dicha ley.

Sin embargo, es preciso aclarar que la Corte Constitucional, en sentencia de 19 de septiembre de 2007, estimó que no puede determinarse si una sociedad por acciones prestadora de servicios públicos es o no una sociedad de economía mixta por la cuantía o el porcentaje del capital público y privado que concurren en ella, sino que se trata de una tipología especial denominada *"empresa de servicios públicos"*, y que por ello no pueden igualarse a la anterior categoría:

*"La Corte estima que la naturaleza y el régimen jurídico especial de la prestación de los servicios públicos dispuesto por el constituyente en el artículo 365 de la Carta impiden considerar que las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones, en las cuales concurren en cualquier proporción el capital público y el privado, sean "sociedades de economía mixta". A juicio de la Corporación, y por lo dicho anteriormente, se trata de entidades de tipología especial expresamente definida por el legislador en desarrollo de las normas superiores antes mencionadas, que señalan las particularidades de esta actividad. Ahora bien, dentro de esa categoría especial diseñada por el legislador y llamada "empresa de servicios públicos", resulta obvio que la ley puede establecer diferencias de regulación que atiendan a distintos factores o criterios de distinción, uno de los cuales puede ser el porcentaje de la participación accionaria pública presente en las empresas de servicios públicos constituidas bajo la forma de sociedades por acciones. Estas diferencias de régimen están constitucionalmente justificadas, en cuanto hacen posibles las condiciones jurídicas que favorecen la asociación de los particulares con el Estado a fin a lograr la adecuada prestación de los servicios públicos. Ciertamente, el legislador puede regular de manera diferente situaciones de*

*hecho también distintas, más cuando este trato jurídico diverso permite cumplir ese objetivo superior de eficiencia en la prestación de los servicios públicos, que la propia Constitución Política en su artículo 365 define que como vinculado a "a la finalidad social del Estado"<sup>44</sup>.*

Manifestó además la Corte Constitucional que por las anteriores razones, debe entenderse que la diferenciación contenida en la Ley 142 de 1994 frente a las tipologías de sociedad según el porcentaje de capital público y privado que las conforman (entiéndase empresa de servicios públicos oficial, mixta y privada), está dirigida a determinar el régimen jurídico al que se verá sometida. Véase:

*"Distintos pronunciamientos de la Rama Judicial han llegado a interpretaciones contrarias en lo relativo a si las empresas de servicios públicos mixtas (con participación mayoritaria de capital público o participación igualitaria de capital público y privado) y las empresas de servicios públicos privadas (con participación minoritaria de capital público) son o no sociedades de economía mixta. Al parecer de la Corte, la interpretación según la cual las empresas de servicios públicos son sociedades de economía mixta resulta contraria a la Constitución. Ciertamente, según se dijo arriba, del artículo 365 superior se desprende que el régimen y la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos es especial; además, del numeral 7º del artículo 150 de la Carta, se extrae que el legislador está constitucionalmente autorizado para crear o autorizar la creación de "otras entidades del orden nacional", distintas de los establecimientos públicos, las empresas comerciales e industriales de Estado y las sociedades de economía mixta. Por todo lo anterior, la Corte encuentra que cuando el numeral 6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 dispone que una empresa de servicios públicos mixta "(e)s aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tienen aportes iguales o superiores al 50", y cuando el numeral 7 de la misma disposición agrega que una empresa de servicios públicos privada "(e)s aquella cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares, o a entidades surgidas de convenios internacionales que deseen someterse íntegramente para estos efectos a las reglas a las que se someten los particulares", simplemente está definiendo el régimen jurídico de esta tipología especial de entidades, y estableciendo para este propósito diferencias fundadas en la mayor o menor participación accionaria pública"<sup>45</sup>.*

Para el Tribunal es claro entonces, que TRANSORIENTE es una empresa de servicios públicos que en virtud de la naturaleza privada de la mayoría de su capital, debe

---

<sup>44</sup> Corte Constitucional, sentencia C- 736 de 19 de septiembre de 2007, Exp.: D-6675 y D-6688 acumulados, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>45</sup> Ibídem.

someterse a un régimen de contratación de la misma naturaleza, lo que se traduce en la celebración de contratos estatales especiales, que se sujetan a lo dispuesto en la normatividad vigente para el caso concreto.

#### 6.4. Demandas en forma.

Las demandas arbitrales cumplen con los requisitos formales previstos en los Artículos 75 y siguientes del Código de Procedimiento Civil por lo que fueron admitidas mediante Autos No. 2, 4 y 10, sin reparo alguno.

#### 6.5. Revisión oficiosa de eventuales causales de nulidad.

En las Actas No. 29 (parte final) y 30 (Auto No. 70), el Tribunal dejó constancia de no encontrar causal de nulidad alguna sobre lo actuado. En tal sentido expresa ésta última:

*"El Tribunal encuentra que la etapa probatoria se encuentra cumplida puesto que fueron recaudadas la totalidad de las pruebas decretadas en los Autos No. 13 y 62, tanto de oficio como a petición de parte, a excepción de las que fueron rechazadas según la motivación respectiva, las desistidas por las partes, así como de las inspecciones judiciales en las instalaciones de las partes de las cuales prescindió el Tribunal mediante providencia en firme (Auto No. 57). También fueron tramitados todos los traslados de transcripciones de las declaraciones surtidas, así como de las documentales incorporadas en el expediente.*

*El Tribunal encuentra que no hay circunstancia alguna que pueda invalidar lo actuado hasta la fecha, e instó a las partes y al Agente del Ministerio Público para que, de ser el caso pongan en conocimiento del Tribunal cualquier eventual asunto que pueda invalidar lo actuado dentro del trámite arbitral.*

*Una vez consultados, tanto las partes como el Agente del Ministerio Público, éstos manifestaron expresamente su conformidad con lo actuado hasta la fecha, así:*

*El apoderado de la parte convocante sostuvo: No encuentro ninguna causal salvo la discrepancia del Auto anterior que es sólo eso, una discrepancia.*

*El apoderado de la parte convocada manifestó: Ninguna, al contrario ha sido un tribunal garantista y amplio.*

*El Agente del Ministerio Público afirmó: De acuerdo con las partes con que no se advierte causal de nulidad".*

Esta conclusión se reitera en este Laudo Arbitral, puesto que el trámite surtido fue amplio y veló por el ejercicio pleno de los derechos fundamentales y la efectividad de los derechos sustanciales de los involucrados.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Tribunal encuentra reunidos todos los presupuestos generales, no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, de manera que concurre la totalidad de los elementos exigidos por la Ley respecto a su competencia y oportunidad para proferir este Laudo; por lo tanto, entrará a decidir de fondo lo solicitado por las partes.

## 7. CONSIDERACIONES JURÍDICAS BÁSICAS

### 7.1. RÉGIMEN LEGAL APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

El Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (Ley 1563 de 2012) sólo empezó a regir para procesos arbitrales promovidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma<sup>46</sup>, es decir, el 12 de octubre de 2012.

Como quiera que la demanda arbitral fue presentada el 28 de marzo de 2012, con anterioridad a la vigencia del Estatuto, el régimen legal aplicable al procedimiento arbitral es principalmente el previsto en el Decreto 1818 de 1998.

En relación con la aplicación del Código General del Proceso, debe tenerse en cuenta que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 -*vigente al momento de radicación de la demanda*- prevé respecto a las normas de carácter procesal, lo siguiente:

*"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación"* (resaltado por fuera del original).

De acuerdo con tal precepto, una norma sustantiva o procesal prevalece sobre la anterior desde su vigencia. La norma también hizo la salvedad en relación con los *términos* que se encuentren en curso al momento de iniciar esa vigencia, los cuales se deben regir por la ley vigente cuando *comenzaron* a correr.

---

<sup>46</sup> "Artículo 119. Vigencia. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia."

Tal norma fue modificada posteriormente por el artículo 624 del Código General del Proceso y entró a regir a partir del 12 de julio de 2012 –*con posterioridad a la presentación de la demanda*– aunque mantiene la regla previamente señalada, así:

*"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

*Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.*

*La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad*"(resaltado por fuera del original).

En ese sentido, el Tribunal observa que no hubo modificación alguna en relación con la aplicación de la ley vigente al momento en que los términos hubieran iniciado y por ende, es claro que el régimen jurídico aplicable está integrado por las disposiciones vigentes al momento de formulación de la demanda arbitral.

En consecuencia, las demás normas sustanciales y procedimentales aplicables al proceso de la referencia son las contenidas en el Código de Procedimiento Civil y el Código Contencioso Administrativo, estatutos vigentes para el 28 de marzo de 2012.

## 7.2. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA

A propósito de la carga de la prueba, el Código Civil establece lo siguiente:

*"Artículo 1757.—Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta."*

A su turno, el Estatuto Procesal Civil dispone:

*"Artículo 177.-Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

*Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba."*

La doctrina y jurisprudencia expedidas con fundamento en el Código de Procedimiento Civil, están alineadas bajo el entendido que por regla general la carga de la prueba es una obligación de quien pretenda probar, es decir, el interesado:

*"Las reglas de distribución que gobiernan la materia comportan, entre otras, las siguientes trascendentales consecuencias: de una parte, la de determinar cuál de las partes de un litigio asume el riesgo que se deriva de la circunstancia de que un hecho medular no esté suficientemente probado en el proceso; y de otra, la de fijar el sentido de la decisión que el juez deberá adoptar ante la anotada omisión, vale decir, que desde este punto de vista las normas concernientes con la distribución del "onus probandi" encarnan una verdadera regla de juicio en cuanto prefiguran la resolución judicial; por supuesto que aquel resolverá adversamente a quien teniendo la carga de probar ese hecho no la satisfizo"<sup>47</sup>.*

*"Regla técnica de la no oficiosidad o carga de la prueba. Parte del supuesto de que son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que grava fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y es por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial.*

*A no dudarlo, constituye una regla de máxima importancia en el sistema procesal civil colombiano pues el inciso primero del artículo 177 la acoge (...).*

*(...) nadie mejor que los interesados para conocer los medios de prueba que deben emplear con el fin de demostrar los hechos en que fundamentan sus pretensiones o excepciones"<sup>48</sup>.*

A la luz de lo anterior, no debe perderse de vista que es usual que en todo proceso aparezcan pruebas contradictorias, más aún cuando –como en este caso- se ventilan pretensiones opuestas a través de la demanda principal y de la de reconvenCIÓN. Por eso, los documentos emanados de una u otra parte pueden evidenciar tendencias opuestas y las versiones de los declarantes pueden resultar discordantes e incluso abiertamente contrapuestas, por lo que corresponde al juzgador evaluar el acervo probatorio de manera global de acuerdo con la sana crítica para concluir cuáles de las probanzas prestan mayor mérito de convicción y en qué medida.

---

<sup>47</sup> CSJ, Cas. Civil, Sent. Ene 18/2010, Exp. 2001-00137. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

<sup>48</sup> Hernán Fabio López Blanco, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo III Pruebas, Dupré Editores, Segunda Edición, Bogotá, 2008, Págs. 36 y 37.

Con base en los anteriores lineamientos probatorios básicos, el Tribunal entrará a establecer los hechos probados en que se funda el presente fallo.

### 7.3. NATURALEZA, RÉGIMEN JURÍDICO, RIESGOS E INTERPRETACIÓN DE LOS DOCUMENTOS QUE CONFORMAN EL CONTRATO

#### 7.3.1. Naturaleza jurídica del contrato

Con respecto a la naturaleza y el régimen jurídico aplicable a este contrato, es necesario señalar lo siguiente:

En desarrollo del último inciso del artículo 150 de la Constitución Política de 1991, la Ley 80 de 1993 vino a establecer un “estatuto general” que no un “estatuto único”, con rango de ley ordinaria para regular la actuación contractual de la Administración Pública<sup>49</sup>.

Con esto se buscaba establecer cuáles contratos serían conocidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Lo anterior, por cuanto en vigencia del régimen normativo antecedente inmediato del actual, esto es, Decreto-Ley 222 de 1983, se presentaron bastantes confusiones respecto del régimen del contrato y de la jurisdicción competente, ya que en la práctica era imposible diferenciar los contratos administrativos de los contratos de derecho privado de la administración, por la confusión creada por los artículos 17 y 60 de dicha norma, relativos a la posibilidad de incluir la cláusula de caducidad en los contratos de derecho privado de la administración, que conllevaba que las controversias tanto de unos como de otros fueran objeto de conocimiento por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Debido a tales problemas, en la Ley 80 de 1993 se estableció la figura del contrato estatal, pretendiendo con ello acabar con esos problemas prácticos, y adicionalmente establecer una regulación que se fundara en principios que agilizaran la contratación y la hicieran más efectiva, regulación que pretendía establecer el principio de la autonomía de la voluntad como fundamental en la actuación contractual del Estado<sup>50</sup>.

Actualmente, la competencia para conocer de las controversias que surjan en los contratos estatales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, se encuentra en la jurisdicción de lo contencioso administrativo (salvo las excepciones que se consagran en la Ley, como aquella que se encuentra en el parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 respecto de los contratos que celebren los establecimientos de crédito

---

<sup>49</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 949 de 5 de septiembre de 2001, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>50</sup> José Luis Benavides, "El contrato estatal, entre el derecho público y el derecho privado", 2<sup>a</sup> ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, Pág 109. En idéntico sentido véase la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 20 de octubre de 2005, Expediente No. 14.579. Magistrado Ponente: GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

entre otros), con lo cual se resuelve uno de los asuntos que generaron confusión en vigencia del Decreto-Ley 222 de 1983, como ya se expuso.

Ahora bien, pese al esfuerzo por crear una categoría única de contratos de la Administración Pública y teniendo en cuenta que en principio todos los contratos que celebren las entidades estatales deben ser objeto de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no es posible desconocer que hay diferencias sustanciales entre los distintos contratos que celebra la Administración Pública<sup>51</sup>.

La doctrina, en cabeza de Libardo Rodríguez, sostiene que aunque mediante la expedición de la Ley 80 de 1993 se pretendió eliminar la distinción de la teoría general entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración, creando una categoría única denominada los “contratos estatales”; dicha categoría corresponde exclusivamente a lo que la teoría general del derecho administrativo ha denominado “contratos administrativos”, la cual, si bien tiene un régimen jurídico mixto, está formada por reglas especiales que la diferencia de los contratos entre particulares<sup>52</sup>.

En relación con lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho una clasificación al interior del concepto de contrato estatal, basada en la distinción entre contratos estatales propiamente dichos y contratos estatales especiales a partir del auto de 20 de agosto de 1998<sup>53</sup>, que al tratar de establecer la competencia para el conocimiento de una controversia cuyo origen se encuentra en contrato celebrado por una

---

<sup>51</sup> Algunas excepciones a la aplicación del Estatuto algunas establecidas en el mismo (arts. 32 y 76). Tan solo como ejemplos de regímenes excepcionales nos permitimos mencionar los siguientes: Ley 100 de 1993, art. 195; Ley 105 de 1993, art. 54; Ley 142 de 1994, art. 31; Ley 488 de 1998, art. 134; Ley 685 de 2001, arts. 45 a 155; Ley 1150 de 2007 arts. 15, 16, 20 y 26; Ley 1341 de 2009, art. 55; Ley 1450 de 2011, art. 276; Ley 1369 de 2009, art. 8; Ley 1474 de 2011, art. 93; Ley 1682 de 2013, arts. 13 y 14.

<sup>52</sup> Libardo Rodríguez Rodríguez, *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. 2<sup>a</sup> ed. Bogotá. Temis. 2012.

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 20 de agosto de 1998, expediente No. 14.202, Consejero Ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Respecto de la providencia citada véase a Juan Carlos Expósito Vélez, *Definición de "contratos estatales". Contratos estatales propiamente dichos y contratos estatales especiales. Regulación del contrato suscrito con entidades estatales. Jurisdicción competente*. en *"Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa colombiana"* Andrés Fernando Ospina Garzón ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, Págs. 139 y ss. Adicionalmente véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 8 de febrero de 2001, expediente No. 16.661, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 6 de junio de 2002, expediente No. 20.634, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 1º de agosto de 2002, expediente No. 21.041, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 2 de marzo de 2006, expediente No. 29.703, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández ENRÍQUEZ; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 20 de febrero de 2008, expediente No. 33.670, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Universidad Pública, termina por identificar las diferencias sustantivas entre los distintos tipos de contratos que pueden suscribir las entidades estatales.

En la misma se sostiene que para resolver la problemática existente en el Decreto-Ley 222 de 1983 se creó una categoría única denominada contratos estatales. “[...] *los cuales deben ser regulados y regidos por la autonomía de la voluntad como principio rector, por la protección del interés público y por el estricto manejo y vigilancia de los recursos fiscales que se comprometen en su celebración*”.

Los contratos estatales propiamente dichos, conforme a la providencia citada, se regulan íntegramente por el régimen contenido en la Ley 80 de 1993, mientras que los contratos estatales especiales tienen un régimen legal propio del derecho privado. Por otra parte, se manifiesta que la remisión que hacen las normas sobre contratación estatal a preceptos del derecho privado no tiene la capacidad para alterar la naturaleza pública de los negocios que celebren las entidades estatales, sino que es una respuesta a los requerimientos y necesidades del mundo contemporáneo, con lo cual, en la práctica se da una verdadera incorporación de las normas de derecho privado en los contratos estatales.

Como ejemplo de las diferencias existentes entre los distintos tipos de contratos, hace referencia al artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual se “*establece de manera expresa en cuáles contratos se deberán pactar las cláusulas exorbitantes al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad, en cuáles dicha inclusión es meramente facultativa de la entidad pública, y en cuáles contratos se prescindirá de dicha utilización, como sucede con los que se celebren con personas públicas internacionales, en los de empréstito, donación, arrendamiento, etc*

”.

Ahora bien, esos aspectos comunes que identificamos anteriormente resultan de mucha importancia para entender los regímenes especiales; tanto así, que la identificación que se hizo en la providencia mencionada, vino a ser recogida por el legislador al redactar el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en el cual se señala que “*Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal*”.

Como se puede observar, la norma recoge lo establecido en la providencia de 20 de agosto de 1998, es decir, que a todos los contratos estatales especiales se les aplican los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Como se desprende de lo señalado hasta aquí, los contratos estatales propiamente dichos y los contratos estatales especiales tienen en común: 1. La competencia (art. 75, Ley 80 de 1993, y hoy num. 2º del artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), 2. La aplicación de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal (art. 13, Ley 1150 de 2007).

Por otra parte, en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se establece que los contratos que celebren las entidades estatales se deben elevar a escrito, y en el artículo 50 de la misma se establece otro aspecto común a los contratos estatales y es lo referente a la responsabilidad de las entidades estatales.

En este sentido y citando al profesor De Solas Rafecas<sup>54</sup> encontramos que existe una zona común a los contratos estatales consistente en: 1. La competencia para su conocimiento. 2. El procedimiento para la autorización del gasto y la aplicación de los principios de la función administrativa. 3. Los temas de responsabilidad. 4. Formas propias (escrito).

En este sentido, teniendo en cuenta lo anterior, el contrato estatal especial se regula por su régimen propio, en este caso el propio de la obra, sin desconocer la zona común a la que se ha hecho referencia.

Todo lo anterior reviste especial importancia en el caso concreto, pues el contrato objeto de la presente controversia tiene como una de sus partes a una entidad de carácter público por las consideraciones oportunamente expuestas, y al estar regido el mismo por las normas del derecho privado civil y comercial, se evidencia que éste pertenece a la categoría de contrato estatal especial. Esta caracterización, como se verá a lo largo de las consideraciones expresadas en esta providencia, traza el norte de la decisión a adoptarse por parte del Tribunal y enmarca la conducta y responsabilidad de las partes en el esquema de la contratación estatal.

### 7.3.2. Interpretación de los documentos

Teniendo en cuenta que en el presente caso se trata de un contrato sometido al derecho privado, y no hay duda de ello, resultan aplicables las disposiciones del Código de Comercio así como a las que éste remite.

El artículo 864 del Código de Comercio establece que el *"contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta"*.

---

<sup>54</sup> José María de Solas Rafecas. *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*. Madrid. Editorial Tecnos. 1990. p. 144.

Tal disposición debe leerse en conjunto con las contenidas en los artículos 845 y 846 del Código de Comercio que establecen lo siguiente:

*"Artículo. 845.-La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.*

*Artículo. 846.-La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario.*

*La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria".*

De lo anterior, se desprende que el contrato se entiende formado por la oferta y la aceptación de la misma. En este sentido, el presente contrato se entiende formado por la Oferta No. 002 presentada por el CONSORCIO el día 1º de septiembre de 2009 y la aceptación de la misma por parte de TRANSORIENTE en la misma fecha.

Ahora bien, teniendo en cuenta que estos contratos se caracterizan por la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad, y que los contratos en derecho privado se entienden formados por la oferta y la aceptación, se hace necesario analizar la oferta del 1º de septiembre de 2009, con el fin de determinar si en la misma se incluyeron disposiciones tendientes a establecer cómo se deben interpretar los documentos del contrato.

Tal como se señaló con anterioridad, el contrato estatal especial es producto de la autonomía de la voluntad. En este sentido, las estipulaciones que realicen las partes son las que conforman la Ley del contrato al ser producto del consenso entre éstas y serán válidas siempre que no contravengan el orden público.

En el caso concreto, en la cláusula primera del contrato se señala lo siguiente:

**"CLÁUSULA 1º. – DEFINICIONES.** *Todos los términos en mayúscula tendrán el significado establecido a continuación, siempre que aparezcan en los Términos de Referencia, en la Oferta Mercantil y en los documentos complementarios. Dichos significados se aplican tanto al plural como al singular de los términos definidos*

*(...) 49. OFERTA MERCANTIL: Será este documento contractual incluyendo todos sus Anexos, por el cual se regirá la ejecución de todas las actividades del Proyecto objeto de la misma".*

Como se desprende de lo anterior, en la cláusula primera se estableció que el documento presentado el 2 de septiembre<sup>55</sup> conforma la oferta, por lo que con la aceptación por parte de TRANSORIENTE se constituye en Ley del contrato.

Además, en el parágrafo tercero de la cláusula segunda se establece la jerarquía que las partes le otorgarían a los documentos del contrato, en los siguientes términos:

**"CLAUSULA 2º.- PARÁGRAFO 3.- JERARQUÍA DE DOCUMENTOS.-** *En el evento que TRANSORIENTE acepte la presente Oferta, y en caso de discrepancia entre las estipulaciones contenidas en la presente Oferta y aquellas consignadas en la invitación a presentar cotización y los anexos técnicos y económicos, se deberá tener en cuenta el siguiente orden de prevalencia: 1. Actas o documentos de interpretación bilateral. 2. Esta Oferta y sus anexos. 3. Las Bases de la invitación a presentar cotización técnica y económica y sus anexos. 4. La cotización de EL CONSTRUCTOR de fecha\_\_\_\_\_. (SIC).*

**CLAUSULA 3º.- ALCANCES DE LOS TRABAJOS.- (...) PARÁGRAFO 3: NORMAS Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS:** *En la ejecución de los trabajos que son objeto de esta Oferta Mercantil, EL CONSTRUCTOR, en el evento en que TRANSORIENTE acepte la presente Oferta, se ceñirá a las normas y especificaciones técnicas, requerimientos, planos y diseños, etc., establecidos en esta Oferta, en las Bases de la Invitación a Cotizar, así como las que deriven de la Ingeniería Detallada del proyecto suministrada por TRANSORIENTE a EL CONSTRUCTOR. Así mismo, deberá dar cumplimiento a las normas técnicas nacionales o internacionales que apliquen para la ejecución de las obras o prestación de los servicios.*

**CLAUSULA 12º.- VIGENCIA DE LA OFERTA MERCANTIL, ACTA DE INICIO Y PLAZO DE EJECUCIÓN Y ENTREGA.- (...) 2) ACTA DE INICIACIÓN:** *Antes del Inicio de los trabajos TRANSORIENTE y EL CONSTRUCTOR procederán a la firma del Acta de Iniciación. Esta acta será firmada luego del recibo de la Orden de Compra de esta Oferta emitida por TRANSORIENTE a EL CONSTRUCTOR, siempre que en dicho momento y cumpliendo los plazos establecidos para esto en las Bases de la Invitación a*

---

<sup>55</sup> El texto de la oferta que reposa en el expediente a partir del folio 6 del C.P. No. 1 está fechado "02 de septiembre de 2009", pero la orden de compra No. 1044 (Folio 75 del mismo cuaderno) está fechada "septiembre 1 de 2009" e igualmente diversos documentos y menciones procesales aluden a esta última fecha.

*Cotizar, se hayan entregado las garantías a que se refiere la cláusula décimo sexta de esta Oferta a satisfacción de TRANSORIENTE y los demás documentos administrativos requeridos en las Bases de Invitación a Cotizar. Con la firma del Acta de Iniciación EL CONSTRUCTOR se compromete a iniciar las actividades de esta Oferta no sujetas a la obtención de la Licencia Ambiental del Proyecto. EL CONSTRUCTOR no podrá dar inicio a los trabajos correspondientes a las actividades de construcción sujetas a la Licencia Ambiental mientras no se haya firmado el Acta de Inicio de la Construcción, salvo que TRANSORIENTE mediante autorización expresa por escrito lo permita”.*

En este sentido, el parágrafo 3º de la cláusula 2ª de la oferta aceptada se interpreta conforme a las reglas contenidas en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, según el cual las cláusulas de un contrato se deben interpretar de acuerdo con la intención de los contratantes cuando ella sea clara.

Para este Tribunal, resulta claro que las partes pretendieron darle prevalencia a las actas de interpretación bilateral, la oferta y sus anexos, las bases de la invitación a presentar cotización técnica y económica, y por último, a la cotización del constructor.

Por lo anterior, en caso de que las partes no suscribieran ningún acta de interpretación y existiere discrepancia entre los documentos del contrato, debe prevalecer la oferta sobre los demás.

#### 7.3.3. Los riesgos asociados a la ejecución del proyecto y su distribución

Para efectos de dirimir la presente controversia, uno de los aspectos esenciales a tener en cuenta consiste en el concepto de riesgo a la luz de las obligaciones asumidas por las partes en el contrato que las vincula, habida cuenta que la parte Convocada ha manifestado en sus argumentos que en la medida en que la construcción del gasoducto fue contratada a precio global fijo, los riesgos derivados de la ejecución de dicho proyecto estaban a cargo de la parte Convocante, riesgos dentro de los cuales se cuentan los aspectos que hoy constituyen la demanda arbitral.

Al respecto, el Tribunal considera lo siguiente:

El precio global fijo, en el marco de los contratos, se constituye no en una modalidad específica de contrato, sino en una forma de pactar el precio, el cual, por lo demás, puede ser determinado o determinable a la luz de las normas civiles y comerciales. Así, desde el punto de vista legal, la única definición que se podría referir es la consignada en el artículo 88 del Decreto Ley 222 de 1983, norma actualmente derogada y no aplicable a este caso por ser el presente contrato de régimen de derecho privado, según la cual *“Los contratos a precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que*

*se compromete, obtiene como remuneración una suma global fija en la cual están incluidos sus honorarios, y es el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, todo lo cual realiza en su propio nombre y por su cuenta y riesgo, sin que el dueño de la obra adquiera responsabilidad alguna por dichos actos”.*

La anterior definición se compadece con lo dispuesto, a su vez, por el artículo 2060 del Código Civil que consagra la ejecución de la obra a precio único en los siguientes términos:

*“Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:*

- 1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.*
- 2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir (sic) al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda...”*

Es así como, en los contratos de obra pública pactados bajo la modalidad llave en mano o, en palabras del Consejo de Estado a precio global, el contratista se obliga, en principio, a soportar los mayores costos que supone el cumplimiento de la finalidad perseguida con la celebración del contrato, de modo que la naturaleza misma del pacto contractual impone una mayor carga para el contratista que lo que ocurre en otras modalidades del contrato de obra pública, pues el contratista es responsable por la mayor cantidad de obra, por los costos adicionales que se encuentren dentro del alea normal u ordinaria de la ejecución, por la mayor complejidad en la ejecución de los trabajos, por la mayor permanencia en obra, entre otros.

En este orden de ideas, se tiene que el precio global, como sistema de determinación del precio en un contrato como el de obra, comprende la idea de que por un único valor se ejecuta una prestación determinada y que comprende el objeto de la relación jurídica celebrada, dentro del cual se incluye la remuneración o utilidad que espera obtener el ejecutor y el costo de la realización de lo contratado; no obstante, es esencial poner este concepto en perspectiva, especialmente de cara a los riesgos que comprende la ejecución del objeto contractual, pues el solo hecho de pactarse un precio global fijo en manera alguna es equivalente a una asunción plena de riesgos por parte del contratista ejecutor.

Teniendo en cuenta la naturaleza del precio global como forma de determinación de la contraprestación en un contrato, se hace evidente que si el que solicita la oferta de bienes o servicios a adquirir adopta este sistema para establecer el valor del objeto contratado, es porque cuenta con un nivel de información lo suficientemente acertado que le permita tener la seguridad necesaria para apostar a que con el precio ofrecido podrá adquirir lo que está buscando.

En ese orden de ideas, y separando el tema de los riesgos por las razones expuestas en la providencia, resulta contradictorio que Transoriente haya escogido el precio global fijo como forma de determinación del precio de la construcción del gasoducto si la información con la que contaba era apenas preliminar, y en consecuencia, no existiría fundamento jurídico ni económico para solicitar una oferta de varios constructores en el medio con esas características y esperar que los mismos accedieran a un único valor sin tener la información suficiente que les permitiera sopesar los costos de ejecución –incluyendo los de gestión de riesgos- con los beneficios de ejecutar el proyecto.

Por otra parte, el riesgo, dogmáticamente, se integra por componentes más sociológicos y económicos que jurídicos; se define de manera más precisa como las situaciones en las que se pueden enumerar todos los resultados posibles y se conoce la probabilidad de que éstos se produzcan<sup>56</sup>, y desde una perspectiva más técnica, consiste en el efecto que tiene la incertezza en la consecución de los objetivos de una organización<sup>57</sup>, con lo cual se requiere analizar de manera concreta los eventos que se pueden presentar en la ejecución de un determinado proyecto, necesario para la consecución de un objetivo específico, que puedan bien ayudar a que la meta trazada se cumpla, o impedir o por lo menos dificultar su consecución.

Es por esta razón que el riesgo debe tener la naturaleza de previsible para efectos de su atribución a un determinado agente, pues solamente puede gestionarse aquello que se conoce, ya sea para potencializar que ocurra el resultado esperado o para minimizar las posibilidades de que suceda, y en caso de que ello no sea posible, tomar medidas para que el impacto sea menor de lo esperado. Es por ello que el riesgo que se gestiona es el que tiene la naturaleza de previsible, y solamente es riesgo previsible el que es identificable y cuantificable en condiciones normales, esto es, el riesgo del que se conoce o puede estimarse la probabilidad de su ocurrencia y su consecuencia, aspectos absolutamente necesarios para efectos de comparar las distintas opciones disponibles para su gestión, y en consecuencia para tomar las decisiones que sean necesarias y eficientes para el logro de los objetivos propuestos.

---

<sup>56</sup> Robert S. Pindyck y Daniel L. Rubinfeld. *Microeconomía*, 5<sup>a</sup> Ed., Madrid, Pearson Educación, 2005, p. 150.

<sup>57</sup> Norma Técnica Colombiana GTC137, adoptando la norma técnica ISO 31000, p. 57.

Entonces, la razón de ser de la incorporación del concepto de los riesgos en un contrato es analizar todos aquellos resultados de situaciones o eventos que se puedan presentar durante su ejecución y que puedan dificultar o facilitar ésta, a fin de establecer su probabilidad de ocurrencia y los costos estimados de su eventual configuración, para que con base en la posición que se tiene frente a las mismas y al riesgo en general – si se es amante, neutral o adverso- y el costo aproximado de su gestión -bien para que se desarrolle el riesgo, o para reducir su probabilidad de ocurrencia o minimizar el costo de sus consecuencias-, se decida qué tipo de riesgos y cuánta cantidad de los mismos se quiere asumir y en consecuencia gestionar.

Por lo tanto, la distribución de los riesgos en una relación contractual determina indefectiblemente qué riesgos deben ser gestionados por cada una de las partes involucradas en la misma, siendo ello una obligación en el marco del acuerdo de voluntades que de no cumplirse conllevará no solamente al desarrollo del riesgo malo para el objeto contratado o el no desarrollo del riesgo bueno para éste, sino además el incumplimiento de las estipulaciones contractuales que derivará en responsabilidad de la parte correspondiente.

De esta manera, es claro que los conceptos de riesgo y obligación no son correspondientes de manera automática, y que no puede concluirse, ni siquiera jurídicamente, que la forma de determinación del precio de las prestaciones objeto de un contrato constituye un criterio válido de asignación de riesgos a una u otra parte contractual, pues tal como se ha visto, el análisis de riesgos tiene un impacto directo en los costos de la ejecución y por ende en el valor de la contraprestación y no en la forma en que la misma será pagada al contratista.

Lo anterior, aplicado al caso concreto de los contratos pactados bajo la modalidad llave en mano o a precio global, implica que debe existir como fundamento del valor pactado un análisis concreto de los riesgos relacionados con la consecución del objetivo de la relación contractual para ambas partes, debidamente identificados y cuantificados, de manera que permitan soportar la decisión de su distribución y el costo de la ejecución acordado por las partes. *Contrario sensu*, en ausencia de dicho análisis, no existe distribución alguna de riesgos, de modo que las partes habrán optado por decidir qué riesgo se asume y por quién al momento de que cada uno de ellos se desarrolle, o dejarán dicha decisión a un tercero, como lo es el juez de la causa.

Es por ello que ante la ausencia de distribución convencional y al margen del establecimiento de un precio global fijo, para efectos de analizar de manera *ex post* qué tipo de riesgos existieron en la ejecución de un contrato y quién los asume, se debe establecer la capacidad de gestión de cada una de las partes de la relación contractual para poder determinar respecto de cada riesgo identificado a qué parte contractual le era más fácil asumir su gestión, lo que implica, en consecuencia, descartar la forma de

establecimiento del precio como criterio determinante para la atribución jurídica, económica y técnica a una u otra parte del contrato.

Todo lo anterior, en el caso concreto, implica partir de la premisa de que el hecho de que la construcción del Gasoducto Gibraltar – Bucaramanga contratada por TRANSORIENTE con el Consorcio se haya pactado en el marco de un contrato de obra bajo la modalidad de pago de precio global fijo, no permite deducir de manera espontánea que todos los riesgos derivados de la ejecución del proyecto, y por ende de la consecución de los objetivos que justifican el mismo, estén en cabeza exclusiva del contratista ejecutor, menos aún si la responsabilidad del Contratista no incluiría diseños, pues estos ya habían sido realizados por TRANSORIENTE, quien asumió -de buena fe- el riesgo de su resultado.

En efecto, se encuentra probado en el proceso que el objetivo de TRANSORIENTE con la construcción de esta estructura era el transporte de gas como efecto del contrato celebrado por esta empresa con Gas Natural S.A.<sup>58</sup>, y en esa medida era su responsabilidad analizar qué resultados de situaciones relativas a la ejecución de este contrato en particular podían afectar positiva o negativamente su realización y además establecer su probabilidad de ocurrencia y su impacto, para con base en ello y en las preferencias que tiene respecto de cada uno de los riesgos identificados y los mecanismos de gestión que están a su disposición -en especial lo relativo al nivel de información necesario para tomar decisiones puntuales-, manifestar cuáles riesgos asume total o parcialmente y cuáles no, estableciendo reglas de transferencia de riesgos en la invitación a cotizar entregada al Consorcio, para que éste por su parte y con base en la información disponible, también procediera a hacer el mismo análisis de riesgos, y con base en ello, y en los costos directos de ejecución y la utilidad esperada, procediera a ofertar un valor que comprendiera todos estos factores.

Es así como, la condición de experto del consorcio en temas constructivos no puede incluir en este caso concreto una experiencia y conocimiento exigibles en materia de suelos, pues la entrega de los estudios por parte de Transoriente encargados en su elaboración a un experto en análisis de suelos y su utilización como insumo determinante en la escogencia del precio global como forma de determinación del valor de la contraprestación a pagarse por la construcción del gasoducto, ponen jurídicamente en cabeza del dueño del proyecto la carga de suficiencia e integridad de la información necesaria para la estructuración de la oferta y la ejecución del proyecto, y dejando a cargo del consorcio como contratista el deber de analizar con suficiencia esa información para proponer el precio único que cubriría tanto los costos como la utilidad esperada. De otra manera, es decir, de sostenerse que en efecto la información suministrada por Transoriente es preliminar a informativa, la consecuencia lógica lleva a que el sistema de determinación del valor del contrato correspondería a la de precios unitarios, porque solamente una vez se tuviera

---

<sup>58</sup> Cdno. de Pruebas No. 25, Fls. 10 y ss.

dimensionado el alcance del proyecto luego de su precisión informativa y su ejecución podría establecerse el valor de la realización de lo contratado.

No se trata, entonces, de un asunto de confianza, sino de suficiencia de la información y las obligaciones de las partes en la relación contractual: al escogerse el precio global, el solicitante demuestra que ha adquirido la suficiente cantidad de información para hacer su estimativo de costos, aprovisionar los recursos administrativos, económicos, de tiempo y demás necesarios para su realización, desde su estructuración hasta su contratación y ejecución; y tal estructura demuestra al oferente que dadas tales condiciones y con la información disponible puede optar por un determinado precio, asumiendo cualquier error derivado de una equivocada o ausente interpretación de dicha información.

Jurídicamente, entonces, de no existir un deber legalmente atribuible a una parte en el que se imponga un determinado nivel de actuación, no corresponde al juez exigirlo, y en caso de que tal mandato sí exista, es obligación del juez examinar la conducta concreta, pues de cumplirse con la diligencia establecida en la norma no habrá responsabilidad.

En todo caso, debe ponerse de presente que las obligaciones de revisión de información que se encuentran consagradas en la solicitud de oferta y en la oferta misma se hacen exigibles únicamente en la fase contractual, esto es, luego de aceptada la propuesta del Consorcio por parte de Transoriental y no antes, con lo cual no puede hacérsele exigible al convocante el despliegue de una conducta positiva en tal sentido, esto es, en los términos de revisión y verificación requeridos en el proyecto, de manera previa a la concreción de la relación contractual con la convocada.

#### 7.3.4. El Contrato de Obra a precio global y la carga de previsibilidad.

El contrato de obra encuentra un marco regulatorio que comienza con su reconocimiento o tipicidad en el artículo 1973 del Código Civil como un subtipo del contrato de arrendamiento. No cabe duda, pues, que el contrato de obra se nutre en cuanto a sus elementos esenciales del contrato de locación.

Por obra se debe entender la obtención de un resultado material o inmaterial producto de una actividad desplegada por el locador, quien normalmente asume el riesgo técnico y económico de la ejecución. La obligación del empresario o locador consistirá, pues en principio, en alcanzar este resultado material o inmaterial<sup>59</sup>.

El capítulo VIII del Título XXVI del Código Civil contiene la disciplina legal del contrato de obra, que se integra con el régimen del contrato de arrendamiento, al señalar en el

---

<sup>59</sup> Cfr. ESPER, Mariano. *"Manual de contratos civiles y comerciales, parte especial"*, coautores Esteban Daniel Otero, Flavia Nasi y Romina Santorun, Buenos Aires, Edit. Abeledo y Perrot, 2011, p. 384.

artículo 2053 *in fine*, lo que sigue: “*el arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especies que siguen*”.

Dentro de los tipos de contrato de obra más usados en el tráfico mercantil se encuentran los celebrados en la modalidad de precio global o a un precio unitario, los cuales se diferencian en que para el primero en principio no se admite variación del precio fijado, cualquiera que haya sido la cantidad total de la obra y los precios estimados para cada ítem; en cambio, para el segundo, el valor final del contrato necesariamente depende de las cantidades de obra realmente ejecutadas.

Sobre el precio global se ha dicho: “*En principio, esta modalidad del precio hace abstracción, desde la óptica del contratante, de las cantidades de obra a ejecutar las cuales asume el contratista, pero con absoluta seguridad las toma en cuenta cuando elabora su oferta, aunque la entidad no las considerara determinantes al momento de pagar. En efecto, a esta no le interesa, desde el punto de vista del pago, si los metros cúbicos de movimiento de tierra o de colocación de concreto fueron muchos o pocos, sino que efectivamente se le entregue la carretera o el puente por el precio acordado*”<sup>60</sup>.

El precio global, fijo e invariable encuentra su origen en el “*forfait*” o “*prix fait*” del derecho francés; el legislador patrio, por su parte, adoptó como excepción a la regla de la inmutabilidad del *preium*, en el artículo 2060 del Código Civil<sup>61</sup> el hecho de que las partes se hayan puesto de acuerdo en “ajustar” el precio por la obra adicional o la mayor cantidad de obra; o, mejor, en nuestro ordenamiento jurídico la autonomía privada es la excepción a la regla de la invariabilidad del sistema de contratación a precio global o fijo.

En este sentido, se pronunció la Corte Suprema de Justicia al señalar lo que sigue:

“*Puede suceder que en la ejecución del plano aparezca la necesidad urgente de modificarlo o revisarlo, a fin de hacerle una agregación importante para dar mayores seguridades a la construcción, ya porque así lo requieran los reglamentos municipales, ya por simples motivos de orden estético o de comodidad. La ley, en tratándose de contratos de construcción en donde se ajustó un precio único por toda la obra, no prohíbe en forma absoluta una modificación del convenio inicialmente, sino que para su validez, exige una*

---

<sup>60</sup> MARÍN CORTÉS, Fabián G. “*El precio – serie: Las cláusulas del contrato estatal*”, Medellín, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. LTDA, 2012, p. 138.

<sup>61</sup> Donde se lee: “*Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes: 1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado a un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones [...]”.*

*condición especial: una autorización expresa del comitente y acuerdo sobre el valor de la agregación o modificación<sup>62</sup>.*

Sin embargo, ello no enerva la responsabilidad de un incumplimiento legal o contractual, puesto que una fuente es la imprevisión –por demás para contratos en ejecución- y otra, la derivada del incumplimiento.

Recientemente el Consejo de Estado hubo de distinguir entre los contratos de obra en la modalidad de pago de precio global y a precio unitario, al considerar que:

*“Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato. Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida [...]”<sup>63</sup>.*

En este orden de ideas, asumiendo el artífice el riesgo técnico y económico de la obra a realizar, así como habiéndose pactado un precio en el cual se debían avizorar las cantidades de obra a ejecutar, es patente que la carga de previsibilidad exigida al contratista es mayor a la esperada en otras modalidades de contrato.

Refuerza lo anterior el hecho que en el numeral 3º del artículo 2057 del Código Civil, referido a los casos en los cuales le es dable al contratista reclamar el precio, incluso en el evento en el que los materiales que fueron suministrados por quien encargó la obra desaparecen por causas no imputables a él o a personas que estén bajo su dirección y control, se indique:

---

<sup>62</sup>Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 26 de febrero de 1953, LXXIV, 78.

<sup>63</sup> Sentencia del 31 de agosto de 2011 de la Sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sub-sección B, Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio,

*"Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquellos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer; o que conociéndolo no haya dado aviso oportuno".*

Regla que se repite en el numeral 3º del artículo 2060 *eiusdem* que a la letra señala:

*"Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o en parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final".*

Sobre la regla contenida en el numeral 3 del artículo 2060 del Código Civil, Gómez Estrada señala:

*"La regla discrimina entre riesgos por vicio de la construcción misma, riesgos por vicios del suelo y riesgos por vicios de los materiales, para hacer responsable al empresario o constructor de todos ellos, sin más. Solo que tratándose de riesgos por vicios del suelo, la responsabilidad del constructor se hace depender de una condición subjetiva: que el vicio haya debido ser conocido por él o por sus dependientes, en razón de su oficio"<sup>64</sup>.*

En la contratación privada el artífice profesional tiene una carga de previsibilidad mayor a la que se le exige a cualquier otro contratista en el mundo de los negocios, en razón a que debe conocer o prever por virtud de su arte u oficio, los defectos de la materia en donde realizará la obra que le fue encargada, so pena de perder el derecho a reclamar el precio convenido o asumir responsabilidad por un defecto que por su condición de profesional en la construcción debe saber. Ello desde luego, no inhibe la responsabilidad civil derivada de los incumplimientos de alguna de las partes.

Desde luego, la exigencia de previsibilidad en razón de la profesionalidad no tiene carácter absoluto y debe mirarse rigurosamente en el contexto de cada contratación y a tono con las demás particularidades del negocio celebrado.

Ahora bien, la obligación del artífice configura una típica obligación de resultado en donde la asunción de riesgos para obtener la remuneración de la obra, llega hasta el momento de la entrega a entera satisfacción de la misma al contratante, razón por la cual en principio no sería resarcible el tiempo adicional que le hubiese tomado para llegar a dicho

---

<sup>64</sup> Gómez Estrada, César, De los principales contratos civiles, Bogotá, Temis, Tercera ed., 1999, p. 333.

momento, por cuanto en estricto sentido, al contratista se le paga más por la creación que por su labor creadora<sup>65</sup>.

En el contrato de obra civil la carga de conocimiento y verificación de las condiciones negociales es superlativa para el artífice o contratista, teniendo en la cuenta que además de los especiales conocimientos y calidades personales por las cuales se le ha contratado, se comprometió a realizar una obligación de resultado (entregar la obra encargada por el contratante), razón por la cual al artífice se le pagaría por la obra que realice y no tanto por su mayor esfuerzo, más aún tratándose de un contrato celebrado a precio global.

En resumen, en el contrato de obra a precio único o global la carga de conocimiento es mayor por las siguientes razones: i) Es fuente de una obligación de resultado; ii) El riesgo técnico y económico del proyecto lo asume por la naturaleza del negocio jurídico celebrado, el contratista; iii) El derecho a la retribución del artífice se causa, no por el tiempo o los mayores esfuerzos que le ha implicado la entrega de la obra sino por su terminación y iv) El riesgo del precio lo asume el contratista ante el malogro de la obra por un defecto que por su profesión u oficio, el contratista estaba en la obligación de conocer (art. 2057.3 Código Civil).

En el campo del derecho privado la responsabilidad del profesional adquiere mayor relevancia en medio de relaciones jurídicas celebradas entre profesionales de su arte u oficio por cuanto se presupone que no hay nadie mejor para conocer los avatares de su propia actividad que el mismo maestro de su oficio (*lex artis*); si no los conoce u omite conocerlas se entra en el terreno de la culpa profesional. En fin, “*se exige un mayor nivel de cuidado a quien negocia en áreas en las que tiene experiencia o pericia [...] la racionalidad de esta regla es evidente, aquello que es perceptible para un profesional no lo es, necesariamente, para un lego, de ahí que, a ese respecto, se juzgue de manera más severa al primero*”<sup>66</sup>.

Como es natural, esa carga de conocimiento se predica cuando la relación negocial se celebra entre un maestro y un profano, pero ello se modifica, en mayor o menor grado, cuando la contratación ocurre entre profesionales o en general, entre sujetos de quienes pueden esperarse diferentes niveles de conocimiento en la temática que gira alrededor de la obra a ejecutar, como en efecto sucedió en el presente caso, donde el propietario contratante había recorrido un largo itinerario preparatorio de la construcción antes de contratar a los profesionales que habrían de llevarla a cabo.

---

<sup>65</sup> Cfr. AZAR, Aldo Marcelo. “*Obligaciones de medios y de resultado*”, Buenos Aires, 2012, p. 333 y ss. Aquí en p. 334 se lee: “[E]l resultado no se identifica con la producción de la obra, sino con su consecución; no es la actividad de creación o modificación, sino el bien ejecutado, transformado, concluido”.

<sup>66</sup> Iñigo de la Maza, Los límites al deber precontractual de información, Madrid, 2009, tesis doctoral, p. 400 y 500.

Será entonces con apoyo en la parte probatoria que se determine, para el caso particular, cuál fue el riesgo que debió, quiso y pudo asumir cada uno de los contratantes.

#### 7.3.5. Obligaciones derivadas del contrato configurado

El contrato celebrado entre Transoriente y el Consorcio se configuró por la aceptación por parte del primero de la oferta presentada por este último, de acuerdo con los lineamientos de derecho privado que rigen dicha relación contractual.

Ello significa que el Consorcio se obligó a cumplir con lo que ofertó, y sólo ello, por lo que no es factible imputarle responsabilidades ajenas a aquellas contempladas en la oferta. Por ello el Tribunal habrá de hacer un análisis del objeto de la oferta y posterior contrato, además de otros aspectos allí contemplados, con el fin de determinar el marco obligacional dentro del cual debía moverse el Consorcio.

En primer lugar, debe hacerse énfasis en el objeto de la oferta, el cual se encuentra estipulado en la cláusula segunda de la misma, y consistía en lo siguiente:

*"El OBJETO de la presente Oferta, es la de definir los términos y condiciones para la construcción del gasoducto comprendido entre los Campos de Gibraltar y la Ciudad de Bucaramanga.*

*EL CONSTRUCTOR, en el evento en que TRANSORIENTE acepte la presente Oferta, se obliga para con TRANSORIENTE, a ejecutar en forma independiente y con plena autonomía directiva, administrativa, técnica, laboral y con sus propios medios hasta su total terminación y aceptación final de TRANSORIENTE, bajo la modalidad de Precio Global Fijo, con la única salvedad prevista en el Parágrafo 1 de la Cláusula Tercera de esta Oferta, los trabajos de Construcción del Gasoducto Gibraltar-Bucaramanga en tubería de 12" de diámetro comprendido entre el inicio del Cruce Especial del Río Cubugón los kilómetros k4+734 Aproximadamente k174+800.*

*Los servicios de la construcción de las obras solicitados deberán llevarse a cabo de forma oportuna, planeada, sistemática y documentada, bajo un enfoque de aseguramiento y control de la calidad y protección del medio ambiente.*

*Los trabajos ofrecidos por EL CONSTRUCTOR y requeridos por TRANSORIENTE para el Sector mencionado comprenden: a.) La construcción y pruebas de la línea de conducción enterrada, denominada Gasoducto Gibraltar-Bucaramanga, con una longitud aproximada de 170.066 kilómetros, en tubería de acero API 5L-X60, diámetro 12 pulgadas, revestida con Tricapa Polietíleno, la cual inicia en el Pk 4+734 Aproximadamente que corresponde al inicio del*

*Cruce especial del Río (sic) Cubugón, siendo el k0+000 la Estación Pozo Gibraltar, propiedad de ECOPETROL, así como de las obras mecánicas, civiles, eléctricas y de instrumentación de sus componentes según los alcances específicos definidos para la construcción total del gasoducto.) c.) (sic) La recolección, preparación y entrega a TRANSORIENTE de los Libros de Terminación de Obra y planos "As-built" del Proyecto. d.) (sic) El commissioning de todas las obras adelantadas en el gasoducto. Para tales trabajos TRANSORIENTE y EL CONSTRUCTOR se ajustarán en un todo de acuerdo con las condiciones de carácter técnico y administrativas contenidas en esta Oferta Mercantil y sus anexos". (Subrayas del Tribunal).*

De la anterior cláusula se desprende que el objeto de la oferta era la construcción total del gasoducto, que no cualquier actividad previa a dicha construcción, como pudo haber sido el diseño de la línea que se seguiría o incluso un estudio de suelos. Para ello fueron contratados profesionales en la materia que se encargaron de brindar los insumos para que Transorientente estructurara el proyecto y el Consorcio pudiese ejecutar la obra en las condiciones ofertadas.

No está de más poner de presente que la oferta fue elaborada de acuerdo con la información brindada.

Para ofrecer mayor claridad frente a lo que debe entenderse en la presente controversia como "construcción", el Tribunal trae a colación el numeral 16 de la cláusula primera de la oferta, que a su tenor literal reza:

*"Será la ejecución de todas las actividades de instalación de la línea de conducción enterrada o aérea y sus obras asociadas en las especialidades mecánicas, civiles, eléctricas, de instrumentación que facilitarán la operación y funcionabilidad de los sistemas de procesos, sistemas auxiliares y estructuras de protección del gasoducto Gibraltar-Bucaramanga, sin incluir las Actividades Excluidas".*

Entiende el Tribunal que teniendo la oferta una cláusula destinada a definiciones, y encontrándose el término "construcción" incluido allí, en los términos anteriormente referenciados, existe un grado de precisión absoluto frente a lo que debe entenderse por tal.

Así, cuando el Consorcio se obliga a construir el gasoducto, su actuar se limita a aquello que ha sido definido dentro del contrato (u oferta aceptada) como tal. No podrá entonces exigírselle al Consorcio la ejecución de actividades ajenas a lo que se entiende en el presente caso como construcción, pues como ya se avizoró, éste se obligó específicamente a ejecutar dicha actividad y no otra, como parece insinuar la Convocada.

Ello no es óbice para incluir en el análisis la calidad de profesional del Consorcio, y en ese sentido determinar si el grado de cuidado o diligencia que debió haber tenido frente a la información presentada por TRANSORIENTE para la ejecución de la obra fue o no el apropiado. Sin embargo esto será objeto de discusión en otro aparte del presente escrito destinado al estudio de la buena fe.

El Tribunal encuentra que el hecho de que la obligación del Consorcio se circunscriba únicamente a la construcción del gasoducto tiene más soportes además de las cláusulas de la oferta.

Por otro lado, como se analizará en detalle más adelante, el tiempo para preparar la oferta no era suficiente para haber adelantado una verificación de los estudios de suelos presentados por Gradex, los cuales, como se ha dicho reiteradamente, fueron completos y detallados.

Atendiendo a los anexos de la oferta, encontramos que ni en el Anexo 1 –Formato No. 5 titulado “desglose de precios”, el Anexo 4 “CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES (PDT), se encuentran actividades de verificación de los estudios de suelos o elaboración de los mismos. De haber sido así, esto es, de estar incluida esta actividad dentro de las obligaciones asumidas, lo normal hubiera sido encontrar siquiera vestigios de las mismas en los documentos mencionados, además de un aumento del precio de la oferta, puesto que debería organizarse la gestión para esas actividades, lo que implicaría mayores costos para el oferente.

Si bien la declaratoria de buena fe del Consorcio es pretensión subsidiaria, y las pretensiones en principio se dirigen a temas de la etapa precontractual, es esencial estudiar la buena fe a la luz del artículo 1603 del Código Civil y el 871 del Código de Comercio, para que el Tribunal pueda determinar: 1) Si el Consorcio estaba obligado a verificar los estudios entregados por TRANSORIENTE de acuerdo con lo pactado en la oferta aceptada; 2) Si de lo pactado se deriva por la naturaleza de las obligaciones que el Consorcio adquirió con la oferta presentada la obligación de verificar (en el sentido técnico de la palabra) la información entregada por TRANSORIENTE, si de dicha verificación se hubieran evidenciado errores o si de una verificación mínima se hubiera obtenido el mismo resultado.

#### 7.3.6. Los efectos de la visita de obra

En el proceso se ha discutido cuáles son los efectos que tiene la visita de obra sobre el conocimiento que pudiera tener el contratista sobre la calidad del terreno y las condiciones de ejecución de la obra. En este sentido, advierte el Tribunal que, de acuerdo con lo previsto en los términos de referencia elaborados por TRANSORIENTE, la visita de obra tendría un tiempo estimado de cuatro días para su realización y cada asistente debía contar con un vehículo campero para el transporte.

Destaca entonces el Tribunal que el entendimiento de TRANSORIENTE sobre la visita de obra dentro del procedimiento de selección y los parámetros que desde ese momento quedaban anunciados o sobre entendidos para el eventual contratista, implicaban lo siguiente: (a) que habría tan sólo cuatro días para hacer la visita de obra y por consiguiente, para conocer el terreno sobre el cual habría ésta de construirse, y (b) que el conocimiento del mismo debía darse según las posibilidades que permitieran el breve período y el medio empleado, que sería un vehículo tipo campero.

Dentro de esas limitaciones impuestas unilateralmente por parte de TRANSORIENTE, para el Tribunal es claro que la visita de obra solo le permitiría a los proponentes y, concretamente para lo que interesa dentro de este proceso arbitral, al CONSORCIO, conocer la ubicación general del trazado donde se ejecutaría la obra, las condiciones generales de acceso al terreno, las fuentes de los materiales necesarios para la construcción y las vías de acceso a la obra. Además, ese conocimiento sería limitado, pues se previó que la visita de obra se haría en campero, situación en la cual no podría entenderse que habría acceso a la totalidad del terreno de la obra, pues como se evidenció en la inspección judicial, hay sectores extensos a los cuales no se tiene acceso por este medio de transporte.

Estas circunstancias impiden, de manera absoluta, afirmar que la visita de obra le permitía al CONSORCIO tener un conocimiento preciso y detallado sobre las condiciones de ejecución de los trabajos.

En ese orden de ideas, para el Tribunal es claro que si la visita de obra ni siquiera permitió al CONSORCIO conocer integralmente las condiciones de ejecución del contrato visibles desde la superficie, mucho menos le permitiría conocer las condiciones del subsuelo, pues lo cierto es que dicha visita no incluye excavaciones, ni pruebas técnicas sobre la calidad y conformación del terreno bajo tierra.

Por lo mismo, la mera aseveración del contratista, con la presentación de la oferta y luego en la suscripción del contrato, de que conoce las condiciones del terreno como consecuencia de la visita de obra y que asume las consecuencias de dicho conocimiento, no puede tener el efecto que persigue darle TRANSORIENTE. En efecto, la citada manifestación no hace responsable al CONSORCIO de todas las dificultades que se hubieran podido producir con ocasión de la ejecución del contrato, sino únicamente las razonablemente previsibles que resulten de la limitada información obtenida en la visita de obra.

Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido:

*"...No se puede predicar que el contratista deba asumir las consecuencias que genera la caída intempestiva de un puente, o los derrumbes que se presentan*

*en las carreteras, ni el cumplimiento de los deberes que un tercero tenga para llevar a cabo determinada obra que, a su vez, genera, en cadena, el incumplimiento de otros contratistas. El principio de proporcionalidad, que debe informar toda la actividad administrativa, demanda que exista siempre una adecuación entre los medios y los fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer. **No es de recibo la tesis según la cual, como el contratista conocía las dificultades de la obra, por las características del área, que tuvo oportunidad de visitar antes de presentar su propuesta, tiene que aceptar todas las consecuencias que de ello se desprendan, así se salgan ellas del marco de lo que es normal esperar.** Planteamientos con este alcance son contrarios a la buena fe, y, por lo mismo, el derecho no los patrocina, no los tolera, no los acepta<sup>67</sup>... ”.*

Esta conclusión ha sido compartida por otras decisiones arbitrales que para el efecto han sostenido:

*“...No puede aceptarse, por ser contrario al derecho, a la ley y a la justicia, que el contratista al suscribir las citadas cláusulas haya renunciado de antemano a todos los derechos que la ley colombiana le reconoce como mecanismo para hacer factible la ejecución de las obras mismas, protegiendo, simultáneamente, su patrimonio o su derecho a la remuneración convenida; máxime, cuando en el momento de suscribir el contrato, justamente no se tenía noticia de su posible ocurrencia ni de la magnitud de esos eventos o circunstancias que podían generar mayores costos o desequilibrio contractual.*

*El principio res perit domino (las cosas perecen para su dueño) ha sido reconocido desde tiempo atrás en nuestro derecho. Por ello, los riegos “imprevisibles”, “anormales” o “no conocidos”, que generan mayores costos de ejecución de las obras, no pueden correr por cuenta del contratista; deben serlo por el dueño de la obra.*

*Es de común inclusión en los pliegos y en los contratos de la administración, cláusulas que hacen suponer que el contratista lo sabe todo. Con una visita física al lugar donde la obra va a construirse, debe quedar enterado del comportamiento de los suelos, de la estabilidad de la cordillera, debe detectar errores de los estudios técnicos y de factibilidad, (los cuales en muchas ocasiones requirieron de varios años), etc., y se supone que al contratista no se le puede pasar “lo que el estudio no dijo” o “no señaló...”.*

---

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1992, expediente 6.030

(...)

*Por ello, el alcance de cláusulas como las que se comentan, ha de interpretarse en el sentido de que sólo puede involucrar una manifestación respecto de aquello que resulte 'razonablemente previsible', como expresamente lo describe la misma cláusula décima primera, cuando afirma que ...y en general todos los demás factores sobre los cuales se pueda razonablemente obtener información y que en alguna forma debieron ser tenidos en cuenta por el contratista al preparar su propuesta ...', principio recogido también por la cláusula vigésima séptima, literal a), cuando expresa que "Si durante el curso de los trabajos la empresa o el contratista descubrieren o encontraren en el sitio donde se adelanta la obra, condiciones especiales sustancialmente diferentes a las indicadas en los planos o a las previstas en los documentos del contrato, o circunstancias desconocidas de naturaleza especial que difieran sustancialmente de aquellas inherentes a las obras del tipo de las que prevén dichos documentos ...".*

*De interpretarse el contenido y alcance de las cláusulas analizadas, haciendo extensivas las renuncias a todos los hechos que se pueden presentar durante la ejecución de una obra, previsibles e imprevisibles, es claro que se entraría en el terreno del desconocimiento de los principios generales del derecho, los cuales informan nuestro ordenamiento jurídico<sup>68</sup>...".*

En suma, para el Tribunal, el alcance que debe tener la visita de obra, por las condiciones en que se previó la visita por parte de TRANSORIENTE frente a la magnitud, extensión y complejidad de la obra, no hacen al CONSORCIO responsable de todas las dificultades que se hubieran podido producir en aquella, sino que únicamente le permitían conocer la ubicación general del trazado donde se ejecutaría la obra, las condiciones generales de acceso al terreno, las fuentes de los materiales necesarios para la construcción y las vías de acceso a la misma, pero únicamente respecto de los lugares donde tuvo lugar la visita de obra. De esta manera, juzga el Tribunal que el CONSORCIO solo se hace responsable por las dificultades razonablemente previsibles que resultaran de la limitada información obtenida en la visita aludida.

### 7.3.7. Potestad sancionatoria de TRANSORIENTE

En atención a que el presente contrato es de los denominados estatales especiales, los cuales se rigen por normas de derecho privado, el Tribunal pasa a hacer varias

---

<sup>68</sup> Tribunal de Arbitramento de Consorcio Impregilo S.P.A. – ESTRUO S.A. contra Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá. Laudo arbitral de 2 de septiembre de 1992.

consideraciones frente a la potestad sancionatoria de TRANSORIENTE en el caso que nos ocupa.

En primera medida es preciso determinar si en virtud de un contrato estatal especial cuenta la entidad contratante con las mismas facultades sancionatorias que en un contrato estatal propiamente dicho. Es cierto que este fue un tema álgido, sujeto a discusión al interior del Consejo de Estado, pues en cierto punto no se tenía certeza de la naturaleza de la sanción (multa) ni de la legitimidad de la entidad para imponerla, dependiendo del marco jurídico de que se tratara, ya fuera este público o privado.

La posición de Consejo de Estado frente a esta situación quedó clara a partir de una línea jurisprudencial que tuvo su génesis en el año de 1998 y que fue reiterada en varias ocasiones, según la cual las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad pueden pactar multas o una cláusula penal en el contrato, pero no les pueden dar un carácter de excepcionales y por tanto no pueden imponerlas de manera unilateral. Veamos:

*"Según se observa, ni en ésta, ni en ninguna otra disposición de la misma Ley 80, se establece la facultad del Estado para incluir como cláusulas excepcionales la de multas o la penal pecuniaria, de donde se infiere que la derogatoria que se hizo del Decreto 222, incluyó así mismo la de estas dos figuras como potestades excepcionales del Estado. No obstante lo anterior, no quiere ello decir que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad no las puedan pactar, tal y como se manifestó en precedencia y fue establecido por esta Sala mediante providencias de 4 de junio de 1998 y del 20 de junio de 2002, pero lo que no puede hacer, y en este sentido se recoge la tesis consignada en éstas mismas providencias, es pactarlas como potestades excepcionales e imponerlas unilateralmente, pues según se vio, dicha facultad deviene directamente de la ley y no del pacto o convención contractual y, a partir de la ley 80, tal facultad fue derogada. Por tanto, cuando quiera que habiendo sido pactadas las multas o la cláusula penal conforme a la legislación civil y comercial vigente, la administración llegare a percibir un incumplimiento del contrato, deberá acudir al juez del contrato a efectos de solicitar la imposición de la correspondiente multa o cláusula penal, en aplicación de lo previsto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, pues, se insiste, carece el Estado de competencia alguna para introducirlas en el contrato como cláusulas excepcionales al derecho común y, de contera, para imponerlas unilateralmente"<sup>69</sup>.*

---

<sup>69</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de octubre de 2005, Expediente No. 14.579, Magistrado Ponente GERMÁN RODRÍGUEZ VILLAMIZAR.

Así, dado que no existe una habilitación legal expresa para ello, en tratándose de contratos estatales especiales no es posible la imposición unilateral de sanciones, razón por la cual la entidad deberá acudir al juez del contrato para que determine si se presentó o no un incumplimiento por parte del contratista y el monto de la sanción a serle impuesta. Esta posición fue reforzada con una providencia de 2009, en la que se hizo un análisis detallado de la evolución jurisprudencial de la posibilidad de la imposición unilateral de sanciones por incumplimiento al contratista, y en la que se concluyó que sin importar que se trate de una entidad del sector público, cuando la contratación está sometida a un régimen de derecho privado las partes deben estar en igualdad de condiciones y por tanto no puede presentarse dicha situación:

*"Se infiere que todos los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros, así sean estas de naturaleza estatal y las entidades financieras estatales, están exentas del régimen previsto en el Estatuto de Contratación Administrativa, en consecuencia, se encuentran sometidas al régimen de derecho privado, que impone a las partes del contrato actuar en igualdad de condiciones, sin que alguna de ellas esté investida de potestades, así se trate de una entidad del sector público lo cual se confirma con lo prescrito por el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, norma según la cual, en los contratos que tengan por objeto actividades industriales y comerciales del Estado se prescindirá de la utilización de cláusulas o estipulaciones excepcionales e igualmente en virtud de lo consagrado en el artículo 22 del C. de Co., en cuanto que consagra que si el acto es mercantil para una de las partes, se regirá por las disposiciones de la ley comercial"<sup>70</sup>.*

Así las cosas, teniendo en cuenta los diversos pronunciamientos por parte del Consejo de Estado frente a la facultad sancionatoria de las entidades cuya contratación se rige por normas de derecho privado, este Tribunal entiende que aquellas no cuentan con la prerrogativa de imponer sanciones de manera unilateral, lo que no obsta para que se pacten dentro del contrato. Sin embargo, de querer hacerlas efectivas deberán acudir al juez del contrato, quien en últimas determinará la existencia de los presupuestos para su imposición y su valor.

Partiendo de la anterior premisa, entra el Tribunal a analizar las cláusulas relativas a las sanciones que fueron pactadas en el contrato, con el fin de determinar su validez a la luz de lo ya expuesto.

La cláusula 36 del contrato en cuestión dispone lo siguiente:

---

<sup>70</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de septiembre de 2009, Expediente No. 24.639.

**"CLAUSULA 36º.- MULTAS POR INCUMPLIMIENTO.-** *En caso de incumplimiento parcial, defectuoso o total por parte de EL CONSTRUCTOR de cualquiera de sus obligaciones éste autoriza a TRANSORIENTE para que le descuento de sus saldos a favor el equivalente al cero punto dos por ciento (0,2%) del valor de la Orden de Compra por cada día de incumplimiento parcial, defectuoso o total hasta un máximo de treinta (30) días, así mismo, en caso de retraso o mora por parte de EL CONSTRUCTOR en la entrega a satisfacción de TRANSORIENTE de los trabajos objeto de esta Oferta Mercantil, éste le pagará a TRANSORIENTE a manera de sanción, una suma equivalente al 0,2% del valor de la Orden de Compra, por cada día de retardo en la entrega de los trabajos, sin exceder de treinta (30) días; todo lo anterior sin perjuicio de que TRANSORIENTE de (sic) por terminado (sic) la Oferta Mercantil por justa causa, haga efectiva la póliza que garantiza el cumplimiento y cobre por la vía judicial los perjuicios que le ocasione EL CONSTRUCTOR por el incumplimiento de la misma. TRANSORIENTE mediante comunicación escrita notificará a EL CONSTRUCTOR cuando se genere un incumplimiento parcial, defectuoso o total. (...)*

**PARÁGRAFO 1.-** *Para el pago por parte de EL CONSTRUCTOR de las anteriores sumas de dinero diarios, no será necesario que TRANSORIENTE lo requiera para constituirlo en mora, sino que el simple retardo dará derecho a TRANSORIENTE para exigir el pago; en este caso, EL CONSTRUCTOR lo autoriza para que en un momento dado se lo descuento de los saldos que tuviere pendiente a su favor en la fecha en que se de (sic) por terminado (sic) la Oferta.*

**PARÁGRAFO 2.-** *Las sumas indicadas en la presente cláusula serán exigibles efectivamente desde el día en que se verifique el incumplimiento, sin necesidad de requerimiento ni constitución en mora, derechos estos a los que renuncia EL CONSTRUCTOR. (...)*

**PARÁGRAFO 4.-** *TRANSORIENTE podrá cobrar por la vía ejecutiva las sanciones impuestas, para lo cual la presente Oferta, junto con el acto de imposición de la multa, prestarán mérito de título ejecutivo.*

**PARÁGRAFO 5.- PROCEDIMIENTO PARA LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN (...)"**

De la anterior cláusula se desprende que en el contrato celebrado por las partes se pactó la imposición de multas de manera unilateral por parte de TRANSORIENTE al contratista, ignorando la prohibición jurisprudencial establecida para ello, lo cual tendría efectos jurídicos de haberse solicitado así en las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, atendiendo a la pretensión de la demanda de reconvención, lo que se puede vislumbrar es que lo que solicita TRANSORIENTE es un resarcimiento de perjuicios en un monto que asciende al valor de las multas que supuestamente habría imputado al Consorcio.

Respecto de la valoración anticipada de perjuicios, el Consejo de Estado ha señalado que cuando las partes en el contrato establecen el monto del resarcimiento para un caso de incumplimiento, lo que hacen en la práctica es una liquidación anticipada de perjuicios, que al momento de incorporarse al contrato exime a la parte beneficiaria de tener que probar el monto de los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento, por lo que solo deben probar la parte del daño que no alcance a cubrir la pena<sup>71</sup>.

#### 7.4. NATURALEZA DE LA INFORMACIÓN SUMINISTRADA, APLICACIÓN DE LA CONFIANZA, RESPONSABILIDAD DE LAS PARTES Y DEBER DE INFORMACIÓN EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL

7.4.1. La buena fe como principio cardinal y la mala fe imputada por la Convocante, la aplicación del principio de confianza

##### 7.4.1.1. Buena fe

Como se sabe, la Constitución y la ley establecen tanto la presunción como la obligación de comportarse de buena fe. Para el efecto, el Tribunal se remite a lo dispuesto en los artículos 83 de la Constitución Política, y en materia de contratos, a los artículos 163 del Código Civil y 871 y 863 del Código de Comercio. Las disposiciones legales citadas apuntan a exigir comportamientos de buena fe tanto en la formación del contrato como en la ejecución e interpretación del mismo, una vez celebrado.

El acervo probatorio no permite establecer mala fe de ninguna de las partes. Sin embargo, ello no quiere decir que el Contrato no hubiese sido incumplido por las partes según se ha expuesto en las presentes consideraciones.

##### 7.4.1.2. Responsabilidad del profesional y deberes de información

Para efectos de resolver la presente controversia se hace necesario hacer unas consideraciones generales respecto de los siguientes temas puntuales:

- La responsabilidad del profesional y los deberes de información.

---

<sup>71</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de septiembre de 1999, Expediente 10.264, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

- El valor de la confianza y su protección en el ordenamiento jurídico como especie del género de la buena fe.
- Implicaciones de los deberes de los profesionales y de la protección de la confianza como manifestación del principio de buena fe, en el caso concreto.

Tal como se ha manifestado en diversas oportunidades, uno de los problemas jurídicos principales en la presente controversia se concentra en el alcance de la confianza y la responsabilidad de las partes, en virtud de sus respectivas posiciones en el contrato.

En atención a lo anterior, el Tribunal reitera el alcance de la responsabilidad del profesional de acuerdo con lo expuesto por la doctrina y concretamente, de acuerdo con la obra de JORGE SUESCÚN MELO:

*A este respecto se dice que el cliente también debe obrar con diligencia para ilustrar al profesional respecto de sus condiciones especiales, las necesidades que quiere satisfacer y los propósitos que persigue. Con igual acuciosidad debe actuar para obtener el mismo, en la medida de sus capacidades, las informaciones que sean indispensables para tomar acertadamente decisiones.*

*Como se explicó, el cliente puede haber recibido la información con base en sus propios antecedentes, por ejemplo, si ha tenido en el pasado relaciones contractuales similares con el mismo profesional, o si se ha visto colocado en circunstancias semejantes.*

*Lo propio ocurre si el cliente, cuenta o dice contar con personal calificado en la misma actividad; o si acude a contratar o a tratar con el profesional acompañado de expertos que le asesoran. La misma situación se predica del cliente que se presenta como un especialista, o si se comporta como tal, es decir, si aparenta tener los conocimientos suficientes.*

*(...)*

*En estos eventos, entonces, el profesional cumplirá las prestaciones de información y consejo con el suministro de los datos más recientes o novedosos, o con la formulación de opiniones sobre ciertos aspectos muy particulares, en el entendido que, por lo demás, el cliente cuenta ya con todos los elementos de juicio.*

*Con estas precauciones, el profesional podrá proceder a cumplir las órdenes e instrucciones de su cliente, sin que el resultado desafortunado de las mismas*

*le pueda ser imputable, toda vez que el cliente decidió con pleno conocimiento de causa<sup>72</sup>.*

Tal como lo afirma el tratadista citado, el cliente debe ilustrar al profesional cuando ha tenido experiencia en la materia y cuando ha sido asesorado por expertos, ya que a medida que sus conocimientos sean mayores, el profesional encargado de una específica labor podrá tener una mayor confianza en la información que el cliente le proporciona.

Otros autores, han analizado el alcance de la responsabilidad profesional en virtud de los deberes de información. En este sentido, TAMAYO JARAMILLO sostiene:

*(...) Si ambas partes conocen o deben conocer en razón de su oficio, los alcances del contrato, la obligación de información o consejo desaparecen (sic) o por lo menos se atenúan. No es lo mismo celebrar un contrato de transporte con una industria que desplaza mercancía todo el tiempo, que celebrarlo con una persona que eventualmente tiene la necesidad de hacer un trasteo y que en principio no tiene por qué conocer todos los avatares de dicho contrato.*

*De otro lado, las obligaciones de informar y de aconsejar parten del supuesto de que también la parte profana suministre ciertas informaciones que le permitan al deudor informar adecuadamente, esto es, cada una de las partes debe informar para informarse. El adquirente de un bien o servicio deberá informar de sus necesidades al productor o suministrador, para que este sepa a su turno cuales son las informaciones que debe brindar al adquirente. Lo que se busca es que la parte conocedora no se aproveche de la ignorancia de su contraparte, para que esta cometa errores que la perjudican, durante la negociación.*

*(...)*

*La doctrina exige de parte del profesional un conocimiento actualizado de su disciplina, sin caer desde luego en una cacería de brujas que le imponga al profesional ser un sabio en relación con su producto. El profesional deberá pues tener, en ciertos contratos, conocimiento de la evolución legislativa o jurisprudencial que pueda afectar el contenido del contrato. Igualmente, deberá conocer el mecanismo técnico y las contraindicaciones, límites, desventajas y riesgos de los bienes o servicios que ofrece<sup>73</sup>.*

---

<sup>72</sup> JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho Privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Segunda Edición, Bogotá, Legis, 2003, Págs. 468 y 469

<sup>73</sup> JAVIER TAMAYO JARAMILLO, "Tratado de responsabilidad civil", Tomo I, Segunda Edición, Bogotá, Legis, 2007. Págs. 561 y 563.

Véase cómo el tratadista citado señala que el profesional debe ser responsable en su actividad, y que las partes deben poner en conocimiento las situaciones que puedan afectar a sus co-contratantes, y en esa medida su responsabilidad profesional respecto de la información disminuye en razón al conocimiento que tenga su co-contratante, sin que se caiga en una cacería de brujas o se pretenda que el profesional tenga la calidad de sabio.

Por su parte, CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT, señala lo siguiente:

*La obligación de informar encuentra su razón de ser en dos supuestos. Por una parte, la desigualdad de conocimientos entre los contratantes, cuyo cumplimiento pretende lograr el restablecimiento de la igualdad entre las partes evitando el ejercicio abusivo de posiciones dominantes; y por la otra, formar adecuadamente el consentimiento del contratante en cuanto el cumplimiento del deber de información robustece dicho consentimiento al permitir su formación.*

*En el primero de sus fundamentos, el deber de información encuentra razón de ser en un desequilibrio de conocimiento entre los contratantes, ya sea debido a la forma como se construye el contrato o a las circunstancias que rodean al contrato mismo, en ambos eventos la información versará sobre los sujetos contratantes, el objeto del contrato, los vicios del consentimiento, los vicios de la cosa, el contenido del contrato y los efectos de éste. En ese sentido, ese desequilibrio de conocimiento genera la obligación a la parte enterada de informar sobre todas aquellas circunstancias que rodean al negocio y que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente por su condición social, económica, intelectual o cultural.*

*En aquellos eventos en que la relación contractual se establece entre un profesional y un inexperto, la obligación de informar a cargo del profesional se hace más evidente. Ello debido a la necesidad de reequilibrar la relación mediante la exigencia de protección de la parte débil; al efecto se ha construido una presunción de ignorancia legítima consistente en que por el solo hecho de su condición, su conocimiento es precario, situación ésta que exige una mayor rigurosidad de la obligación de informar que recae sobre el profesional respecto de su contraparte.*

*Por su parte, el segundo supuesto en el que encuentra razón de ser el deber de información es el robustecimiento del consentimiento, robustecimiento que implica no solo comprender el mecanismo de la operación contractual a celebrar sino que se extiende hasta la plena comprensión del contenido de los derechos y obligaciones que por tal virtud se adquieren y a la valoración de los riesgos que comporta el contrato.*

*La información suministrada de forma clara, oportuna y transparente, determina el consentimiento, a través de la influencia que ejerce sobre el contratante en la toma de la decisión de contratar o no, y en caso de contratar bajo las condiciones que, según la información suministrada, sean favorables y protectoras de los intereses de ambas partes, así mismo en aquella situación en la que haya sido celebrado el contrato se puedan ejecutar las obligaciones teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la relación contractual en particular respetando los cánones del principio general de la buena fe.*

*La información comunicada deficientemente o en su defecto no comunicada, perturba el consentimiento, la voluntad común y enrarece la atmósfera contractual de forma tal que si ella se presenta en la formación del contrato, generaría un vicio desde la génesis, es por ello que el contenido del deber de informar se extiende a la información que sea relevante y suficiente en miras a la toma de una decisión, de manera que cuando se contrate se tengan todos los elementos de juicio necesarios que determinen un consentimiento pleno y sin vicio alguno.*

*Así pues, el cumplimiento del deber de información permite actuar en pleno uso de la libertad contractual en cuanto facilita decidir la conveniencia del negocio, prevenir los riesgos, determinar el alcance de las obligaciones y derechos asumidos. Exigir una información completa, clara y veraz no supone inhibir la autonomía contractual, muy al contrario, se erige en una garantía del principio de la autonomía privada, promueve la igualdad real entre los contratantes y el equilibrio de las fuerzas en aras del logro de la justicia contractual<sup>74</sup>.*

De lo anterior, debe destacarse que en los eventos en los que se establezca una relación entre dos profesionales, el cumplimiento adecuado y suficiente de los deberes de información buscan el robustecimiento del consentimiento.

De igual forma, nos parece oportuno citar a Rubén y Gabriel Stiglitz quienes sostienen lo siguiente:

*Cuando se examina el fundamento del deber de información, es preciso –para una mejor comprensión del tema–, aceptar, como dato objetivo que exhibe la realidad, la existencia de distintos planos o estamentos económicos, sociales o culturales que coexisten, y que precisamente por ello, contratan entre sí: el*

---

<sup>74</sup> CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT, "El deber de información contractual y sus límites", en Revista de Derecho Privado No. 21, Universidad Externado de Colombia, 2011, Pág. 330 a 332.

*empresario y el consumidor; el principal y el operario; el profesional y el profano; el aprovechador y el necesitado o torpe, etcétera.*

*Todas estas hipótesis, ponen de manifiesto un denominador común: la existencia de una desigualdad real, que se evidencia en una variedad de circunstancias, como puede ser que uno de los sujetos que participa en las tratativas, porte un "poder de negociación" del que carece el otro; o que explote su necesidad; o que sea un experto; un avezado y la contraparte un profano, un inhábil, etcétera.*

*A las desemejanzas apuntadas, debemos añadir otro factor que las acentúa: una de las partes, el eventual vendedor, el posible locador de servicios profesionales, etcétera, dispone de información que la otra generalmente desconoce o no está en condiciones de conocer. Es entonces que la falta de información o aquella suministrada defectuosamente, por culpa o dolo, subraya la desigualdad, perturba la declaración de "voluntad común" al enrarecer la atmósfera contractual y de perfeccionarse el contrato, la relación de equivalencia se halle alterada desde su génesis.*

*Lo expresado significa que no es legítimo que alegue ser víctima de desinformación, quien debía o se hallaba en condiciones de conocerla, en razón de que esto último, se asimila – como presunción –, al conocimiento mismo.*

*El deber de información, en consecuencia, presupone que quien está obligado al mismo, dispone de ella y, por añadidura, la influencia que ejercerá sobre la voluntad de consentir de la otra parte<sup>75</sup>.*

Los anteriores autores, ponen de presente que cuando una de las partes posee un mayor grado de información en razón a su profesión u oficio, debe ponerla en conocimiento de su co-contratante, como un deber derivado de la lealtad, para evitar abusos de quien tiene una posición privilegiada en el contrato en razón a sus especiales conocimientos.

Ahora bien, en ese sentido todos los autores señalan que hay un especial deber de información en relación con la información al tratarse de relaciones entre profesionales. En ese sentido, se reitera, los co-contratantes, cuando tienen especiales conocimientos en un determinado campo, deben poner en consideración de sus co-contratantes todas aquellas informaciones que resulten relevantes.

---

<sup>75</sup> Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, "Responsabilidad precontractual, incumplimiento del deber de información", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, Págs. 70 a 72.

Además de lo anterior, puede configurarse la responsabilidad profesional de las partes cuando tienen una especial posición en un contrato, y en virtud de la tipología contractual se haya determinado que tenga unos particulares deberes en relación con dicha posición.

En relación con el contrato de obra se transcribe de nuevo parte relevante de lo que al respecto establece el Código Civil:

*"Artículo 2057.—La pérdida de la materia recae sobre su dueño.*

*Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia parece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.*

*Aunque la materia no perezca por su culpa, ni por la de dichas personas, no podrá el artífice reclamar el precio o salario si no es en los casos siguientes:*

1. *Si la obra ha sido reconocida y aprobada.*
2. *Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra.*
3. *Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquellos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer; o que conociéndolo, no haya dado aviso oportuno".*

Como se desprende de la disposición transcrita, el artífice de la obra debe responder por aquellos vicios que haya debido conocer en razón de su oficio, o que conociéndolo no haya dado un aviso oportuno.

Dicha norma debe ser leída y analizada con mucho detenimiento, pues trae un aspecto importante de la responsabilidad profesional para los contratos de obra y es el régimen de responsabilidad para el artífice que se encarga en su totalidad de la obra.

La misma, sin embargo, no contempla situaciones complejas, fruto del tráfico negocial del mundo contemporáneo.

En este sentido, no se podría considerar que cada contratista responde por la totalidad de las labores que componen una misma obra y que debe hacer las veces de interventor respecto de la labor que desempeña cada uno de los implicados en el contrato, pues ello haría ineficiente la distribución de trabajos, generaría atrasos en los tiempos del contrato y dificultaría la obtención del resultado que persigue el contratante con la suscripción de los múltiples contratos.

Así las cosas, cada uno de los contratistas debe poder confiar en que los demás desempeñan sus labores conforme a los cánones que rigen las mismas y cumplirá con sus deberes de previsión desempeñando sus labores conforme a los cánones de las mismas y poniendo de presente al contratante aquellas situaciones que puedan resultar relevantes en la toma de decisiones, aspecto que se desprende directamente de la confianza como una manifestación del principio de buena fe como se pasa a explicar.

#### 7.4.1.3. Valor de la confianza y su protección en el ordenamiento jurídico como especie del género de la buena fe

Tal como se ha manifestado en diversas oportunidades, uno de los problemas jurídicos principales en la presente controversia se concentra en el alcance de la confianza y la responsabilidad de las partes, en virtud de sus respectivas posiciones en el contrato.

En atención a lo anterior, el Tribunal reitera el alcance de la responsabilidad del profesional de acuerdo con lo expuesto por la doctrina y concretamente, de acuerdo con la obra de JORGE SUESCÚN MELO:

*A este respecto se dice que el cliente también debe obrar con diligencia para ilustrar al profesional respecto de sus condiciones especiales, las necesidades que quiere satisfacer y los propósitos que persigue. Con igual acuciosidad debe actuar para obtener el mismo, en la medida de sus capacidades, las informaciones que sean indispensables para tomar acertadamente decisiones.*

*Como se explicó, el cliente puede haber recibido la información con base en sus propios antecedentes, por ejemplo, si ha tenido en el pasado relaciones contractuales similares con el mismo profesional, o si se ha visto colocado en circunstancias semejantes.*

*Lo propio ocurre si el cliente, cuenta o dice contar con personal calificado en la misma actividad; o si acude a contratar o a tratar con el profesional acompañado de expertos que le asesoran. La misma situación se predica del cliente que se presenta como un especialista, o si se comporta como tal, es decir, si aparenta tener los conocimientos suficientes.*

*(...)*

*En estos eventos, entonces, el profesional cumplirá las prestaciones de información y consejo con el suministro de los datos más recientes o novedosos, o con la formulación de opiniones sobre ciertos aspectos muy particulares, en el entendido que, por lo demás, el cliente cuenta ya con todos los elementos de juicio.*

*Con estas precauciones, el profesional podrá proceder a cumplir las órdenes e instrucciones de su cliente, sin que el resultado desafortunado de las mismas le pueda ser imputable, toda vez que el cliente decidió con pleno conocimiento de causa<sup>76</sup>.*

Tal como lo afirma el tratadista citado, el cliente debe ilustrar al profesional cuando ha tenido experiencia en la materia y cuando ha sido asesorado por expertos, ya que a medida que sus conocimientos sean mayores, el profesional encargado de una específica labor podrá tener una mayor confianza en la información que el cliente le proporciona.

Otros autores, han analizado el alcance de la responsabilidad profesional en virtud de los deberes de información. En este sentido, TAMAYO JARAMILLO sostiene:

*"(...) Si ambas partes conocen o deben conocer en razón de su oficio, los alcances del contrato, la obligación de información o consejo desaparecen (sic) o por lo menos se atenúan. No es lo mismo celebrar un contrato de transporte con una industria que desplaza mercancía todo el tiempo, que celebrarlo con una persona que eventualmente tiene la necesidad de hacer un trasteo y que en principio no tiene por qué conocer todos los avatares de dicho contrato.*

*De otro lado, las obligaciones de informar y de aconsejar parten del supuesto de que también la parte profana suministre ciertas informaciones que le permitan al deudor informar adecuadamente, esto es, cada una de las partes debe informar para informarse. El adquirente de un bien o servicio deberá informar de sus necesidades al productor o suministrador, para que este sepa a su turno cuales son las informaciones que debe brindar al adquirente. Lo que se busca es que la parte conocedora no se aproveche de la ignorancia de su contraparte, para que esta cometa errores que la perjudican, durante la negociación.*

*(...)*

*La doctrina exige de parte del profesional un conocimiento actualizado de su disciplina, sin caer desde luego en una cacería de brujas que le imponga al profesional ser un sabio en relación con su producto. El profesional deberá pues tener, en ciertos contratos, conocimiento de la evolución legislativa o jurisprudencial que pueda afectar el contenido del contrato. Igualmente,*

---

<sup>76</sup> JORGE SUESCÚN MELO, *Derecho Privado, Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Segunda Edición, Bogotá, Legis, 2003, Págs. 468 y 469

*deberá conocer el mecanismo técnico y las contraindicaciones, límites, desventajas y riesgos de los bienes o servicios que ofrece”<sup>77</sup>.*

Véase cómo el tratadista citado señala que el profesional debe ser responsable en su actividad, y que las partes deben poner en conocimiento las situaciones que puedan afectar a sus co-contratantes, y en esa medida su responsabilidad profesional respecto de la información disminuye en razón al conocimiento que tenga su co-contratante, sin que se caiga en una cacería de brujas o se pretenda que el profesional tenga la calidad de sabio.

Por su parte, CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT, señala lo siguiente:

*“La obligación de informar encuentra su razón de ser en dos supuestos. Por una parte, la desigualdad de conocimientos entre los contratantes, cuyo cumplimiento pretende lograr el restablecimiento de la igualdad entre las partes evitando el ejercicio abusivo de posiciones dominantes; y por la otra, formar adecuadamente el consentimiento del contratante en cuanto el cumplimiento del deber de información robustece dicho consentimiento al permitir su formación.*

*En el primero de sus fundamentos, el deber de información encuentra razón de ser en un desequilibrio de conocimiento entre los contratantes, ya sea debido a la forma como se construye el contrato o a las circunstancias que rodean al contrato mismo, en ambos eventos la información versará sobre los sujetos contratantes, el objeto del contrato, los vicios del consentimiento, los vicios de la cosa, el contenido del contrato y los efectos de éste. En ese sentido, ese desequilibrio de conocimiento genera la obligación a la parte enterada de informar sobre todas aquellas circunstancias que rodean al negocio y que la otra parte tiene interés en conocer, pero que ignora legítimamente por su condición social, económica, intelectual o cultural.*

*En aquellos eventos en que la relación contractual se establece entre un profesional y un inexperto, la obligación de informar a cargo del profesional se hace más evidente. Ello debido a la necesidad de reequilibrar la relación mediante la exigencia de protección de la parte débil; al efecto se ha construido una presunción de ignorancia legítima consistente en que por el solo hecho de su condición, su conocimiento es precario, situación ésta que exige una mayor rigurosidad de la obligación de informar que recae sobre el profesional respecto de su contraparte.*

---

<sup>77</sup> JAVIER TAMAYO JARAMILLO, “Tratado de responsabilidad civil”, Tomo I, Segunda Edición, Bogotá, Legis, 2007. Págs. 561 y 563.

*Por su parte, el segundo supuesto en el que encuentra razón de ser el deber de información es el robustecimiento del consentimiento, robustecimiento que implica no solo comprender el mecanismo de la operación contractual a celebrar sino que se extiende hasta la plena comprensión del contenido de los derechos y obligaciones que por tal virtud se adquieran y a la valoración de los riesgos que comporta el contrato.*

*La información suministrada de forma clara, oportuna y transparente, determina el consentimiento, a través de la influencia que ejerce sobre el contratante en la toma de la decisión de contratar o no, y en caso de contratar bajo las condiciones que, según la información suministrada, sean favorables y protectoras de los intereses de ambas partes, así mismo en aquella situación en la que haya sido celebrado el contrato se puedan ejecutar las obligaciones teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la relación contractual en particular respetando los cánones del principio general de la buena fe.*

*La información comunicada deficientemente o en su defecto no comunicada, perturba el consentimiento, la voluntad común y enrarece la atmósfera contractual de forma tal que si ella se presenta en la formación del contrato, generaría un vicio desde la génesis, es por ello que el contenido del deber de informar se extiende a la información que sea relevante y suficiente en miras a la toma de una decisión, de manera que cuando se contrate se tengan todos los elementos de juicio necesarios que determinen un consentimiento pleno y sin vicio alguno.*

*Así pues, el cumplimiento del deber de información permite actuar en pleno uso de la libertad contractual en cuanto facilita decidir la conveniencia del negocio, prevenir los riesgos, determinar el alcance de las obligaciones y derechos asumidos. Exigir una información completa, clara y veraz no supone inhibir la autonomía contractual, muy al contrario, se erige en una garantía del principio de la autonomía privada, promueve la igualdad real entre los contratantes y el equilibrio de las fuerzas en aras del logro de la justicia contractual<sup>78</sup>.*

De lo anterior, debe destacarse que en los eventos en los que se establezca una relación entre dos profesionales, el cumplimiento adecuado y suficiente de los deberes de información buscan el robustecimiento del consentimiento.

De igual forma, resulta oportuno citar a Rubén y Gabriel Stiglitz quienes sostienen lo siguiente:

---

<sup>78</sup> CARLOS ALBERTO CHINCHILLA IMBETT, "El deber de información contractual y sus límites", en Revista de Derecho Privado No. 21, Universidad Externado de Colombia, 2011, Pág. 330 a 332.

*Cuando se examina el fundamento del deber de información, es preciso –para una mejor comprensión del tema–, aceptar, como dato objetivo que exhibe la realidad, la existencia de distintos planos o estamentos económicos, sociales o culturales que coexisten, y que precisamente por ello, contratan entre sí: el empresario y el consumidor; el principal y el operario; el profesional y el profano; el aprovechador y el necesitado o torpe, etcétera.*

*Todas estas hipótesis, ponen de manifiesto un denominador común: la existencia de una desigualdad real, que se evidencia en una variedad de circunstancias, como puede ser que uno de los sujetos que participa en las tratativas, porte un “poder de negociación” del que carece el otro; o que explote su necesidad; o que sea un experto; un avezado y la contraparte un profano, un inhábil, etcétera.*

*A las desemejanzas apuntadas, debemos añadir otro factor que las acentúa: una de las partes, el eventual vendedor, el posible locador de servicios profesionales, etcétera, dispone de información que la otra generalmente desconoce o no está en condiciones de conocer. Es entonces que la falta de información o aquella suministrada defectuosamente, por culpa o dolo, subraya la desigualdad, perturba la declaración de “voluntad común” al enrarecer la atmósfera contractual y de perfeccionarse el contrato, la relación de equivalencia se halle alterada desde su génesis.*

*Lo expresado significa que no es legítimo que alegue ser víctima de desinformación, quien debía o se hallaba en condiciones de conocerla, en razón de que esto último, se asimila – como presunción –, al conocimiento mismo.*

*El deber de información, en consecuencia, presupone que quien está obligado al mismo, dispone de ella y, por añadidura, la influencia que ejercerá sobre la voluntad de consentir de la otra parte<sup>79</sup>.*

Los anteriores autores, ponen de presente que cuando una de las partes posee un mayor grado de información en razón a su profesión u oficio, debe ponerla en conocimiento de su co-contratante, como un deber derivado de la lealtad, para evitar abusos de quien tiene una posición privilegiada en el contrato en razón a sus especiales conocimientos.

Ahora bien, en ese sentido todos los autores señalan que hay un especial deber de información en relación con la información al tratarse de relaciones entre profesionales. En

---

<sup>79</sup> Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz, "Responsabilidad precontractual, incumplimiento del deber de información", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992, Págs. 70 a 72.

ese sentido, se reitera, los co-contratantes, cuando tienen especiales conocimientos en un determinado campo, deben poner en consideración de sus co-contratantes todas aquellas informaciones que resulten relevantes.

Además de lo anterior, puede configurarse la responsabilidad profesional de las partes cuando tienen una especial posición en un contrato, y en virtud de la tipología contractual se haya determinado que tenga unos particulares deberes en relación con dicha posición.

En relación con el contrato de obra se transcribe de nuevo parte relevante de lo que al respecto establece el Código Civil:

*"Artículo 2057.—La pérdida de la materia recae sobre su dueño.*

*Por consiguiente, la pérdida de la materia suministrada por el que ordenó la obra, pertenece a éste; y no es responsable el artífice sino cuando la materia parece por su culpa o por culpa de las personas que le sirven.*

*Aunque la materia no perezca por su culpa, ni por la de dichas personas, no podrá el artífice reclamar el precio o salario si no es en los casos siguientes:*

*1. Si la obra ha sido reconocida y aprobada.*

*2. Si no ha sido reconocida y aprobada por mora del que encargó la obra.*

*3. Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquellos que el artífice, por su oficio, haya debido conocer; o que conociéndolo, no haya dado aviso oportuno".*

Como se desprende de la disposición transcrita, el artífice de la obra debe responder por aquellos vicios que haya debido conocer en razón de su oficio, o que conociéndolo no haya dado un aviso oportuno.

Dicha norma debe ser leída y analizada con mucho detenimiento, pues trae un aspecto importante de la responsabilidad profesional para los contratos de obra y es el régimen de responsabilidad para el artífice que se encarga en su totalidad de la obra.

La misma, sin embargo, no contempla situaciones complejas, fruto del tráfico negocial del mundo contemporáneo.

En este sentido, no se podría considerar que cada contratista responde por la totalidad de las labores que componen una misma obra y que debe hacer las veces de interventor respecto de la labor que desempeña cada uno de los implicados en el contrato, pues ello haría ineficiente la distribución de trabajos, generaría atrasos en los tiempos del contrato y

dificultaría la obtención del resultado que persigue el contratante con la suscripción de los múltiples contratos.

Así las cosas, cada uno de los contratistas debe poder confiar en que los demás desempeñan sus labores conforme a los cánones que rigen las mismas y cumplirá con sus deberes de previsión desempeñando sus labores conforme a los cánones de las mismas y poniendo de presente al contratante aquellas situaciones que puedan resultar relevantes en la toma de decisiones, aspecto que se desprende directamente de la confianza como una manifestación del principio de buena fe como se pasa a explicar.

El valor de la confianza como objeto de protección del ordenamiento jurídico se desprende de un principio que tiene consagración constitucional como lo es el de la buena fe, tal como lo han establecido tanto la jurisprudencia como la doctrina. En relación con el mismo, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

*"El artículo 83 de la Constitución establece:*

*"Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".*

*La buena fe es considerada por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y de consecuencias. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de las mismas, se pueden destacar las siguientes:*

*(...)*

*Para Karl Larenz la buena fe no es un concepto sino un principio, formulado con la forma exterior de una regla de derecho. El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque "...poder confiar, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres, y por tanto, de paz jurídica".*

*La buena fe como principio general del derecho, informa la totalidad del ordenamiento jurídico. Las complejas características de la vida moderna, exigen que este principio no sea simplemente un criterio de interpretación y una limitante en el ejercicio de los derechos. Así pues, el querer del Constituyente fue consagrarlo en el artículo 83 de la Constitución como una verdadera garantía.*

*En la ponencia presentada a la Asamblea Nacional Constituyente, los ponentes consideraron que la norma (artículo 83), tiene dos elementos fundamentales:*

*"Primero: que se establece el deber genérico de obrar conforme a los postulados de la buena fe. Esto quiere decir que tanto los particulares en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus deberes, como las autoridades en el desarrollo de sus funciones, deben sujetarse a los mandatos de honestidad, lealtad y sinceridad que integran el principio. En el primer caso, estamos ante una barrera frente al abuso del derecho; en el segundo ante una limitante de los excesos y la desviación del poder.*

*Segundo: se presume que los particulares en sus relaciones con el poder público actúan de buena fe. Este principio que parecería ser de la esencia del derecho en Colombia ha sido sustituido por una general desconfianza hacia el particular. Esta concepción negativa ha permeado todo el sistema burocrático colombiano, el cual, so pretexto de defenderse del asalto siempre mal intencionado de los particulares, se ha convertido en una fortaleza inexpugnable ante la cual sucumben las pretensiones privadas, enredadas en una maraña de requisitos y procedimientos que terminan por aniquilar los derechos sustanciales que las autoridades están obligadas a proteger".*

(...)

*Vivimos en un mundo en el que se ha olvidado el valor ético de la confianza. Y como ha dicho Larenz "una sociedad en la que unos desconfían de otros se sumergiría en un estado de guerra latente entre todos, y en lugar de paz dominaría la discordia; allí donde se ha perdido la confianza, la comunicación humana está perturbada en lo más profundo".*

(...)

*La aplicación del principio de la buena fe ha sido mirada con desconfianza por algunos. Sin embargo, como lo ha dicho Jesús González Pérez a propósito de la aplicación del principio de la buena fe por parte de los jueces, él "no supone la quiebra de la seguridad jurídica ni el imperio de la arbitrariedad ni disolver la objetividad del derecho, que los jueces, al enfrentarse en cada caso concreto con la actuación de la Administración pública y de los administrados, tengan siempre muy presente, entre los principios generales aplicables, aquel que protege el valor ético de la confianza. Interpretando las normas y actos en el sentido más conforme al mismo, y reaccionando por los medios adecuados frente a cualquier lesión que pueda sufrir, a fin de restablecer el orden jurídico perturbado<sup>80</sup>.*

---

<sup>80</sup> Corte Constitucional, Sentencia T – 469 de 17 de julio de 1992. Magistrado Ponente: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Del anterior pronunciamiento es necesario destacar que la confianza en el ámbito contractual se desprende del principio de buena fe y es protegida por el ordenamiento jurídico, porque el hecho de que se pueda confiar en los demás, es condición fundamental de convivencia pacífica.

La Corte Constitucional no ha sido la única en resaltar la importancia de la confianza en las relaciones contractuales. En efecto, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente, en relación con la confianza que debe reinar entre las partes:

*"La Sala desea aprovechar la ocasión para reiterar la filosofía contractual que sobre casos similares ha expuesto. Cuando las partes se suscitan confianza con la firma de acuerdos, documentos, actas, deben hacer homenaje a la misma. Ese es un MANDAMIENTO MORAL y un PRINCIPIO DEL DERECHO JUSTO. Por ello el Profesor KARL LARENZ, enseña:*

*El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho - con independencia de cualquier mandamiento moral - tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferente manera... (Derecho Justo. Editorial Civitas, pág. 91)".*

El anterior pronunciamiento resulta acorde con el previamente citado, en el sentido de resaltar que la confianza es una condición fundamental de la vida en sociedad, y adicionalmente lo complementa en el sentido de señalar que quien ha defraudado la confianza que ha producido en su contraparte, contraviene una exigencia del derecho consistente en la seguridad garantizada por el mismo.

Por su parte, en relación con la confianza LUHMANN sostiene lo siguiente:

*"La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorga confianza o no. Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza*

***definitiva y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano.***

***"Este punto de partida puede considerarse como referencia, como una afirmación incontrovertiblemente verdadera. Cada día ponemos nuestra confianza en la naturaleza del mundo, que de hecho es evidente por sí misma, y en la naturaleza humana. En este nivel que es el más básico, la confianza (Zutrauen) es un rasgo natural del mundo, parte integral de los límites dentro de los cuales vivimos nuestras vidas cotidianas, aunque no es un componente intencional (y, por lo tanto, variable) de la experiencia.***

***"En segundo lugar, la necesidad de confianza puede considerarse como el punto de partida correcto y apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropiada. Si el caos y el temor paralizante son las únicas alternativas para la confianza, hay que concluir que el hombre por naturaleza tiene que otorgar confianza, aun cuando esto no se haga ciegamente y sólo en ciertas direcciones. Por medio de este método uno llega a las máximas éticas o a la ley natural...<sup>81</sup>***

(Negrillas del original).

Lo más importante de lo transcrita para el Tribunal, consiste en afirmar que la confianza se puede considerar como el punto de partida correcto y apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropiada.

Lo anterior nos demuestra que a partir de la buena fe se procura la protección de la confianza. Ahora bien, este Tribunal encuentra que existen diferentes manifestaciones de la confianza y que el ordenamiento jurídico se encarga de protegerlas todas como se pasa a explicar:

En derecho penal y concretamente en la teoría de la imputación objetiva se ha elaborado doctrinalmente sobre la confianza y en particular sobre el comportamiento que se debe esperar de otras personas, en lo que se conoce como el “principio de confianza”. En ese sentido la doctrina señala lo siguiente:

***"El principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos en el principio de autorresponsabilidad. La principal consecuencia es la de que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta, y sólo bajo***

---

<sup>81</sup> NIKLAS LUHMANN, “Confianza”, Ciudad de México, Anthropos, 2005, Pág. 5 y 6.

*especiales circunstancias se extiende a las actuaciones de otro. Por regla general, cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos; pero no es su deber preocuparse por que los demás observen el mismo comportamiento. En virtud del principio de autorresponsabilidad, generalmente sólo se responde por el hecho propio, mas no por el hecho ajeno.*

*En todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan en su rol. No obstante, sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportamiento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad si quien interviene en ella debe organizar su conducta esperando que las otras personas no cumplirán con los deberes que les han sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria. Pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en el tráfico social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a sus status; él puede confiar en que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada<sup>82</sup>.*

Este principio ha sido especialmente importante en particular en lo que a relaciones jerárquicas se refiere, pues se puede esperar que cada persona cumpla con los deberes que le han sido asignados.

La importancia de invocar este principio propio del derecho penal es, porque con él se demuestra el valor de la confianza como un subprincipio de la buena fe, conforme al cual se espera que cada persona actúe en la sociedad conforme a la división de tareas o a la asunción de roles. Entonces, cuando se tiene cierta experiencia en una determinada labor, se espera que esa persona se comporte y respete los cánones de la profesión o de la labor específica que desempeña, de manera tal que quienes dependan o tengan relación con tales personas, puedan confiar en que ejerce su labor conforme a los cánones que informan la misma.

Pese a que la protección que el ordenamiento le proporciona a esta particular manifestación de la confianza se encuentra en el derecho penal, no puede pensarse que es predicable exclusivamente de dicha rama del derecho, en el sentido que la misma se funda en la confianza que cada quién tiene en que los demás desempeñan sus labores o profesiones conforme a los cánones y reglas técnicas de cada una, ya que de lo contrario se caería en el caos y se empezaría a realizar una serie de controles trasversales que resultarían perversos para la vida en sociedad.

---

<sup>82</sup> CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ, "Introducción a la Imputación Objetiva", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, Pág. 120 y 121.

La protección de la confianza también está presente en el derecho administrativo, pues en esta rama se protegen las expectativas razonables de los administrados, de que sus situaciones jurídicas particulares no se verán afectadas por una decisión intempestiva de la Administración. Es así como se ha elaborado el concepto de “confianza legítima”, respecto del cual, el Consejo de Estado ha establecido lo siguiente:

La confianza legítima ha sido definida como la *“protección jurídica a las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad y proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando ellas han sido promovidas, permitidas, propiciadas o toleradas por el mismo Estado”*.

También considera la doctrina que el desconocimiento del principio de confianza legítima por un cambio de reglamentación no es absoluto, pues las personas afectadas deben tomar en cuenta, en razón de la naturaleza misma de la reglamentación y del margen de apreciación de la administración, la posibilidad de un cambio de reglamentación.

La Corte Constitucional en Sentencia C-007 de 2002 señaló respecto de la seguridad jurídica que en el Estado Social de Derecho ella *“no impide cambios en las reglas de juego pero sí exige que éstos no se hagan arbitaria y súbitamente sin consideración alguna por la estabilidad de los marcos jurídicos que rigen la acción de las personas y en desmedro de la previsibilidad de las consecuencias que se derivan para los particulares de ajustar su comportamiento a dichas reglas”*.

En cuanto a la confianza legítima, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, este principio *“se aplica como mecanismo para conciliar el conflicto entre los intereses público y privado, cuando la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones. Por lo tanto, la confianza que el administrado deposita en la estabilidad de la actuación de la administración, es digna de protección y debe respetarse.”* Empero, la misma jurisprudencia también ha previsto que la aplicación del principio de confianza legítima no es óbice para que la administración adelante programas que modifiquen tales expectativas favorables, sino que, en todo caso, no *“puede crear cambios sorpresivos que afecten derechos particulares consolidados y fundamentados en la convicción objetiva, esto es fundada en hechos externos de la administración suficientemente concluyentes, que dan una imagen de aparente legalidad de la conducta desarrollada por el particular.”*

De conformidad con lo anterior es claro que la administración no está (sic) obligada a mantener indefinidamente una regulación, pues en el Estado Social de Derecho, la seguridad jurídica no impide la modificación de las reglas de juego pero sí exige que los cambios no se hagan de manera arbitraria y en forma inesperada sin tomar en cuenta la estabilidad de los andamiajes jurídicos que rigen en un momento dado la acción de las personas y desconociendo las consecuencias que los particulares deben asumir para ajustar su comportamiento a las nuevas normas<sup>83</sup>.

La doctrina por su parte, ha asociado el principio de confianza al de buena fe. En la obra de MARÍA JOSÉ VIANA CLEVES, se sostiene lo siguiente:

*"Los principios de buena fe y confianza legítima son principios de naturaleza moral que se han institucionalizado en el derecho. Comenzaremos por la buena fe. Ésta, como principio moral, ordena actuar (llevar a cabo acciones u omisiones) conforme a la lealtad y a la transparencia. Se aplica a todas las relaciones interpersonales, sean éstas jurídicas o no. Impone la obligación, en palabras de Diez Picazo, de "guardar fidelidad a la palabra dada, no defraudar la confianza de los demás, no abusar de la confianza de los otros, conducirse conforme cabe esperar de cuantos con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico. Contiene dos elementos principales: la lealtad y la transparencia. La lealtad se refiere al cumplimiento de lo prometido ("de la palabra dada") y a la coherencia con los actos propios anteriores. La transparencia es el deber que implica el poner de manifiesto todos los aspectos relevantes para que las partes de una relación jurídica puedan definir sus propias conductas. La buena fe, como principio jurídico, conserva un contenido idéntico a su contenido moral, es decir, ordena una actuación conforme a la lealtad y a la transparencia, pero su ámbito de aplicación se restringe a las relaciones jurídicas"<sup>84</sup>.*

Como se puede advertir, la buena fe se fundamenta en la lealtad y la transparencia y en virtud de ella se debe guardar fidelidad a la palabra dada, no defraudar la confianza de los demás y no abusar de la confianza de los otros.

---

<sup>83</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 29 de septiembre de 2011, Radicación No. 25000-23-24-000-2004-00862-01, Magistrado Ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

<sup>84</sup> María José Viana Cleves, *"El principio de Confianza Legítima en el derecho administrativo colombiano"*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, Pág.39 y 40.

La autora que se cita, defiende la tesis de que la confianza legítima es una especie del género de la buena fe. En este sentido, en otro aparte de la misma obra sostiene lo siguiente:

*A continuación se defenderá la tesis de que el principio de buena fe es el género al que pertenece el principio de confianza legítima y que, por ende, éste es una especie de aquél. De esta manera, toda vez que se vulnere el principio de la confianza legítima se habrá vulnerado simultáneamente el principio de buena fe, por afectación de uno de sus elementos. En cambio, no toda vulneración del principio de buena fe acarreará, como lo demostraremos más adelante, una consecuente violación de la confianza legítima. La buena fe tiene contenidos adicionales a la confianza legítima. La confianza legítima comparte con la buena fe el elemento de la "lealtad". No obstante, toma distancia del elemento "transparencia". En ciertos casos, cuando no se cumplen los deberes de transparencia, es posible que exista una violación del principio de buena fe que no lleve consigo una violación del principio de confianza legítima<sup>85</sup>.*

Del anterior recuento jurisprudencial y doctrinario se evidencia que el ordenamiento jurídico protege la confianza en sus diversas manifestaciones.

Sin embargo las manifestaciones de la protección de la confianza que se han analizado, si bien sirven para demostrar que esta la protección proporcionada se desprende del principio de la buena fe, nos demuestran que el caso que está siendo analizado no está relacionado con el "principio de confianza" del derecho penal, ni tampoco con la confianza legítima propia del derecho administrativo, pues no se está tratando de un asunto de responsabilidad penal, en donde se vea involucrada una relación de subordinación, y tampoco se trata de un asunto en donde se haya presentado un cambio intempestivo en una relación particular como consecuencia de una decisión particular de la Administración.

Como se desprende del anterior fragmento, el ordenamiento jurídico, a partir de la buena fe, protege la confianza legítima. Sin embargo, se establece que la buena fe es mucho más amplia que la confianza legítima en cuanto se compone de elementos de lealtad y transparencia. Es por ello, que el Tribunal puede estimar incumplidas las obligaciones de información precontractual que impactaron seria y gravemente la ejecución del contrato, sin que sea forzoso deducir la mala fe de alguna de las partes, que no se probó.

El anterior pronunciamiento trae aspectos adicionales que deben ser analizados en el presente caso:

---

<sup>85</sup> Ibídem, Págs. 44 y 45.

En primer lugar, recuerda que la buena fe irradia todas las relaciones jurídicas lo cual significa rectitud y honradez, que se predica inclusive de las tratativas inclusive cuando las partes son exclusivamente particulares. Respecto de este aspecto, se reitera que la buena fe se compone de los elementos de “lealtad” y “transparencia” por lo que las partes deberán en primer lugar poner en conocimiento de la contraparte toda situación que tenga la virtualidad de afectar el contrato y ser activa y responsable en la adecuada formación del consentimiento. Por otra parte, tiene implicaciones en cuanto a la interpretación del contrato, pues los análisis que se hagan de la conducta de las partes, deben tener en cuenta que se debe partir de las relaciones de confianza, en virtud de las cuales ellas debían obrar conforme a los postulados de sus respectivas profesiones pero confiando en que cada parte del contrato ejecutaba su labor de acuerdo a los cánones y reglamentos que informan cada labor, pues desconfiar de profesionales que tienen mayores conocimientos que alguna de las partes resulta perverso para el mundo negocial, pues ello devendría en mayores tiempos y costos y resultaría ineficiente.

Lo expuesto en el caso concreto significa que no puede limitarse a que el Consorcio demandante no efectuó una verificación de los estudios de suelos porque confió en que los mismos eran completos, cuando siendo un profesional en su actividad debió refrendar la información suministrada, sino que debe completarse, o mejor, enfocarse, en si las obligaciones del Consorcio expresamente pactadas consagran el deber para esta parte contractual de efectuar la verificación, la cual como quedó probado en el proceso, comprende una serie de actividades específicas y un tiempo determinado para ello, y si de las obligaciones contenidas en el contrato se desprende que por la naturaleza de las mismas era un deber de este contratista ejecutar tales actividades de verificación, análisis que a la luz de las pruebas existentes en el proceso, arroja una respuesta negativa a ambos interrogantes.

Ahora bien, en relación con el segundo aspecto es necesario señalar lo siguiente:

Por una parte, ya se hizo referencia a que cada parte debe informar de situaciones que puedan afectar el contrato en razón a los particulares conocimientos que se tengan. En ese sentido, este Tribunal encuentra que el Consorcio Cosacol Confurca cumplió con sus deberes profesionales, porque pese a que no era un experto en estudios geológicos y ello tampoco estaba en su objeto social, por su experiencia en la construcción de gasoductos puso de presente que en desarrollo del contrato podía presentarse la presencia de roca, para lo cual solicitó la inclusión de un rubro de excavación en roca con cantidad cero, como se desprende de la declaración del señor Furlanetto, en donde señala lo siguiente:

*"DR. CUBEROS: Este contrato se estructuró por una propuesta y la orden de compra que fue una página, esta propuesta que son centenares de páginas quién la redactó, qué margen de negociación tuvo, cómo fue el margen de negociación de los siete otrosías que se firmaron?"*

*SR. FURLANETTO: Le voy a hacer un poco de historia desde la firma del contrato, el contrato cuando nosotros entregamos la oferta entregamos bajo una base dada por TRANSORIENTE, pocos días luego recibimos la primera llamada que estaba en análisis nuestra propuesta y nos encontramos con una sorpresa que nos empiezan a bajar los alcances, estaba contemplado en el adendo, en la propuesta inicial kilómetros iniciales que tenían un precio x, una ingeniería de detalle de las estaciones de válvulas, había otras dos, tres partidas más que fueron bajadas.*

*En ese momento nos condicionan a reestructurarle la oferta porque iba a haber la disminución, en ese momento dijimos: ya que van a modificar la oferta que nosotros inicialmente no podíamos modificar porque una de las preguntas de nosotros, de los contratistas, era que si podíamos ajustar algo en las especificaciones de la licitación, del presupuesto, y nos dijeron que eso era sagrado, era propuesto por Transoriente; nosotros dijimos: okey si ya usted tiene una propuesta nuestra y la va a modificar modifíqueme también algunas cosas que vimos que podrían favorecer al proyecto, como era una posible partida para excavación en roca o apertura de derecho de vía en roca con cantidad cero, qué le dijimos nosotros, que se utiliza mucho en el ambiente de construcción, abrir una partida con nombre de especificación precio unitario pero cantidad cero, para que esa cantidad cero no afecte el presupuesto definitivo, esa propuesta fue negada por TRANSORIENTE directamente, eso fue vía telefónica.*

Durante el trámite del proceso, en ningún momento se hizo tacha alguna respecto de la anterior declaración, en la que quedó de manera expresa que hubo una solicitud por parte del Consorcio de incluir un rubro para excavación en roca y que esta fue desatendida por Transoriente.

En ese sentido, se observa que cumplió con sus deberes profesionales, entender la conducta de la parte de otro modo, sería presumir la mala fe sin que exista prueba alguna en ese sentido, lo cual constituiría un terrible yerro.

Ahora bien, al analizar la conducta de las partes se observa que precisamente en virtud del principio de la buena fe, que implica lealtad y honradez, y concretamente de la confianza que se debe depositar en quienes intervienen en una relación negocial, es preciso concluir que tanto Transoriente como el Consorcio confiaron en que los estudios de Gradex eran completos, definitivos y veraces. De la misma manera en que se concluye que el Consorcio confió en los estudios, debe procederse en relación con la conducta de Transoriente, pues de no hacerse así, se estaría presumiendo su mala fe.

Ahora bien, en la conducta de Transoriente debe tenerse en cuenta un elemento fundamental a partir de la responsabilidad del profesional: Transoriente, cuyo objeto social se encuadra en el transporte de gas, evidentemente tenía experiencia en obras relacionadas con el transporte de hidrocarburos. Pese a ello, no tuvo en cuenta, la solicitud que de manera expresa le hiciera su contratista de incluir un rubro de excavación en roca con cantidad cero, con lo cual, al encontrarse una realidad contractual alejada de la situación real, le causó perjuicios.

Todo lo anterior hace concluir que y ha sido reiterativo:

- (i) La información suministrada por Transoriente era completa y definitiva, a tal punto que confió tanto Transoriente como el Consorcio, sin que ninguno de los dos fuera lego en el asunto pues de un lado, se esperó profesionalidad de éste y del otro, Transoriente venía madurando suficientemente el proyecto.
- (ii) También está probado en el expediente que de las obligaciones del contrato no se derivan revisión de estudios ni se derivan de la naturaleza de las obligaciones del constructor y mucho menos un riesgo asignado en tal sentido.
- (iii) Incluso Transoriente se negó a incluir un rubro de roca excavación cero, como quedó explicado atrás.

Todo lo anterior indica que tanto Transoriente como el Consorcio confiaron plenamente en el estudio de Gradex, por demás, reiterativamente expuesto y probado en el plenario.

#### 7.4.2. El Deber de información y la carga de autoinformarse.

Hechas las consideraciones previas, el Tribunal recuerda que ellas están dirigidas a establecer la procedencia del incumplimiento del deber precontractual de información para las siguientes pretensiones principales declarativas:

- (i) "Primera" sobre la información respecto del tipo de suelo, que además el Consorcio no habría podido desvirtuar (Segunda).
- (ii) "Tercera" sobre la información respecto de la línea regular del proyecto, que además el Consorcio no habría podido desvirtuar (Cuarta).
- (iii) "Quinta" sobre la información del trazado, con ello, el diseño definitivo y la ingeniería de detalle, que además el Consorcio no habría podido prever (Sexta).

La jurisprudencia y doctrina reiterada, establecen el deber precontractual de información como un desarrollo del principio de buena fe y lealtad que debe acompañar todas las fases de la contratación (C. de C., Arts. 863 y 871 y C. C., Art. 1603), como ya se expuso.

Sin embargo, en las condiciones precisas de este caso, se encontraron sendos incumplimientos de dicho deber aun cuando no se probó actuación de mala fe de TRANSORIENTE y que además, la celebración del contrato mediante la suscripción de la oferta predisputa por ésta sociedad aunada a su propia aceptación, no conllevan la superación de los incumplimientos originados en la etapa precontractual ni mucho menos de sus efectos adversos en la ejecución, los cuales entrarán a ser establecidos.

El Tribunal estima relevante plantear el diagnóstico general de doctrina autorizada en la que se ha sostenido lo siguiente:

*"En el derecho contemporáneo, se tiene como dato adquirido que entre las partes que celebran un contrato existen una obligación de lealtad para con la otra no solo en la formación del contrato, sino también en su ejecución (...) En esa obligación de lealtad, se enmarcan como especies de la misma las denominadas obligaciones de consejo, de información y de instrucción.*

*Lamentablemente, en muchas oportunidades esas obligaciones no se cumplen. En efecto, a menudo, la parte profesional que celebra un contrato con un tercero profesional o no, pese a ser conocedor de los alcances de la ley y la jurisprudencia, guarda silencio sobre circunstancias que, de haber sido conocidas por la parte ignorante, habrían llevado a esta a no contratar, a hacerlo de manera diferente o a realizar ciertas conductas que lo habrían favorecido en la formación o en la ejecución del contrato. En ese contexto, la posición dominante del profesional, desde el punto de vista del conocimiento, estaba legitimada por la filosofía individualista que primó en el derecho privado hasta hace algunas décadas, así con ello se quebrara el equilibrio real entre las partes contratantes. Se diría que desde que no hubiera error o violencia en el consentimiento, el contrato era impecable desde el punto de vista de su validez. ¡Negocio es negocio! Hemos escuchado toda la vida; empero, en el mundo jurídico actual se inserta un principio según el cual cada una de las partes debe informar a la otra, para que esta a su turno pueda informar a la primera. Es un proceso dialéctico en el que de parte y parte se dan y se reciben informaciones, para que cada una contrate a conciencia, después de conocer el alcance de sus derechos y obligaciones."*<sup>86</sup>

El contrato como acto de previsión necesita que los contratantes estén bien informados, o mejor, que cumplan con el deber de informar y de informarse de todo aquello que contribuya a fortalecer su consentimiento en el respectivo acto de disposición de intereses; y también, el hecho de que a cada uno de los sujetos contractuales le corresponda ilustrar al otro o a los demás de los pormenores del negocio jurídico por

---

<sup>86</sup> Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I, Segunda Edición, Legis, Págs. 557 y 558.

celebrar, no los excusa –cuando así corresponde- de la posibilidad de proveerse de su propia información para precisar o verificar la prestación o el estado del objeto material del contrato sobre el cual va a versar su designio negocial. El deber de información no podría pues ser considerado un atenuante de la carga de sagacidad, previsibilidad o advertencia de la autonomía privada; tampoco conceder un derecho a la pasividad de alguno de los extremos negociales, menos aun tratándose de programas contractuales celebrados entre profesionales.

En palabras de Orsini: *"En efecto, cada contratante antes de prestar su consentimiento debe realizar a su riesgo y por sí mismo las investigaciones necesarias para informarse cabalmente del objeto del contrato, y el hecho de que la otra parte no le haya advertido de todas las características del mismo no basta para configurar la reticencia dolosa"*<sup>87</sup>.

Los contratantes tienen la carga de anticipar los riesgos y las condiciones del programa contractual que estén en capacidad de vislumbrar; de lo contrario, asumirán las consecuencias de su actuar desprevenido, a la luz del principio de autorresponsabilidad.

En efecto, el ejercicio de la libertad contractual comporta el cumplimiento de determinadas exigencias de orden jurídico conocidas por la doctrina como *"cargas de la autonomía privada"*<sup>88</sup>, entre las cuales se destacan las que sirven para asegurar la validez del negocio y las que buscan evitar que los efectos del mismo se extiendan *"más allá de los confines previstos por la parte"*<sup>89</sup>; su inobservancia genera autorresponsabilidad, esto es, asunción de riesgos y por ende de los efectos adversos del negocio que no se realiza conforme con *"los cuidados y miramientos que incumben a cada sujeto negocial"*.

El principio de autorresponsabilidad busca el ejercicio consciente de la voluntad negocial. Por supuesto que, si estamos frente a un profesional que conoce su arte u oficio, el nivel de previsibilidad que se exige es superior, habida cuenta que para cumplir con el estándar de un buen hombre de negocios se espera que eche mano de las herramientas técnicas y la experiencia que tiene para anticiparse a diferentes riesgos y vicisitudes del devenir contractual que el neófito o novato, en condiciones normales, no se encuentra en capacidad de prever.

---

<sup>87</sup> ORSINI, José Melich. *"Doctrina General del Contrato"*, Caracas, 3<sup>a</sup> Edición, Marcial Pons, 1997, p. 196.

<sup>88</sup> Cfr., HINESTROSA, Fernando. *"Función, límites y cargas de la autonomía privada"*, artículo publicado en estudios de derecho privado, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 43-44.

<sup>89</sup> BETTI, Emilio. *"Teoría General del Negocio Jurídico"*, Trad. A. Martín Pérez, Albolote Granada, Editorial Comares, 2010, p. 102: *"Para evitar, luego, que la eficacia del negocio se extienda más allá de los confines previstos, incumbe a la parte un ejercicio vigilante y sagaz de la autonomía, desde luego, en su favor, pero también a su propio riesgo [...] Son libres los individuos de actuar en el sentido de su propio beneficio, según su criterio, pero las consecuencias eventualmente perjudiciales o dañosas de un uso torpe de la iniciativa desarrollada, están sólo a cargo de ellos. El negocio jurídico, por su trascendencia social y su carácter vinculante, es un instrumento peligroso que no debe utilizarse sino por claros motivos"*.

Vale la pena mencionar el distingo que “*Le Tourneau*” hace entre el profesional y el profano:

“*Maestro de su técnica, él [profesional] conoce los riesgos y peligros, mientras que el adquirente, pobre y profano, no ve sino la apariencia de las cosas*”<sup>90</sup>.

Sobre el imperativo que tiene el profesional, y en general, todo empresario de informarse respecto del alcance de sus estipulaciones contractuales, se enseña que el hombre que está en el mundo de los negocios debe comportarse de manera normal, ‘vigilantemente’, no estar, en determinadas circunstancias, inactivo, y cuando realiza un negocio debe ser ‘correcto, honrado, preciso y avisado’, expresando clara y exactamente –además de unívocamente- su querer, sirviéndose de medios adecuados de emisión y comunicación; tiene, además, el deber de estar consciente del significado y del valor vinculante del acto que realiza. Y en eso finca el principio de responsabilidad, que es responsabilidad hacia la otra parte y hacia los terceros– y lleva a la obligación de resarcir el daño que se le produzca- pero también es autorresponsabilidad, o sea, ‘necesidad para el declarante que incurre en dolo o en culpa, de sufrir el mismo los efectos del negocio que realiza’<sup>91</sup>.

Kant, por su parte, utiliza la frase “*sapere aude*” para señalar que la minoría de edad se supera cuando el hombre se atreve a pensar por sí mismo o a servirse de su propio entendimiento para tomar decisiones<sup>92</sup>, lo que sin duda sustenta en la hora actual la idea de libertad contractual o, si se le quiere llamar, autonomía de la voluntad (para los voluntaristas) o autonomía privada (para los preceptivistas). Es claro que los contratantes deben soportar la carga de conocimiento y verificación de los diferentes elementos que integran o que previsiblemente puedan llegar a afectar el desenvolvimiento natural de la relación negocial, sin que sea dable justificar su falta de presteza o, incluso, su renuencia a la hora de ilustrarse del respectivo contrato, en el deber general de información.

La mayoría de edad vendría a ser entonces, *mutatis mutandi*, la capacidad negocial o poder de disposición que se debe tener en la cuenta para efectos de que los contratantes puedan llegar a regular sus propios intereses y formar un criterio apropiado en cuanto al alcance de las negociaciones a su cargo. La libertad contractual implica ante todo reflexión y, por qué no decirlo, un consentimiento autocritico de las ventajas y desventajas que el vínculo contractual en ciernes pueda llegar a aparejar.

Emilio Betti, por ejemplo, sostiene: “[...] En particular, cuando el individuo se encuentre en situación de conocer la existencia de un uso (por ejemplo, de una condición generalmente práctica en una categoría de contratos) y, por tanto, de conducirse en consecuencia,

---

<sup>90</sup> P. Le Tourneau, *De l'allégement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, Chronique XIX, Dalloz Sirey, 1987, p. 101.

<sup>91</sup> REZZÓNICO, Juan Carlos. “*Principios fundamentales de los contratos*”, Buenos Aires, Astrea, 2011, p. 178.

<sup>92</sup> Frase célebre encontrada en su escrito intitulado “*¿Qué es la ilustración?*”.

*acogiéndolo o rechazándolo, tiene el deber de tomar posición respecto a él. Si conociéndolo no lo rechaza, o si omite recoger sobre él una más precisa información, queda sujeto por el solo hecho de este reconocimiento u omisión. La razón de este vínculo suyo es que se puede legítimamente esperar y exigir de él un conocimiento de aquella circunstancia; es, en suma, una carga de conocimiento*<sup>93</sup>. Es decir que el contratante asume responsabilidad cuando está en posibilidad de conocer y no conoce, diferentes aspectos que despuntan trascendentales para la prospera ejecución del contrato.

Antes de celebrar un contrato se deben analizar las diferentes circunstancias que se puedan presentar en su ejecución y reducir al máximo los riesgos de incumplimiento; no se trata simplemente de dar un salto de fe al exteriorizar la voluntad contractual y asumir compromisos contractuales que no se está en capacidad de soportar o que sean irrealizables o excesivamente onerosos en comparación con lo que se está ofertando. En estos casos el exceso de confianza se considera fuente de autorresponsabilidad y no de obligaciones.

No se debe olvidar que el deber de informar e informarse previo a la celebración del contrato, puede ser entendido como expresión del principio de la buena fe precontractual que deben observar las partes en sus tratos preliminares o antes de que la relación contractual contemplada comience a desplegar su eficacia.

El deber general de información encontraría su correlato en la carga de ilustración o conocimiento que le corresponde a cada sujeto contractual a la hora de exteriorizar su intención de obligarse a través de un determinado vehículo contractual. Tan es así que existen situaciones determinantes para el logro del propósito negocial que simplemente no se pueden pasar por alto o confiar en que el otro extremo de la relación será quién las supla, para efectos de no tener que enfrentar las consecuencias de dicho actuar desprevenido.

Es que los deberes de informar y de informarse son relativos y correlativos. Relativos, en la medida en que ninguna de las partes puede confiar ciegamente en los datos que le proporcione la otra para asumir los riesgos de la contratación, como tampoco asumir íntegramente las cargas al respecto, sin conocimiento, ni medida. Y correlativos, en el sentido de que cada una debe dar de sí todo aquello que razonablemente esté a su alcance, según su profesión y experiencia, la de su contraparte contractual y las circunstancias de hecho alrededor de las cuales gire la contratación para el buen suceso de ésta.

Las opciones con las que cuentan los sujetos negociales a la hora de formar su voluntad o consentimiento para realizar un acto de disposición de intereses son infinitas y dependen

---

<sup>93</sup> BETTI, Emilio. "Teoría general del negocio jurídico", ob. cit., p. 104.

del grado de diligencia en la labor de recabar información en la medida en que el riesgo por la información defectuosa, la más de las veces, se radica en quien no se preocupó por una ilustración suficiente del negocio jurídico celebrado.

Sobre los intereses merecedores de protección tratándose del deber de información, Iñigo de la Maza afirma:

*"En ocasiones, los diversos intereses convergen y existen argumentos vinculados a la libertad contractual, a la lealtad contractual, a la protección de la transparencia del mercado, a la autorresponsabilidad y a la creación de incentivos que aconsejan imponer un deber de informar a quien conoce la información, o bien imputar el conocimiento de la información a quien debería haberla conocido, o bien, directamente, establecer una garantía a cargo de quien ofrece el bien o servicio. En otras ocasiones, sin embargo, los intereses divergen, así, la protección de la libertad contractual apuntará, por ejemplo, hacia la imposición de un deber precontractual de informar, pero, si quien ignora la información fue negligente en procurársela, la autorresponsabilidad sugerirá imputarle a este último el riesgo de la defectuosa información a quien padeció el error"<sup>94</sup>.*

En punta del deber de informarse Espinoza señala:

*"La nota particular es que toma en cuenta el expertise del adquirente y también la posibilidad de acceso a una mayor información del mismo. Por ello, no puede reputarse de algún modo subsistente [...] un deber absoluto y generalizado de informar a la contraparte, que legítimamente, por otro lado, la equiparación del adquirente a mero beneficiario pasivo de un flujo de informaciones que el vendedor esté obligado a revelar. Así, la verdadera dificultad está no tanto en el imponer o no obligaciones de disclosure, sino más bien en modular el alcance y el contenido de las mismas, a la luz de la pluralidad de intereses en juego. Se debe tener en cuenta que la imposibilidad de obtener el cien por ciento de las informaciones útiles a los efectos de la realización de las tratativas y de la estipulación del contrato es considerado un dato absolutamente pacífico y connatural al intercambio dialéctico entre vendedor y adquirente. Justo en consideración a tales aspectos el adquirente tendrá la posibilidad de valerse de instrumentos ulteriores de información, también en vista de una correcta preparación y planteamiento del proceso prenegocial"<sup>95</sup>.*

---

<sup>94</sup> DE LA MAZA GASMURI, Iñigo, "Límites al deber precontractual de información". Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 2009, p. 9.

<sup>95</sup> ESPINOZA, Juan. "La responsabilidad civil pre-contractual" compilado en la obra "Estudios de Derecho Civil", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Tomo I, 2014, p. 634.

Para el presente caso, será relevante mirar incluso si instrumentos ulteriores de información fueron recabados.

En suma, la cuestión radica entre el deber de informar y la obligación de auto informarse, tareas llamadas a complementarse para lograr el designio contractual, donde cada parte debe valorar y ponderar la trayectoria y aptitudes de la otra, y en esa medida, será también mayor o menor el propio grado de exigencia para consigo misma.

Finalmente, es importante precisar que el deber de informar y la carga de informarse deben apreciarse sin duda de acuerdo con la naturaleza del contrato que se analiza y, por supuesto, con la calidad de las partes. Una cosa será el deber de información de un negocio entre un profesional y un consumidor (asimetría de la información) y otro entre dos profesionales de su arte u oficio.

En el asunto que hoy se ventila ante el Tribunal arbitral no intervinieron neófitos, sino empresas profesionales con diferente grado de suficiencia para lo requerido: la una –Transoriente- con el bagaje de su actividad; con el amplio conocimiento de haber estructurado un proyecto complejo y con los antecedentes de los estudios contratados y realizados para ello y la otra, -el Consorcio- con sus conocimientos como constructor y la experiencia sumada de sus integrantes para el adelantamiento de obras de esta naturaleza.

## 8. LAS RECLAMACIONES DEL CONSORCIO CONTRA TRANSORIENTE Y SU PRUEBA

En este capítulo se analizan los principales aspectos probatorios de las reclamaciones contenidas en la demanda principal, en los siguientes términos:

### 8.1. Información suministrada por TRANSORIENTE: Oportunidad, cantidad, calidad y la posibilidad del CONSORCIO para desvirtuarla

Este acápite resulta trascendental para dilucidar muchos de los hechos atinentes al proceso y parte de la etapa precontractual, según la información suministrada por TRANSORIENTE a las firmas invitadas a cotizar servicios para la construcción del gasoducto.

La Convocada ha alegado que algunas pretensiones se contraen a asuntos de la etapa precontractual, ya superada. Sin embargo, el Tribunal considera que los reproches sobre información de la etapa precontractual no son exclusivos de ésta, puesto inciden en la celebración y ejecución del contrato con una significación enorme debido a forma de precio pactada (global fijo) y a las afectaciones que ella produjo en los tiempos de

---

ejecución, el presupuesto y precio del Contrato, máxime cuando en el contrato se dijo que se trataba de información preliminar, cuestión que resultó vertebral en el conflicto planteado y hoy objeto de decisión.

En efecto, el 19 de marzo de 2009, TRANSORIENTE remitió a Cosacol la comunicación TO2009-338 donde le manifestó su interés en recibir una oferta mercantil para dicha construcción en la cual le anunció los Términos de Referencia y le adjuntó el cronograma inicial según el cual, el 24 de marzo de 2009, a las 2:00 p.m., se practicaría la Visita de obra, con un tiempo estimado de 4 días para su realización, indicando: "*Cada firma asistente deberá contar con su medio de transporte tipo campero*". Luego habría una reunión informativa; posteriormente etapa de consultas hasta el 24 de abril –o sea un mes después del inicio de la visita–; a continuación, respuestas a las consultas el 30 de abril y finalmente, presentación de cotización el 15 de mayo de 2009. Aunque el cronograma aludido tuvo posteriormente algunas modificaciones, que se verán más adelante, es importante destacar el entendimiento de TRANSORIENTE sobre los tiempos del proceso y los parámetros que desde ese momento quedaban anunciados o sobre entendidos para el eventual contratista. Según ellos:

- Habría tan sólo cuatro días para hacer la visita de obra y por consiguiente, para conocer el terreno sobre el cual habría ésta de construirse;
- El conocimiento del mismo debía darse según las posibilidades que permitieran el breve período y el medio empleado, que sería un vehículo tipo campero;
- El tiempo a transcurrir entre la invitación y la propuesta originalmente era inferior a dos (2) meses.

Analizando ya en detalle lo ocurrido, tenemos que transcurrirían setenta y un (71) días (desde el 19 de marzo hasta el 29 de mayo de 2009) entre el momento en que el invitado recibiera la solicitud a cotizar y el momento en que debería presentar su propuesta, según el cronograma inicial, de los cuales sólo contaría con "*(...) 55 días calendario para investigación, análisis y validación de los estudios suministrados (...)*", tiempo que el perito consideró suficiente para validar información, pero insuficiente para los estudios técnicos complementarios requeridos. En otras palabras, y como lo concluye el perito: "*(...) En consecuencia con las dos afirmaciones anteriores el Contratista sólo podía validar la información que le fue entregada por Transoriente, mas no complementarla con investigaciones en campo para las zonas donde no le fue entregada (...)*", y menos aún –agrega el Tribunal– para hacer estudios posteriores, particularmente apiques. Por lo demás no hubiera tenido sentido que en análisis complementarios el oferente o posteriormente como contratista hiciera nuevos apiques en puntos donde ya habían sido efectuados por Grádex y se vio dentro del proceso que aún donde estos últimos se realizaron se encontró roca en el momento de adelantar los trabajos de obra.

El Tribunal estima, de entrada y sin necesidad de mayores elucubraciones y basado en la percepción directa que pudo tener de toda la extensión del gasoducto en la inspección judicial practicada el 10 de marzo de 2013, desde helicóptero, que en ese tiempo y con el medio de transporte con que contaron los invitados, resultaba materialmente imposible un conocimiento completo y adecuado de todo el recorrido y mucho menos de la naturaleza y condición precisa de los terrenos donde debía efectuarse la construcción. Recuérdese que el gasoducto tendría que construirse a lo largo de más de 170 Kms a través de la Cordillera Oriental, en terrenos de dos (2) departamentos y la mayoría de las veces en áreas escarpadas de muy difícil acceso, muchas veces en predios de propiedad de terceros a los que no se probó que pudiera acceder en esa oportunidad.

Los plazos originalmente estimados para esta etapa, como ya se anotó, fueron finalmente más amplios, como consta en el dictamen pericial técnico, pero resulta evidente la estrechez de los tiempos que tuvo el contratista para hacer las validaciones y complementaciones requeridas, particularmente respecto al terreno y sus condiciones geológicas, como se resaltará más adelante y como se desprende de diversas pruebas del proceso.

Por ejemplo, a lo largo de la etapa precontractual, Transoriente fue reiterativo en señalar que los estudios eran preliminares, que se entregaban a título informativo, que el interesado debía hacer las verificaciones correspondientes, etc. Sin embargo, como lo menciona el perito técnico al responder las preguntas de la convocada, las extensiones de plazo que en su momento dio a los presuntos oferentes fueron bien precarios por cierto. Veamos:

*"(...) En el concepto de este Perito, la cantidad de realineamientos realizados al proyecto demuestra que la información para construcción que recibió el CONTRATISTA no describía adecuadamente ni con la precisión necesaria el trayecto del gasoducto, una vez que falló en identificar de manera clara un número muy elevado de puntos de conflicto que imponían la necesidad de ejecutar realineamientos. Esta realidad confirma la posición de este Perito, expresada en respuestas en otros documentos de esta Pericia Técnica, en las que conceptuó que la información entregada al CONTRATISTA no corresponde a una Ingeniería de Detalle, aunque la misma haya sido denominada en la Oferta Mercantil como "Ingeniería de Detalle".*

*No obstante mi concepto anterior, de igual manera considero que para un proyecto de la magnitud del que nos ocupa, y el cual sufrió un sinnúmero de atrasos (sin hacer juicios de valor sobre la responsabilidad de dichas demoras) resulta inaceptable que los trabajos en campo se hubiesen atrasado por falta de gestión y control de las partes en el trámite de realineamientos que son relativamente sencillos y que se limitan a planos topográficos y en ocasiones a*

*cálculos estructurales y geotécnicos de obras de poca magnitud. (...)" (subraya por fuera del original).*

Entonces, con prórrogas como las reseñadas -4 días, 10 días- era imposible hacer verificaciones adecuadas y menos aún, complementaciones, lo cual evidencia que la propia Transoriente confiaba en la suficiencia de la información suministrada a los eventuales proponentes.

Dos de los temas que más tienen que ver en una u otra forma con lo debatido, son los tiempos y los costos reales de ejecución del contrato, como quiera que ambas partes sustentan sus pretensiones y/o sus excepciones en las demoras ocurridas durante la construcción y en los valores superiores que finalmente resultaron de la misma. Respecto a los primeros, el numeral 4 de la cláusula 12 de la Oferta Mercantil señaló:

*"4) PLAZO DE EJECUCIÓN. Para la ejecución del objeto del contrato que se forme, en el evento en que Transoriente acepte la presente Oferta Mercantil será máximo de Cuatrocientos Ochenta (480) días calendario para la construcción del Gasoducto Gibraltar -Bucaramanga, contados a partir de la firma del Acta de Inicio de la construcción...".*

Más adelante el mismo documento establece los hitos de obligatorio cumplimiento que son de 390 días calendario *"contados a partir de la firma del Acta de Inicio de la construcción, para: La Terminación Mecánica del cien por ciento de la construcción de todas las obras objeto de la Oferta Mercantil"* y de 90 días calendario adicionales *"para: La Terminación Definitiva, de conformidad con el cumplimiento de los requisitos exigidos para Terminación Definitiva..."*

Claramente se estableció en el parágrafo 2 de la cláusula aludida, que el plazo acordado no estaría sujeto a prórroga, salvo por hechos no imputables al constructor que afectaran el desarrollo de los trabajos y siempre y cuando TRANSORIENTE previamente y por escrito hubiera concedido la ampliación o se extendiera unilateralmente el término de duración por el CONSTRUCTOR en los términos previstos en el parágrafo tercero mediante la figura de "compra de tiempo" y por supuesto, a costa económica de éste y con las limitaciones allí establecidas.

En cuanto a costos, según la cláusula trece, el valor de la oferta fue la suma fija de \$188.899.525.190, sin IVA, partida que incluía una utilidad estimada del siete por ciento (7%) de los costos directos del valor de la oferta, dato que resulta relevante para el análisis que se hará posteriormente sobre otras de las pretensiones de la demanda. El parágrafo uno de la cláusula aludida, estableció:

*"PARÁGRAFO 1: El valor de la Oferta será único, fijo y no reajustable por ningún concepto, con excepción de lo previsto en el Parágrafo uno de la*

*Cláusula Tercera de la presente oferta, cuando el costo unitario de los cruces de línea sea superior o inferior al estimado”.*

Resulta evidente y representa el corazón del proceso, que ni los tiempos, ni los costos estimados se dieron, por lo que la tarea esencial del Tribunal consistirá en determinar las causas de esas variaciones, las consecuencias de las mismas y por ende, las responsabilidades sobre ellas.

No debe perderse de vista que la contratación se dio bajo el esquema de una Oferta Mercantil formulada por el CONSORCIO y aceptada por TRANSORIENTE, pero está probado dentro del proceso, que aunque la misma fue suscrita por aquel, realmente fue elaborada por este último, lo cual deberá surtir los efectos previstos en el artículo 1624 del Código Civil, cuando quiera que se endilgue oscuridad o necesidad de interpretación al clausulado. Al respecto basta citar lo manifestado por el Ingeniero Civil Javier Enrique Escobar Medina, funcionario de CONFURCA y representante legal del CONSORCIO, cuya firma aparece en todas las páginas de la Oferta Mercantil, quien señaló:

*"(...) SR. ESCOBAR: El producto lo emitió Transoriente, realmente uno no tenía muchas opciones de hacer cambios dentro de esa oferta mercantil, la primera vez que se entregó la oferta se entregó por aquí por Colombia, la original no la entregué yo, dentro de esa original estaba contemplado, voy a hablar solamente del gasoducto, no me voy a referir a la geotecnia, estaba contemplado solamente la construcción del gasoducto y el diseño detallado de las estaciones de válvulas, creo que estaba incluido algo de la protección catódica y 4.7 kilómetros desde el kilómetro cero, arrancando del kilómetro cero hasta el PK 4.730; fue lo que entregamos, lo entregamos completo originalmente (...)" (Declaración de parte del Ingeniero Javier Escobar, página 3).*

A propósito de los tiempos con que contó el CONSORCIO para la preparación de su oferta y posteriormente para la ejecución del contrato, se ha discutido sobre la naturaleza, calidad y oportunidad de la información que le brindó TRANSORIENTE, sobre si ésta era eficiente y suficiente para los fines de la contratación y además, el alcance y significación de la expresión “preliminar” con que se ha rotulado buena parte de la información recibida, principalmente la relativa a los suelos y a su composición, pues al decir de unos, la expresión tendría que ver sólo con el momento que fue entregada y según otros, con el contenido mismo de ella.

En el capítulo anterior se analizó el deber de información de ambas partes, complementado con la obligación de cada contratista de auto informarse, máxime considerando su profesionalidad. Desde luego, del contratista constructor cabe esperar conocimiento y diligencia en las materias propias de las labores a su cargo, pero resulta claro para el Tribunal que la posibilidad de autoinformarse se vio legítimamente limitada

por la confianza que inspiró el oferente en la información proporcionada por quien tenía a su cargo las ingenierías del proyecto, que se entendió completa y suficiente puesto que de otra manera, habría cambiado el comportamiento de las partes al advertir la insuficiencia aquí comprobada. Ello se acentúa aún más si se tiene en cuenta la conducta contractual de Transoriente, quien lejos de propiciar o admitir un ajuste del contrato a lo que se descubría con la ejecución, optó por insistir en el cumplimiento y dejó múltiples reservas de que los plazos concedidos –en su mayoría- no implicaban renuncia de sus reclamaciones.

Vale la pena citar primeramente el testimonio de la Ingeniera Civil Liliana Estrada Parías, quien rindió un experticio de parte a solicitud de la Convocante y quien en su declaración manifestó:

*"(...) DR. CUBEROS: Llegamos al quit (sic) del asunto, aquí se ha dicho en este Tribunal, voy a decirlo en mis propias palabras: señores del consorcio, el estudio decía preliminar, preliminar es preliminar, ustedes han debido hacer estudios complementarios, porque era preliminar. Usted dice en su experticio que es un estudio muy completo y que el de Gradex es un estudio definitivo, aunque se llamara preliminar, es correcto eso?*

*SRA. ESTRADA: Se llama preliminar porque es un estudio aportado a una etapa previa de construcción, digamos que lo que nosotros nos referimos en el peritaje es que su título de preliminar es dado por la posición en que está ubicado en la etapa licitatoria, es decir, es un estudio aportado para poder construir, entonces sería preliminar a la construcción, es un estudio definitivo porque si nos remitimos a lo que explicábamos en el punto anterior contiene lo que tiene un estudio preliminar y lo hace definitivo, y es un estudio fase III.*

*En ingeniería tenemos los estudios fase I que son los estudios preliminares de pre factibilidad cuando se quiere valorar un proyecto, son etapas mucho anteriores; estudios fase II donde se cuantifica para las empresas tener una disponibilidad; y los estudios fase III donde se aportan para etapas licitatorias.*

*DR. CUBEROS: Ya con ingeniería de detalle?*

*SRA. ESTRADA: Exacto, ya esto es ingeniería de detalle porque ya es la forma en que uno soporta los precios, la asignación de recursos y todo lo que va a ampliar en la obra, es claro para nosotros que el título dado es por la posición en que se encuentra en el proceso licitatorio más no por la calidad del trabajo, la calidad del trabajo contiene todo lo requerido para un estudio de detalle, y si es aportado para la etapa licitatoria es porque es un estudio fase III.*

*DR. CUBEROS: Usted no conoce el área del trazado del gasoducto, usted conoció el documento de Gradex, le gustó?*

*SRA. ESTRADA: Sí señor.*

*DR. CUBEROS: Hablo con usted como empresaria y como constructora, usted se siente cómoda para empezar un proyecto, la vamos a contratar para que usted haga ese gasoducto, usted se siente cómoda con ese estudio?*

*SRA. ESTRADA: Sí señor porque contiene todos los puntos requeridos para tener en campo, si bien uno en la etapa licitatoria revisar las áreas en general, si yo tengo en mis manos un estudio que tiene una frecuencia de exploraciones adecuada, que tiene ensayos de laboratorio aportados, en donde hay una localización ya geotécnica, donde hay análisis de capacidad portante de asentamientos, donde fuera de eso tenemos estudios de hidráulica, de geo eléctrica que complementan los resultados, estoy totalmente segura de lo que estoy teniendo en cuenta(...)" (Págs. 5 y 6)*

"(...) *DR. CUBEROS: Para mí la ingeniería es una ciencia, me imagino que estamos de acuerdo en eso, se hicieron 183 sondeos y qué pasó? Lo del estudio de Gradex, que es un buen estudio, dice que el suelo es blando, medianamente blando, y los porcentajes no dan... y usted dice: es un buen estudio, me sentiría cómoda con eso, yo trabajaría con eso, el consorcio en efecto trabajó con eso, creyó en eso y después llegó a campo y: aleluya, tiene algo distinto; qué pasó?*

*SRA. ESTRADA: La pregunta de pronto no es muy clara en el sentido de que.*

*DR. CUBEROS: Corríjamela, no se preocupe, usted sabe lo que quiero decir.*

*SRA. ESTRADA: Qué pasó en ese caso, realmente es muy difícil decir que en campo se encontró, lo que si es claro es que estamos partiendo de un estudio que para poderlo validar la única forma de hacerlo era ya en el momento de la construcción, qué pasó, la validación del estudio en su momento no se podría hacer en otra etapa porque intentar validar y comprobar ese estudio requería tiempos superiores a los que en su momento Gradex se debió haber tomado para ejecutar el estudio (...)"*

"(...) *DR. CUBEROS: Sí, usted dice que tres meses y dice que a unos costos.*

*SRA. ESTRADA: Tres meses a unos costos superiores porque igual si vamos a comprobar tendríamos que volver a explorar todo lo que hizo Gradex y para poder validar tendríamos que hacer exploraciones adicionales a las ejecutadas*

*por Gradex, o sea, sería el doble del tiempo que Gradex se tomó, si se quisiera hacer en un tiempo prudente los costos se incrementarían por la asignación de recursos en el mismo estudio (...)".* (Págs. 6 y 7).

*"(...) DR. CASTAÑEDA: A ese estudio usted contestó que se llama preliminar porque se da antes de la construcción.*

*SRA. ESTRADA: Por la ubicación en el cronograma licitatorio.*

*DR. CASTAÑEDA: Usted de dónde sacó esa conclusión?*

*SRA. ESTRADA: Por las características del estudio, es imposible decir que ese estudio sea preliminar sino en su título, y su título es preliminar porque es previo a una construcción, no porque sea preliminar por su estructura y por la información contenida en él (...)".* (Págs. 20 y 21)

*"(...) DR. CASTAÑEDA: En el peritaje técnico anexo, y que consta, del señor Juan Carlos Monzón, se afirma que es posible hacer verificaciones puntuales según una evaluación de riesgo o de eventuales puntos que pudieran surgir dudas, eso es posible en su criterio?*

*SRA. ESTRADA: Es posible si se tiene tiempo, únicamente, es posible hacer cualquier verificación en ingería, lo que es difícil es encajarse en tiempos requeridos, si la logística de construcción es difícil para un terreno como éste la logística en estudios es similar porque también se están trasladando equipos, y la única forma de hacer verificación de un estudio fase III es haciendo cosas iguales o superiores, es decir, yendo a la zona, trasladando equipos, teniendo la misma logística, de hacerse claro, se hace, en cualquier proyecto es viable hacer cualquier tipo de comprobación, el problema es tiempo, el problema es recursos, y el otro punto es: para qué las voy a hacer, qué sentido tendría si estoy haciendo un estudio fase III en donde ya si existe un estudio fase III han sido descartadas otras etapas, para qué voy a verificar y voy a poner en duda algo que para mí sigue siendo conceptual y lo tengo soportado con algo que es totalmente real, que ya son las exploraciones (...)".* (Págs. 22 y 23)

Por su parte, el Ingeniero Civil Álvaro Jaime González García, deponiendo sobre el mismo tema, manifestó en su declaración:

*"(...) DR. CUBEROS: Nos han dicho en este Tribunal dos cosas, que preliminar es una aproximación, como lo dice la definición que usted citó y que también citó otro experto y el perito del Tribunal que es una aproximación, y hay otros*

*que han dicho que preliminar tiene que ver la pre, es anterior, estamos hablando no del contenido sino del momento en que se elabora.*

*SR. GONZÁLEZ: No, es del contenido, la norma NRS10 y la 98, de la cual soy corrector en ambas, es muy clara, el preliminar es una cosa que se aproxima, una primera aproximación y el segundo ya es para la construcción.*

*DR. CUBEROS: Si a usted lo hubieran contratado, es una hipótesis, si a su firma o una de las firmas con las que usted trabaja o ha trabajado, la contrataran para hacer un estudio no preliminar sino definitivo, cuánto tiempo cree que podría tardar eso?*

*SR. GONZÁLEZ: **Por lo menos seis meses**, para ser 180 kilómetros seis meses por lo menos, para hacerlo en detalle suficiente (...)".* (Pág. 40) (Subrayas y negrilla del Tribunal).

Las apreciaciones anteriores fueron corroboradas también por el perito técnico, quien ante las preguntas del Tribunal señaló en el Cuadernillo No. 1

*"...Sin embargo, en mi concepto **el plazo no era suficiente para la ejecución de los estudios técnicos complementarios** descritos en el numeral 13.b.1.iii y 13.b.1.iv de la respuesta anterior.*

*En consecuencia con las dos afirmaciones anteriores **el Contratista sólo podía validar la información que le fue entregada por TRANSORIENTE, mas no complementarla con investigaciones en campo para las zonas donde no le fue entregada...**"* (Pág. 24) (Subrayas y negrilla del Tribunal).

Por tanto y a propósito de la confianza inspirada, si el experto contratado por Transoriente para dictaminar sobre el tema, consideró que se requerían seis (6) meses para hacer un estudio geológico definitivo –tiempo que coincide con el que también estimaron razonable otros especialistas -el Ingeniero Ramón Marzo (Pág. 147 de su declaración) y la perito Liliana Estrada (Pág. 9 de su declaración)- y el dueño del proyecto sólo concedió 57 días para preparar y presentar la oferta -Dictamen pericial, respuesta a preguntas del Tribunal, pág. 6- era legítimo que el proponente y luego contratista, considerara que las ingenierías a cargo de Transoriente contemplaban los estudios necesarios para la construcción.

#### 8.2. Existencia de roca, tipo de suelo y posibilidad de verificación por el Contratista. El estudio de Grádex

Entonces, íntimamente ligado con el tema anterior es el relativo a la existencia de roca en tramos muy importantes del trazado del gasoducto, aspecto al que el Contratista asigna

las principales responsabilidades para las demoras causadas y los sobrecostos incurridos en los trabajos ejecutados.

Sobre este particular destaca la Convocante que soportada en el estudio de Grádex, cotizó y contrató bajo el entendido de que el 92% del suelo era blando o muy blando; el 7.7% era duro y no existían suelos tipo 4 y tipo 5, esto es, muy duro o rocoso, encontrándose en la realidad con una alta presencia de roca en 42.31 kilómetros que representan el 24.9% del trazado –según los primeros formatos- y que en los segundos encontró presencia de roca en 69.7 Km, que representan el 41% del trazado, (hecho 38 de la reforma integrada de la demanda) modificándose así de manera sustancial el objeto, las modalidades, los tiempos y los precios de la contratación.

En este orden de ideas, uno de los temas más recurrentes a lo largo del proceso, como ya se ha visto, es el denominado Informe de Grádex, con el que se alude al documento que presentó la firma Grádex Ingeniería S.A. a TRANSORIENTE sobre el "*LEVANTAMIENTO TOPOGRÁFICO PREDIACIÓN Y ESTUDIOS TECNICOS PRELIMINARES GASODUCTO GIBRALTAR BUCARAMANGA*" que se subtitula "*ESTUDIOS GEOTECNICOS*", cuyo informe final constante de 74 páginas obra en un CD que fue suministrado por TRANSORIENTE al CONSORCIO como información previa a la contratación y de alguna manera, soporte de ésta.

Se ha argumentado sobre su alcance aduciendo, la parte Convocada, que se trató simplemente de un informe preliminar que debía ser validado por el oferente y luego Contratista y señalando la Convocante, por el contrario, que fue un informe definitivo con base en el cual elaboró su propuesta dando por ciertos y valederos los datos en él contenidos.

En este punto resulta de trascendencia revisar el documento denominado "*Especificaciones Técnicas Generales*" - *Levantamiento topográfico, prediación y estudios técnicos*" que obra en el Cuaderno de Pruebas No. 60 a partir del folio 495, en el cual Transoriente indica que "...está interesada en recibir propuesta técnica y económica para la ejecución del Levantamiento Topográfico, Prediación y Estudios Técnicos Preliminares de la Línea de Conducción de Gas Natural Gibraltar – Bucaramanga...", señalando el alcance de lo pretendido y fechado el 18 de marzo de 2008. Del mismo se destacan algunos apartes, como lo son: "*2. OBJETO. Estas condiciones se aplicarán tanto a la ejecución de levantamientos topográficos de trazados de gasoductos como de cualquier área o lote de terreno que se requiera, y a la realización de estudios técnicos preliminares teniendo en cuenta los requerimientos específicos de TRANSORIENTE al momento de realizar la solicitud...*" 3".... *ALCANCES. El alcance general de los estudios comprende lo siguiente: 1) Estudio del trazado, comprende la evaluación de las rutas, selección de la ruta óptima, **levantamiento topográfico altimétrico y planimétrico**, la prediación y la elaboración de los planos (planta y perfil del trazado y de los cruces especiales) y determinación de cantidades de obra. 2) Ejecución del estudio geotécnico y de estabilidad*

*de trazado...”* Más adelante, el punto 7.1 denominado “*ESTUDIOS DE LEVANTAMIENTO TOPOGRÁFICO*”, amplio por cierto, dispone entre otras cosas: “...7.1.1. *Evaluación del Corredor y Definición de Rutas Alternativas (...) la comisión topográfica en cabeza del Ingeniero Geotecnista **llevará a cabo recorridos de campo en el corredor señalado por TRANSORIENTE con el fin de definir las rutas tentativas de los trazados**, una vez identificados procederá al levantamiento planimétrico y altimétrico longitudinal de los trazados tentativos o alternativos si los hay, (...) una vez definida ésta se llevará a cabo un recorrido al que asistirán obligatoriamente el Ingeniero Geotecnista y el Topógrafo por parte de **EL CONSULTOR y el Interventor de los trabajos en representación de TRANSORIENTE, con el fin de verificar en campo que la ruta seleccionada corresponde a la óptima desde el punto de vista geotécnico, ambiental, constructivo y de prediación (...)**” Luego, el numeral 7.1.2. se refiere a la Selección de la Ruta Óptima donde se impone que el Consultor entre otras, debe desarrollar las siguientes actividades “...1) **Selección y definición del trazado óptimo, actividad que se realizará conjuntamente entre TRANSORIENTE y EL CONSULTOR.** 2) **Levantamiento topográfico altimétrico y planimétrico del trazado óptimo** y definición de la poligonal base”. A continuación, el numeral 7.1.3. expone los criterios que debe seguir el Consultor para el Trazado de la Línea, donde se destaca “...7. *Aquellas condiciones geológicas, topográficas y climáticas, tales como erosiones, deslizamientos, inundaciones y sismos, que dentro de las modernas teorías del riesgo son considerados como amenazas naturales, deben recibir tratamiento especial. 8. Basados en estas consideraciones y en otras relacionadas con los costos y la funcionalidad del sistema, se deberán usar los siguientes criterios generales para la selección de la ruta: a) Selección de la ruta más corta posible. B) **Búsqueda de las condiciones topográficas más favorables.** C) Reducción al mínimo de la probabilidad de falla del terreno que se atraviesa. D) Facilidad y continuidad de acceso al corredor y a los sitios de obras de otras instalaciones, durante la construcción y la operación (...) f. Procura de la mayor facilidad de construcción, operación y mantenimiento (...) 12. En las zonas montañosas con fuertes pendientes se evitará al máximo el trazado del derecho de vía en secciones a media ladera, se procurará que el trazado vaya por zonas de estabilidad geotécnica (...) 32. **EL CONSULTOR debe determinar la disposición de los diferentes tipos de materiales que se van a excavar, provenientes tanto del derecho de vía como de la zanja. Los materiales pueden clasificarse de acuerdo con su excavabilidad, por ejemplo, se pueden separar en roca dura, roca blanda o fracturada, suelo firme y suelo blando o suelto...”** (Subrayas y negrillas del Tribunal)**

Como se aprecia, Transoriente fue particularmente exigente en las condiciones fijadas al Consultor que habría de adelantar los trabajos orientados a los diseños y especificaciones previos a la contratación de la construcción y razonablemente podía esperar que esos estudios y definiciones fueran suficientes y eficientes para los propósitos del proyecto posterior.

Como consecuencia de todo ello, se adelantan los trabajos por parte de la firma Grádex quien hace los estudios correspondientes y produce sus conclusiones, que por su parte constituyen el fundamento para la construcción.

El documento en cuestión parece cuantitativa y cualitativamente muy completo, como quiera que contiene antecedentes, descripción del proyecto, perforaciones y resultados de laboratorio, perfiles estatigráficos, geología (la regional, la evolutiva y los más diversos períodos de la formación de la corteza terrestre con secciones dedicadas a los períodos Precámbrico, Cámbrico-Ordovícico, Silúrico – Devónico, Paleozoico, Triásico-Jurásico, Jurásico, Cretáceo, Cenozoico, Oligoceno y Cuaternario); las fallas geológicas y su sismicidad; la zonificación geotécnica, recomendaciones para diseño, condiciones del suelo, capacidad portante, asentamientos, etc.

El estudio señala que *"Se realizaron 190 exploraciones geotécnicas consistentes en ensayos de penetración estándar, espaciados en promedio una cada kilómetro a profundidades de 1.5 metros, 8 hasta 3.0 metros en los sitios de válvulas y 22 en los sitios cruces especiales 8 en vías principales y 14 de hasta 6.0 metros en los cruces de ríos principales"*. El documento contiene los registros de cada una de esas exploraciones y agrega que los trabajos comprendieron *"(...) la ejecución de apiques, sondeos, toma de muestras, ensayos de laboratorio y la elaboración del ensayo final con el análisis de la geotecnia de trazado y las recomendaciones constructivas pertinentes (...)"*.

En la parte correspondiente a Geología señala que *"la descripción geológica (...) se desarrolló para un corredor de seis kilómetros de ancho (3KM a lado y lado del eje de la línea del Gasoducto Gibraltar- Bucaramanga)"*, describiendo a continuación los cuatro tramos que establecen los límites de los trabajos, con sus respectivos abcisados, que como se aprecia, corresponden a todo el recorrido del gasoducto.

Resultan interesantes las descripciones que hace el informe sobre cómo se desarrolló cada uno de los períodos geológicos descritos en el territorio de Santander y de Norte de Santander, con sus correspondientes citas bibliográficas, profundización que no parece propia del alcance que se le ha querido dar a un simple estudio preliminar.

Cuando Grádex alude a las recomendaciones para diseño, indica que *"A lo largo del trazado y con base en los resultados de los ensayos de penetración estándar se establecieron las categorías de excavabilidad y se encontraron tres tipos de suelos Muy Blandos, Blandos y Duros, en la **Tabla 7.1.** se presenta la distribución de estos y en el Anexo Geotécnico el cálculo por sectores y se incluye el cálculo de descapote considerando los espesores encontrados en las exploraciones geotécnicas (aproximadamente 871.625.00 metros cúbicos)."*

A continuación del párrafo anterior, el estudio incluye un cuadro de categorías de excavabilidad que ha sido ampliamente mencionado y debatido en la etapa probatoria y

que el Tribunal considera particularmente relevante para sus conclusiones. Es el siguiente:

**Tabla 7. Categorías de excavabilidad Gasoducto Gibraltar Bucaramanga**

<b>Categoría</b>		<b>Longitud m</b>	<b>Porcentaje</b>	<b>Descripción</b>
TIPO 1	Suelo muy blando	40.817	28,92	Suelos con resistencia con base en el ensayo SPT de menos de 5 Ton/m <sup>2</sup>
TIPO 2	Suelo blando	105.151	63,34	Suelos con resistencia con base en el ensayo SPT entre 5 y 10 Ton/m <sup>2</sup>
TIPO 3	Suelo duro	12.839	7,73	Suelos con resistencia con base en el ensayo SPT entre 10 y 15 Ton/m <sup>2</sup>
TIPO 4	Suelo muy duro	0		Suelos con resistencia con base en el ensayo SPT entre 15 y 25 Ton/m <sup>2</sup>
TIPO 5	Roca o depósito consolidado	0	0	Suelos con resistencia con base en el ensayo SPT mayor a 25 Ton/m <sup>2</sup>

Más adelante hace referencia Grádex a la capacidad portante para los sitios de válvulas en cuadros que indican importantes y precisos detalles de profundidad de cimentación, ancho de zapatas, capacidades portantes estimadas por abscisas, registros de humedad e índices de plasticidad de los suelos, valores de esfuerzos efectivos y ángulos de fricción de diversos sitios del proyecto, todo lo cual –se reitera- parece más propio de un estudio definitivo, que pretendió ser exhaustivo, que de uno preliminar, si por tal debiera entenderse una simple aproximación.

Al aludir a la contratación de Grádex y a sus particularidades, el representante legal de TRANSORIENTE, Ingeniero César Torres, manifestó en su declaración:

"(...) DR. CUBEROS: Ahí ya entró Gradex?

*SR. TORRES: En los estudios preliminares entraría Gradex, a Gradex se le contrata para hacer el estudio, se hace una licitación, (...) hicimos una convocatoria, fueron cinco, seis firmas, y se le contrató a Gradex es (sic) estudio, el título del estudio es importante, es Levantamiento Topográfico, Predicción y Estudios Preliminares Técnicos, y Estudios Técnicos Preliminares para la Construcción del Gasoducto Gibraltar – Bucaramanga, ese es el objeto del contrato que se hizo con Gradex y es lo que dice la portada de los estudios.*

*A él se le contrata, señor: de esta ruta que seleccionó el Ministerio dígame exactamente cómo voy a pasar, el milímetro exactamente, entonces él va y hace el estudio topográfico, ese estudio topográfico contempló también una parte y uno de los puntos está el estudio de suelos, donde está la metodología y... cada kilómetro hace un apique y determina si hay o no hay rocas, cómo es el suelo, la resistividad (sic), porque no sólo para la roca sino para todo, resistividad es una parte electrolítica, es lo que el tubo hace que le de corrosión en el futuro y se determina el estudio como tal (...)" (Subrayas del Tribunal). (Pág. 6).*

Resulta evidente que el alcance no era panorámico sino puntual y que se pretendía del contratista del estudio unas exactitudes propias –se insiste- de unas conclusiones definitivas, hasta donde ello es posible en un trabajo de esta naturaleza, pues desde luego, el estado definitivo de los suelos sólo podría darse en la ejecución del proyecto, pero los estudios debían marcar una pauta muy probable de la condición de éstos, razonablemente orientadora para el futuro constructor.

En este sentido, el representante legal de la Convocada manifestó en su declaración de parte que el aludido documento era meramente referencial, señalando que el mensaje para el oferente y eventual contratista era:

*"(...) usted tiene que coger esos estudios, evaluarlos, estos estudios son a título informativo, son preliminares y eso rezaba en varias partes porque se trataba de eso, tiene que evaluarlos, si usted no está de acuerdo con esos estudios y necesita unos adicionales para presentar la oferta hágalo y nos dice el tiempo, todo eso estaba explícito y ustedes lo podrán ver en los términos de referencia (...)" (Pág. 16).*

El mismo representante de TRANSORIENTE trata en su declaración de contradecir los datos del cuadro de conclusiones de Grádex arriba transcrita, cuando señala:

*"(...) SR. TORRES: No por lo siguiente, la presencia de roca estaba desde un principio, ella no apareció en el proyecto, las montañas ya tenían, en el estudio se contemplaba que había presencia de roca, ellas no aparecieron y hubieran agravado el proyecto (...)" (Pág. 36).*

Es claro del estudio aludido que aunque había en el área de los trabajos y concretamente a lo largo del trazado suelo duro, como es apenas natural y propio de una región cordillerana, no podía preverse la presencia de roca en cantidades y calidades suficientes para alterar las bases de contratación.

En el mismo sentido, otro de los declarantes, que demostró ser particularmente versado en el asunto, el Ingeniero del CONSORCIO Ramón Marzo González, señaló ante el Tribunal:

*"(...) En cuanto a que eran preliminares no entiendo el término, por supuesto con todo esto uno leyó que era estudio preliminar, yo comparto la opinión de que preliminar era que era un estudio que tenía que venir antes, no que era elemental y que la empresa debería revisarlo, comparto el término de que preliminar es que era anterior, cualquier obra que uno hace tiene estudios previos que son base para después desarrollar un proyecto definitivo.*

*En este caso el estudio de los suelos es un estudio previo a la entrega de un plano que es el documento definitivo, que es la herramienta para uno construir, el plano se nutre del estudio para poder ser un elemento definitivo y usado para construcción.*

*DR. CUBEROS: Entonces para usted preliminar alude únicamente al antes del inicio y no a precariedad del estudio?*

*SR. MARZO: Es correcto, así debe ser, es un elemento como hay otros preliminares, por ejemplo el que diseñó el flujo del tubo para dimensionarlo tuvo que haber hecho un estudio de factibilidad, un estudio de flexibilidad, que son términos mecánicos de transporte de un fluido, para poder decir de qué tamaño era el tubo, de qué diámetro era el tubo, eso es preliminar a diseñar el tubo es de 12 pulgadas y va a tener estas características.*

*En la ciencia civil o la parte geotécnica el estudio geotécnico o el estudio de suelos es la base para que el diseñador civil pueda definir su obra (...)” (Pág. 65)*

*(...) SR. MARZO: Ese es el de Gradex, el estudio es muy completo, cumple con todas las normativas nacionales e internacionales. El registro fotográfico de la realidad encontrada en el mismo sitio es éste, el mismo sitio donde está la máquina, donde hizo la prueba, ahí se ve la roca que fue removida, ahí está el afloramiento que se encontró una vez hecho el descapotado, ahí se ve la piedra retirada en el sector, incluso, que es lo que hablábamos, hubo que alquilar un predio donde se acumulaba la roca extraída, el dueño de este predio accedió a que usáramos, él quería llenar un hueco y accedió a colocarlo ahí porque la licencia no lo permitía, todo ese relleno de roca es éste, ahí se ve la cañada que nos permitió usarla como relleno (...)” (Pág. 84)*

*"(...) SR. MARZO: No, esto es un estudio completo en cualquier parte del mundo, no solamente hicieron apiques, no solamente hicieron estudios de*

*resistencia al suelo por golpes y ensayos sino que tiene un estudio también geoeléctrico de receptividad del suelo que confirma cualquiera de estas mediciones, en mi opinión profesional el estudio cumple con todas las normas que corresponden a un estudio de este tipo (...) (Pág. 85)*

*SR. MARZO: No sería, yo dudo que una empresa de ingeniería seria haga un trazado y ubique un tubo en la cordillera oriental sin tener un estudio de suelos que le diga dónde ponerlo, es como usted construye la casa y no le digan si el piso está bueno para fijarla, el estudio de suelo es preliminar, de hecho la empresa que hizo la ingeniería, que no recuerdo el nombre, está en los planos, no es la misma que hizo el estudio de suelo, la empresa de ingeniería se alimentó del estudio de suelo preliminar, usted va a fundar la casa sobre lo que el señor le dijo que consiguió si no la casa se cae, entonces no creo que un estudio geotécnico de esta magnitud no se haya utilizado para hacer el diseño, es la herramienta principal para poder diseñarlo, incluso fue parte de la licencia de manejo ambiental, el plan de manejo ambiental, la licencia, requiere de este documento como un documento válido, cierto, que le va a dar la estabilidad y la garantía al tubo para que ambientalmente fuera viable, si no no sería viable.*

*Adicionalmente, en la segunda sección que usted me pregunta, si el contratista hubiera tenido que hacer ese estudio necesitábamos 6 meses nada más para el estudio, cómo se hacen 190 apiques en cuántos días, en qué parte del PDT pongo eso, y si consigo algo distinto qué hago, rediseño todo, volvemos a parar el trabajo hasta que se rediseñe, es absurdo, si yo hubiera conseguido algo distinto tenemos que parar todos y esperar que se rediseñe el trazado, como ocurrió, hubiéramos tenido que parar todo, es imposible que una empresa que vaya a hacer una construcción se ponga a verificar estos datos, esos datos son los que se utilizaron para diseñar el proyecto, es la madre del diseño si no la casa se cae. (Pág. 147) (Subrayado y resaltado del Tribunal)*

En sentido contrario, la parte Convocada presentó al Tribunal un experticio del Ingeniero Álvaro Jaime González, quien respondió un cuestionario formulado por TRANSORIENTE haciendo unas exposiciones relacionadas con la morfogeología y topografía del trazado y elaborando tablas y gráficos sobre las pendientes del terreno por donde se hizo el trazado del gasoducto para concluir que:

*"a) En consecuencia con el análisis de las pendientes del terreno consignadas en los Pliegos, era posible identificar que había sectores del Gasoducto con materiales muy duros y con roca..."*

El Tribunal encuentra que ésta apreciación va en contravía de las conclusiones contenidas en el informe de Grádex arriba mencionado. En efecto, una cosa es la existencia de roca,

incluso por apreciación visual y otra diferente, la profundidad a la cual ella pueda encontrarse, pues obra en el expediente y es obvio que se trataba de una obra a realizarse a poca profundidad, sólo la estrictamente necesaria para instalar el tubo y realizar encima de éste las tareas de tapado y replanteamiento ambiental. Es natural que la montaña sea una estructura rocosa y, generalmente, como en este caso, cubierta de capa vegetal, más o menos espesa. La cuestión radica en determinar a qué profundidad empieza la roca, lo cual desde luego no es visual, ni depende de las inclinaciones o pendientes del terreno.

Sin embargo, para una obra relativamente superficial no podía ser suficiente la simple apreciación visual por lo que tenían que efectuarse apiques o perforaciones como los que efectuó Grádex.

Otro declarante, el Ingeniero Rubén Darío Fuenmayor Ortigoza, funcionario del CONSORCIO por Confurca, manifestó también sobre el particular:

*"(...) SR. FUENMAYOR: No, no digamos que adecuada, teníamos la información para arrancar un proyecto, a medida que fuimos iniciando las actividades fue cuando nos empezamos a encontrar ciertos hallazgos, ciertas situaciones determinadas en los frentes de trabajo, como por ejemplo al principio cuando empezamos a trabajar comenzamos a trabajar en la zona de Berlín, abrimos dos frentes; un frente en sentido de flujo y otro frente en sentido contra flujo, más o menos frente al acopio de Berlín donde estaba toda la tubería, se abrieron esos fuertes y lo primero que conseguimos al iniciar los trabajos más o menos en octubre del mismo año, del 2009, no encontramos con hallazgos de roca.*

*La roca no estaba contemplada dentro de nuestro alcance, esto nos retrasó bastante las actividades de trabajo, tuvimos que utilizar retros, martillos, para poder romper la roca y poder abrir la zanja para la tubería, inclusive tuvimos que utilizar volquetas para poder traer material suelo porque el mismo material de la zanja que debíamos utilizar para el tapado no era apto, tenía mucha presencia de roca y dañaba la tubería, tuvimos que traer material de otros sitio para poder hacer un colchón en la misma zanja porque la misma zanja tenía presencia de roca, colchón para que descansara bien la tubería, y luego hacer un pre tapado con este material suelto, de manera de no afectar la integridad del tubo, inclusive en esa zona tuvimos que utilizar rock shield es una malla plástica que le da protección en cierta medida del tubo contra alguna que otra piedra que se presente en el asunto... (Pág. 163)*

Es claro para el Tribunal, entonces, que una zona montañosa no es incompatible con la existencia de unos suelos blandos o muy blandos a las profundidades requeridas para esos trabajos específicos y por tanto, era válido que las conclusiones de Grádex generaran

credibilidad para el contratista, al punto que con base en ellas debió Transoriente elaborar las ingenierías del proyecto –básica y detallada- según la cláusula primera de la oferta mercantil.

Aquí es importante destacar que si bien es cierto el oferente tenía una carga de diligencia de verificación sobre la información que se le suministraba, no es menos cierto que una comprobación más puntual entre tramos y a mayores profundidades a lo largo de un trayecto de 170 Kilómetros por entre las montañas –como lo pudo visualizar el Tribunal durante la inspección judicial-, hubiera desbordado ampliamente el tiempo inicialmente concedido para presentar la oferta -71 días o 57 días, según el cronograma inicial- y por supuesto los costos que ello hubiera representado para quien en ese momento era un simple aspirante a contratista.

Abundando aún más sobre la inopinada presencia de roca en el área de las obras, la señora Ana María López Ayala, funcionaria de Cosacol manifestó en su declaración:

*"(...) Entonces mientras que nosotros estábamos haciendo esta parte dijimos estamos encontrando roca en la apertura pero está bien porque sabemos que cuando lleguemos al derecho de vía según los estudios que ustedes nos están dando no es roca, nosotros vamos a seguir avanzando y cuando lleguemos el derecho de vía pues vamos a tener una ejecución mucho más amplia y mucho más fácil.*

*En el Picacho llegamos a que teníamos dos y pico de kilómetros, me pueden corregir si me estoy equivocando, de roca y llegamos al punto donde ellos decían que si nosotros no reclamábamos la roca ellos nos daban más tiempo pero que entonces de una vez dejáramos firmado que todo el resto de la roca que encontráramos también la, es que no me acuerdo, eso tiene un término, bueno, que no íbamos a reclamar ni la que habíamos encontrado ni la que íbamos a encontrar.*

*Finalmente llegamos a que no, que no reclamábamos la que habíamos encontrado y debió haber sido un error nuestro que en 170 km 3 km de roca, listo, nosotros lo asumimos y asumimos los costos y asumimos los costos de la mayor permanencia en obra que eran los tres meses de más que ellos nos dieron y el otrosí se firmó con esas dos condiciones grandes, nosotros no íbamos a reclamar la roca y ellos no nos iban a reclamar a nosotros el tiempo de más que nos estaba generando los retrasos por haber encontrado ese material en el derecho de vía... (Págs. 16-17)*

En el mismo sentido, la representante legal de la misma entidad Convocante, señora Mariella Ayala Mejía, manifestó al responder su interrogatorio:

*... DR. CUBEROS: Era razonable que ustedes confiaran tan de buena fe siendo ustedes constructores expertos en oleoductos y en gasoductos, no se esperaría de ustedes un poco más de diligencia de decir para una cosa tan importante para mi empresa voy a ir a hacer unos muestreos de alguna naturaleza?*

*SRA. AYALA: Primero no tiene tiempo; segundo, eso no hace parte de la licitación porque cuando a usted lo contratan para hacer una ingeniería de detalle, que fue en este caso que era el estudio del suelo y del subsuelo primero usted tiene que tener más tiempo y segundo hubiera valido mucho más; y tercero, si hubiéramos sabido que hay presencia de roca jamás en la vida íbamos a presentar una cotización tan barata, presentamos un muy buen precio porque de todas maneras una de las características también de Cosacol en el mercado es que siempre hemos sido barateros por decirle alguna cosa de esas...*

*... DR. CUBEROS: Cuando usted habla, y no conozco la oferta todavía, en la oferta está discriminado y en ninguna parte aparece entonces verificación del estudio de suelos?*

*SRA. AYALA: No, en ninguna parte aparece, la invitación a nosotros fue a construir, la invitación a nosotros no fue a hacer estudio de suelos, no fue ingeniería ni básica, ni ingeniería de detalle, este es el trazado, a usted se lo entregan en un mapa, como le digo en el momento de la visita no había accesos, de la problemática grande además de la dificultad constructiva fueron los accesos, en el momento de hacer la visita no había ninguna clase de acceso, el tubo por dónde va, el tubo va por allá, allá en esa loma va el tubo, nadie lo hizo, no había como llegar, no había cómo manejarlo, inclusive desde el punto de vista de ingeniero y de ciudadano común y corriente se presta para muchísimo equivoco que hay veces donde usted se puede encontrar en una parte del suelo un poco de roca pero cuando excava no hay roca, y nosotros no tuvimos tiempo de hacer apiques, no era un requerimiento del contrato constructivo, no estaba emarcado en ninguna parte el estudio de los suelos y era absolutamente impredecible que nosotros fuéramos a adivinar el tema de la roca. Es imposible concluir desde ninguna manera que había esa cantidad de roca (...)".* (Págs. 5 y 6) (Subrayado y resaltado del Tribunal).

La declaración precitada coincide con el texto de la Oferta Mercantil base del contrato, en la medida en que si se analiza la cláusula tercera sobre alcance de los trabajos, bien exhaustiva por cierto en cuanto a las labores a cargo del Contratista –aunque señala que es enunciativa y no taxativa- pues incluye veinte (20) alcances generales, quince (15) alcances específicos y dos (2) párrafos con un extensísimo repertorio de tareas y

condiciones de los trabajos. Además “otras obligaciones de El Constructor” -44- mencionadas en la cláusula 5<sup>a</sup>, en donde no aparecen por parte de alguna actividades de validación o complementación del estudio de suelos.

El ingeniero de Interventoría Luis Alfredo Camargo Patarroyo, quien fue residente QAQC para la parte de geotecnia del proyecto, explicó la naturaleza de las pruebas y se refirió a los estudios previos realizados por TRANSORIENTE, así:

*"(...) SR. CAMARGO: Aparece en la parte de geología, no aparece en la parte del estudio de suelos, trato de dar una explicación, los sondeos para suelos se hace eventualmente cada 500 metros, en qué consiste, se pone un varillaje con un muestreador en la punta, un tubo en el cual van a quedar las muestras incluidas y se golpean por la parte superior, eso le da una unidad en la resistencia del suelo, en el momento en que ese tubo encuentra una roca, una porción de roca o un suelo incluso muy duro la rechaza, no se puede seguir penetrando en el suelo porque es imposible de romper una roca con ese equipo.*

*Cuando se envía la gente a campo usualmente las empresas le dicen, haga sondeos cada 500 metros o cada kilómetro, ellos se van y eso es lo que hacen, si ellos encuentran un punto en donde no pueden penetrar ya sea porque hay roca o cualquier cosa, se mueven e intentan buscar sitios en donde puedan ejecutar el ensayo, como les digo, ese ensayo es hecho para suelo siempre... (Págs. 81-82)*

*... DR. CUBEROS: Usted sabe si Transoriente entregó o aportó para la construcción un documento denominado estudio geológico?*

*SR. CAMARGO: La verdad no tengo certeza de que el Consorcio hubiera recibido ese documento pero cuando Transoriente me facilitó a mí el estudio de suelos incluía el estudio geológico.*

*DR. CUBEROS: Un estudio geológico hecho por Grádex o uno distinto?*

*SR. CAMARGO: Por Grádex, sí señor... (Pág. 82).*

Nótese entonces, que la propia Interventoría explica el procedimiento de los apiques para unos suelos que no habrían de ser intervenidos de profundidad sino solo superficialmente, de lo cual quedó evidencia en el documento de Grádex, que fue justamente el que conoció y en el que confió el Contratista.

Pecando de reiterativo hasta el cansancio, el Tribunal trae a cuenta sobre el mismo tema y en el mismo sentido la declaración del Ingeniero Adriano José Furlanetto Castillo, funcionario de Confurca por el CONSORCIO, quien relató:

*"(...) DR. CUBEROS: En cuánto tiempo se dio cuenta Confurca de la naturaleza rocosa del terreno en un 40 y pico % como dicen los documentos?*

*SR. FURLANETTO: Para darnos cuenta que había roca fue en el primer trimestre del proyecto, hay comunicaciones donde nosotros notificábamos la presencia de roca.*

*DR. CUBEROS: En cuánto tiempo la magnificaron, en cuánto tiempo se dieron cuenta?*

*SR. FURLANETTO: Al momento de terminar todo, abrir el descapote o terminar la apertura del derecho de vía... (Pág. 8)*

*"...), no teníamos por qué dudar del análisis, un estudio realizado en 170 kilómetros para hablarle primero del estudio de las perforaciones, acá lo llaman apiques.*

*"190 perforaciones, 180 y tantas perforaciones en 170 kilómetros, cuando estadísticamente en cualquier proyecto, es más se hace por los rayos x de las tuberías, cuando empieza a dar mucho rechazo o es empiezan a mover mucho las curvas usted empieza a reducir los ensayos para comprobar qué es lo que está pasando, si usted hace un ensayo en el kilómetro 1 y le sale arena, en el kilómetros 2 le sale roca, en el kilómetro 3 le sale arena, hay que empezar a meter perforaciones en el medio para ver hasta dónde cuantificar porque está subiendo y bajando mucho la curva, esto fue prácticamente un ensayo lineal, suelos blandos, muy blandos, blandos, muy blandos, blandos, blandos, blandos, blandos, en su momento les presentarán la parte los ingenieros, los mapas y las cuestiones de cómo estaban todas las rutas.*

*"No teníamos por qué dudar de esos ensayos, los rendimientos los conocemos porque son información nuestra de cuánto rinde una zanja para un tubo de 12 pulgadas; las perforaciones, nosotros sabemos cuánto mide y la velocidad que puede una máquina estar excavando, para un tubo para un volumen por metro cúbico de una zanja para 12 pulgadas; maquinaria trajimos la ideal para eso, no íbamos a traer maquinaria súper pesada, lenta, cuando las pendientes son tan pronunciadas y es peligroso, nosotros teníamos estimado cuánto era y por eso nos arriesgamos, no solamente a los 420 días firmarlo sino a estar seguros que no íbamos a caer en las multas porque las multas del contrato podían haber afectado si hubiese sido el hecho que nos las aplicaran*

*por incumplimiento, si las hubiésemos tenido costaban mucho para el proyecto, pero no había por qué estar dudando de las especificaciones técnicas dadas por el cliente, un cliente que está regulado, como lo dije inicialmente, por el Estado, deberían tener pulmón financiero para meterse en un proyecto de esta magnitud, dado unos ensayos como esos no teníamos por qué dudar....(Pág. 13)*

*... SR. FURLANETTO: Son dos proyectos distintos, ahí podemos acercarnos más como comencé la exposición, que esto se convirtió más en un proyecto civil de movimiento de tierra, de roca, de explosión, de excavación, que mecánico que es la soldadura, usted cuando trabaja en un suelo real, un suelo real no, un suelo bajo las especificaciones usted se prepara para cada tipo de trabajo, a nosotros nos tocó de la noche a la mañana a lo que nos empezamos a conseguir toda esta cantidad de roca modificar la estructura completa de la excavación, nosotros teníamos estimado que una excavadora rindiera 300 metros lineales de zanja diario y se nos convirtió en que rendía 200 metros semanales tres excavadores, una rompía, la otra movía, la otra excavaba, los rendimientos se cayeron completos y una cuestión vino a acarrar toda la demás...(Págs. 14 y 15)*

*... DR. MEZA: En ese contexto el Consorcio tuvo que traer maquinaria distinta a la inicialmente programada?*

*SR. FURLANETTO: No tanto traer porque no la teníamos, tuvimos que contratarla, se planificó una manera, nosotros movimos mucha maquinaria de Venezuela, cantidad si viene al caso cerca de 200 máquinas entre máquinas de soldar, máquina mayor y máquina menor, tuvimos contratos previos al arranque del proyecto ya que acá no se conseguía tampoco maquinaria especial como la que se estaba necesitando, transporte, winches y eso para la topografía del terreno, se trajo maquinaria de Estados Unidos y con todo eso tuvimos que contratar, sé que llegó un momento, habíamos estimado para todo el proyecto creo que 80 excavadoras, que le llaman aquí retroexcavadoras, y llegamos a tener 200 y tanto en el proyecto, para poder atacar todos los frentes porque ya se había triplicado, le repito, nosotros habíamos estimado solamente escavar, aquí tuvimos que empezar a romper, empezar a mover y empezar a excavar con lo que solamente habíamos cotizado, una máquina... (Pág. 15)*

A este propósito debe reiterarse que el perito técnico señaló que el tiempo aludido era suficiente para validar información, pero no para realizar actividades puntuales de comprobación de la información recibida.

Sobre este particular la representante legal de Cosacol, señora Mariella Ayala Mejía, destacó al absolver su interrogatorio de parte:

*"(...) DR. CUBEROS: Se ha dicho que ustedes recibieron unos estudios preliminares que fueron los elaborados por Grádex y se ha dicho que eran unos estudios preliminares que ustedes tenían que haber verificado, cómo... a ese respecto.*

*SRA. AYALA: No, de ninguna manera verificado porque de todas maneras la referencia que nos entregan a nosotros es una referencia muy precisa, muy precisa porque de todas maneras se había hecho lo que se denomina en ingeniería unos apiques que quiere decir unas excavaciones, habían hecho kilómetro por kilómetro el estudio que nos presentaron, nosotros no podíamos dudar de ese estudio y la referencia que ellos nos dieron era que era suelo blando, muy blando y un 2% de suelo duro que era la roca, entonces nosotros sí confiamos aunque por supuesto en un principio había habido una referencia porque hubo unas convocatorias anteriores, antes de que surgiera el contrato con nosotros sí conocimos que hubo unas convocatorias anteriores y había habido una referencia de que no se habían podido poner de acuerdo, que había unos precios muy altos de la oferta nacional hacia Transoriental porque decían que el suelo era muy complicado... (Pág. 4).*

De la misma manera y sobre el tiempo que se hubiera requerido para validar por completo la información contenida en el estudio de Grádex, la Ingeniera Liliana Estrada Parías en su declaración expresó:

*"(...) DR. MEZA: Si el consorcio en su momento hubiese tomado la decisión, al margen de toda la discusión jurídica, de validar y complementar con los criterios que usted acaba de exponer, la información aportada por Grádex con sus características, cuánto tiempo cree usted, según su experiencia, en un proyecto de 170 kilómetros, cuánto tiempo hubiese podido durar ese trabajo?*

*SRA. ESTRADA: Para validación en los 170 kilómetros hubiera sido algo similar a lo que hizo Grádex y supongo, porque no conozco el tiempo, que es lo normal en ese tipo de proyectos, estamos entre 6 meses a 1 año, si se quiere validar y comprobar, que serían las dos cosas, estamos hablando de más de un año (...) (Pág. 9) (Subrayas y negrilla del Tribunal)*

Se destaca que este tiempo para complementar la información, es el mismo que estimó el Ingeniero Álvaro Jaime González en su declaración precedentemente transcrita.

Retomando la declaración de la Ingeniera Liliana Estrada, se tiene:

*"(...) DR. CUBEROS: A tono con la pregunta del doctor Meza, en el estudio de Gradex, en la página 70 hay una tabla sobre las condiciones del suelo y las recomendaciones, ya concluyendo dice: suelo muy blando 28.9, suelo blando 63.3, suelo duro 7.73, luego muy duro y roca... consolidado 0.0.*

*En esa inspección judicial, le habla un profano absoluto, recorrimos toda la línea del gasoducto, yo hubiera dicho: ahí hay mucha roca; pero me encuentro con esto y los que saben me dicen que no, que eso es mínimo 7.73, usted ingeniera contratista en una inspección de campo a usted no le parece que ese terreno que se llama cordillera sea rocoso, no se supone que sea rocoso?*

*SRA. ESTRADA: El terreno es rocoso, lo que uno no sabe es que para profundidades tan pequeñas como es 1.50, inclusive tres metros, cuatro metros, en qué punto aflora la roca, la roca existe y uno lo puede determinar, lo que decía ahorita, visualmente, uno dice: este terreno es rocoso; lo que no puedo determinar desde el punto ni siquiera visual ni bibliográfico y teniendo fotografías aéreas, estudios macro de la zona, lo que no puedo determinar es a qué profundidad me está aflorando, cuando uno ve las exploraciones claramente ve que sí está incrementando la resistencia, pero que el afloramiento de roca no se ha comprobado porque igual la afectación del proyecto era superficial, y la probabilidad de que la roca esté aflorando a profundidades mayores de cuatro o cinco metros es lo normal porque igual la roca, y más en un país donde los cambios climáticos son notorios, la afectación de la roca es grandísima, está sometida a procesos de erosión, a lluvia, a todo, y como sabemos un suelo es producto de esa alteración (...)"*  
(Págs. 10 y 11).

Resalta el Tribunal, por una parte, la diferencia conceptual sobre el alcance de la palabra "preliminar" entre los dos profesionales citados y por la otra, la apreciación de los dos expertos transcritos en el sentido de que se requerían entre seis (6) meses y un (1) año para hacer un estudio definitivo respecto a los 180 Kms de recorrido del terreno, tiempo con el cual evidentemente no contó, ni pudo contar, el CONSORCIO para la estructuración de su oferta, a todo costo y con unos límites de tiempo bastante estrictos y estrechos, según el tenor de las estipulaciones contractuales.

En este mismo sentido, corroborando la suficiencia de la información recibida al respecto, el Ingeniero Civil Javier Enrique Escobar Medina, Gerente del CONSORCIO, agregó sobre el tema:

*"(...) DR. CASTAÑEDA: **Pregunta No.6.-** Diga cómo es cierto sí o no, que el Consorcio no realizó ningún estudio adicional a los documentos y estudios*

*entregados por Transoriente para la construcción del gasoducto Gibraltar Bucaramanga?*

*SR. ESCOBAR: No, no hizo ningún estudio porque no era necesario, la información está bien clara. (...) (Pág. 13)*

*(...) DR. CUBEROS: Se ha dicho que la información que entregó Transoriente era una información preliminar y que estaba marcada como preliminar y que por tanto era susceptible de verificación por parte del Consorcio previo a cotizar o previo a la ejecución de los trabajos, qué tiene que decir usted al respecto?*

*SR. ESCOBAR: La Información que entregó Transoriente es una información de ingeniería definitiva, por eso es que le digo la calidad de información que tiene, es una información que tiene todo el detalle habido y por haber, no puede ser un estudio preliminar, nosotros de fe confiamos en la información que entregó Transoriente. (...)” (Pág. 21)*

A su turno y sobre el mismo asunto, el perito técnico, ingeniero Juan Carlos Monzón, señaló en su dictamen, en el Cuadernillo de preguntas para el Perito técnico solicitadas por el Tribunal, ante la pregunta de éste sobre qué se entiende por la expresión “Estudios Técnicos Preliminares”, respondió lo siguiente:

*“El eje central de la controversia entre las partes corresponde a los Estudios Geotécnicos realizados por GRADEX INGENIERIA S.A, tal como consta en las abundantes comunicaciones del CONTRATISTA. Teniendo en cuenta esta consideración, entiendo que el sentido de la pregunta se refiere de manera específica al tema Geotécnico y, en consecuencia, esta respuesta se dará sobre este estudio en particular. (...)”*

*a) Concepto de Estudio Técnico Preliminar desde la óptica de su alcance técnico*

*El estudio de GRADEX INGENIERIA S.A. hace referencia en términos generales a la condición del subsuelo en la zona del proyecto y en términos específicos a su caracterización bajo diferentes disciplinas técnicas aplicables a proyectos de ingeniería civil como la geotecnia, geología, morfología, entre otros. Siendo estos temas el objeto central del estudio de GRADEX INGENIERÍA S.A. y uno de los temas de la controversia entre las partes, esta respuesta se plantea bajo ese marco conceptual (...). (Pág. 1)*

A continuación el Perito hace referencia a las normas colombianas de diseño y construcción sismo resistente (NSR-98), aprobadas por la ley 400 de 1998, según las cuales:

**H.2.2.1 - ESTUDIO GEOTÉCNICO PRELIMINAR** - *Se define como estudio geotécnico preliminar el trabajo realizado para aproximarse a las características geotécnicas de un terreno, con el fin de establecer las condiciones que limitan su aprovechamiento, los potenciales problemas que puedan presentarse, los criterios geotécnicos y parámetros generales para la elaboración de un proyecto.*

*H.2.2.1.1 – Contenido - El estudio geotécnico preliminar debe presentar en forma general el entorno geológico, las características del subsuelo y las recomendaciones geotécnicas para la elaboración de proyecto, la zonificación del área de acuerdo con sus características y amenazas geotécnicas y los criterios generales de cimentación y obras de adecuación del terreno.*

*H.2.2.1.2 – Obligatoriedad del estudio geotécnico preliminar - El estudio geotécnico preliminar no es de obligatoria ejecución; se considera conveniente en casos de proyectos especiales, o de magnitud considerable, en los que puede orientar el proceso inicial de planeamiento. Su realización no puede, en ningún caso, reemplazar al estudio geotécnico definitivo. (Pág. 2)*

**H.2.2.2 - ESTUDIO GEOTÉCNICO DEFINITIVO** - *Se define como Estudio Geotécnico Definitivo el trabajo realizado para un proyecto específico, en el cual el ingeniero geotecnista debe consignar todo lo relativo a las condiciones físico-mecánicas del subsuelo y las recomendaciones particulares para el diseño y construcción de todas las obras relacionadas, conforme a las normas contenidas en este Título H.(...)".* (Pág. 3)

Más adelante, agrega el dictamen:

"(...)

<b>Requisito de la NSR-98 para un Estudio Geotécnico Definitivo</b>	<b>Páginas y/o documentos del Informe de Gradex Ingeniería</b>
(a) Del Proyecto	Pág. 1 a 3
(b) Del subsuelo	Pág. 7 a 69
(c) De los análisis geotécnicos	Pág. 3 a 7, 70 a 74
(d) De las recomendaciones para diseño	Pág. 41 a 51 y 70 a 74
(e) De las recomendaciones de construcción	No se incluye (No aplica)
Anexos	Ver Anexo Geotécnico del documento

*Al revisar la tabla se confirma que el documento elaborado por GRADEX INGENIERÍA S.A. en su componente geotécnico incluye los requisitos del Estudio Geotécnico Definitivo definido por las Normas Colombianas de Diseño y Construcción Sismo Resistente (NSR-98). El estudio de GRADEX INGENIERÍA S.A. incluye en el "Capítulo 7 – Recomendaciones para el diseño" detalles y parámetros suficientes para realizar el diseño detallado correspondiente.*

*Por mi experiencia, en proyectos de ingeniería civil que han incluido similar importancia del componente geotécnico como el proyecto que nos ocupa, considero que el estudio de GRADEX INGENIERÍA S.A. sí incluye los requisitos esenciales de un estudio geotécnico completo definido por las Normas Colombianas de Diseño y Construcción Sismo Resistente (NSR-98).*

*Por estas razones, el título general del documento que incluye la definición de "Estudios Técnicos Preliminares" no corresponde a la calidad ni alcance técnico sobre los estudios realizados en lo que se refiere a la definición de los parámetros geotécnicos.*

*(...)Si bien considero que el estudio, desde le punto de vista cualitativo, es decir por el tipo de ensayos y estudios geotécnicos realizados, es suficiente para considerarlo completo para el propósito del diseño del proyecto; desde el punto de vista cuantitativo, es decir, del número de perforaciones realizadas (En promedio una por kilómetro), resulta insuficiente para describir con confiabilidad la condición del subsuelo a lo largo del trazado del proyecto para el propósito de instalación del gasoducto.*

*En mi concepto la definición de carácter "Preliminar" del estudio de GRADEX INGENIERÍA S.A. no se deriva del detalle de los estudios realizados sino del objetivo con el cual fue realizado y que corresponde a la etapa inicial del proyecto en la cual los estudios se realizan para determinar las condiciones del sitio del proyecto. En esta fase estos estudios resultan suficientes para el objetivo de dar trámite a los permisos de ley y para estimar de manera aproximada el valor del proyecto. (...) (Págs. 4 y 5) (Subrayas y negrilla del Tribunal)*

En este orden de ideas se precisa que el perito echa de menos el factor cuantitativo, esto es, que no se hubiera efectuado una mayor cantidad de apiques en el trazado del gasoducto, porque a su juicio, la distancia promedio entre cada uno de ellos era excesiva y podrían variar de tramo en tramo las condiciones geológicas del terreno. Aquí entra a jugar nuevamente el tema de los tiempos, pues como lo dijeron otros expertos declarantes ante el Tribunal y citados en este laudo, para un estudio más extenso –

entendiéndose por tal mayor frecuencia de apiques y mayores profundidades- se hubieran requerido unos tiempos con los que no pudo contar el CONTRATISTA para presentar su oferta y que tampoco quedaron previstos en el cronograma de ejecución de los trabajos que como señaló el perito, no comprendía este ítem.

Se recuerda lo que en el mismo dictamen señaló al respecto el perito técnico:

*"(...) 3. Sírvase establecer si el tiempo originalmente concedido por Transoriente (antes de las prórrogas) en la invitación a cotizar era razonable para presentar ofertas, con base en la información suministrada por aquella.*

*Respuesta:*

*Es procedente consignar el cronograma inicialmente propuesto para la presentación de ofertas dentro de la invitación de Transoriente:*

*Fecha de invitación a presentar propuestas: 19 marzo 2009*

*Fecha para presentación de la cotización: 15 mayo 2009*

*Tiempo previsto para preparación y presentación ofertas: 57 días calendario (...)" (Pág. 6)*

Entonces, en tan breve término, inferior a dos (2) meses, no era razonable que los proponentes pudieran contar con elementos de juicio suficientes para su oferta –que era el contrato mismo, dado que sólo faltaba la orden de compra para su perfeccionamiento-, por lo que tenía que entenderse que ello era así por haberseles dado la información necesaria y adecuada en cantidad y calidad para los efectos pretendidos.

Se hace el cuestionamiento de si el Consorcio ha debido pedir más tiempo para presentar su propuesta o más adelante para ejecutar el contrato a fin de efectuar las validaciones que resultaran necesarias. El Tribunal estima que no, por dos razones principales: la primera, porque se trataba de un estudio exhaustivo, al punto de ser la base de las ingenierías a cargo y entregadas por la propia Transoriente y la segunda, por la modalidad de contratación diseñada también por ésta, en razón de la cual Transoriente preparó el texto de la oferta –por tanto predeterminado- limitándose el Consorcio a suscribirlo y presentarlo para que su destinatario respondiera de inmediato –el mismo día- con la Orden de Compra No. 1044.

Señala sobre el particular el perito técnico mencionado:

*"(...) Tras una revisión de los documentos antes descritos este Perito conceptúa que los mismos contienen el suficiente grado de detalle para considerarse completos para efectos de la elaboración de las ofertas por parte de los proponentes. En efecto, los informes técnicos corresponden a una*

*Ingeniería Básica, la cual describe con el detalle suficiente el proyecto para permitir el desarrollo de la propuesta correspondiente por parte de los Oferentes (...)"*

Desde luego, el Tribunal reconoce que el término inicialmente concedido fue posteriormente prorrogado como lo consigna el dictamen, particularmente en la página 8 de las *"Preguntas para el perito técnico solicitadas por el Tribunal"*, pero resulta evidente que estas cortas y sucesivas prórrogas no tenían por objeto ni por efecto, concederle a los proponentes mayores términos para una verificación concienzuda y planeada de los pormenores del proyecto, sino, simplemente, unos mayores plazos para la presentación de la oferta.

El Tribunal comparte las apreciaciones del perito técnico sobre la profundidad y suficiencia del estudio de Grádex. En efecto, señala dicho profesional:

*"(...) a) Concepto cualitativo (Eficiencia)*

*Como se mencionó en las respuesta No. 1 de este documento **el estudio de GRADEX INGENIERÍA S.A. cualitativamente corresponde a un Estudio Geotécnico Definitivo conforme a las Normas Colombianas de Diseño y Construcción Sismo Resistente (NSR-98).** (...)”* (Pág. 8) (Subrayado y resaltado del Tribunal)

Respecto a los aspectos cuantitativos es que muestra dudas el perito cuando señala:

*"(...) b) Concepto cuantitativo (Suficiencia)*

*Para el estudio de GRADEX INGENIERÍA S.A. se realizaron un total de 190 exploraciones geotécnicas distribuidas de la siguiente manera<sup>96</sup>:*

- 1) *En los sitios de las válvulas perforaciones de hasta 3.0 metros: 8 unidades*
  - 2) *En los sitios de cruces especiales: 22 unidades*
  - 3) *En las vías principales: 8 unidades*
  - 4) *En los cruces de ríos perforaciones de hasta 6.0 metros: 14 unidades*
  - 5) *A lo largo del trazado de la tubería del gasoducto: 138 unidades*
-

(...)

• *La longitud aproximada del gasoducto es de 170 kilómetros lo que significa que se realizaron en promedio una perforación cada 1,2 kilómetros.*

• *Las distancias entre cada perforación oscilan entre menos de 100 metros hasta más de 2500 metros. Por lo tanto se puede esperar que quedaron tramos de considerable longitud sin investigación. (...)"(Pág. 9)*

*En resumen, la información previa suministrada por Transoriente respecto a la condición del suelo a lo largo del trayecto del tubo del gasoducto era en mi concepto insuficiente cuantitativamente para que un Contratista experimentado en este tipo de obras pudiera determinar con suficiente confiabilidad las condiciones geotécnicas del subsuelo. Para contrarestar esta situación la valoración del Contratista debía incluir un cálculo del riesgo geotécnico. Por las razones antes expuestas, y con el ánimo de presentar una oferta competitiva y con un menor grado de riesgo para el Contratista, considero que sí era necesario la ejecución de estudios de validación y/o complementación según el caso. (...)"(Subrayas originales)*

*"(...) Se insistió por parte de TRANSORIENTE desde la etapa precontractual (Bases para Cotizar), que la información suministrada era de referencia y, por consiguiente, los proponentes debían asumirla como preliminar. En concepto de este perito, la información suministrada por Transoriente era suficiente para preparar una oferta (sujeta a la valoración del riesgo geotécnico de cada oferta), sin embargo, por las razones mencionadas en la respuesta a la pregunta No. 5 en relación al Estudio Geotécnico, la información suponía al Contratista asumir un gran riesgo geotécnico si dicha información no era validada y/o complementada para la elaboración de la oferta y la celebración del contrato.*

*En relación a la ejecución del proyecto (posterior a la firma del contrato) y en mi concepto la información geotécnica suministrada no era suficiente para ejecutar el proyecto de la magnitud que nos ocupa. La ejecución del proyecto necesitaba necesariamente la implementación de una campaña geotécnica posterior a la adjudicación del proyecto con suficiente alcance y detalle para programar de manera adecuada la ejecución del mismo y evitar encontrar situaciones sorpresivas durante la ejecución. Esta práctica hubiese permitido al Contratista seleccionar de manera adecuada sus recursos y establecer una estrategia de subcontratación adecuada al riesgo que estaba asumiendo dentro del precio global con Transoriente. (...)"(Pág.10)*

Desde luego, hay una contraposición o, si se quiere, una contradicción entre algunos de los apartes del dictamen cuando por un lado, se alude a la calidad y suficiencia de los estudios preliminares entregados por Transoriente y, por el otro, se echan de menos validaciones y complementaciones, pero el Tribunal para la valoración de la prueba toma en cuenta que fue esta última quien predispuso los términos de la oferta, que en la cláusula de alcance no fijó tarea alguna al respecto y que los tiempos concedidos –para oferta y para ejecución- no permitían adelantar tareas de esta índole.

Esta parte del dictamen tiene que ver estrechamente con la objeción por error grave formulada por el señor apoderado de la Convocante, tema que, complementando lo expuesto, se ampliará en acápite diferente dentro del presente laudo.

A primera vista el estudio de Grádex Ingeniería muestra que se hicieron 190 exploraciones para un trazado de 170 Kms, lo cual arrojaría, grosso modo, un promedio de algo más de una por kilómetro, lo cual parecería razonable para una obra de esta naturaleza. Sin embargo, si se analizan más en detalle los datos del estudio se encuentra que el promedio se desvirtúa cuando se separan las perforaciones hechas en los sitios de las válvulas, o en los cruces especiales o en los cruces de los ríos, porque entonces, como lo señaló el perito, el promedio ya baja a una perforación cada 1.2 kilómetros. Ahora, yendo más a fondo en el análisis se aprecia y el perito lo destaca, que en las zonas de mayor facilidad constructiva se realizaron muchas más perforaciones que en las zonas de mayor dificultad, lo cual arroja distancias entre perforaciones que llegan hasta 2.500 Mts, lo cual ya parece excesivo para una zona montañosa como la del trazado del gasoducto. Sin embargo, todas estas apreciaciones resultan claras *ex post facto*, es decir, cuando se miran retrospectivamente en una tarea de verificación de las causas del problema que hoy es objeto de controversia, pero no fáciles de determinar para formular una oferta y un contrato en un breve término y con credibilidad en unos estudios y en unas conclusiones de cuya veracidad y solidez no tenía razones para dudar el oferente.

Es claro, según lo expuesto, que se trataba de un documento técnico, ampliamente comprensivo de la temática y que en su momento generó credibilidad para la propia TRANSORIENTE, que estructuró un proceso de contratación con unos términos cerrados en plazos –para la oferta y para la contratación- y con una modalidad limitativa en cuanto al precio –fijo, global, sin reajuste-, esquema propio de un negocio celebrado con la plenitud de los fundamentos necesarios para sacarlo avante.

A propósito de este documento, otro de los deponentes, que tuvo una importante presencia en el desarrollo de los trabajos por parte del CONTRATISTA, el ingeniero Gustavo Marcano Rizzo, manifestó:

*(...) DR. EXPÓSITO: Me refiero específicamente a los estudios de Grádex, usted los analizó profundamente esos estudios?*

*SR. MARCANO: Los leí, por supuesto era un estudio de suelo donde ya estaba establecido cuál era el subsuelo o cómo era el comportamiento.*

*DR. EXPÓSITO: Por su expertis, aunque simplemente bajo su dicho los haya leído, por su expertis qué naturaleza les puede usted brindar a esos estudios?*

*SR. MARCANO: Por supuesto la credibilidad de una empresa que los hizo, no soy nadie para decir que los estudios no son correctos.*

*DR. EXPÓSITO: Se podría decir que quedan en el título de estudios simplemente preliminares, esos estudios de Grádex?*

*SR. MARCANO: No lo creo, ellos hicieron unos estudios, se basaron en una cierta cantidad de muestras y en base de eso definieron los estudios de todo el tramo. (...)” (Págs. 28 y 29)*

Visto lo anterior, contextualizado y valorado con el resto del material probatorio, concluye el Tribunal que TRANSORIENTE proporcionó a los invitados a cotizar, información sobre los suelos donde habría de construirse el gasoducto que en su momento ésta estimó suficiente y adecuada para los propósitos de la contratación y por ello, el término de la visita de obra, los tiempos para presentar oferta y posteriormente los establecidos para ejecutar el contrato fueron tan estrictos y tan estrechos. Por su parte, resulta también claro que el oferente y posterior contratista también hizo fe de que esa información que se le daba, particularmente las conclusiones del estudio de Grádex, considerando que era suficiente para planear y desarrollar los trabajos y obligarse en las condiciones de plazo y precio presentadas en su oferta y eje de la contratación.

Sobre el tema de la presencia de roca fue interrogado por el Tribunal y por las partes el Ingeniero Civil Álvaro Jaime González García, quien al referirse al estudio de Grádex expuso:

*(...) SR. GONZÁLEZ: Lo que pasa es que Grádex usó solamente los primeros 5 centímetros, las rocas se alteran por la lluvia, el clima y la temperatura y crea una capa que es el suelo residual, sobre ese suelo residual crece la vegetación, estos cinco centímetros es donde está la vegetación normalmente, la vegetación además refuerza con las raíces, le hace tener una pendiente mayor donde no debía haber si estuviera sin eso.*

*(...) DR. CUBEROS: Era muy visible, qué razón hay, no puede saberlo usted, usted no es Grádex, es razonable que una firma como Grádex cuando le piden un estudio de suelos para un gasoducto se limite a los primeros 50 centímetros?*

*SR. GONZÁLEZ: Tal vez fue porque este estudio realmente, me lo contaron después, fue hecho para el estudio ambiental, el estudio ambiental tiene que ver con la vegetación, con las capas superficiales y con todo eso, entonces decir que no había roca en las capas superficiales es... en esto ayudan también otros estudios que no se consultaron en este caso, que son los estudios agrológicos, o sea, el estudio de los primeros tres metros donde está la vegetación, eso lo hace el geográfico, hay estudios agrológicos completos en Santander, esos le dicen a uno dónde hay o no hay materiales duros y qué tan nuevo o viejos son los suelos y cuál es el origen; de esos mapas agrológicos yo para geotecnia saco siete mapas, son muy útiles (...)"*

Lo manifestado corrobora lo antes expuesto, en el sentido de que el estudio aludido no tenía la profundidad necesaria para los fines para los cuales fue utilizado, la construcción del gasoducto, pues su objetivo preliminar parece que era servir de soporte a la licencia ambiental, circunstancia que no es evidente en su texto. Destáquese que el deponente señala que eso "*se lo contaron después*", pero lo cierto es que en las conclusiones sobre la naturaleza y composición porcentual de los suelos se alude genéricamente a su clase, después de perforaciones y no simplemente a los aspectos meramente superficiales.

De ser así, no parece muy razonable que la propia Transoriente hubiera basado en esos estudios la planeación del Gasoducto, pero lo cierto es que fueron los que le aportó al oferente constructor, asumiendo ella, a su turno, la ingeniería básica y la ingeniería detallada –como consta en la oferta base del contrato- lo cual desvirtúa, de nuevo, el carácter de "preliminar", con la connotación pretendida por la convocada.

A su turno, el Ingeniero Civil Luis Eduardo Páez Durán, quien se desempeñó como Director de interventoría en la construcción del Gasoducto, manifestó:

*(...) DR. MEZA: Con base en su experiencia y su seriedad, usted considera ante el Tribunal que los fenómenos que se presentaron durante la ejecución del proyecto como fue la roca, la presencia del fenómeno de la niña en sus dos períodos consecutivos, y otros elementos adicionales, no afectó para nada el proceso constructivo y los rendimientos del consorcio durante la ejecución del contrato?*

*SR. PAEZ: Era la desorganización, en ningún momento dije que eso no afectó, eso pudo haber afectado pero ojo, le voy a explicar cómo, si usted llega y se encuentra con roca y no tiene los equipos adecuados, claro que le afecta, pero usted sabía que había roca, entonces es falta de previsión, no puedo decir que eso no haya causado ningún impacto, sí, pero si no tenía los equipos adecuados, si no había hecho por ejemplo las gestiones para*

*conseguir dinamita... volar la roca, si no fue eficiente en esos temas le afecta, así de sencillo.*

*Sigo insistiendo que en mi opinión una de las mayores causas fue la desorganización que tenía en consorcio. (...)"*

Nótese que el deponente alude a desorganización pero reconoce que la presencia de roca implicaba una preparación diferente para el contratista quien –a su juicio- debía contar con equipos adecuados, gestiones para conseguir dinamita, etc., partiendo necesariamente del supuesto de que éste tenía que saber de la presencia de dicho tipo de material en el terreno de construcción del gasoducto y ya se vio que la falla consistió en que ninguna de las partes consideró la presencia de roca, TRANSORIENTE en los estudios que presentó a los invitados a proponer, ni el CONSORCIO en su oferta mercantil del 2 de septiembre de 2009, por lo que el quid del asunto vuelve a estar en las responsabilidades de la información precontractual y en las validaciones o complementaciones a cargo del oferente y posterior contratista, según lo expresado por el perito técnico.

El representante legal del CONSORCIO, Ingeniero Javier Enrique Escobar Medina se pronunció así sobre el particular, empezando por la valoración que hizo sobre la información recibida para contratar por parte de TRANSORIENTE:

*"(...) DR. CUBEROS: Y con el tema suelos?"*

*SR. ESCOBAR: Sí nos sentíamos cómodos porque teníamos la información de excavabilidad del terreno, los estudios que se hicieron fueron estudios directamente en el campo, fueron exploraciones particulares, se hicieron cada kilómetro y además que se hicieron cada kilómetro porque como no hubo variación en el tipo de suelo el que hizo los estudios extrapoló también y colocó a kilómetro suelo blando, de tal kilómetro a tal kilómetro suelos muy blando y quizá uno que otro duro, pero en ningún metro había roca.*

*DR. CUBEROS: Esa información era creíble?*

*SR. ESCOBAR: Por la calidad de la información nosotros la creímos.*

*DR. CUBEROS: Voy a hacerle una pregunta quasi personal, en varios procesos en los que he participado se ha discutido lo siguiente: el constructor es usted, yo soy el contratante, necesito una obra pero el que debe saber, el que debe verificar, yo no lo hago porque no sé hacer de eso, el que debe saber es usted y yo espero que usted haga todas las investigaciones, tenga toda la diligencia, etc., eso en cuanto a suelos.*

*SR. ESCOBAR: Pero no necesariamente señor Presidente, eso depende el tipo de oferta que uno vaya a proponer, aquí la ingeniería no de nosotros, el trabajo era únicamente construcción, la ingeniería era parte de Transoriente y yo tengo que creer en la información que él hizo, no puedo desvirtuar una información quizás en 50 días cuando esta información tiene 9, 10 meses; ahora, si yo tuviera en mis manos la parte de ingeniería sería distinto, ya es mi responsabilidad, ahí sí tengo que hacer investigaciones preliminares para poder ofertar, tomar todas las cuestiones críticas que me puedan realmente afectar dentro de una cotización.* (...)(Subrayado y resaltado del Tribunal).

*(...) Otro de los incumplimientos que tuvimos fue con la aparición de roca, nosotros no teníamos establecido o los diseños que nos entregó Transoriente y los estudios geotécnicos decían que no había suelo rocoso, a principios de octubre/09 empezamos a conseguir roca de manera intermitente, esa aparición de roca se fue incrementando en el 2011, a mediados, se hizo más seguido, el proyecto estaba dividido en dos tramos, en el tramo I fue donde apareció más roca, conseguimos más o menos como 67 kilómetros de roca en la excavación y en la apertura de derecho de vía como unos 40 y pico kilómetros.*

*DR. CUBEROS: Cuándo se terminó de dar cuenta el Consorcio, cuándo alcanzó a dimensionar la cantidad y calidad de roca que tenía? Usted dice: cuando empecé supuestamente no había roca, es correcto?*

*SR. ESCOBAR: Sí, correcto.*

*DR. CUBEROS: Luego empezamos a encontrar roca, después dice: encontramos tantos kilómetros de roca, cuánto terminaron ustedes de dimensionar qué tanta roca había?*

*SR. ESCOBAR: Son dos cosas distintas, la apertura de derecho de vía y la excavación de la zanja, no puedo dimensionar o proyectar una cantidad de roca porque está en el subsuelo, es difícil dimensionarla, pero cuando empezó a aparecer roca constantemente creo que fue en agosto, septiembre, octubre ya del 2011, corrida porque anteriormente era intermitente.*

*DR. CUBEROS: Ustedes en julio/10 firmaron el otrosí No.1 donde tranzaron el hallazgo de roca por las multas y el cambio de cronograma y de PDT, etc., en ese momento renunciaron a la roca y a las reclamaciones que se habían presentado hasta ese momento.*

*SR. ESCOBAR: No, pero eso no fue así.*

*DR. CUBEROS: Corríjame si estoy equivocado.*

*SR. ESCOBAR: Renunciamos a reclamaciones presentadas en la carta, si mal no recuerdo, 134, a las demás cantidades de roca o lo que apareció a futuro.*

*DR. CUBEROS: No, a futuro no y lo dice clarísimoamente, el otrosí no dice el número de carta, dice: las reclamaciones presentadas hasta el momento, la pregunta es: qué tantas reclamaciones se habían presentado, qué tan comprensible?*

*SR. ESCOBAR: En la roca teníamos solamente 1.750 metros lineales de excavación y de derecho de vía, eso fue lo que se presentó, y una que otra cosa los incumplimientos en la parte de la entrega de derecho de vía.*

*DR. CUBEROS: Las reclamaciones por hallazgo de roca eran así de puntuales como lo está diciendo usted en este momento? Hasta el momento hemos hallado 1.750 metros de roca en las áreas tales y tales.*

*SR. ESCOBAR: Se especificó en la carta que se pasó el 25 de febrero, si mal no recuerdo, especificaba la longitud, es más, hay un gráfico que dice de dónde a dónde van los 1.750 metros. (...).*

Corrobora lo anterior, otro funcionario del CONSORCIO constructor, el Ingeniero Gustavo Alberto Marcano Rizzo, quien expresó:

*(...)SR. MARCANO: Sólo en el tramo I, fue un tramo bastante complejo y de mucha presencia de roca, encontramos en el momento de la ejecución de la obra inconvenientes en lo que era la fase de construcción del derecho de vía hubo partes donde no contábamos con los 16 metros permitidos y eso nos dificultaba la secuencia de las actividades que estábamos realizando, también los frentes de trabajo que realizamos... la vía en un sitio donde el trazado no nos permitía porque había la presencia de algún nacedero, alguna especie vedada, existían dificultades, esos nos llevaba a que teníamos que paralizar el trabajo, conseguir el permiso de... conseguir de llano para no afectar o no incumplir lo establecido. (...)*

*(...)SR. MARCANO: Evidentemente cuando uno programa una actividad en suelo blando los rendimientos, las maquinarias, todas estas circunstancias se ven afectadas, en un suelo blando y muy blando la máquina trabaja mejor, es más rápido, todas estas actividades de zanjado, bajado, tapado, facilita muchísimo, el proyecto hubiese caminado mucho mejor, en un suelo rocoso como lo conseguimos todas estas actividades, el derecho de vía, zanjado,*

*bajado, tapado, se vieron muy afectadas en el rendimiento porque el rendimiento que tiene una máquina con una piedra a veces teníamos que usar máquinas con martillo para romperlas, tuvimos que usar explosivos para romperlas, en este caso por las pendientes una piedra de esas... un proyectil, había que cubrir la piedra con una malla para proteger a las personas que vivían montaña abajo, en las casas y ese tipo de cosas. Evidentemente eso no estaba contemplado si el suelo hubiese sido blando o muy blando. (...)*

*(...)DR. CASTAÑEDA: Pero disculpe, me estoy refiriendo puntualmente al momento, cuando usted llegó le dijeron que había roca o no?*

*SR. MARCANO: En ese momento sí dijeron que había roca, era parte del retraso, evidentemente uno se enteró que había sectores con roca, volumen como tal a medida que íbamos construyendo iban apareciendo, no le puedo decir que era en todos los sectores ni podía decir en todo el tramo, a medida que íbamos construyendo iba aflorando, iba apareciendo... (...)*

*(...) SR. MARCANO: El problema de la roca ya en ese entonces estábamos trabajando en ese mismo sector nosotros mismos, evidentemente lo que hicimos fue como le dije otorgarle parte del sector a otros para avanzar, el problema de la roca era en todo ese sector particular, yo diría que de ese sector 2 el 70% sería roca, era un sistema rocoso, ellos consideraban que había presencia de roca y tenían su estrategia para hacerlo. (...)*

*(...)DR. CASTAÑEDA: Por ejemplo me interesaría saber una roca chiquita, una roca grande, una gran roca.*

*SR. MARCANO: Había una infinidad de tamaños de roca, unas muy grandes de mucho peso que requerían maquinaria en algún caso para levantarlas, en otros casos requerían voladura para partirla y trozarla.*

*DR. CASTAÑEDA: Sería justo afirmar que ustedes encontraron todo tipo de roca.*

*SR. MARCANO: Sí, grande, pequeña, muy voluminosa, sí.*

*DR. CASTAÑEDA: Desde el punto de vista físico cómo se reportaba esa roca.*

*DR. CUBEROS: Cómo se reportaba?*

*DR. CASTAÑEDA: Sí señor.*

*SR. MARCANO: En el informe aparecía roca, en volumen no lo podíamos contar, que era muy grande el tamaño y en presencia de roca en distancia de 200 metros, 100 metros, 50 metros, evidentemente dependiendo de dónde la conseguíamos. (...)*

Otros expertos, terceros en esta controversia, sufrieron también las consecuencias de la deficiente información inicial o si se quiere, incurrieron también en fallas y omisiones de verificación como ocurrió con la empresa Obras Montajes y Consultoría Ltda., quien según declaración de su socio y directivo, el ingeniero Ulises Cruz Osorio, fue sub contratista del CONSORCIO y en su declaración afirmó:

*"(...) SR. CRUZ: Del 24.8 al 32.6. Nosotros contratamos con el Consorcio Cosacol Confurca, el valor del contrato fue de \$4.390 y pico millones, el plazo de ejecución era de seis meses, el acta de inicio la firmamos el 26 de julio del año 2010.*

*Iniciamos los trabajos ese día, el 26 de julio, durante la ejecución de los trabajos se presentaron algunos inconvenientes que hicieron que la obra que estaba con una duración de seis meses gastáramos diez meses, lo que nos afectó la obra fue principalmente la aparición de roca en el 90% del trazado que estábamos ejecutando, dentro del contrato que nosotros partimos con Cosacol Confurca no existía roca, dentro de la información que nos entregaron, toda la información técnica que nos entregó el Consorcio Cosacol Confurca que fueron las especificaciones técnicas y los planos del trazado, en esos planos claramente se establecía que no había roca.*

*Nosotros cuando contratamos le dijimos a Cosacol Confurca que si había roca qué pasaba, Cosacol Confurca nos respondió que no había puesto que el cliente, en este caso Transoriental, había entregado la información y los planos, y plenamente en los planos estaba establecido que no había roca, en los planos estaba establecido con colores punto a punto durante todo el trazado qué tipo de excavación había, esa excavación en el caso que nos tocó a nosotros era terreno muy blando o terreno blando, esas eran las dos dificultades que presentaban los planos.*

*Sin embargo, cuando fuimos a hacer el trabajo la realidad fue que en el casi 90% del trazado apareció roca, ese problema de la roca obviamente hizo que nos desfasáramos en tiempo, que gastáramos muchas más horas hombre presupuestadas, que gastáramos mucho más horas máquina presupuestadas, y nos hizo desfasarnos en \$4.500 millones de lo que inicialmente habíamos contratado, es el caso que nosotros habíamos presupuestado aproximadamente 80 mil horas hombre para hacer el trabajo y gastamos 159 mil horas hombre, como se puede ver prácticamente tuvimos que hacer el doble de trabajo, lo*

*mismo sucedió con las horas máquina, nosotros habíamos presupuestado más o menos 8.500 horas máquina, llámesese horas máquina las horas máquina las horas máquina principal, bulldozer, retroexcavadora, y terminamos gastando casi 16 mil horas máquina.*

*Todo eso se entregó al consorcio cuando nosotros presentamos una reclamación al consorcio, se le entregó debidamente sustentado, eso está sustentado tanto por el consorcio porque se llevaba informes diarios, esos informes diarios eran avalados por la intervención o eran de pleno conocimiento de la intervención, eso fue lo que realmente sucedió (...) (Pág. 80)*

*"(...) SR. CRUZ: Los sitios que por ejemplo yo recuerdo bastante, había unos sitios que el tubo era paralelo al tubo de Ecopetrol, del oleoducto Caño Limón Coveñas, en esos sitios por ejemplo había mucha roca, seguramente, suponemos que cuando construyeron el oleoducto toda la roca que sacaron del oleoducto la colocaron al lado, sobre el derecho de vía, como nosotros pasamos por ese sector del mismo derecho de vía pues ahí estaba toda la roca, simplemente cuando se excavaba lo único que salía era roca y roca, fuera de eso cuando hicimos el derecho de vía, entiéndase que el trazado por el cual nosotros pasamos fue un bosque virgen, en ese bosque encontramos que utilizando las máquinas era muy difícil el acceso, tanto por la vegetación que existía como la cantidad como la cantidad de roca que estaba aflorando sobre el terreno, rocas inmensas, rocas que en muchas situaciones en algunas partes pudimos romperlas utilizando explosivos, en los sitios donde el tubo del gasoducto pasaba lejano al tubo de Ecopetrol, pero donde el tubo iba paralelo al de Ecopetrol Ecopetrol no permitía el uso de explosivos, entonces tuvimos que utilizar martillos hidráulicos (...) (Págs. 81 y 82)*

*(...) DR. CUBEROS: Usted contrató por seis meses y se le fueron 10.*

*SR. CRUZ: Correcto.*

*DR. CUBEROS: De esos cuatro meses adicionales, reparta culpas, hay un porcentaje de la roca, hay un porcentaje de lluvia, hay un porcentaje de falta de recursos económicos, esos cuatro meses a qué se debieron, qué impactaron esos cuatro meses?*

*SR. CRUZ: Los cuatro meses básicamente el impacto grande fue la roca, por qué, porque la roca disminuyó el derecho de vía, todos los rendimientos se vieron afectados por eso, la excavación, el relleno, todas esas cosas, el 80% fue la roca, el 20% se debe a las lluvias, por lo menos en el tramo mío, estoy*

*hablando del tramo mío porque como le digo el 90% salió roca entonces es una condición. (Pág. 86).*

*(...)DR. CASTAÑEDA: Le voy a pedir su paciencia en las preguntas que le voy a hacer y le voy a rogar que sea lo más claro posible porque aquí todos somos absolutamente, salvo Javier por supuesto, legos en la materia, para que usted nos aclare. (Pág.92)*

*Cuando usted inició el tramo detectó inmediatamente la roca?*

*SR. CRUZ: No porque nosotros iniciamos, por el 24 algo había un tramo que no había roca, básicamente no porque iniciamos el bosque y a medida que se iba abriendo el derecho de vía empezaron a aparecer las rocas grandes sobre el derecho de vía, es que la roca se presenta en dos situaciones; una, abriendo el derecho de vía como rocas que estaban dentro de la maraña del bosque, como ya les dije eso es un bosque de niebla que llaman, es un bosque donde hay mucha vegetación entonces a medida que se iba abriendo el derecho de vía se encontraban rocas de gran tamaño sobre el derecho de vía porque usted podía encontrar árboles y cosas de esa entonces había partes donde había rocas de gran tamaño sobre el derecho de vía, y luego la roca empezó a aparecer cuando se empezó a hacer el zanjado, cuando se empezó a hacer el zanjado fue que empezó a aparecer la roca.*

*Por eso les decía que por ejemplo cuando el tubo iba paralelo al tubo de Ecopetrol la roca empezó a aparecer enterrada porque obviamente como íbamos ya sobre el derecho de vía que había hecho Ecopetrol ahí en esa parte por ejemplo usted no encontraba roca superficial pero sí subterránea, toda la roca estaba enterrada.*

*DR. CASTAÑEDA: En qué momento más o menos, en qué porcentaje, en qué momento del tiempo de la ejecución de su contrato se dieron cuenta de que había roca?*

*SR. CRUZ: Cuando iniciamos con el derecho de vía, nosotros a los ocho días ya habíamos encontrado roca sobre el derecho de vía, lo que se hacía era limpiar las rocas y dejarlas ahí y en algunos casos se contrató a una firma, a un señor que llevaba explosivos y reventaba las rocas, esa roca se reventaba donde quedaba lejos del tubo de Ecopetrol pero donde el tubo de Ecopetrol estaba al lado no se podía entonces tocaba a punta de martillo, tuvimos que traer cinco retroexcavadoras con cinco martillos”.*

Se destaca, entonces, cómo el Otrosí No. 1 suscrito el 27 de julio de 2010, transó las reclamaciones presentadas hasta entonces por el contratista, incluidas las relativas a la

presencia de roca, pero a partir de allí se siguió presentando dicho fenómeno a lo largo del trazado, pues simultáneamente, el 26 de julio, se iniciaron las obras sub contratadas con OMC donde en los diez (10) meses siguientes continuó dándose la presencia de roca, por lo cual no resulta de recibo la excepción de transacción derivada del aludido Otrosí, en cuanto respecta a la presencia de roca ocurrida con posterioridad a su celebración.

En sentido similar se manifestó el señor Rafael Alfonso Durán Peña, también sub contratista del CONSORCIO y además contratista de TRANSORIENTE, propietario de Industrias El Zuta, quien en su declaración expresó:

*"(...) SR. DURÁN: ... Entonces llegamos a un acuerdo, presentamos una cotización, nos la ganamos en el kilómetro 39 al 47, trabajamos bien con el consorcio, no hubo percances, sí nos salió roca, pero le dimos hasta donde pudimos para darle cumplimiento al contrato y lo cumplimos, al ver que nos ganamos ese contrato nos presentamos a licitar a lo de San Josecito al kilómetro 60 al 66, ya nos vimos con dificultades porque el terreno no era como nos lo habían propuesto que era blando y semi blando, eso para nadie es un secreto, ahí tenemos los videos de la roca que nos salió.*

*DR. CUBEROS: De su declaración me surgen varias preguntas, según lo que usted acaba de relatar, voy a hablar de tramo I y tramo II, usted dice respecto al tramo I: ahí nos salió roca, pero cuando habla del tramo II es bastante más insistente en las condiciones, en el tramo I fue mucha roca, poca roca?*

*SR. DURÁN: Siempre fue roca.*

*DR. CUBEROS: Por qué es usted más, perdóneme la expresión, más dramático cuando habla del tramo II que cuando habla del tramo I?*

*SR. DURÁN: Porque el tramo I no era tanta dificultad, era más plano, en el tramo II es la dificultad por donde cruzó ese gasoducto, o el trazo por donde quedó ese gasoducto.*

*DR. CUBEROS: Cuando Zuta contrató los trabajos en los dos sectores con el consorcio, el consorcio ya había adelantado algo en el terreno o a ustedes les dieron ese pedazo virgen?*

*SR. DURÁN: Virgen, ahí no había nada.*

*DR. CUBEROS: Cuando ustedes entraron en ese terreno virgen qué información les había dado el consorcio, usted acaba de decir hace un momento que les hablaron de que era suelo blando o muy blando, usted sabe*

*si el consorcio en otras áreas cercanas había encontrado roca, o cómo verificó usted, o qué le dijo el consorcio, ese es un tema que a nosotros nos interesa mucho, usted sabía o no sabía, si el consorcio cuando lo contrató sabía o no sabía, qué información recibió, qué verificaciones hizo?*

*SR. DURÁN: El consorcio cuando firmamos el contrato nos dijo: señores, esto es lo que está expuesto en este contrato, lo mismo que le presentó Transoriente a ellos ellos nos lo presentaron a nosotros, que terreno blando y semi blando, nosotros entramos porque como esas capas son sólo monte, uno pasa por encima, pero cuando ya ve uno en la realidad que ya hace la roquería y empieza a mirar todo eso es cuando empiezan las dificultades.*

*(...) SR. DURÁN: Claro, sí porque nosotros le comentábamos a ellos: mire la roca como está; nosotros tenemos documentos que le enviábamos al consorcio, lo hacíamos firmar a veces de la intervención, cómo íbamos a reclamar nosotros algo que no existía, o ellos nos iban a decir algún día: ahí no había roca, no había nada, firmemos porque mire la roca, entre más días más roca, avanzábamos a veces hasta 30 centímetros no más en el día, no había ningún avance de obra porque explosivos, maquinaria, retro, martillo, que una cosa, que la otra, teníamos las dificultades también con la vía, que es una vía bastante transitada, nos tocaba parar el tráfico, la piedra que se bajaba a la carretera, eso era una dificultad, pero le cumplimos al consorcio y estamos ahí.*

El deponente hizo su exposición ante el Tribunal apoyado parcialmente en un video donde se pueden apreciar parte del terreno y algunas de las dificultades constructivas que han sido invocadas por la parte Convocante, señalando:

*(...) SR. DURÁN: Ahí van a ver ustedes empezando la maquinaria cuando empieza uno en el sitio del cero al entrar al kilómetro 1, hay que tener un bulldozer para subir los camiones cargados con tubería, van a mirar la dobladora como se trabaja, ahí se mantenía una máquina, se mantenía personal, supervisor de doblado de tubería, empezamos ya al transporte de la tubería, a empezar el derecho de vía, ya empezamos con las dificultades de la roca que teníamos ahí, empezamos de le y de le y nada que avanzábamos, a se metieron dos retros 320, se metió una retro con martillo para empezar a perforar, a partir piedra, para empezar el derecho de vía.*

*Empezamos las subidas, con esos 100 metros de guaya que había cotizado yo era insuficiente, empezamos a montar un sistema de yoyo que llevó un señor de acá de Bogotá, le pagué una cantidad de plata, \$20 millones mensuales para que me montara ese sistema de yoyo para poder empezar a amarrar la maquinaria para hacer la escuelita, ir subiendo la máquina para que vaya*

*haciendo derecho de vía, y la otra ir tirándola para que se vaya subiendo hasta que llega a la cima.*

*(...) DR. RENGIFO: Si yo le digo a usted que a lo mejor se equivocó en la oferta que le hizo al consorcio, qué le diría al Tribunal?*

*SR. DURÁN: Que me equivoqué?*

*DR. RENGIFO: Sí, en el sentido de que pidió muy poco y después se encontró con otra realidad?*

*SR. DURÁN: Le diría al Tribunal que me equivoqué porque no pensé que debajo de todo eso iba a salir tantísima roca, y de verme que los explosivos por ejemplo no se habían tenido en cuenta los explosivos ahí, nos tocó buscar el explosivista, que él fuera y perforara esas rocas, entrara con los explosivos, que eso es bastante caro, todo lo que tocó comprar, conseguir una red con martillo, una red con martillo para poder empezar a hacer las labores, eso no lo habíamos tenido nosotros en cuenta, ni lo tuvimos en cuenta en el otro porque sí nos rindió mucho y dijimos: vamos a ver, si nos fue bien aquí vamos a agarrar todo a ver si hacemos alguna cosita o nos dan la revancha aunque sea (...)".*

Otro de los sub contratistas del CONSORCIO para la realización de las obras fue la firma M.R Ingenieros Ltda., cuyo Director Ejecutivo, el Ingeniero Oscar Mauricio Moreno Rodríguez manifestó sobre el tramo que dicha empresa tuvo a su cargo:

*" (...) DR. CUBEROS: Estos siete kilómetros que les asignaron para cuánto tiempo estaban proyectados?*

*SR. MORENO: Esos siete kilómetros estaban proyectados para 180 días.*

*DR. CUBEROS: En cuánto tiempo los hicieron?*

*SR. MORENO: Exactamente no recuerdo pero tuvimos como un atraso de casi 120 días.*

*DR. CUBEROS: Por qué?*

*SR. MORENO: Encontramos mil dificultades, teníamos dificultades, hubo paros, problemas con la comunidad, pero el mayor aspecto realmente fue el tema de la roca, encontramos roca sobre el derecho de vía y en la zanja, durante los siete kilómetros más o menos encontramos casi tres kilómetros y*

*medio de roca en zanja, es decir que después de iniciar excavaciones nos encontrábamos era roca.*

*Y de los siete kilómetros sobre derecho de vía encontramos casi en tres kilómetros rocas que no podíamos casi ni mover, nos tocaba demolerlas y moverlas hacia los lados sobre el derecho de vía.*

*(...)DR. MEZA: Más o menos a los 20 días de haber arrancado el proyecto, es decir, de haber hecho campamento y desplazado equipos para realizar los trabajos normales tuvimos que tomar contingencias y manifestárselo al Consorcio Cosacol Confurca de esa manera, que habíamos encontrado roca en el derecho de vía, que requería el uso de explosivos y de maquinaria pesada con demoledor para poder atacarlos y lograr un esfuerzo para llegar a hacer las zanjas, de lo contrario era casi imposible, de esa manera como contingente porque como le digo no estaba planeado dentro del proyecto hacerlo, desplazamos unos equipos para allá, desplazamos máquinas, excavadoras con martillos hidráulicos, desplazamos dos cuadrillas de personal con explosivos y desplazamos compresores para poder... la demolición.*

*DR. MEZA: Ese solo desplazamiento, pregunto, le implicó automáticamente un atraso en la ejecución de su proyecto?*

*SR. MORENO: La verdad nosotros fuimos muy eficientes, pienso que sí nos debió haber implicado algún atraso, seguramente que sí, pero pienso que no impactó fuertemente más que el tiempo que pasábamos demoliendo roca. (...)*

*(...)DR. MEZA: Permítame termino la pregunta, y cuáles fueron los rendimientos reales en terreno frente a la presencia de roca?*

*SR. MORENO: No lo recuerdo con precisión pero los rendimientos en el sector donde había roca casi se nos cuadriplicaron.*

*DR. MEZA: Eso significa?*

*SR. MORENO: Qué en lugar de avanzar un metro como teníamos planeado avanzábamos 0.25 metros, en lugar de avanzar cuatro metros avanzábamos un metro, en los sectores específicos donde había roca porque donde no había roca pasamos rápidamente. (...)*

*(...)DR. MEZA: 120 días adicionales. Por su experiencia específica de lo que sucedió en ese sector, usted cree que cualquier otro contratista de las mismas calidades de ustedes, en esas mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar*

*en que se ejecutó el proyecto en sus siete kilómetros, pudo haber terminado antes?*

*SR. MORENO: No, realmente no, pienso que primero no hubo una profundidad en la entrega de la información que nos garantizara que teníamos que ir a atacar roca y el área de la región donde estábamos era muy difícil por las lluvias y los mismos accesos, y el orden público era muy complejo, entonces insistir en meter más recurso humano era perder más plata, insistir en meter más equipo no era conveniente tampoco porque era demasiado, y las actividades son consecuentes, o secuenciales, usted no puede ir a meter el tubo sin haber hecho el derecho de vía, la gente va amarrada ahí, y la manera como se mete el tubo, hay un pre doblado, hay un doblado, y muchas veces nos tocaba echar para atrás la tubería que habíamos hecho re doblado porque encontrábamos una roca que indiscutiblemente no fuimos capaces de destruir por más esfuerzos, y nos tocaba hacerle un curva especial para sacarle el quite a la curva en muchas ocasiones.*

*DR. MEZA: De la respuesta anterior se desprende la siguiente pregunta, quiere decir que el haber introducido mayor personal o mayor maquinaria, no hubiese garantizado haber aumentado los rendimientos o haber disminuido el plazo de entrega?*

*SR. MORENO: Nosotros como contingencia ante la roca tuvimos que meter más personal, tuvimos que meter mayor cantidad de equipo, pero era para combatir directamente la actividad de la roca porque la roca paraba todos los frentes, si había que correr roca para lado y lado para poder hacer el derecho de vía porque habían negociado un ancho de derecho de vía, siempre ese tipo de actividades de tubería se negocian más o menos ocho metros sobre derecho de vía, usted entra a descargar la roca que demolía sobre un área diferente a esos ocho metros era un conflicto con el propietario tal que para el frente de trabajo. Entonces teníamos que correr la roca, alguna que podíamos que correr por el tamaño con grandes retroexcavadores, otras demolerlas y triturarlas, y no había posibilidad de hacer ninguna otra actividad de tubería si no rompiéramos eso.*

*DR. MEZA: O sea que si usted hubiese introducido más maquinaria y personal de la que finalmente introdujo.*

*SR. MORENO: Generaríamos mayor costo no más y no generaríamos mejor rendimiento. (...)*

*(...)DR. CASTAÑEDA: Usted a una respuesta anterior manifestó que usted consideraba que le habían ocultado información, me quiere elaborar un poco sobre ese...*

*SR. MORENO: Sí, al parecer nuestro Transoriente sabía que había roca, y Transoriente no nos informó a nosotros ni Cosacol Confurca nos informó a nosotros, simplemente dijeron: dejemos la cláusula ahí porque nosotros le dijimos a ellos en su momento; y si sale roca; dijeron: pues dejemos una cláusula ahí donde diga que si sale roca lo estudiaremos en su momento y obviamente en todos los procesos es imposible saber que hay roca sin excavar, si no lo dice claramente el documento nosotros confiamos plenamente en el documento que era lo que nos entregaban donde nos manifestaban que era suelo blando, no sé qué consideren ustedes por suelo blando pero para mí es algo manejable que le permita a usted excavar ágilmente, caso contrario a lo que sucedió.*

*Para nosotros Cosacol Confurca y Transoriente posteriormente en el desarrollo del contrato nos dimos cuenta que ellos sabían que tenían roca, y que nos buscaron a nosotros para que nosotros nos comiéramos el hueso, perdón la expresión. (...)*

*(...)SR. MORENO: Porque ellos debieron manifestar a la mayor libertad y espontáneamente que íbamos a encontrar roca allá porque ellos ya lo sabían, nos debieron advertir.*

*DR. CASTAÑEDA: Pero el subcontratista quién es?*

*SR. MORENO: Nosotros.*

*DR. CASTAÑEDA: Quién lo contrató a usted?*

*SR. MORENO: Quién me contrató a mí?*

*DR. CASTAÑEDA: Quién lo contrató?*

*SR. MORENO: Cosacol Confurca. Pero quiero hacer una manifestación clara, Transoriente no nos contrató a nosotros pero es una persona que estaba permanentemente en contacto con nosotros, fue quien nos dio el anticipo, y nos expuso y nos llamaba muchas veces a pedirnos que le diéramos información sobre los avances, nos invitaba a reuniones para que nosotros en el proceso diéramos lo mejor de nosotros con el ánimo de culminar en los tiempos previstos. (...)*

De esta manera, las falencias en la información serían imputables en primer término, a Transoriental y luego, de manera refleja al Consorcio frente a los subcontratistas o si se mira desde otra perspectiva, las responsabilidades por omisión en el deber de auto informarse corresponderían a los ejecutores de los trabajos, esto es, el Consorcio, por un lado y por el otro, los tres subcontratistas, quienes habrían incurrido, todos, en idénticos errores de apreciación y en iguales omisiones en su actuar profesional.

El Tribunal opta por la primera de las hipótesis planteadas, esto es, que la responsabilidad básica en lo tocante a la información corresponde a Transoriental, quien estructuró el proyecto, hizo el trazado, trató y obtuvo las licencias ambientales, asumió las ingenierías e invitó a un proceso de construcción que se suponía que ya contaba con las bases y fundamentos necesarios para su desarrollo. La confianza de todos los profesionales involucrados en la construcción –COSACOL, CONFURCA, EL ZUTA, OMC Y MR INGENIEROS- resultó legítima, en los términos reseñados en el capítulo 7 del presente Laudo.

En el mismo sentido, de la presencia de roca en el trazado del gasoducto, vale la pena traer a colación algunas consideraciones y conclusiones del perito técnico, quien al respecto se pronunció así:

*"(...) Cuál es la incidencia en la continuidad de las actividades (apertura derecho de vía, zanjado, bajado de tubería y tapado) que trae como consecuencia el encontrar roca en el trazado por donde debe instalarse el tubo? (Numeral 2.1.3. de las Respuestas al Cuestionario presentado por la Convocante)*

*Respuesta:*

*La construcción de gasoductos, oleoductos, vías, túneles y general sistemas o estructuras lineales imponen una metodología constructiva en la cual todas las actividades son secuenciales para un mismo punto de la tubería. Esto quiere decir que las actividades están intimamente relacionadas y que el avance de una depende del avance de su predecesora. Por ejemplo, sin que existe el derecho de vía y el zanjado correspondiente para un punto A cualquiera, no es posible bajar la tubería y taparla. Este tipo de proyectos requieren especial cuidado en las actividades iniciales que son las que inician el ciclo de la secuencia constructiva.*

*La presencia de roca en el trazado, implica una disminución en el rendimiento de las actividades iniciales del proceso constructivo como lo son la apertura de derecho de vía y la apertura de la zanja. Esta disminución en el rendimiento presenta una disrupción en la secuencia de trabajo. El atraso de una actividad*

*inicial impone necesariamente el atraso de las actividades posteriores de la secuencia.*

*Cuando se presenta esta situación la disminución de eficiencia es inmediata porque cuadrillas de trabajo de las futuras actividades quedan sin espacio para trabajar y deben ser reubicadas lo que resulta en pérdida de tiempo y sobrecostos en traslados tanto de equipo como recurso humano. Adicionalmente, al romper el orden natural de la construcción, el manejo del proyecto pierde su linealidad y aumenta la dificultad logística de aprovisionamiento, control y ejecución(...)".*

La presencia de roca a lo largo del trazado no fue cuestión de poca monta, como quiera que generó importantes impactos en la ejecución de los trabajos, como lo evidencian algunas conclusiones del dictamen pericial técnico, contenidas en las respuestas del cuadernillo de la Convocante en la solicitud de aclaración y complementación, donde ajustó la medición del impacto originalmente conceptuado, así:

"(...)

- *Ante la presencia de roca el rendimiento medido en campo fue de 135 metros/día para la actividad de DDV, es decir, 98 metros/lineales menos de lo obtenido en suelo.*
- *Al considerar la longitud total del gasoducto y aplicar los rendimientos promedios descritos en los puntos anteriores, se obtiene que la afectación por presencia de roca en vez de suelo, resulta en un atraso aproximado de **162 días**.*
- *Al comparar los valores de rendimiento de avance para la actividad de Apertura de Zanja en suelo SI hay coincidencia entre los valores reportados en campo y los estimados por el CONTRATISTA en su oferta. Los primeros reportan un avance promedio de 187 metros/día y lo proyectado por el CONTRATISTA era de 200 metros/día.*
- *Para el caso de la actividad de zanjado los rendimientos medidos en campo para suelo fueron casi el doble de los reportados para roca (...)"*

Posteriormente, en la última parte de las respuestas del perito a la solicitud de aclaración y complementación del cuestionario de la Convocada, se adentra el dictamen en algunas disquisiciones sobre la existencia de roca, aclarando que algunas preguntas se le formularon aludiendo a la presencia inequívoca de roca o tan solo a la existencia de la misma, pero lo cierto, alrededor de todo lo expuesto al respecto, es que no cabe duda para el Tribunal y parece que tampoco para las partes, de que dicho fenómeno hubiera ocurrido y alterado el proceso de construcción, sus tiempos y sus costos. Cosa diferente,

es establecer responsabilidades en cuanto a la información y verificación, de lo cual ya se ha ocupado el Tribunal en apartes precedentes.

Claramente la Oferta Mercantil base del contrato no aludió a diferencia alguna de costos en razón de las condiciones rocosas del terreno objeto de intervención, como consta en el dictamen pericial técnico, donde se señala:

*"(...) h. Se estableció el reconocimiento de un mayor o menor precio del contrato, derivado de la construcción del gasoducto Gibraltar- Bucaramanga en terreno rocoso?"*

*Respuesta:*

*La Clausula No. 13 de la Oferta Mercantil No. 002 indica que la suma del Precio Global ofrecida por el Constructor cubre toda erogación por condiciones geológicas y geomorfológicas. Al revisar el Listado de Precio incluido (Formato 6<sup>a</sup>) en la oferta del Constructor se confirma que no existen actividades a ejecutar en obra que hagan diferenciación entre calidades de materiales de suelo o roca, razón por la cual se confirma que el riesgo de variabilidad en este respecto estaba incluido en la valoración del Precio Global realizada por el Constructor. (...)"*

Desde luego, el Tribunal entiende que esa falta de diferenciación deriva del hecho de que las partes hubieran descartado desde el comienzo la presencia de roca en consideración a la credibilidad que le dieron a los estudios que sirvieron de base para la estructuración del proyecto.

Resulta evidente entonces, que las deficiencias en la información las sufrieron diversos intervinientes en la construcción o, si se quiere, también podría decirse que todos adolecieron de la misma falta de diligencia para verificar y comprobar los datos suministrados por TRANSORIENTE, lo cual lleva a concluir que todos estos contratistas, profesionales y experimentados, tuvieron elementos para considerar válida la información proporcionada por el Contratante, pues desde luego los subcontratos fueron espejo del contrato principal.

Es que como lo dijo el representante legal del CONSORCIO en su declaración parcialmente transcrita, la ingeniería general del proyecto corría a cargo de TRANSORIENTE –tema que se desarrolla también en este laudo- y éste era, por tanto, el principalmente llamado a obtener y contar con la información para una ingeniería adecuada y en efecto, eso fue lo que hizo cuando contrató los estudios de Grádex y suministró las conclusiones a su contratista y por conducto de éste, a los sub contratistas posteriores. Otra cosa distinta, es que su aparente fiabilidad hubiera resultado controvertida e incluso desvirtuada

ampliamente por la realidad de los suelos, con las consecuencias de dificultad y por ende, tiempo y costo, que llegó a demandar el proyecto.

En otros documentos del proceso igualmente se ratifica lo anterior. Por ejemplo, en el Cuaderno de Pruebas No. 6 reposa la solicitud de reconocimiento económico que hizo el subcontratista OMC al Consorcio por los sobrecostos generados en la ejecución de las tareas a su cargo, donde se puede apreciar que la mayor parte de ellas derivan, justamente, de la inesperada y exagerada presencia de roca en las áreas contratadas, que a juicio del reclamante alteraron el equilibrio económico del contrato y donde por tanto, dicha firma reclama reconocimientos por *"sobrecosto por presencia de roca en la apertura y conformación del derecho de vía"*; *"cambio en la especificación del grado de dificultad de en (sic) la excavación por presencia de suelo roca"*; *"actividad adicional de suministro, transporte y embalaje en sacos de material de préstamo y cemento, para proteger el tubo en los sitios de la excavación de suelo roca"*; *"sobrecostos ocasionados en la actividad de bajado y tapado de tubería, en los sitios donde se excavó en suelo roca"*; *"mayor permanencia en obra de la cuadrilla mecánica debida a la presencia de roca en la apertura del derecho de vía y la excavación en suelo roca, que ocasionaron la ampliación del plazo de entrega de las obras"*; etc. (C.P. No. 6 folios 003 y ss).

En este mismo documento el reclamante alude a los sitios donde se produjo el hallazgo de roca y en el folio 026 hace referencia a los planos que le suministraron según los cuales al área a su cargo le correspondía una excavabilidad de tipos I y II, esto es, correspondiente a suelo blando o muy blando y por ende, con una dificultad mínima de excavación.

En el mismo “error” –calificado así en gracia de discusión- habría incurrido también otro de los subcontratistas de la Convocante, Industrias El Zuta, quien de igual manera hubo de formular reclamación a su contratante, con la correspondiente solicitud de compensación, donde se refiere también a la *“muy importante presencia de roca que dificultó en gran medida todos los pasos del proceso constructivo y constituyó una de las principales fuentes de riesgo pues dadas sus magnitudes no era posible moverlas con equipo convencional por tanto se requirió de la demolición a través de explosivos y del uso de equipos de perforación no contemplados originalmente. Contraviniendo de forma radical las especificaciones técnicas y los términos de referencia suministrados por el Consorcio Cosacol –Confurca, -las mismas suministradas por Transoriente- en el nuevo trazado se encontró que el suelo que había sido referenciado en su mayoría como semi duro realmente fuese en su totalidad clasificado como muy duro. Esto convirtió los trabajos originalmente contratados como línea regular en trabajos especiales”*. (C.P. No. 7 folios 003 y ss).

Más adelante el subcontratista reclamante presenta muchos folios que contienen gran cantidad de informes sobre roca, que contienen ubicación precisa, registro fotográfico, dimensiones, cantidades, grados de dificultad según plano y grados de dificultad real en campo, donde queda evidenciado el contraste entre lo que se esperaba según el informe

de Grádex y lo que se encontró en la realidad del terreno al adelantar los trabajos. (C.P. No. 7 folios 017 y ss).

Finalmente, vale la pena traer a cuenta otro aspecto que se ha discutido sobre el particular y es el referente a si el Otrosí No. 1 habría tenido el alcance de hacer transacción sobre la presencia de roca y que en razón del mismo el CONSORCIO hubiera renunciado a presentar reclamaciones por dicho concepto. Basta para el efecto atenerse a los textos de dicho documento para considerar que el mismo se refirió claramente a las reclamaciones presentadas por el CONSORCIO **"hasta la fecha de suscripción del presente Acuerdo"** como en efecto es claro y reiterativo el documento al punto de señalar en su objeto que éste consiste en "...transar **las diferencias que existen en la actualidad entre las partes, definir una nueva fecha para el Hito de Terminación Mecánica y pactar un nuevo PDT (...)"**", agregando más adelante que "*El Consorcio retira la totalidad de las reclamaciones, cualquiera que sea su naturaleza, presentadas por El Consorcio a TRANSORIENTE y/o a la Interventoría **hasta la suscripción del presente Acuerdo (...)"***", concluyendo que "(...) *El Consorcio renuncia a presentar nuevas reclamaciones relacionadas con los mismos asuntos o por los mismos hechos, y que fueron incluidas dentro de las comunicaciones entregadas por El Consorcio tanto a TRANSORIENTE como a la Interventoría, **hasta la fecha de suscripción del presente Acuerdo (...)"***". (Subrayado y resaltado del Tribunal).

Téngase en cuenta que la fecha de dicho Otrosí es 27 de julio de 2010, esto es, once (11) meses contados desde la orden de compra, es decir, desde el inicio de la contratación. Entonces, como quiera que era una obra de ejecución lineal a lo largo de un trazado de 170 Kms., es razonable pensar que ese período y las obras ejecutadas dentro de él quedaron cubiertas por la transacción y que las partes esperaron que el fenómeno no se siguiera presentando o dejar su ocurrencia futura para reconocimiento y negociación posterior, que precisamente es lo que debe ser objeto de decisión en este laudo.

Desde luego, así como el otrosí aludido de alguna manera admitió las reclamaciones del Consorcio para aceptar modificaciones al PDT y variar los hitos de terminación mecánica y definitiva, derivados en buena parte de las dificultades constructivas presentadas hasta entonces -que comprendían principalmente la presencia inopinada de roca- resulta razonable pensar que al presentarse de nuevo dichas dificultades en tramos sucesivos del proyecto, debía darse el mismo tratamiento y por tanto, reconocerse modificaciones en el plazo y en el valor de las obras. Cuando el Tribunal alude a la presencia inopinada de roca, resalta que la misma no figuraba ni en las estimaciones de la contratante, ni en los cálculos del Consorcio contratista y por tanto, habrá de concluir con que no hubo mala fe de ninguna de las partes al respecto.

Por tanto, teniendo en cuenta los hallazgos de roca ocurridos a lo largo de buena parte de la ejecución de los trabajos de construcción del Gasoducto, el Tribunal concluirá que ciertamente Transoriente incumplió con el deber precontractual de suministrar información

acertada al proponente y futuro contratista sobre las características del suelo en el cual habría de construirse el Gasoducto Gibraltar Bucaramanga, información de la cual los integrantes del Consorcio no tenían por qué dudar –a pesar de la discutida y discutible calificación de preliminar- ni contaron con el tiempo necesario para desvirtuarla, por lo cual habrán de prosperar las pretensiones primera y segunda principales declarativas.

#### 8.3. Línea regular y diseño defectuoso del trazado y/o del proyecto, realineaciones y naturaleza de la ingeniería: básica o de detalle

Dentro de las pretensiones de la demanda la parte Convocante pide que se declare que durante la ejecución del contrato los integrantes del Consorcio se vieron afectados por hechos imputables a TRANSORIENTE derivados, entre otras cosas, del suministro de información errada sobre la supuesta línea regular del proyecto y por el diseño defectuoso del trazado suministrado por ésta.

En la oferta base del contrato se establecieron algunos aspectos que vale la pena tener en cuenta, así:

*"DISEÑO: Será la ejecución de la Ingeniería de detalle para las especialidades mecánicas, civiles, eléctricas, de instrumentación entregadas por TRANSORIENTE a EL CONSTRUCTOR, así como las condiciones técnicas señaladas en los Estándares de Ingeniería de TRANSORIENTE"*

**"INGENIERÍA BÁSICA: Será la información de base suministrada por TRANSORIENTE a EL CONSTRUCTOR"**

*"INGENIERÍA DETALLADA: Es el desarrollo de los diseños detallados de los elementos, montajes, estructuras, instrumentos y/o equipos definidos en la ingeniería básica, basados en códigos, normas y estándares hasta llegar a la entrega de las memorias de cálculo, especificaciones técnicas, planos detallados, documentos y listados dados por TRANSORIENTE a EL CONSTRUCTOR para la construcción de las obras"*

*"LIBRO DE INGENIERÍA (LDI): documento que contendrá los resultados de la Ingeniería Básica y Detallada del proyecto que serán suministrados por TRANSORIENTE a EL CONSTRUCTOR, los planos de diseño, las memorias de cálculo, las especificaciones técnicas, procedimientos constructivos y demás documentos técnicos que se constituirán en un fiel reflejo de la manera como se llevarán a cabo los trabajos a construirse"*  
(Subrayado y resaltado del Tribunal)

Por otra parte, dentro de los alcances generales contenidos en la cláusula 3<sup>a</sup> el CONSTRUCTOR se obligó, entre otras cosas, a:

*"3) Disponer de toda la logística para el desarrollo de las actividades de diseño que no estén involucrados en la Ingeniería Básica y Detallada de las Obras Mecánicas Civiles Eléctricas y de instrumentación construcción, inspecciones y pruebas requeridas para el proyecto. (...)"*

*20) Construir el gasoducto según los Estudios de Ingeniería Básica y Detallada, que le entregará TRANSORIENTE (...)".*

Esta responsabilidad sobre la ingeniería de detalle, la corrobora el dictamen técnico al señalar:

*"(...) Respuesta:*

*En relación a la primera solicitud de complementación, confirmo que la entrega de la Ingeniería de Detalle era responsabilidad de TRANSORIENTE, esta afirmación se desprende del numeral No. 20 de la Cláusula 3º - ALCANCES DE LOS TRABAJOS de la Oferta Mercantil definitiva: (...)".*  
(Cuadernillo de respuestas a las aclaraciones y complementaciones de la convocada, Pág. 13)

El Parágrafo 3 de la Cláusula 3º señala que *"EL CONSTRUCTOR (...) se ceñirá a las normas y especificaciones técnicas, requerimientos, planos y diseños, etc., establecidos en esta Oferta, en las Bases de la Invitación a Cotizar, así como las que se deriven de la Ingeniería Detallada del proyecto suministrada por TRANSORIENTE a EL CONSTRUCTOR (...)"*.

El numeral 33 de la cláusula 5º sobre otras obligaciones del CONSTRUCTOR fija dentro de ellas el: *"(...) rendir y presentar en el Comité de Ingeniería un informe resumen quincenalmente, en idioma español, correspondiente a los avances de la revisión y complementación de la ingeniería **diferente de la Ingeniería Básica y Detallada proveida por TRANSORIENTE**, desarrollados en el período inmediatamente anterior (...)"*.

El numeral 39 señala dentro de dichas obligaciones para EL CONSTRUCTOR la de *"presentar todos los informes de avance y documentos de diseño, que no estén involucrados en la **Ingeniería Básica y Detallada de las Obras Mecánicas civiles eléctricas y de instrumentación** (...)"*.

Más adelante, el numeral 40 se refiere nuevamente a *"las cantidades y especificaciones que se deriven de la Ingeniería Detallada dada por TRANSORIENTE"*. (Subrayado y resaltado del Tribunal)

Así, no cabe duda para el Tribunal sobre la importante injerencia que quiso tener y en efecto tuvo TRANSORIENTE en la estructuración de las ingenierías del contrato y dentro de ellas, por supuesto, en el trazado de gasoducto el cual, por supuesto, era la fuente de las ingenierías y particularmente de la de detalle.

No obstante lo anteriormente dispuesto, el Tribunal resalta lo observado por el perito técnico al responder el cuestionario de la parte convocada, cuando manifestó:

*"(...) a. ¿En qué consistió el diseño de ingeniería detallada que proyectó TRANSORIENTE?"*

*Respuesta:*

*De la información que reposa en el expediente, se concluye que TRANSORIENTE suministró a los proponentes información de Ingeniería Básica en las especialidades civil, mecánica, eléctricas y de instrumentación, la cual no puede considerarse Ingeniería de Detalle. (...)"*

Más adelante, en la página siguiente, agrega el dictamen:

*"(...) Respuesta:*

*Se aclara que TRANSORIENTE no entregó Ingeniería Detallada para la construcción del gasoducto (...)"*

Entonces, ciertamente parece haber una contradicción entre lo contractualmente pactado y lo realmente acontecido al respecto, pero es claro que tratándose de unos textos contractuales elaborados por Transoriente, como está probado -aunque formalmente presentados a ésta por el Consorcio- debe aquella soportar los riesgos de interpretación propios de los contratos de adhesión, en observancia de lo dispuesto por el artículo 1624 del Código Civil.

Cosa diferente ocurrió con la ingeniería de detalle de las estaciones, trampas y válvulas, que según el perito técnico, sí estuvieron nítidamente a cargo de Transoriente. Reza así el dictamen al respecto:

*"(...) Las obligaciones de ejecutar la Ingeniería Detallada para las especialidades mecánicas, civiles, eléctricas y de instrumentación para estaciones, trampas y válvulas por parte del CONTRATISTA se modificó a lo*

*largo del proceso precontractual. Las Bases de la Invitación a Cotizar indicaban que esta Ingeniería de Detalle sería realizada por el CONTRATISTA, sin embargo, la Oferta Mercantil acordada entre las partes transfirió esa obligación a TRANSORIENTE. (...)"*(Cuadernillo de respuestas a la solicitud de aclaración y complementación de la convocada, Pág, 11).

No obstante, los costos de ésta sí se pactaron a precios unitarios como se reseñó en otro aparte del presente, evidenciándose una lógica correlación entre responsabilidades y costos.

Ya se citó anteriormente cómo el Ingeniero Escobar, representante del CONSORCIO señaló también que estas responsabilidades habían corrido a cargo de TRANSORIENTE, lo cual fue también corroborado por el perito técnico, quien al responder el cuestionario del Tribunal manifestó en el Cuadernillo No. 1:

*"...La mayoría de los realineamientos obedecían a la necesidad de reubicar el trazado de la tubería para dar cumplimiento a temas AMBIENTALES relacionados con la Licencia Ambiental del proyecto. Por ejemplo, la licencia restringía la distancia del Derecho De Vía del gasoducto y cuerpos de agua, especialmente nacederos de agua. En otras situaciones los realineamientos se realizaban para evitar especies de flora vedadas, situación que también estaba restringida en la Licencia Ambiental del proyecto.*

*Otro tipo de realineamientos se originaban en consideraciones geológicas debido a inestabilidad del terreno o presencia de material muy duro que sugerían que realizar un realineamiento sería favorable para el avance del proyecto.*

*El otro grupo de realineamientos correspondía a solicitudes de TRANSORIENTE..."*(Pág. 28).

Lo anterior lo reafirma también el experto al responder el cuestionario de la convocante, señalando:

*"(...) En ese sentido los realineamientos solicitados por el CONTRATISTA eran precisamente para dar cumplimiento a lo establecido por la Licencia Ambiental, razón por la es pertinente afirmar que el trazado establecido y suministrado por TRANSORIENTE no daba cumplimiento a esos requisitos. (...)"*

Como es natural, el trazado se encontraba íntimamente ligado al derecho de vía necesario para el gasoducto, cuya negociación de tierras corría a cargo de TRANSORIENTE. En ese sentido, el abogado Álvaro Ernesto Hernández Mantilla fue un funcionario de

TRANSORIENTE encargado de dicha gestión, quien en su declaración ante el Tribunal, expresó, entre otras cosas:

"(...) SR. HERNÁNDEZ: Entiendo que sí, dentro de lo que nos entregaron del trazado estaba negociado la parte final tal vez fue se presentaron unos inconvenientes, es un tema que no sé si lo toco desde ya que es **los realineamientos que se presentaron, que eso generó unas nuevas negociaciones**, estaba el trazado por este lado y por determinadas razones resulta que... por este lado entonces implicó adelantar nuevas negociaciones, que eso ya fue durante la etapa de construcción del gasoducto.

DR. CUBEROS: En esas negociaciones que hubo en razón de la realineación del trazado usted también participó?

SR. HERNÁNDEZ: Sí señor, realineación del trazado, lo que denominamos variantes o realineamiento.

(...)SR. HERNÁNDEZ: En Gibraltar, en la zona de Samoré, hubo problemas, inconvenientes en algunos predios, pero mínimos, dentro del sector que se nos solicitó negociar entramos en las negociaciones y obtuvimos la negociación, ese sector bastante grande.

DR. CUBEROS: Mínimo pero alcanzó a perturbar la ejecución de los trabajos?

SR. HERNÁNDEZ: Habría que entrar a analizar casos puntuales.

DR. CUBEROS: No, queremos una apreciación general.

SR. HERNÁNDEZ: Si hablamos de las negociaciones del trazado inicial yo diría que no porque estaba negociado, ya que se presentaron variantes, realineamientos, sí.

(...) SR. HERNÁNDEZ: Tenemos inventario de los realineamientos en los que se excluyeron predios que como se habían negociado con algunos y a raíz de esos realineamientos se excluyeron algunos predios y se involucraron.

(...)DR. CASTAÑEDA: En lo que tiene que ver con los realineamientos, cuál era la participación del grupo que usted dirigía de negociación de tierras?

SR. HERNÁNDEZ: Si hablamos de realineamientos formales oficiales entrábamos a negociar porque el consorcio no tenía negociadores, entrábamos a hacer la negociación a manera de colaboración, Transoriente decía por favor entren a negociar, estoy hablando de los realineamientos

*autorizados o que por determinada razón se hacían, entonces entraba ya el consorcio a decir: estos son los predios, y entraba el grupo de tierras de Transoriente a negociar, los oficiales, los no oficiales fueron muchos de los problemas porque cuando estaba el paro era que se presentaba y era que se habían metido.*

*(...)DR. CASTAÑEDA: Entonces el trazado original iba por la berma de la vía.*

*SR. HERNÁNDEZ: **El trazado original iba por otro sector**, salía del ICP, salía por otro sector que es el que le comenté que alcanzamos a hacer las negociaciones, alcanzamos a presentar demandas, después vino ya una variante que era del ICP hacia este costado, por decir algo el original era: **Ilegábamos a la autopista y cogía por la izquierda y se modificó,** **Ilegamos a la autopista y se cogió por la derecha,** se cruzó, pasó dos fincas y cogió lo de Marval.*

*DR. CASTAÑEDA: El otro caso es el caso del derecho de vía compartido, usted recuerda cuáles fueron los problemas que existieron en esa parte relacionada con el tema que usted...*

*SR. HERNÁNDEZ: Ahí se hizo necesario hacer variantes también, la servidumbre estaba negociada, incluso ese derecho de vía compartido es con Ecopetrol, Ecopetrol tiene un derecho de vía ahí, incluso la escrituración de Transoriente fue muy superior a la de Ecopetrol, obviamente Ecopetrol había hecho esas negociaciones en el 85, 86 y constituyimos las servidumbres por escritura pública, y se presentó el problema del derecho de vía compartido y **se hizo necesario hacer unos realineamientos**, razones entiendo técnicas, no sé, ya sería especular.*

*(...) SR. HERNÁNDEZ: Esa de Caracolito después de que se daba la información de los predios pienso que más o menos una semana, hubo otra variante en San Bernardo bastante extensa también, del orden de 10, 12 fincas, 10, 12 negocios, esa también más o menos una semana, dos días menos, dos días más, pero la referencia es esa, hay otra variantes que eran de dos días que se negociaban, obviamente hay que tener en cuenta que es un proyecto muy extenso que requería de desplazamientos, pero las negociaciones se adelantaban rápido en los casos que no había problemas, el problema de las variantes desde el punto de vista de negociación es muy "fácil" negociar un proyecto antes de un trazado y otra cosa es cuando hay una variante, hay unas máquinas y el señor dice: ya no me va a dar el millón de pesos o los dos que me dio antes, ahorita me da tanto o si no no, y ahí vienen las presiones, dice usted: inicio un trámite judicial, un trámite judicial*

*se demora, si tenemos servidumbre un amparo polílico lo brindan con temores de orden público, igual tratan las autoridades de evadirlo.*

*(...)DR. RENGIFO: Simplemente para confirmar la afirmación que usted hubo de hacer al comienzo de su declaración, todo el trazado original antes del proceso constructivo estaba negociado?*

*SR. HERNÁNDEZ: Todo el trazado original no, yo me refería al kilómetro cero hasta.*

*DR. CUBEROS: Yo entendí lo mismo que usted.*

*SR. HERNÁNDEZ: **No, todo no estaba negociado**, estaba del kilómetro cero hasta el sector que tantas veces he repetido, la autopista entre Floridablanca y Piedecuesta, el PK no lo sé decir porque es un porcentaje alto.*

*DR. RENGIFO: Qué porcentaje?*

*SR. HERNÁNDEZ: Estamos hablando de antes, **previamente a la iniciación del contrato, sí señor, qué porcentaje, no sé, un 60, 70%**.*

*DR. CUBEROS: Y el resto cuánto se negoció?*

*SR. HERNÁNDEZ: Con posterioridad, Transoriental entregó al consorcio, **le iba liberando zonas**, es decir, en esta clase de proyectos no es que todo esté negociado sino yo le entrego la zona y se la tengo que entregar negociada, entonces lo otro se negoció posteriormente, fue el sector de Marval que le comenté.*

*DR. CUBEROS: Yo también tenía un mismo entendimiento...*

*SR. HERNÁNDEZ: **Cuando empezó que estuviera 100% negociado, no.***

*... DR. RENGIFO: O sea que si el Tribunal tomó atenta nota, si se le grabó bien al Tribunal los **problemas fundamentales surgieron con los realineamientos**.*

*SR. HERNÁNDEZ: **Sí, variantes.***

*DR. RENGIFO: Más o menos cuántas?*

*SR. HERNÁNDEZ: Variantes?*

*DR. RENGIFO: Sí.*

*SR. HERNÁNDEZ: No sé, no le sé decir.*

*DR. RENGIFO: En cuántos realineamientos o variantes usted participó?*

*SR. HERNÁNDEZ: En el de Marval que fue ya en el sector allá abajo, digamos ya llegando, en las negociaciones básicamente ese, en el sector de Berlín, el que le comentó del señor Francisco, que fue un problema, el otro sector no, yo llegaba hasta Pamplona y ahí me reunía con los propietarios, a campo no me metía. (Subrayado y resaltado del Tribunal).*

A su turno, la Ingeniera Mónica Cecilia Lozada Castañeda, funcionaria de interventoría por parte de Itansuca, manifestó ante el Tribunal:

*"(...) DR. CUBEROS: Qué nivel de detalle tenía el diseño que recibió el constructor de Transoriente?*

*SRA. LOZADA: 100%, el nivel de detalle es como se va a construir una línea, si a lo largo de la construcción hay algún cambio eso es un cambio como tal y se tiene que dejar documentado, sea un realineamiento o algo parecido.. (Pág.66).*

Lo anterior resulta trascendente para establecer que el diseño y por ende el trazado del Gasoducto fueron responsabilidad directa de su propietario, TRANSORIENTE y que por tanto, los cambios que se dieron en el mismo fueron también de su responsabilidad, con las consiguientes modificaciones que ellos pudieron ocasionar en los tiempos y costos de la ejecución contractual.

Como queda resaltado, cuando se iniciaron los trabajos no estaba negociada la totalidad de los predios involucrados en el proyecto y además de ello, las realineaciones o variantes introducidas a éste fueron diversas y generaron también demoras que no eran ni podían ser responsabilidad del CONSTRUCTOR, por cuanto el trazado del Gasoducto era no sólo una tarea sino, aún más, una potestad exclusiva de TRANSORIENTE. Por tanto, sí hubo variantes y sí hubo realineamientos, que de alguna manera tuvieron que impactar los tiempos de ejecución de las obras y por ende, sus costos.

Lo anterior lo corrobora el Ingeniero Hemerson Carreño Ruiz, encargado también de la gestión inmobiliaria y de tierras, cuando expresó ante una pregunta del representante del Ministerio Público:

*"(...) DR. BUSTOS: Como ha manifestado al Tribunal que usted estuvo en campo, informe al Tribunal si le consta a usted si para el momento en que*

*inició las obras de construcción el consorcio estaban ya negociados todos los predios del derecho de vía.*

*SR. CARREÑO: Cuando el consorcio inició las obras los predios estaban negociados en un 70% más o menos, igual ellos pudieron iniciar las obras y en todos los sectores había predios liberados donde ellos podían trabajar.*

*DR. BUSTOS: Le consta a usted estando en campo si el consorcio tuvo alguna dificultad para construir en atención a que hubiese algún predio o algunos predios que no estuviesen negociados, si la obra se afectó porque había unos predios que no habían sido negociados o ese tema de los predios que no habían sido negociados no afectó la ejecución de la obra?*

*SR. CARREÑO: Es que los predios que de pronto no estuvieron negociados no afectaban la obra, por qué, porque en todo el trayecto de la obra el consorcio tenía donde trabajar y tenía donde disponer, de un lado o moverse a otro lado para seguir trabajando sin que ellos quedaran paralizados, en todos los trayectos (...)" (Subrayas del Tribunal).*

Resulta evidente que en una obra a adelantarse a lo largo de 170 Kilómetros podría no ser necesario que estuviera negociado el cien por ciento de los predios, pues siempre había sectores donde se pudiera trabajar, pero no es menos cierto que el CONSTRUCTOR tampoco tuvo plena libertad y total disponibilidad de áreas para ejecutar las tareas a su cargo durante todo el tiempo de duración de los trabajos contratados, máxime considerando la problemática de movilizar también máquina y equipos.

En el mismo sentido se pronunció también el señor Rafael Alfonso Durán Peña, de Industrias El Zuta, quien en su declaración al respecto, señaló:

*(...) SR. DURÁN ...Nos cambiaron también el realineamiento porque el realineamiento actual era plano, después nos lo bajaron, lo cambiaron, entonces nos encontramos ahí sí con más dificultad de roca, ahí sí que empezamos nosotros a sufrir, ya el contrato se estaba terminando, el presupuesto que teníamos no alcanzaba, el consorcio también me dio la mano ahí porque ellos empezaron a pagar nóminas, seguridad social, dotación, maquinaria, combustible, ya se nos estaba retrasando todo porque nos tocó empezar con fracturación de roca con explosivos para poder continuar, mucha maquinaria, la dificultad del terreno, cómo será que cotizamos 100 metros de guaya y gastamos como 3.000, todo era ya amarrada la maquinaria, no se podía uno mover, porque la interventoría nos tenía ahí encima, llovía, no podíamos mover la máquina por la dificultad que teníamos ahí, todo eso se nos atrasó, la entrega del contrato, no teníamos ni un peso si quiera para*

*decir: vamos a continuar, vamos a darle continuación a esto, entonces el consorcio se metió la mano, nos colaboró hasta que pudimos terminar.*

*(...) DR. MEZA: Pero conocía usted antes de firmar el contrato la dificultad del terreno por donde iba a pasar el gasoducto?*

*SR. DURÁN: No porque como hicieron unos cambios de realineamiento después de que firmamos el contrato, que nosotros les hicimos llegar los planos por donde estaba primero el gasoducto, después por donde lo intervinieron, que ya fue supremamente dificultoso.*

*DR. MEZA: A propósito de ese tema, por qué no profundiza en los realineamientos que se presentaron y cómo lo afectó a usted particularmente en los tramos de su responsabilidad, los realineamientos?*

*SR. DURÁN: Por ejemplo en el tramo I los cambios que se hicieron con Ecopetrol porque la comunidad no quería que el tubo fuera paralelo al oleoducto, había un nacimiento de agua, tocó cambiarlo; en el otro la dificultad para llegar allá, eso es una pared inmensa, quién entraba por ahí si teníamos una dificultad de más de 30 metros de altura la sola roca, cambiaron el realineamiento, lo hicieron bajando, subiendo a la peña para poder ingresar y por ahí... actualmente.*

*(...) DR. CUBEROS: Despues del contrato hubo realineamiento?*

*SR. DURÁN: Despues del contrato hubo realineamiento.*

*(...) SR. DURÁN: Ahí están más o menos viendo ustedes cómo se pudo trabajar en ese sistema, ahí estamos en la parte de arriba, en el kilómetro 7+800, la cantidad de roca, la dificultad que tuvimos para llegar ahí, aquí fue impresionante, aquí no avanzábamos a veces ni 30 centímetros, esto es un abismo que uno no se podía mover para ningún lado porque no nos permitía.*

*DR. CUBEROS: Pero volvemos al caso, el abismo estaba ahí cuando ustedes cotizaron y cuando le pusieron tiempos y costos, o no?*

*SR. DURÁN: Este fue el realineamiento, actualmente iba era más arriba por lo plano, pero eso de plano no hay nada.*

*Mire todo lo que nos tocaba hacer para poder amarrar la maquinaria, para poder seguir, continuar con todas las labores que teníamos que hacer.*

*DR. RENGIFO: A usted le consta si el realineamiento del trazado fue impuesto unilateralmente por Transoriente o fue discutido y aprobado conjuntamente por las partes en este litigio, si usted sabe, le consta?*

*SR. DURÁN: Eso estuvo Ita al pie de eso con Transoriente para poder hacer ese realineamiento, las dos partes se sentaron, demoraron para dar la definitiva como unos quince días.*

*DR. CUBEROS: Pero usted está hablando de Ita y Transoriente, el doctor Rengifo le está preguntando sobre si el consorcio y Transoriente pactaron o fue una decisión unilateral de Transoriente.*

*SR. DURÁN: No, Transoriente fue la que propuso que por ahí, que era más viable tirar el gasoducto por esa peña y no por donde íbamos a construirlo, porque por encima se veía prácticamente que no había roca, pero mire las cantidades para hacer derecho de vía, para meter el tubo, y ahí se les hizo el trabajo (...).*

Similares apreciaciones formuló en su declaración el Ingeniero Gustavo Alberto Marcano Rizzo, funcionario del CONSORCIO ante el interrogatorio que se le planteó, en los siguientes términos:

*"(...) DR. MEZA: En su tramo particular encontró líneas irregulares?*

*SR. MARCANO: Sí, ese tramo está por ejemplo en el área de Caño Peluco era un terreno montañoso de pendientes muy fuertes, ahí estuvimos que construir, pedimos autorización para ellos, dos puentes aéreos porque era un terreno en ángulos muy fuertes, no podíamos efectivamente hacerse, sometimos a consideración la construcción de dos cruces aéreos, el Caño Peluco y Paramo, y en el área... sucedió lo mismo, en Río Negro también en el área de Samoré y... también construimos un puente aéreo, pero tuvimos que construirlo... era muy complicado.*

*DR. MEZA: Igualmente, en su sector, en su tramo, se encontró con problemas de la línea del trazado, es decir, entre lo que Transoriente aportó y lo que usted debía ejecutar en terreno, para cumplir con exactitud la línea?*

*SR. MARCANO: En muchas partes, había zonas donde había nacederos, había especies vedadas, había sitios no negociados con los dueños de los predios, en muchas partes, bastantes, a lo largo de todo el trayecto, yo diría que en todo (...).*

En el mismo sentido, se pronunció la señora Ana María López Ayala, funcionaria de Dirección del CONSORCIO, como integrante de Cosacol, quien manifestó:

*"(...) Aquí lo que hicimos nosotros fue, bueno, tenemos unos espacios en los cuales me están dando que efectivamente había una línea regular, nosotros como ustedes bien saben dentro de la misma visita de obra tampoco tuvimos ni el tiempo ni el espacio para hacer el recorrido de los 170 kilómetros porque eso es algo que en efecto hizo el cliente o Transoriental en la ejecución de los estudios que nos entregaron a nosotros y nosotros lo que hicimos fue un promedio en el cual nosotros podíamos hacer la línea regular por un valor, las áreas más complejas por un valor superior y sacábamos un promedio... (Pág. 11)"*

*"(...) SRA. LÓPEZ: A nosotros no nos contrataron ni ingeniería ni estudio de suelos, a nosotros nos contrataron construcción, que cuando a mí me contratan construcción a mí me están diciendo que alguien ejecutó todas las actividades necesarias para que yo pudiera entrar a hacer lo que a mí me compete hacer que es construir y lo hemos visto con todos los clientes en Colombia que a mí Ecopetrol me da unos términos de referencia y unos estudios preliminares y yo construyo en base en eso, tanto fue así que nosotros construimos el Gasoducto en base a lo que ellos nos dieron, nosotros no teníamos ningún tipo de autonomía para poner el Gasoducto donde nosotros quisieramos, ellos nos entregaron a nosotros unos diseños que cómodamente ahorita dicen que eran preliminares y que nosotros debimos haber sabido mejor, pero ellos sacaron licencias ambientales y negociaron predios basados en esos estudios, cómo no van a hacer unos estudios que sean suficientemente bien hechos y que deben generar la confiabilidad necesaria para que yo comenzara a ejecutar una obra de esa magnitud (...)"* (Pág. 11)

*"(...) Nosotros hicimos las verificaciones de los documentos que ellos nos estaban pasando pero en ningún momento teníamos que ejecutar otras actividades porque cuando hay que hacerlo dentro de los contratos así está previsto, está previsto ingeniería de detalle o ingeniería básica o cualquier otro ítem que haya que meter, si ustedes ven la oferta nuestra comienza con fase cero de construcción, movilización, eso es lo primero que hacemos nosotros, de ahí para atrás lo tiene que ejecutar el cliente porque si no quién iba a asegurarse de que ese Gasoducto iba a quedar bien hecho si no lo hicieron ellos..."*

*"... SRA. LÓPEZ: No, nosotros nos sentamos y verificamos los estudios que ellos nos están dando, hacemos la visita de obra como ustedes vieron en los cuales el tramo no se podía ver porque había un problema de acceso, un*

*problema de acceso que ellos cuando ejecutaron de nuevo el estudio de suelos debieron haber solventado porque ellos entraron a hacer apiques, nosotros en ningún momento entramos a hacer apiques y no teníamos por qué hacerlo, era un costo que nosotros no teníamos por qué incurrir, ellos lo habían incurrido y cuando nos sentamos y nos dijeron listo, en este trazado hay 180 apiques y nos sentamos con ingenieros que tenían 20 y 30 años de experiencia que es lo que ellos requerían dentro de los pliegos para que ellos pudieran trabajar dentro del proyecto y dijeron no, si eso tiene 180 apiques y nos están diciendo que ese es el suelo, que el suelo ahí tiene especificaciones blando muy blando, y no me acuerdo de las otras referencias, por qué 180 apiques, yo no tengo por qué preocuparme de eso... (Págs. 12-13)*

*... SRA. LÓPEZ: Yo realmente no me acuerdo mucho de la exposición, me acuerdo que fue algo que reiteramos y dijimos: -bueno, qué pasa si hay un cambio en las especificaciones, qué puede ocurrir; -no, es un precio global fijo; sí, en efecto nosotros reconocimos que es un precio global fijo pero para que se sirva que es un precio global fijo se tiene que cumplir con las premisas que me están dando, estos proyectos también los hemos llevado con otras empresas y cuando esas premisas básicas no se cumplen en una magnitud como no se cumplieron en éste uno se sienta con el cliente y lo revisa y dice: -un momento, sí es el precio global fijo pero eso no significa que usted esté blindado de cualquier error que usted pudo haber cometido porque entonces puede pasar lo que está pasando aquí y es que usted me entrega una información mala, manipulada o negligente y yo tengo que asumir el costo de su error y no creo que bajo esas premisas esté dispuesto a trabajar nadie, entonces claro, es un precio global fijo considerando que se estén cumpliendo las premisas iniciales... (Págs. 21-22).*

En idéntico sentido, obra dentro del expediente la declaración de la abogada Carolina Eslava Galvis, contratada en su momento por TRANSORIENTE para aspectos relacionados con el tema ambiental, quien al referirse al trazado manifestó:

*"(...) DR. CASTAÑEDA: Era posible modificar el trazado para un lado u otro?*

*SR. ESLAVA: Sí es posible, nosotros tenemos un trazado y nos dan un derecho de vía que para este proyecto eran 16 metros, no quiere decir ocho y ocho, yo uso 16 metros de derecho de vía, me muevo dentro de los 16 metros, me corro un poco para acá, me corro un poco para acá, pero siempre va el trazado por donde me dijeron, hay puntos donde los 16 metros se pueden disminuir porque estamos hablando de áreas estratégicas, sea páramo, sea humedal, entonces ahí se puede disminuir el derecho de vía, eso está todo dentro del trazado del estudio de impacto ambiental, ahí me puedo mover sin ningún tipo de permiso del Ministerio porque para eso me dan una cosa que se*

*llama derecho de vía, si ahí me muevo yo, ocho para acá, dos para acá, tres para acá, siempre en 16 metros.*

*Dado el caso que me tenga que salir de los 16 metros claro que lo puedo hacer pero qué tengo que hacer como empresa, voy y le notifico al Ministerio de Ambiente que necesito salirme por estas y estas razones ambientales, necesito salirme de mi derecho de vía, el Ministerio hace una visita y determina mediante un concepto técnico si es viable o no es viable hacer lo que van a hacer, con base en el concepto se le une una resolución modificando la licencia ambiental y permitiendo que se haga o no se haga, si es viable o no es viable ese cambio de trazado... (Pág. 54)*

*"(...) DR. CUBEROS: Eso quiere decir entonces que el trazado inicial que escogió el Ministerio es básicamente mandatorio?*

*SR. ESLAVA: Claro, es ese, no puede hacer nada más, es ese pase lo que pase, sujeto a cambios sí, lo que le acabo de explicar.*

*DR. CASTAÑEDA: En el evento en que se viole la licencia ambiental la responsabilidad es del titular?*

*SR. ESLAVA: Todo es responsabilidad del titular, la licencia ambiental sale a nombre del titular y todo se ejerce a través del titular de la licencia ambiental, no pueden actuar terceros a nombre de, citando esa licencia ambiental, es el titular de la licencia ambiental el que solicita las modificaciones, al que se le otorgan las modificaciones y el que tiene que hacer todo es el titular de la licencia ambiental... (Pág. 55)*

También sobre el trazado, relacionado estrechamente con la Ingeniería del proyecto, el Ingeniero Adriano José Furlanetto Castillo, funcionario del Consorcio por Confurca, expresó:

*"(...) DR. CUBEROS: La ingeniería básica y la de detalle eran de ustedes o eran de Transoriente?*

*SR. FURLANETTO: 100% del cliente.*

*DR. CUBEROS: Ambas?*

*SR. FURLANETTO: Todo.*

*DR. CUBEROS: Básica y de detalle.*

*SR. FURLANETTO: Nosotros no teníamos nada de alcance de ingeniería...*  
(Pág. 20)

En el mismo sentido, el Ingeniero del CONSORCIO por Confurca, Ramón Marzo González, a su turno manifestó:

*"(...) DR. CUBEROS: Podríamos porcentualizar los cambios del trazado y decir hubo cambio de trazado en un 8%, 10%, 20%.*

*SR. MARZO: Según lo que estimamos fueron en 62 kilómetros que se cambiaron, 62 kilómetros medidos en lo que se hizo de realineamiento.*

*DR. CUBEROS: Una tercera parte del proyecto.*

*SR. MARZO: Un poquito más de la mitad, sí, uno son muy pequeños, por eso está en el círculo punteado los más importantes, el topógrafo lo que hace es que le dice a la máquina que le diga cuántos metros se salió de dónde iba y eso suma 62, los importantes son los que están en círculos punteados, aquí hay 21, los que marcó más importantes.*

*DR. CUBEROS: La iniciativa para hacer cambios la proponía el Consorcio.*

*SR. MARZO: No, muchas veces no, depende del caso, si había un realineamiento que por alguna razón podíamos proponer por alguna cuestión constructiva que puede ser que lo propusieramos, pero los realineamientos en la mayoría de las veces ocurría algún problema que se presentaba y se buscaba una alternativa, algunas eran por problemas con comunidades, otras eran por problemas con el trazado, otras por problemas con licencias, o problemas con alguno de los dueños de parcelas, de propiedades, otras porque constructivamente de repente era mejor hacerlo por allá aunque estaba fuera del trazado original, igualito tenía que aprobarlo el cliente porque nosotros no podíamos tomar decisiones de mover nada sin tener la autorización... (Pág. 71-72)*

De los realineamientos invocados hay más pruebas fehacientes como los informes de la propia Itansuca, interventora de las obras realizadas. En el Cuaderno de pruebas No. 59 obran gran cantidad de éstos con datos de fecha, planos de ubicación, registro fotográfico y descripciones, dentro de las que, habría de ejemplo puede leerse: "Realineamiento que se ampara en recomendación dado por equipo del Área Civil y Ambiental para evitar desestabilizar las obras de geotecnia definitiva que protegen el Oleoducto Caño Limón Coveñas"; "Se observó en el recorrido de atención de inconvenientes con propietarios para la liberación y de predios, obteniendo como resultado ruta alterna para 7 nacientes"; "Realineamiento de tramo de DDV por PRESENCIA DE NACIENTE"; "Al realizar visita al

*predio La rinconada se encuentra que el trazado original del GGB pasa por encima de un nacedero por tal motivo se debe proponer un nuevo alineamiento"; "En el recorrido se evidenció que la berma de la vía tiene 70 cm, por este motivo TRO debe negociar con el propietario 2 mts frente a la berma para poder abrir la zanja"; "Por falta de negociación en los predios de los señores Mauricio Riaño y Luis Argemiro Durán"; etc. Como puede apreciarse, los realineamientos derivaban usualmente de dificultades, novedades o imponderables en el trazado, el cual –como se sabe y reitera- era de la responsabilidad exclusiva de Transoriente. (C.P. No. 59 folios diversos).*

Por tanto, los realineamientos no fueron en sí censurables, pues en ocasiones pudieron ser circunstanciales o consecuencia necesaria de imprevistos entendibles, pero lo cierto es que la determinación de los mismos, su reiteración y su volumen correspondían exclusivamente al propietario de la obra, TRANSORIENTE, ante lo cual resulta necesario reconocer que eso tuvo que implicar demoras para el CONSTRUCTOR que no podían serle imputables, con el necesario reconocimiento de los mayores tiempos y sobre costos derivados de ellos.

A propósito de la reiteración y volumen, destaca el Tribunal que el perito técnico al referirse al punto y responder a una solicitud de aclaración y complementación de la convocante, expresó:

*"(...) Se confirma que al trazado original de las bases de invitación fue modificado sustancialmente en una distancia de 62 kilómetros. (...)"*

Lo anterior resulta más significativo al analizar más adelante, en la misma respuesta, el inventario de realineamientos donde se aprecian las fechas de su ocurrencia, las abscisas donde se presentaron, las longitudes y los detalles de los allí relacionados.

Desde luego, no escapa a la comprensión del Tribunal que desde antes de la presentación de la Oferta el futuro constructor conocía de las posibilidades de realineación, tal como lo reseñó en su pericia el experto técnico al responder el cuestionario presentado por la Convocada, quien en sus respuestas señaló:

*"(...) f. De conformidad con lo anterior, ¿El trazado del gasoducto Gibraltar Bucaramanga estaba sujeto, desde antes de que se presentara la oferta para la construcción del Gasoducto, a la posibilidad de realineamientos en cumplimiento de obligaciones de carácter ambiental?"*

*Respuesta:*

*El trazado del gasoducto Gibraltar-Bucaramanga estaba sujeto, desde antes de la presentación de la oferta, a la posibilidad de realineamientos para dar cumplimiento a obligaciones ambientales derivadas de la licencia ambiental,*

*como por ejemplo la obligación de contar con un mínimo de 100 metros de distancia entre el borde del Derecho De Vía y un nacimiento de agua en el evento que se encontrase esta situación a lo largo del trazado. (...)"*

Sin embargo, una cosa es prever la posibilidad de variables excepcionales o de ocasión y aceptar el riesgo correspondiente asumiendo los costos bajo la modalidad de una oferta a precio global fijo y otra diferente, tener que soportar variaciones permanentes, a través de decenas de kilómetros sobre un trazado predeterminado elaborado por la parte contratante, quien sin reajuste de precios, contractual o judicial –arbitral para el caso- vería recompensadas sus propias fallas en la contratación y se enriquecería sin causa justificada a expensas del Contratista.

De esta manera, encuentra el Tribunal que Transoriente no suministró en la etapa precontractual información acertada a los integrantes del Consorcio respecto a la línea regular del proyecto y dadas las circunstancias arriba relatadas, y ampliamente probadas, éstos tampoco tuvieron la oportunidad de desvirtuar la que se les suministró al respecto, por lo cual habrán de declararse prósperas las pretensiones tercera y cuarta principales declarativas de la demanda.

#### 8.4. Sobre la obligación de información espontánea

A través de la séptima pretensión principal declarativa se pide al Tribunal declarar que Transoriente incumplió su obligación de información espontánea respecto a la totalidad de los puntos que pudieran ser de interés para el Constructor, en virtud del principio de la confianza. El Tribunal no aceptará esta pretensión pues lo que se le reprocha a Transoriente es la falla en sus deberes contractuales y en tratándose de otro tipo de datos como lo alega el demandante, por una parte, no se ve cuáles fueron los que pudieron omitirse y por la otra, derivada de lo anterior, se ignora la incidencia que ello pudo haber tenido en las vicisitudes de la ejecución contractual, pues no se ha arrimado prueba específica al proceso en tal sentido.

#### 8.5. Sobre el derecho de vía y el derecho de paso

En la demanda arbitral el CONSORCIO solicita que se declare que TRANSORIENTE, en el desarrollo de la etapa de ejecución del contrato, incumplió el deber contractual de garantizar el derecho de paso para la construcción ininterrumpida del proyecto, pues a lo largo de la ejecución de las obras el CONSORCIO se vio en la necesidad de suspender la ejecución de éstas, de desmovilizar y trasladar los frentes de trabajo a otros sectores y de realizar cambios en el trazado inicialmente definido por el contratante (Pretensión octava declarativa).

Sobre el particular y para dilucidar lo pertinente, el Tribunal invoca algunas piezas probatorias, así:

En el Cuadernillo No. 1 del Dictamen Pericial sobre respuestas del perito al cuestionario del Tribunal, éste se refirió en los siguientes términos a los atrasos en el cronograma:

*"...En el caso de la construcción del gasoducto Gibraltar-Bucarmanga sucedieron en términos generales dos tipos de atrasos en el cronograma. El primero es el inicio tardío de actividades fundamentales para iniciar la secuencia constructiva como lo es la Apertura del Derecho de Vía..."* (Pág. 16)

Más adelante alude el experto a las variaciones sustanciales del PDT señalando para el Tramo 1:

*"...En ese sector se presentaron atrasos al el inicio de la actividad (sic) de Apertura de Derecho de Derecho se tienen atrasos en el DDV en aproximadamente dos meses..."*

*"...En este sector el inicio de la actividad de apertura de derecho de vía presentó un atraso de 4 meses..."* (Pág. 17).

Luego, al referirse al Tramo 2, indicó:

*"...Sin embargo, presentó atrasos en su avance real versus el programado, principalmente por demoras en la actividad de apertura de Derecho de Vía..."*

*"...Todos las actividades de la Línea Regular en este sector presentaron atrasos en sus inicios. El atraso se originó en el inicio de la actividad de apertura de Derecho de Vía que implicó un atraso para todas las demás actividades..."* (Pág. 18).

Posteriormente, al rendir aclaraciones y complementaciones al cuestionario del Tribunal, expresa el perito técnico al respecto:

*"(...) Del análisis de la información de los informes semanales se concluye que desde el mes de enero de 2010, hasta finales de julio del mismo año, el Consorcio insistió sobre el tema de liberación de predios, un período de aproximadamente de siete (7) meses. Sin conocer las soluciones dadas a estas peticiones del Contratista, es claro que cualquier demora afectaba la programación. Si bien es cierto que el Contratista en su momento desviaba sus recursos a otros sectores liberados, ello le ocasionaba tener que regresar con los consiguientes problemas de movilidad y técnicos que estas situaciones le ocasionaban. Al tema de la liberación de predios, también agregan la de indefinición del trazado y traslado de especies vedadas(...)"*

*"(...)De la información obtenida de las Actas de Accionistas y de Junta Directiva de TRANSORIENTE, se deduce que sus integrantes estaban informados de las causas de los atrasos y que los mismos se debían principalmente en este tramo a los problemas de liberación de predios especialmente el derecho de vía compartido con Ecopetrol.*

*R/ "SECTOR No 2*

*En este sector el inicio de la actividad de derecho de vía presentó atraso de 4 meses.*

*El inicio de los cruces especiales presentó un atraso de 3 meses. "(...)"*

En el mismo documento pericial y a continuación del texto transcritto, el experto destaca apartes de los informes semanales (Nos. 26, 29, 31, 32, 36, 38 y 41) que evidencian, uno tras otro, que actividades que constituían ruta crítica a cargo de Transoriente, presentaban retrasos de consideración.

*"(...) - Informe semanal No 26 (...)"*

*"Continúa en ruta crítica sector 2 tramo1, por falta de liberación del DDV compartido con ECP (1,44% ...) El trazado del gasoducto no está definido en algunos sectores. Este sector es ruta crítica. Se presenta atraso en la actividad de localización y replanteo, debido a impedimento a acceso a predios y falta definición trazado (Responsabilidad TRO). Se presentan bajos rendimientos en el sector 1 T2 debido a dificultad del terreno.. Por dificultades en la topografía de todos los sectores los rendimientos no son los esperando según PDT, por tanto se requiere poder trabajar en los sectores de ruta crítica como el 2 tramo 1 y 3 tramo 2. Se presenta disminución de rendimientos en sector 3 tramo 2, debido a problemas de realineamiento del trazado estando ya la tubería soldada y revestida, se suspende la actividad de zanjado. Continúa dificultad para realizar actividad de geotecnia preliminar y derecho de vía en el sector 3 tramo debido a problemas con la liberación de predios (1,3% del programa total del contrato)" (...)"*

*"...) - Informe semanal No 29 (...)"*

*(...) El trazado del gasoducto no está definido en algunos sectores. Este sector es ruta crítica.*

*Continúa dificultad para realizar actividad de geotecnia preliminar y derecho de vía en el sector 3 Tramo2 debido a problemas con la liberación de predios, definición de dos sectores del trazado e impedimento de acceso a sectores liberados, ya que el predio anterior y posterior no están liberados (Predio Urbanas Riotoque). (...)"*

**(...) -Informe semanal No 31 (...)**

*"Continúa en ruta crítica sector 2 tramo1, por falta de liberación del DDV compartido con ECP (4,85% del programado con respecto al total del proyecto). Continúan problemas de acceso a los predios negociados por TRO en el sector del ICP hacia Palenque. El trazado del gasoducto no está definido en algunos sectores. Este sector es ruta crítica). (...)*

**(...) Informe semanal No 32 (...)**

*"Continúa en ruta crítica sector 2 tramo1, por falta de liberación del DDV compartido con ECP (5,69% del programado con respecto al total del proyecto). Continúan problemas de acceso a los predios negociados por TRO en el sector del ICP hacia Palenque. El trazado del gasoducto no está definido en algunos sectores. Este sector es ruta crítica). (...)*

**(...) Informe semanal No 36**

*"Continúa en ruta crítica sector 2 tramo1, por falta de liberación del DDV al 100% y solución especies vedadas sobre DDV compartido con ECP. Continúan problemas de acceso a predios negociados por TRO para DDV en el sector del ICP hacia Palenque. El trazado del gasoducto no está definido, ni liberados los predios, entre el ICP y el predio URBANAS ascenso Ruitoque.*

**(...) Informe semanal No 38**

*"Pendiente definición trazado y liberación de acceso a los predios sector ICP-Ruitoque y anillo vial (...) Pendiente traslado de especies vedadas en el sector 2 Tramo 1." (...)*

**- Informe semanal No 41**

*(...) "Pendiente definición trazado y liberación de acceso a los predios sector ICP- Ruitoque y anillo vial – Palenque correspondientes al sector 3 tramo 2. Ruta crítica. Pendiente traslado de especies vedadas en el sector 2 Tramo 1, por lo tanto se continúa moviendo incrementando el atraso (...)*

Por su parte, en el Acta No 125 de Junta Directiva del 25 de febrero de 2010, en el numeral 3.1.2- Derecho de Vía Compartido con Ecopetrol, se consigna:

*"Se informa a los asistentes que del total del trayecto de 40 km aproximadamente de derecho de vía compartido con el Oleoducto Caño Limón.*

*Cobreñas, el 67% ya se encuentra liberado lo que permite al constructor inicie los trabajos en esos sectores, no obstante este porcentaje equivale a varios tramos no consecutivos lo que en principio no permite un trabajo continuo por mucho tiempo". (Subrayado fuera de texto). (...)*

En el Acta No. 128 de Junta Directiva del 10 de junio de 2010, en el numeral 4.1.1 – Estrategia Constructiva y Avances se consigna lo siguiente:

*"Los atrasos que se vienen presentando en la construcción, son debidos fundamentalmente a los inconvenientes que se han mencionado en la obtención del permiso de compartir el derecho de vía con el oleoducto Caño Limón – Cobreñas, a la zona urbana de Bucaramanga y el fuerte invierno en la mayoría de los sectores"*

En el Acta No. 134 de Junta Directiva del 23 de septiembre de 2010, en el numeral 2.1 – Avances Construcción Gasoducto Gibraltar. Bucaramanga se consigna lo siguiente:

*"Se muestra mediante gráficas estadísticas, el impacto de la ola invernal de los meses de agosto y de septiembre, causa de los atrasos que se vienen presentando en la construcción, lo cual ha ocasionado paradas de varios frentes de trabajo por algunos días, donde en septiembre los días perdidos han sido del orden del 25% del tiempo laborado y por ejemplo en el caso del sector del derecho de vía compartido con ECOPETROL, el impacto de las paradas por lluvia ha sido alto" (...)*

Por consiguiente, es claro para el juzgador que los atrasos en efecto se dieron, desde el propio inicio de los trabajos, ocasionados por las demoras en la apertura del Derecho de Vía, que era una actividad a cargo de Transoriente.

El señor Álvaro Ernesto Hernández Mantilla, quien como ya se señaló se desempeñó como abogado de TRANSORIENTE encargado de la gestión de predios, manifestó sobre este punto en su testimonio:

*(...) SR. HERNÁNDEZ: las negociaciones de tierras se adelantaron en un alto porcentaje diría yo, antes de celebrarse el contrato con el consorcio, o sea, fue una etapa previa a la construcción del gasoducto.*

*En esa etapa previa se logró un altísimo porcentaje en el sector del kilómetro cero al sector donde llega la Autopista Bucaramanga - Piedecuesta, no sé precisar el kilómetro pero un alto porcentaje de negociaciones, dentro de las dificultades que encontramos oposición de propietarios (...)*

*(...) DR. CUBEROS: Usted dice que después de, aquí lo hemos llamado la toma de posesión por Transoriente de las obras, que después de esto surgieron algunas dificultades, puede recordar en lo que tiene que ver con su tema, qué pasó ahí?*

*SR. HERNÁNDEZ: Cuando ya Transoriente asumió el manejo?*

*DR. CUBEROS: Sí.*

*SR. HERNÁNDEZ: Muchísimos problemas, muchas quejas, muchos reclamos.*

*DR. CUBEROS: De qué naturaleza?*

*SR. HERNÁNDEZ: Le diría yo que por daños adicionales a los negociados, cuando se negocia el derecho de vía es un derecho de vía y de pronto se ocupan sectores más allá de lo que correspondía, para ingresar al derecho de vía en esta clase de proyectos no es que las máquinas vayan en línea recta sino muchísimas veces se necesitan accesos al derecho de vía, negociaciones pendientes, daños adicionales, lo definiría yo como daños que se causaron adicionales al derecho de vía.*

Por su parte, el Ingeniero Hemerson Carreño Ruiz, quien también se desempeñó para TRANSORIENTE en la gestión de predios, de manera previa y coetánea con la ejecución del contrato, manifestó:

*(...) SR. CARREÑO: En la etapa que yo realicé que fue en cuanto a la obtención de los permisos, negociación de predios, no tuvimos ninguna obstrucción con los propietarios, durante la etapa de la construcción del gasoducto sí, ya cuando empieza a participar el consorcio fue donde se presentaron ciertas dificultades con los propietarios.*

*DR. CUBEROS: Cuáles dificultades, por qué, y cómo se manejaron?*

*SR. CARREÑO: Las dificultades durante la construcción en ciertos tramos se refería de pronto a cuando el consorcio empezó a realizar la construcción sobre anchos, utilizaban espacios que no eran los que se habían negociado, entonces ahí entraba el conflicto con los propietarios, durante la etapa de la construcción también ellos llegaron a ciertos acuerdos que no se cumplieron, la comunidad o los propietarios nos lo manifestaban a nosotros y ahí fue donde se presentaron ese tipo de dificultades.*

*DR. CUBEROS: Fueron prolongadas o fueron frecuentes, o ambas cosas?*

*SR. CARREÑO: En la etapa de la construcción fueron frecuentes.*

*DR. CUBEROS: Y generaron retrasos, que a usted le conste?*

*SR. CARREÑO: Que a mí me conste retrasos como tal, no.*

*(...) DR. CUBEROS: El perito técnico dice en su dictamen que teóricamente la obra debía empezar a construirse, perdóneme las expresiones, desde las dos puntas buscando encontrarse y desde la mitad otros dos frentes expandirse hacia los lados, en esos frentes hubo algunas dificultades que pudieran impedir o retrasar el adelantamiento de las obras?*

*SR. CARREÑO: No hubo una dificultad donde se retrasaran como tal, como le mencionaba al señor Procurador, por qué, porque al inicio de la obra tenían donde trabajar, donde finaliza también y en el medio también... esas partes del trayecto para poder trabajar, sin que se llegara a paralizar la obra. (...)"*

Según lo previsto en la cláusula 19 de la Oferta Mercantil es claro para el Tribunal que la gestión predial era una obligación a cargo de la entidad contratante, TRANSORIENTE, independientemente del momento en que se realizara –el documento alude a “*obtendrá oportunamente*” pero desde luego, la oportunidad lógica era en la fase previa a la iniciación de los trabajos, descartando la argumentación de que de todas maneras, el CONTRATISTA mientras tanto, tenía otras zonas donde trabajar, dada la extensa línea del Gasoducto.

Sobre este particular, el Ingeniero Oscar Mauricio Moreno Rodríguez, funcionario de M.R Ingenieros Ltda., firma sub contratista del CONSORCIO, manifestó:

*"(...) DR. CUBEROS: Ustedes no estaban preparados para eso?"*

*SR. MORENO: Realmente no estábamos preparados para eso porque cuando hicimos una visita de obra, nos invitó el Consorcio Cosacol Confurca y el representante en el momento fue el ingeniero Efrén, no recuerdo el apellido, mostró un derecho de vía en un sector que no estaba ni siquiera removida la parte vegetal, había árboles, estaba maleza, con gran dificultad se pasaba por el derecho de vía, no estaba demarcado el derecho de vía, había pocas señales y había algunas rocas pero no pensábamos que exactamente fuera a pasar el derecho de vía por ese lado.*

*Otro problema que había grande es que había un derecho de vía compartido casi a lo largo de cuatro kilómetros, qué quiere decir un derecho de vía compartido, pasa tubería de otro propietario, en este caso es Ecopetrol.*

*DR. CUBEROS: A ustedes no les habían advertido que esa situación podía presentarse?*

*SR. MORENO: No, lo del derecho de vía nos lo dijeron posteriormente, el derecho de vía compartido, y lo de la roca nos lo manifestaron hasta tal punto que dijeron que si sale roca la negociamos, ustedes nos lo manifiestan, tienen que manifestarlo, inclusive quedó una cláusula entre el contrato que teníamos con Cosacol Confurca y de esa manera lo hicimos nosotros, lo manifestamos y entraba a un proceso de negociación del ítem para que fuera reconocido posteriormente, pero lamentablemente no sabíamos que el volumen fuera de esa manera, y pasamos por la ligereza realmente de que ese ítem tenía que ser negociado siempre y cuando Transoriente le pagara al Consorcio Cosacol Confurca. (...)"*

La apreciación del Tribunal de que la apertura del derecho de vía no fue gestionada por completo oportunamente por TRANSORIENTE la ratifica el Gerente del Consorcio, Ingeniero Javier Enrique Escobar Medina, quien en su declaración manifestó sobre el particular:

*"(...) DR. CUBEROS: Pasando a otro tema, el tiempo que les concedieron para la construcción, los 300 y pico días más los 400 y pico días para entrega total, era un tiempo razonablemente adecuado con la información con que se contaba?*

*SR. ESCOBAR: Sí.*

*DR. CUBEROS: Era razonable?*

*SR. ESCOBAR: Era razonable siempre y cuando todas estas premisas se cumplieran.*

*DR. CUBEROS: Qué premisas no se cumplieron entre lo que ustedes recibieron y lo que encontraron en el terreno?*

*SR. ESCOBAR: Una de las premisas es que dentro de la oferta, dentro de los términos estaba que Transoriente entregaría oportunamente el derecho de vía liberado, cuando se presentó el primer PDT, ya comenzando, Transoriente pidió modificarlo porque había un tramo aproximadamente de 28 kilómetros que no tenía liberado, ya por ahí comenzando, pidió que moviéramos el inicio para febrero o marzo del año 2010, estamos hablando de casi 7 meses para iniciar un tramo de 28 kilómetros.*

*Después, se presentaron intermitentemente muchos problemas con propietarios porque no estaban de acuerdo con la negociación, que le debían, entonces uno llegaba ahí, tenía que brincar, desmovilizarse, pasarse para otro sitio; otro punto fuerte dentro de la parte de derecho de vía fue el derecho de vía compartido, derecho de vía compartido era responsabilidad de Transoriental entregar los permisos, cuando intentamos entrar a trabajar ahí Ecopetrol nos sacó del sitio, pidió unos procedimientos especiales que no eran nuestra responsabilidad (...)"*

Sobre el mismo tema, el Ingeniero Gustavo Alberto Marcano Rizzo, manifestó en su declaración:

*"(...) DR. MEZA: En la ejecución de su tramo se vio enfrentado al problema del derecho de vía para acceder a los sitios?*

*SR. MARCANO: Sí, como parte de lo que dije anteriormente, sí hubo varios sitios donde propietarios no dieron problemas, hubo el sector 2 donde estaba Caño Limón Coveñas, área de Ecopetrol, ahí tuvimos mucho problema también porque es un tramo compartido y la permisología no estuvo en el tiempo, eso sí nos llevó a atrasarnos un poco. (...)"*

Las explicaciones ya operativas, sobre lo que representó en el terreno la tramitación de los derechos de vía los plantea el Ingeniero Ramón Marzo González del CONSORCIO por Confurca, señalando:

*"(...) SR. MARZO: Perfecto. Son entes vivos, son procesos dinámicos que se replanifican continuamente, si yo tenía planificado en este momento trabajar aquí, llego y el señor no me deja pasar, no necesariamente yo tengo que hacer una replanificación de toda la obra, se toman decisiones en el momento, un plano es algo dinámico, uno lo que trata de enmarcarlo es en los tiempos y en toda la holgura del trabajo para evitar causar tramos si no viviríamos replanificando todos los días.*

*En el caso del sector La Hormiga por ejemplo, que fue otro sector, cuando llegamos a trabajar la población se opuso rotundamente a que el tubo pasara por allá, hubo manifestaciones de calle, pronunciamientos a través de los medios de comunicación, la alcaldía no permitió que se pasara el tubo por allá, hubo un proceso de renegociación por parte de Transoriental con los permisos, eso modificó el trazado, porque eso no lo dicen cuando uno va a avisarles que va, que se puede lanzar un poco con lo de la socialización, las personas iban a socializar antes de atrancar el trabajo, y: como no, si bueno, pero aquí no estamos de acuerdo, yo anoto aquí que usted no está de acuerdo pero ese es el trazado que yo tengo; y ellos no toman ninguna*

*opción, las comunidades manejan eso muy bien, cuando uno va el día que va a llegar a hacer la obra y se para al frente es que toman acciones porque es cuando ellos pueden usar sus herramientas de presión, porque posiblemente ellos tengan en eso mucho tiempo pero hasta que el hecho no está consumado no tienen fuerza, entonces todo estaba bien hasta el día que uno llegaba allá.*

*El mismo caso ocurrió con propietarios privados, por ejemplo hay un predio de una constructora allá, Marval, que no quiso que el tubo pasara por el medio de su lote porque él planificaba hacer ahí unas obras, en el momento en que se llegó al sitio no se pudo construir, hubo que volver a replanificar, las máquinas dieron casi 2 kilómetros de vuelta para poder moverlas a otro sitio, siempre con la buena intención de poder donde no se podía hacer una cosa en otro sitio, pero eso causa trabas a la construcción de una línea regular, eso es distinto a lo planificado, se deben hacer modificaciones durante el camino, que lo que uno aspira es que sean acompañadas y entendidas por el cliente, de manera que se pueda llegar a acuerdos, que muchas veces no se llegaba... (Pág. 95-96)*

*... SR. MARZO: El diseño del proyecto completamente excepto las estaciones de válvulas que estaban en nuestro alcance y unos ángulos de conexión catódica, eran 100% potestad del cliente que nos contrató, los planos que recibimos fueron recibidos y aprobados como aprobados para construcción, eso quiere decir que los planos fueron hechos, diseñados y aprobados por el cliente que nos contrató, nosotros en ningún momento hicimos ningún estudio de ingeniería distinto al de las estaciones de válvula y como el caso que planteé de los cruces aéreos que nos vimos en la necesidad de contratar ingeniería para diseñar un elemento distinto al que estaba en el alcance.*

*DR. CUBEROS: Aquí en este asunto hubo después de la obra unos planos as built?*

*SR. MARZO: Sí, correcto.*

*DR. CUBEROS: Si comparáramos los planos elaborados y aprobados para construcción con los planos as built estaríamos diciendo que son planos iguales?*

*SR. MARZO: No son iguales, esas son las dos rayas que están pintadas en esos planos, la verde y la negra, no fueron iguales, tuvieron variaciones incluso en la longitud final.*

*DR. CUBEROS: Cada vez que había una variación de esas quedaba en las actas del comité?*

*SR. MARZO: Sí, nosotros teníamos que tener aprobado eso para poder actuar porque muchos de esos cambios o realineamientos implicaban negociaciones, yo no podía pasar si ya el ente contratante no tenía negociada la nueva ruta, como el ejemplo que acabo de poner, en el caso de Guariguata, creo que se llamaba la zona, la comunidad también se opuso y el cliente tuvo que negociar con predio nuevo con otro propietario para poder mover el tubo a otro sitio, hasta que no estuvo negociado yo no podía recibir el realineamiento formal de por dónde pasaba ahorita... (Pág. 96- 97)*

*"(...) DR. MEZA: Su tramo en particular ser vio afectado por el tema del derecho de paso, para efectos de esa pregunta, disculpe que altere el orden, de quién era la obligación de garantizar el derecho de paso en la construcción del gasoducto?*

*SR. MARZO: Se vio afectado, tuvo bastantes afectaciones, la negociación del derecho de paso era responsabilidad del cliente, nosotros los acompañamos pero se vio afectado en diferentes oportunidades, hay muchos detalles, todos los que acabo de afectar fueron unos, el dueño de la parcela no quería que fuera por ahí porque iba a construir, la comunidad no aceptó que era por ahí, que era por otro sitio, a una señora le dijeron que le pagaban tanto y no le pagaron tanto, hubo infinidades de casos, no tengo en la memoria todos, creo que otras personas que manejaban ese tema tienen más detallado las cantidades, los sitios específicos, yo puedo recordar o nombrar los más importantes, por el volumen, esos cambios fueron tan traumáticos, como por ejemplo ese del predio de Marval que no solamente hubo que cambiarlo de sitio sino que se colocó al lado de un río violando la misma licencia ambiental que fue modificada por el cliente o consiguió su aprobación y el tubo quedó a 15 metros del río, pero como era una zona inundable hubo que lastrar el tubo en 300 metros, lastrar es darle un revestimiento de concreto para que no tenga flotabilidad, para que el tubo no flote cuando se llena de agua el terreno porque si no flotaría como un barco, si no se le da peso el tubo flota, entonces ese tubo se lastró para darle peso y que se hundiera.*

*Por ejemplo, ese fue un caso que traumó la construcción porque no se pudo continuar, hubo que parar hasta que se negociara, hubo que buscar la tubería y lastrarla, hubo que instalar la lastrada con todas las complicaciones y costos que eso tiene y no fue reconocido ni siquiera el lastrado... (Pág. 98)*

*(...) DR. BUSTOS: Entendí que la negociación de las zonas para el derecho de vía era una responsabilidad de Transorient, y dijo usted que había algunas*

*zonas que no estaban aún negociadas por parte de Transoriente, quisiera contarle al Tribunal qué explicación o qué razones dieron las personas o Transoriente como entidad, de las razones por las cuales no estaban disponibles esa zonas?*

*SR. MARZO: Hubo diversas, unas fueron muy evidentes, al población no dejó pasar, no tenían que darme explicaciones ni preguntarlas, las vivimos, otras fueron también muy evidentes, el dueño del lote no dejaba pasar y punto, aunque alegara que le habían pagado no, no quería; otras por conversaciones con las personas que trabajaban en la parte de tierras entiendo que hubo algunos problemas, por ejemplo que había fallecido con el que negociaron y había un problema de herencias y ahora los nuevos herederos se peleaban lo que firmaron, cosas de ese tipo, hubo muchísimas razones, cuál más recuerdo, las alcaldías, la Alcaldía de Florida Blanca, creo que fue, se opuso completamente a que el tramo pasara por ahí, ni siquiera fue una comunidad o una persona, fue la misma alcaldía.*

*En otros casos los muchos pequeños no habían llegado a un acuerdo y nos advertían que eso iba a ser un policivo y que teníamos que avisar con tiempo para ellos actuar legalmente y que el policivo se llevara en ejecución, los policivos generalmente eran bastante traumáticos porque también la gente se preparaba en contra de los policivos, hubo infinidad de historias, niños ahí sentados para que no pasaran, la policía no actuaba porque tampoco quería actuar, en un caso pudimos pasar porque al señor le dio un infarto y quedó el paso abierto y aprovechamos de hacerlo, en pleno policivo, el hijo estaba llamando, él estaba en Bogotá y le dio; hubo tantos casos, son procesos tan dinámicos que hay muchas razones... "(Págs. 144-145)*

Las anteriores declaraciones son corroboradas por la propia Transoriente pues en la reunión de Junta Directiva celebrada el 16 de diciembre de 2009 que consta en el Acta No. 123 que obra a folio 415 y ss del Cuaderno de Pruebas No. 60, punto 3.2. señala: "Se informa a los asistentes que se continúa con las negociaciones de la zona del Área Metropolitana de Bucaramanga. Es de resaltar que este tramo representa un valor importante dentro de todo el costo por este concepto, dados los altos costos de los predios ante su utilización industrial y comercial en proyectos en desarrollo. Actualmente se vienen realizando conciliaciones con los propietarios y poseedores ante reclamaciones en la Apertura del Derecho de Vía, así como procesos de imposición de servidumbre en los casos que no se logra acuerdo, después de agotadas todas las etapas de negociación".

En el Acta No. 125 del mismo órgano social, celebrada el 25 de febrero de 2010, consta: "Se informa a los asistentes que del total del trayecto de 40Km aproximadamente de derecho de vía compartido con el Oleoducto Caño Limón – Coveñas, el 67% ya se encuentra liberado, lo que permite que el constructor inicie los trabajos en esos sectores,

*no obstante este porcentaje equivale a varios tramos no consecutivos lo que en principio no permite un trabajo continuo por mucho tiempo. TRANSORIENTE continúa realizando las gestiones ante Ecopetrol mediante reuniones y sobre vuelos con el fin de lograr que se libere el tramo restante de los 40 km.” (C.P. No. 60 Folio 424)*

Meses más adelante persistía el problema con el derecho de vía, pues en la reunión de Junta Directiva de junio de 2010, según consta en el Acta 128 se señaló: *“Los atrasos que se vienen presentando en la construcción, son debidos fundamentalmente a los inconvenientes que se han mencionado en la obtención del permiso de compartir el derecho de vía con el Oleoducto Caño Limón – Coveñas, a la zona urbana de Bucaramanga ante la demora en los permisos de uso de espacio público y al fuerte invierno en la mayoría de los sectores”*. (C.P. No. 60 Folio 440).

La situación de dificultad se mantuvo prácticamente hasta el fin del año 2010, esto es, catorce meses después de iniciados los trabajos, pues en el acta 135 de la Junta Directiva correspondiente a la reunión del 1º de diciembre se lee: *“Se informa a la Junta Directiva que sólo hasta el pasado 16 de noviembre se recibió el Acta de Acuerdo de Construcción firmada por el Vicepresidente de Transporte de Ecopetrol, luego de 3 meses de haber iniciado las gestiones de solicitud de anuencia para el ingreso al DDV compartido a Ecopetrol. (...)”* (C.P. No. 60 Folio 469).

Es natural y así lo han argumentado los funcionarios y contratistas de TRANSORIENTE que el constructor tenía muchas áreas para trabajar, pero no es menos cierto que el hecho de que hubiera áreas sin liberar para las obras por fallas o demoras en las negociaciones del derecho de vía impedían una planeación adecuada de la construcción, máxime cuando cada tramo a ser intervenido demandaba una copiosa logística con desplazamiento de maquinaria, equipo y trabajadores. Sobre el punto vale la pena resaltar que la cláusula 20 de la Oferta Mercantil señaló: *“Como TRANSORIENTE ha efectuado las diligencias relativas a la adquisición y establecimiento de la servidumbre por las zonas que atravesará la línea del Gasoducto...”*. Por consiguiente, era sensato que el contratista hiciera su planeación de obra bajo dicho entendido, sin considerarse sujeto a variaciones en la ruta de trabajo y obligado a acatarlas.

En otras palabras, una obra de esta naturaleza requiere una planeación logística minuciosa y no es razonable en términos de tiempo y de costos pensar en adelantar indistintamente trabajos en una u otra zona, a menos que se hubiera pactado así desde la contratación inicial, lo cual no ocurrió.

En este sentido lo expuesto es ratificado por el perito técnico, quien al hacer aclaraciones a las preguntas del Tribunal, expresó:

***“(...) Conclusiones***

*Del análisis de la información de los informes semanales se concluye que desde el mes de enero de 2010, hasta finales de julio del mismo año, el Consorcio insistió sobre el tema de liberación de predios, un período de aproximadamente de siete (7) meses. Sin conocer las soluciones dadas a estas peticiones del Contratista, es claro que cualquier demora afectaba la programación. Si bien es cierto que el Contratista en su momento desviaba sus recursos a otros sectores liberados, ello le ocasionaba tener que regresar con los consiguientes problemas de movilidad y técnicos que estas situaciones le ocasionaban. Al tema de la liberación de predios, también agregan la de indefinición del trazado y traslado de especies vedadas. (...)"*

Entonces, se concluye que respecto al trazado del Gasoducto y por ende, su diseño definitivo, fueron múltiples las estipulaciones contractuales que establecieron que tales tareas se encontraban a cargo de Transoriental y los integrantes del Consorcio no estaban al tanto de saber o de prever que el trazado y el diseño fueran a ser susceptibles de indefiniciones y de cambios que a la postre repercutieron en la continuidad y secuencia de los trabajos y por consiguiente, en su duración y en sus costos, por lo cual habrán de prosperar las pretensiones quinta y sexta principales declarativas.

#### 8.6. La fuerza mayor por lluvias.

En razón de la pretensión once de su demanda, la Convocante busca que se declare que el CONSORCIO se vio afectado por hechos ajenos a las partes como la presencia de precipitaciones pluviales por encima de los registros históricos.

Sobre el particular obra en el proceso abundante material probatorio empezando por certificaciones y reportes del IDEAM que obran en el Cdno. de Pruebas No. 1 entre los folios 275 a 321.

Estima el Tribunal que el fenómeno de las lluvias en condiciones anormales debe evaluarse desde una doble perspectiva: la primera, los efectos inmediatos de suspender los trabajos mientras amaina el temporal y la segunda, los efectos mediados o tardíos que consisten en esperar a que el terreno vuelva a ser adecuado para las tareas que en él deben realizarse.

Al respecto, el perito técnico señaló al hacer aclaraciones y complementaciones al cuestionario de la convocante:

*"(...) Naturalmente que la afectación que la lluvia pueda crear sobre una actividad en específico depende de la naturaleza de la actividad y de la intensidad y duración de la lluvia. Por ejemplo, un proceso como la colocación de concreto para una estructura se ve afectada por una lluvia torrencial en el sentido que no se puede ejecutar esa actividad, pero una vez la lluvia a*

*cesado, la actividad de colocación puede continuar casi inmediatamente. Una situación muy distinta ocurre con una actividad de movimiento de tierra, como varias de las ejecutadas dentro de la construcción del gasoducto Gibraltar-Bucaramanga. Por ejemplo, si se presenta una lluvia torrencial en un frente de trabajo, la afectación no se limita al tiempo durante el cual se presenta la lluvia sino un tiempo adicional que puede ser considerable. Esto se debe a que con la lluvia torrencial cae una gran cantidad de precipitación que genera dos condiciones básicas de afectación:*

- a) *Sujeto a la condición geográfica del terreno se pueden formar grandes depósitos de agua, especialmente en excavaciones, que se demoran en desalojar y que muchas veces o requieren del uso de bombas de succión, para el caso de excavaciones, o del calor del sol para evaporar el agua superficial en grandes extensiones de área.*
- b) *La otra condición corresponde a que con la lluvia torrencial el suelo se satura (absorbe) de agua. Esta condición es similar, aunque guardadas las proporciones, a lo que ocurre con una esponja en la base de un lavadero, la cual bajo un chorro de agua absorbe el agua rápidamente pero luego la desaloja muy lentamente (considerando que no se manipula).*

*En el campo tras un lluvia torrencial, se tiene que esperar a que la humedad del terreno disminuya al punto que su capacidad de carga, que disminuye a mayor contenido de agua, sea la adecuada para resistir el tránsito y operación de equipos de movimiento de tierra o de carga, que son pesados. En zonas de mucha pluviosidad, tanto en cantidad como en frecuencia, se crea un ciclo vicioso, que afecta dramáticamente el proceso constructivo, esto se da porque normalmente llueve al final de la mañana y cuando eso pasa hay que esperar a que el sol seque el terreno (si se está en Páramo en la tarde ya no hay luz del sol y se pierde todo el día de trabajo) lo cual toma normalmente toda una tarde con buen sol lo que obliga a perder la jornada de trabajo con el inicio de la noche. Al siguiente día cuando el terreno está en condiciones de recibir nuevamente los equipos porque ya su humedad ha bajado entonces si vuelve a llover el ciclo de afectación vuelve a arrancar y así sucesivamente hasta que la tendencia de lluvia de la zona disminuya. Ante esta situación la solución mas efectiva es multiplicar los frentes de trabajo para lograr mayores avances durante los momentos del día que se puede trabajar. Esto naturalmente genera un sobrecosto al CONTRATISTA por mayores costos de stand-by de equipos y de personal. (...)”.*

A continuación de la explicación anterior el experto hace una relación de las aclaraciones específicas del fenómeno lluvioso en cada una de las actividades del proyecto –apertura del derecho de vía, transporte y acopio de tubería, lastrado, tendido, doblado, winchado, soldadura, revestimiento, zanjado, etc., -todo lo cual debe ser objeto de valoración arbitral al momento de decidir el punto en controversia- aspecto sin embargo difícil, al observar que el perito concluye que *"sí se presentó una afectación"* pero que *"los documentos son deficientes en su información y no cuantifican el impacto para determinar la afectación real sobre el proyecto"*. (Cuadernillo No. 4, de la Pericia Técnica, respuesta a la pregunta No.2.5.2.)

Por su parte, diversos declarantes ante el Tribunal se manifestaron sobre el tema y dentro de ellos vale destacar:

El Ingeniero Rubén Darío Fuenmayor Ortigoza, funcionario del CONSORCIO por Confurca manifestó:

*"(...) Otro de los factores que nos afectó mucho, y en particular fue en todo el proyecto, pero también en esa zona, fue el fenómeno de la Niña, de las lluvias constantes, que ocasionaban muchos derrumbes, a veces nosotros pasábamos hasta dos días en poder levantar un derrumbe y llegar de nuevo al sitio de trabajo, inclusive nosotros siempre tuvimos maquinaria para mantenimiento de esas vías y cuando se estableció la emergencia, se estableció una emergencia ambiental en la zona, el Consorcio invirtió también grandes cantidades de dinero y maquinaria en construcción de alcantarillas que no tenían que ver nada con el tubo sino en la zona, inclusive se compraron una bombas para el acueducto de Piedecuesta, etc., contribuimos en varias cosas.... (Pág. 167)"*

En el mismo sentido y con idéntica vinculación con la Convocante, el Ingeniero Ramón Marzo González se expresó así sobre el particular en su declaración:

*"(...) DR. CUBEROS: Es de público conocimiento la época de lluvias especialmente importante que afectó el País en esa época, y así fue reconocido incluso por Transoriente en uno de los otros sin necesidad de que ustedes cumplieran los requisitos para acreditarlo, pero usted nos explicaba también en la diligencia que realizamos a lo largo del gasoducto que ustedes tenían la libertad de trabajar en un sitio o en otro, ustedes tenían una obligación de resultado final, cuando las lluvias aparecían ustedes no tenían la posibilidad de trasladarse, este clima está terrible por el lado de... entonces vámonos por el lado de Bucaramanga por decir cualquier cosa, si no tenían una ruta..."*

*SR. MARZO: La posibilidad existía, se podía hacer, lo que pasa es que técnicamente y operativamente eso no es práctico porque los accesos al derecho de entrada y al acceso de vía también estaban restringidos, no se podían hacer accesos nuevos, tenían que ser los existentes, entonces a lo mejor mover una maquinaria en esas condiciones de lluvia para sacarla y meterla por el otro sitio podía ser más traumático que esperar que pasara la lluvia o que los efectos de la lluvia se mitigaran un poco, se drenara, se pudiera trabajar, que hacer el movimiento y cambiar de sitio.*

*Eso también hay que entender que es complicado porque el personal se contrataba por veredas, el personal no calificado trabajaba de acuerdo a las veredas y a los comités de empleo de la zona, a lo mejor usted se movía para otro sitio donde no estaba lloviendo tanto en ese momento, que es la pregunta, y no tenía gente contratada en esa zona, tenía que empezar a buscarla porque la vereda era otra, yo no podía moverme con la gente de un sitio a otro tan fácilmente. Había la libertad y si se podía en algunos casos lo hicimos, donde hubo un daño por agua que a lo mejor la reparación debió haber sido parar las actividades por mucho tiempo, por ejemplo, si se iba a soldar se prefería hacer la limpieza de todo lo que la lluvia afectó y los soldadores se movían a otro sitio para darle cabida de trabajo a ellos mientras se corregía el daño causado por la lluvia pero cosas puntuales, en actividades puntuales, no todo el frente era fácil moverlo..." (Pág. 68)*

*"(...) DR. MEZA: Su tramo en particular se vio afectado por el fenómeno de La Niña y cuáles eran las consecuencias si fue así?*

*SR. MARZO: Sí.*

*DR. MEZA: Hago la pregunta porque fue un trayecto de 171 kilómetros y no podría decir que en un tramo no llovió y en otro sí, no sé.*

*SR. MARZO: Sí afectó, la zona sobre todo de Cristales, la zona intermedia que es lo que llamábamos el sector II del tramo II, fue afectada muy fuertemente porque llovía mucho, era una zona entre dos montañas donde se acumulaba todas las nubes y acumulación de bajas presiones del día y llovía muchísimo en las noches y en el día, era una sola vía de acceso, una sola carretera que los mismos estudios indicaban que eran zonas inestables, ese video por ejemplo pertenece a esa zona, al haber tanta precipitación se venían todas esas laderas de montaña que no tienen estabilidad, esas son carreteras muy mal hechas, urbanas, de segunda, para comunicar simplemente las fincas, esa zona básicamente sirve para que los finqueros suban y bajen sus productos de mora y otras cosas que cultivan allá, y no están hechas para esos niveles pluviométricos, se deterioraban mucho y nos constaba mucho no solamente el*

*efecto de la lluvia sino reponerla al día siguiente o los días siguientes para volverla a hacer transitables, volver a llevar recebo, volver a acomodarlas, que la comunidad tuviera tranquilidad que sus cosechas bajaban para que pudiéramos tener continuidad con la labor constructiva.*

*Adicionalmente esas laderas cuando se deslavaban les dañaban sus acueductos, eso nos acarreaba por supuesto todas las culpas, aunque fuera La Niña o no eran del Consorcio y nosotros en aras de ayudarlos colaborábamos con limpiarles, hacerles filtros, lavarles otra vez sus tomas de agua, donarles mangueras nuevas cuando se tapaban por los lodos, incluso donamos durante el fenómeno de La Niña a la Alcaldía de Floridablanca, no recuerdo si fueron 800 galones de un producto que se llama un precipitante, que eso se usa en las plantas de tratamiento de agua para que los sólidos precipiten y el agua limpia quede arriba porque producto del fuerte invierno toda la Alcaldía de Floridablanca, que está mucho más abajo, todas esas aguas llenan esos acueductos, al verse arrastrado por esos sedimentos perjudicaban a la ciudad y les donamos creo que eran 800 galones de producto para que ellos trataran las aguas, pero afectaban totalmente los rendimientos y la manera de trabajar... "(Págs. 98-99)*

La parte Convocante aportó al proceso un dictamen rendido por diversos profesionales dentro de los que se contaba la Ingeniera Liliana Estrada Parías, quien adicionalmente fue citada como testigo al Tribunal y en su exposición manifestó:

*"(...) SRA. ESTRADA: Acá están las lluvias en período normal, unos incrementos, digamos que esta es la variación en colores, los incrementos por encima de lo normal y cuando están muy elevados, es decir, cuando están sometidos a fenómenos como el fenómeno de La Niña, que son pluviosidades mayores a lo esperado encontramos puntos como este en que si vemos aquí sí un poco la tendencia es porque tenemos ya condiciones doblemente desfavorables, es decir: aparece roca y aparece un período de lluvia muy alto, eso hace que también los rendimientos sean mucho más bajos. Y acá tenemos unos incrementos mayores en la parte de logística..."*

Por su parte, el Ingeniero Ulises Cruz Osorio, "dueño de la empresa Obras Montajes y Consultoría Ltda." según su propio dicho, quien fue sub contratista de la Convocante para algunos de los contratos del trabajo objeto de controversia, manifestó sobre el tema:

*"(...) DR. MEZA: Igualmente el testigo anterior, el director de la interventoría, afirmó, y me corrige el Presidente, que el consorcio siempre o en algunas oportunidades se amparaba en el tema de la lluvia para no seguir ejecutando las actividades de construcción, y él afirmó que muchas actividades o algunas*

*actividades se podían hacer incluso con lluvia, eso es cierto, en su experiencia y en la construcción de sus ocho kilómetros?*

*SR. CRUZ: Voy a hablar de mis ocho kilómetros, en mis ocho kilómetros era muy difícil trabajar con lluvia puesto que nosotros estábamos trabajando en pendientes de más de 45 grados, más de 30 grados, todo el trabajo de nosotros se hizo en pendientes de más de 30 grados, luego eso era imposible trabajar con lluvia porque no podía acceder ni maquinaria, ni equipo, ni personal a las áreas del derecho de vía, por lo menos dentro del tramo que a nosotros nos tocó no.*

*Nosotros teníamos variaciones en la elevación de 1.200 metros en la altura, entre el punto más bajo y el punto más alto había 1.200 metros de elevación y en esos aproximadamente ocho kilómetros nosotros arrancábamos de un sitio que se llamaba Alto de Santa Inés, bajábamos al Río Sararito, y en esa situación de bajar era 1.200 metros que había en un tramo de menos de 200 metros, era prácticamente vertical y así era básicamente todo lo que nosotros hicimos, lo que hicimos fue arrancamos, bajamos, volvimos a subir y volvimos a bajar, con lluvia era imposible, además que él desconoce seguramente algunas normas de seguridad industrial que no permiten que se trabaje en lluvia, uno no puede exponer la gente trabajando en áreas abiertas que caiga un rayo, cosas de esas, son normas de seguridad industrial.*

*DR. CUBEROS: El señor de interventoría a quien se refiere el doctor Meza dijo: si no se podía trabajar en campo había otras actividades que se podían hacer mientras tanto, qué otras actividades, si usted tiene una cuadrilla en sus ocho kilómetros y está lloviendo, qué otro tipo de actividades, que no sean constructivas, podría usted desarrollar?*

*SR. CRUZ: Lo único que yo podría ponerlos era lo que hacían, jugar cargas en algún campamento porque no había nada, las actividades todas eran en sitio, o usted está soldando, o usted está excavando, o usted está abriendo derecho de vía, o está tapando, pero no había otras actividades que usted pudiera hacer en ningún sitio, la gente lo único que hacía era guarecerse, si la lluvia era en el momento del trabajo, cuando empezaba a trabajar, la gente lo que hacía era extender un caucho, un plástico y hacer un cambuche y que darse ahí a esperar que escampara, no había nada más que poder hacer, eso sería diferente si uno tuviera otras actividades en un taller o en unas cosas donde uno pudiera poner a hacer, pero yo por lo menos dentro del tramo que a mí me tocó no tenía ninguna actividad que yo pudiera hacer, ninguna.*

*DR. CUBEROS: Señor Procurador.*

*DR. BRASBI: Es para claridad respecto a dos respuestas sobre el mismo tema, en una pregunta que le hizo el apoderado del consorcio respecto al tema de lluvias, entendí que usted había dicho que cuando estaba lloviendo ustedes no podían realizar ninguna labor y que tendían un plástico y los trabajadores se quedaban ahí, pero ahora en una respuesta al apoderado de Transoriente entendí, o no sé si entendí mal, que usted manifestaba que sí podían avanzar en algunas actividades, quisiera que nos aclarara si cuando llovía sí se podía hacer algo o no se podía hacer nada.*

*SR. CRUZ: Si la lluvia era muy fuerte no se podía hacer nada, si la lluvia era llovizna así trabajábamos hasta donde humanamente era posible, pero si la lluvia era muy fuerte no se podía hacer nada, nuestro afán era terminar la obra, con lluvia o sin lluvia, pero cuando las lluvias son muy fuertes y usted está en áreas descampadas no puede exponer la gente porque están los rayos, están todas esas cosas, nosotros no podíamos hacer otras actividades porque las actividades que hacíamos eran intrínsecas en el sitio, qué transportáramos cosas sí, el chofer iba a pamplona lloviendo o no lloviendo y traía cemento, porque lo traía en un camión carpado, una actividad de esas sí la podía ejecutar, pero ejecutar en obra, había veces que cuando amanecía, lo que llama usted que es una lluvia suave se trabajaba, pero cuando era muy fuerte no se podía.*

*No sé si ustedes recorrieron el lugar, por ejemplo por el lado de Mirolindo las pendientes de 60 grados o más, cómo puede una persona caminar por una pendiente de esas lloviendo, eso es imposible, si así no más que no llueva vaya, transite a ver si es tan fácil transitar, si puede hacerlo caminando normalmente, no se puede hacer, esa es la claridad.*

*(...) SR. CRUZ: hubo otro factor que influyó también bastante, fue el efecto de La Niña, todos sabemos que el fenómeno de La Niña transcurrió en el segundo semestre del año 2010 y el primer semestre del año 2011.*

*Había días que amanecía lloviendo y escampaba a las tres o cuatro de la tarde, a esa hora ya no podíamos trabajar porque teníamos otras limitaciones, por ejemplo, nosotros no podíamos estar en el área sino hasta las 5 de la tarde, por ser una zona roja, entonces el ejército no permitía que nosotros estuviéramos sino hasta las 4:30, 5 de la tarde en el área, básicamente ese problema de haber aparecido roca que no estaba presupuestado dentro de lo que nosotros contratamos, y que claramente el cliente había definido que no había, en este caso el cliente Transoriente que fue el que entregó los planos porque la información que nosotros recibimos fue la misma información que Transoriente le entregó al consorcio, nosotros no teníamos ninguna forma de*

*ver la situación, eso es lo que sucedió básicamente en el contrato que tuvimos.* (Subrayas del Tribunal).

Otro de los sub contratistas del CONSORCIO para el mismo proyecto, el señor Rafael Alfonso Durán Peña, propietario de Industria El Zuta, señaló sobre el particular:

*"(...) SR. DURÁN: Sí. Ahí se ve cómo era la lluvia, lo climático, cuando llovía era impresionante trabajar, era mucha el agua, las máquinas quedaron para nada, vidrios no le quedaron ninguno bueno, después tocó comprarle, cada vez, cada quince días tocaba comprarle vidrios, tener los operadores, por encima entraron piedras, casi se mata un operador".*

En el mismo sentido se manifestó el Ingeniero Óscar Mauricio Rodríguez, de la firma MR Ingenieros, otro de los sub contratistas del CONSORCIO para las obras del Gasoducto, quien sobre este particular señaló:

*"(...) DR. MEZA: Durante la ejecución de su tramo de siete kilómetros tuvo usted particularmente o se vio afectado por el fenómeno de la lluvia también?*

*SR. MORENO: Sí, toda esa zona sufrió de lluvias, permanentemente hubo lluvias pero nosotros intentábamos hacer carpas, contingencias, campamentos que nos permitieran ir laborando, había días físicos donde no podíamos trabajar, pero otros días asumíamos riesgos altos y tomábamos a veces con la gente de HCD donde poníamos por ejemplo la retroexcavadora amarrada por medio de una guaya a un muerto, amarrada por medio de la guaya al bulldozer para poder garantizar que hubiera un... seguro de la máquina y no atrasarnos tanto porque las lluvias impactaban también".* (Pág. 37)

También sobre el tema de las lluvias se pronunció el Ingeniero del CONSORCIO Gustavo Alberto Marcano Rizzo, quien al respecto señaló:

*"(...) Otra circunstancia que nos afectó bastante fue el hecho que la lluvia en ese entonces cuando estábamos en pendientes muy elevadas nos impedía que el rendimiento fuera el óptimo y el adecuado, llovió mucho, bastante, fue un período de si nos llovía en la noche nos afectaba en el día, si nos llovía en el día nos afectaba... (...) (Pág. 24)*

*"...) SR. MARCANO: El impacto desde... la lluvia, si no era uno era otro y todos impactaron... el fenómeno de lluvia fue constante, fue en todos los sectores y fue permanente, como bien lo expliqué y lo dije anteriormente a veces no llovía en el día pero acababa de llover a las 5 de la mañana y la maquinaria en esas pendientes no la podía mover porque tenía que esperar que escurriera*

*un poco y si a media mañana volvía a llover podía afectarle y completamente perdía el día, con respecto a la lluvia. (...)"(Pág. 36)*

Finalmente, las dificultades generadas por la lluvia las destaca también el representante legal de la Convocante, Ingeniero Javier Enrique Escobar Medina, quien en su interrogatorio manifestó:

*"(...)DR. CUBEROS: Pasemos a otro tema, el tema lluvias que se otro de los argumentos de ustedes para haber cambiado los PDT y para justificar unos costos, etc., desde luego fue reconocida como fuerza mayor, etc. Fueron en toda el área de los trabajos, en los 170 kilómetros, y fue más o menos constante durante todo el tiempo?*

*SR. ESCOBAR: Correcto, hubo intensidad de las lluvias por encima de lo normal, pero después hubo lluvias constantes, quizá por debajo de lo normal pero constante y eso igual afecta, fuera de las temporadas de lluvias normales que suceden anualmente, en el último semestre del año 2010 tuvimos presencia de lluvias por el fenómeno de la Niña, bajó un poco la intensidad y continuó en el 2011 hasta el primer semestre casi completo, nosotros terminando la obra ya la línea regular todavía seguía lloviendo, aunque no con las intensidades cuando estaba realmente fuerte el fenómeno de la Niña, eso ocasionó una cantidad de problemas de bajos rendimientos fuerte. (...) (Pág. 9) (Subrayas del Tribunal)*

*(...) DR. CASTAÑEDA: Pregunta No.10.- Diga cómo es cierto sí o no, que el Consorcio conocía de los efectos del fenómeno de la Niña al momento de suscribir el otrosí No.2?*

*SR. ESCOBAR: No, el fenómeno de la Niña fue otro evento diferente al primero.*

*DR. CUBEROS: La pregunta es puntual, el Consorcio conocía del fenómeno de la Niña en el momento de suscribirse el otrosí No.2, es que el otrosí No.2 se refiere a las lluvias.*

*SR. ESCOBAR: Para suscribir el otrosí 2 conocíamos el efecto causó el primer fenómeno porque hubo dos fenómenos de la Niña.*

*DR. CUBEROS: Explíquese por favor.*

*SR. ESCOBAR: Hubo un fenómeno el último semestre del año 2010, por esa razón fue que solicitamos la extensión del tiempo, por cierto solicitamos tres meses y sólo nos dieron un mes, después en el primer semestre del año 2011*

se volvió a presentar el fenómeno de la Niña con otras condiciones. (...) (Pág. 15)

*(...)DR. CUBEROS: A lo largo de los documentos del proceso se habla del fenómeno de la Niña, pero para mí es primer conocimiento que tengo que la niña tenía 2 fases, por qué no nos explica un poco más cómo fue el tema del fenómeno de la niña en su opinión?*

*SR. ESCOBAR: No soy experto en eso pero por información.*

*DR. CUBEROS: Cómo fue el fenómeno de la Niña a lo largo de los trabajos, usted dice que hubo dos, o hubo uno, o fue uno largo y prolongado, cómo fue?*

*SR. ESCOBAR: En el último semestre del año 2010 apareció el Fenómeno de la Niña con unos incrementos en las precipitaciones por encima de lo normal, luego a finales bajó y ya a comienzo, por ahí febrero, marzo, volvió a iniciar, a intensificarse las lluvias por el fenómeno de la Niña, hubo un lapso que bajó las intensidades, luego se volvió a incrementar, de eso hay registro en la prensa.*

*DR. CUBEROS: Pero genéricamente se denomina el fenómeno de la Niña y punto, o tiene fases o tiene una identificación?*

*SR. ESCOBAR: Yo diría que fases porque llovió con intensidad, bajó y luego ameniza otra vez en el año 2011, en el primer semestre. (...)” (Pág. 18). (Subrayas del Tribunal).*

Las reclamaciones sobre lluvias no fueron novedad para Transoriente, ante quien se surtieron diversas quejas sobre el particular, cuyas consecuencias deben ser determinadas por el Tribunal.

Por ejemplo, en el Acta No. 135 de Junta Directiva de Transoriente correspondiente al 1 de diciembre de 2010 se lee:

*“4.1. Impacto del Invierno: Se informa a los asistentes que el fuerte invierno está generando parada de aproximadamente el 50% del tiempo laborable, retrabajos por daños en actividades como zanjas y recomposición, reprogramación de actividades en general por bajos rendimientos ante terrenos de difícil tránsito, derrumbes en varios sectores de las vías por donde transitan los equipos y el personal y problemas en el transporte del personal desde los municipios hasta los sitios de trabajo. Estos eventos contingentes producidos por las fuertes lluvias, vienen generando atrasos representativos en varias actividades y en varios frentes de trabajo, que implican*

*necesariamente una reprogramación del plazo de entrega, el cual se está analizando internamente con base en la solicitud presentada por el constructor. Con los análisis realizados hasta el momento se podría inferir que el plazo final de entrega del gasoducto operativamente estaría entre los meses de marzo y abril de 2011... "(C.P. No. 60 Folios 68 y 69).*

El 19 de diciembre de 2010, esto es, casi a continuación del informe presentado a la Junta de Transoriente y precedentemente transcrita en forma parcial, se suscribió entre las partes el Otrosí No. 2, el cual tuvo por objeto, en resumen, lo siguiente:

- i. Reconocer de mutuo acuerdo, sin otros requisitos, ni condiciones, el acaecimiento de una fuerza mayor fundamentada en "*los derrumbes, inundaciones y destrucción de vías, ocasionadas por el imprevisible, irresistible, inusitado y prolongado período de lluvias que viene presentándose en el país*" (Consideración No. 5);
- ii. Pactar como consecuencia de lo anterior unas nuevas fechas para los hitos contractuales, así:
  - Hito de terminación mecánica: 20 de enero de 2011
  - Hito de terminación definitiva: 20 de abril de 2011.
- iii. Adoptar un mecanismo transitorio para la discusión de las reclamaciones existentes entre las partes, el cual se relaciona en el artículo quinto, previéndose que si de allí surgieren diferencias, "*se procederá de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 3 de la cláusula 12 del Contrato*".

De esta manera, por mutuo acuerdo se prorrogaron por un mes más las entregas de los hitos mecánico y definitivo, aparentemente sin consecuencias adicionales, por lo que habría quedado inhibido el Consorcio de reclamar sobre costos o gastos por el fenómeno invernal –hasta diciembre 19 de 2010- y Transoriente de reclamar por el no cumplimiento de los plazos anteriores –hasta 20 de enero y 20 de abril de 2011-.

Se dice que "*aparentemente*" y que "*habría quedado inhibido el Consorcio de reclamar*", pues a pesar de no haberse pactado aquí consecuencias derivadas de tal fuerza mayor, la Sección 3.04 del mismo señaló que las fechas contempladas "*no implicarán renuncia a las reclamaciones existentes entre las partes que pudieran existir hasta la fecha*" y posteriormente, en el Otrosí No. 5, sección 3.06 se pactó: "*Las fechas de Hito de Terminación Mecánica y de Hito de Terminación definitiva establecidas en el Otrosí No. 2 son objeto de reclamación por parte del Consorcio, por lo que las fechas pactadas en este Otrosí se hacen por el interés común de las partes de terminar el proyecto*".

Por consiguiente, aunque en el aludido documento nada se pactó respecto a modificación de las condiciones económicas derivadas de tal ocurrencia, como se deriva del texto del Otrosí en comento, el Tribunal tendrá que considerar que el Contratista se reservó el derecho de reclamar sobre las nuevas fechas pactadas en razón del impacto derivado de la fuerza mayor en cuestión.

Entonces, no se requiere probar en el proceso tal fenómeno, relativo a las lluvias presentadas hasta dicha fecha, pues se trata de algo reconocido y aceptado por ambos contratantes, pero si deberá determinarse el impacto que ello produjo en la fijación de las fechas allí contenidas.

Bajo esa óptica deberán entonces revisarse las probanzas arrimadas al proceso sobre tal situación.

No obstante haberse aceptado la ocurrencia de fuerza mayor para el segundo semestre de 2010, según el texto del Otrosí comentado, también está probado dentro del proceso que el fenómeno de las lluvias anormales continuó más adelante, durante el primer semestre de 2011.

En efecto, en cuanto al primer semestre de 2011 resulta pertinente citar la comunicación del Presidente de Transoriente a la representante legal del Consorcio fechada el 7 de abril donde se pronuncia sobre las precipitaciones registradas en el mes de febrero de 2011 que habrían sido reclamadas por la entidad constructora como constitutivas de fuerza mayor y respecto a las cuales en dicha carta se lee:

*"...Ahora bien, durante todo el mes de febrero y hasta el 29 de marzo de 2011, no se recibió comunicación alguna por parte del Consorcio, haciendo referencia al acaecimiento de un evento constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito; por lo tanto, nos encontramos ante un aviso extemporáneo efectuado mediante la carta de la referencia, lo cual constituye per se en un incumplimiento contractual que se suma a la larga lista de violaciones al contrato por parte del Consorcio.*

*Si en gracia de discusión, entre el 24 de febrero al 2 de marzo de 2011, se perdieron más de 121 horas de trabajo en los diferentes sectores del tramo 1, como lo afirma el Consorcio en la comunicación, debió habernos comunicado dicha situación a más tardar el 9 de marzo y no el 30 del mismo mes, cuando ya se le habían impuesto multas por su incumplimiento..."*

En tal sentido, el dictamen pericial técnico alude a la intensidad de las lluvias "para los meses de mayo a diciembre de 2010 y 2011 (con excepción de agosto)" señalando que el número de días "superó el promedio del mismo período de 2009", agregando que "los años 2010 y 2011 presentan un aumento promedio del 22% en el número de días de

*lluvia*” y que “*el año 2011 presentó precipitaciones máximas de casi el doble de lo registrado en los años 2009 y 2010*”(Cuadernillo No. 4, del Dictamen Técnico, respuesta a la pregunta 2.5.2.).

Por consiguiente, estima el Tribunal que no es razonable que después de haber aceptado Transoriente reconocer la ocurrencia de fuerza mayor sin acreditación de los requisitos contractualmente exigidos, como ocurrió con el Otrosí No. 2, el Contratista haya reincidido en no tramitar en debida forma sus reclamos, como parece haber acontecido con esta segunda fase del Fenómeno de la Niña. Efectivamente, la situación anómala se habría prolongado aún más, pues en la reunión de Junta Directiva de Transoriente correspondiente al 8 de junio de 2011, que consta en el Acta 39, se señala:

*“Se presenta a los asistentes el resumen general de actividades desarrolladas a la fecha, las cuales reflejan un avance en la construcción del 97.9%. Con esto se sigue teniendo como fecha estimada para la terminación del proyecto el 31 de julio de 2011, no obstante los efectos de paradas de frentes de trabajo y atrasos que vienen produciendo las lluvias en los sitios donde actualmente se está trabajando”* (Cdno. de Pruebas No. 60 Folios 492 y 493) (Subrayas del Tribunal).

Lo anterior ratifica que la propia Transoriente reconocía el hecho y consecuentemente, el impacto continuado del mismo en la ejecución de los trabajos a cargo del Contratista.

Entonces, soportado principalmente en el estudio relacionado al respecto por el perito técnico y contenido en el literal F de sus conclusiones a la pregunta 2.5.2 de las aclaraciones y complementaciones del cuestionario de la convocante, quedan claros varios puntos para el Tribunal:

- Que el Fenómeno de la Niña en efecto existió y afectó la ejecución de los trabajos;
- Que ciertamente la exagerada pluviosidad tuvo dos fases, una ocurrida hasta finales de 2010 y la segunda, ocurrida durante el 2011 y que habría afectado la ejecución de los trabajos hasta la fecha de toma de control del proyecto por parte de Transoriente;
- Que la primera de las fases aludidas fue reconocida como fuerza mayor por mutuo acuerdo, pero reservándose el Consorcio el derecho de reclamación sobre las fechas de los hitos de terminación previstos en el Otrosí, lo cual significaría inconformidad o con la brevedad de la prórroga o con los efectos económicos de la misma;
- Que el perito técnico estimó que fueron 31 los días adicionales de lluvia, comparando el evento con los días lluviosos de 2009;

- Que por tanto, habiéndose prorrogado los hitos de terminación por un mes en el Otrosí No. 2 con respecto a las fechas que quedaron pactadas en el Otrosí No. 1 (20 de diciembre de 2010 a 20 de enero de 2011 y 20 de marzo de 2011 a 20 de abril de 2011), con dicha prórroga quedan compensados los efectos causados en el proyecto por la primera fase del Fenómeno de la Niña;
- Que durante la segunda fase –enero a agosto de 2011- persistió el fenómeno y que parte del mismo fue válidamente rechazado por Transoriente en lo referente a las lluvias del mes de febrero, por no haberse tramitado en debida forma el reclamo de la fuerza mayor;
- Que no obstante, el perito técnico señaló que durante este período (2011) la afectación de los trabajos fue del orden de 25 días por cuenta de la fuerza mayor aludida;
- Que en total y otra vez según el perito, las afectaciones durante los años comentados -2010 completo y 2011 parcial- fueron del orden de 56 días de lluvia adicionales que además de su efecto en el plazo, deben surtir consecuencias en el ámbito económico;

Entonces, circunscribiendo los efectos adversos de las lluvias anormales a la época del contrato, concluye el Tribunal que el contratista se vio afectado por el fenómeno en mención, afectación que debe concretarse en veinticinco (25) días más de plazo para la ejecución del contrato, término desde luego enmarcado en las afectaciones generales a que aludió el perito técnico en la respuesta 3.1. a las aclaraciones pedidas por la Convocante.

#### 8.7. Derechos de vía y derechos de paso

La octava pretensión principal declarativa apunta a una declaratoria de incumplimiento de Transoriente en su deber de garantizar el derecho de paso para lograr una construcción ininterrumpida de las obras.

La cláusula primera de la oferta, sobre definiciones, señaló en su numeral veinte:

*"...DERECHOS DE PASO O DERECHO DE VÍA: Serán los derechos necesarios respecto de tierras que permitan adelantar los trabajos para la construcción del Gasoducto en el Derecho de Vía y que estará conformado por una franja de ancho específico para cada proyecto..."*

Por su parte, la cláusula diecinueve del mismo documento previó:

*"... 19º.- DERECHO DE PASO Y/O ZONA DE SERVIDUMBRE.- TRANSORIENTE negociará, oportunamente y pagará a su costo las zonas de*

*servidumbre, derechos de uso, de paso, permiso de cruzamiento para el nuevo Gasoducto con la debida oportunidad y de acuerdo con la información contenida en las fichas prediales del Proyecto..."*

Es claro entonces que se trataba de una carga contractual de Transoriente y queda por dilucidar la significación y alcance de las expresiones "*oportunamente*" y "*debida oportunidad*", que desde luego no fueron definidas en el contrato, pero que deben entenderse en su sentido natural y obvio, tal como lo establece la legislación civil. En ese sentido debe entenderse que la noción de oportunidad alude o bien a la iniciación de los trabajos, lo cual desde luego, sería exagerado si se hiciera referencia a la totalidad de los predios ubicados a lo largo del trazado del Gasoducto, pero sí sería razonable y necesario entender que esa "*oportunidad*" estaba directamente relacionada con el momento en que el constructor debiera adelantar sus trabajos en el área respectiva. No es de recibo, por consiguiente, que se señale que el constructor tenía la libertad de desplazar en cualquier momento su personal y sus equipos a otra zona cuando encontrara obstáculos o dificultades derivados de los derechos de vía, de paso, o de servidumbre, pues teniendo el Consorcio constructor unos hitos fijos predeterminados y unos PDT que pretendieron ser estrictos, no tenía por qué estar sujeto a encontrarse sobre la marcha con sorpresas en la negociación de dichos derechos, lo cual constituye por tanto, un incumplimiento del Contratante.

Ya se vio anteriormente, en el análisis probatorio de los realineamientos, que el abogado Álvaro Hernández, funcionario de Transoriente encargado de la gestión predial, reconoció que cuando se inició el proyecto "...No, todo no estaba negociado..." y que previamente a la iniciación del contrato sólo estaba negociado "...No sé, un 60, 70%...", resaltando más adelante, las dificultades surgidas con Ecopetrol al respecto por el Oleoducto Caño Limón Coveñas.

Lo anterior fue corroborado por el Ingeniero Marzo, del Consorcio, también citado anteriormente y por el Ingeniero Escobar, representante legal del Constructor, también ya citado con amplitud.

Entonces, según el análisis precedente, es nítido que ciertamente se presentaron diversas interrupciones en los derechos de vía y de paso que afectaron al contratista debidos principalmente a que Transoriente no cumplió con su deber contractual de negociar completa y oportunamente las servidumbres necesarias para garantizar los derechos de vía y los derechos de paso, por lo cual esta pretensión está llamada también a la prosperidad, aunque puedan hacerse al Consorcio imputaciones diferentes –que el Tribunal considera menores con respecto a lo anterior- referentes principalmente a deficiente manejo de las comunidades en el ámbito de la gestión social del proyecto, tarea que sí era a cargo del Consorcio.

#### 8.8. La mala fe endilgada a Transoriente

Aunque dada la prosperidad anunciada de las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y octava, no hay lugar a pronunciarse sobre las respectivas subsidiarias de cada una de ellas, el Tribunal aprovecha lo pedido en la pretensión novena para referirse a dichas subsidiarias.

La parte convocante adoptó en su demanda casi que una muletilla al pedir como pretensión subsidiaria de varias principales "...*Que se DECLARE que TRANSORIENTE violó el deber de buena fe...*". En la novena principal declarativa pide específicamente, como se señaló en la parte inicial del presente Laudo "...*Que se DECLARE que TRANSORIENTE, contrario a su deber constitucional y legal, actuó de mala fe con relación al CONSORCIO en la etapa precontractual y contractual...*".

La parte convocante, a cuyo cargo estaba la prueba respectiva de lo alegado, no probó en el proceso que hubiera habido mala fe por parte de Transoriente y esa conducta tampoco se vislumbra ni en los documentos, ni en las declaraciones, ni en ninguna otra prueba arrimada al expediente.

En otro acápite del presente Laudo se esbozan algunas consideraciones teóricas sobre la buena fe y correlativamente sobre la mala fe, soportando la primera en las presunciones legales correspondientes y exigiendo para las segundas las pruebas pertinentes.

Estima el Tribunal que la actuación de Transoriente y de sus directivas fue legítima, pues de buena fe creyeron en una información que les fue suministrada por otros contratistas, que a todas luces parecía suficiente y eficiente para lo que con ellas se perseguía y sobre esa base abrieron los concursos, celebraron el contrato y adelantaron el proyecto.

Aunque es habitual que se relacione el deber de información con la exigencia de buena fe que debe presidir las relaciones contractuales, aquel no es condición necesaria de ésta, máxime si se tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 768 del Código Civil cuando establece:

"Artículo 768.— (...) **Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe.** (...)"(resaltado del Tribunal).

Ya ha reseñado el Tribunal en otros apartes de este Laudo que en su criterio, Transoriente erró de buena fe al confiar en la información que poseía y a su vez trasladarla al Contratista, de lo cual es responsable.

Cosa diferente es que esa información –extrañamente- hubiera resultado errada, aún en los mismos puntos donde se hizo verificación durante el proceso constructivo, lo cual desbordó la diligencia con que actuó Transoriente al recaudarla y suministrársela, pero se trata desde luego, de un comportamiento que no está llamado a evaluar ni a juzgar el

presente Tribunal. Por consiguiente, no prosperará la declaración de mala fe pretendida, ni para las pretensiones subsidiarias señaladas, ni para la novena principal arriba transcrita.

#### 8.9. Afectación de los plazos por hallazgo de roca, información errada sobre línea regular, diseño defectuoso del trazado, incumplimientos en el derecho de vía y fuerza mayor.

Las pretensiones décima y décima primera principales declarativas buscan que el Tribunal declare que los plazos inicialmente previstos se vieron afectados por hechos imputables a Transoriente –hallazgo de roca, suministro de información errada sobre línea regular, diseño defectuoso, incumplimientos en el trámite de derecho de vía- y por hechos ajenos a las partes, como las precipitaciones pluviales anormales, constitutivos de fuerza mayor.

En este sentido el perito técnico explicó al Tribunal el concepto de construcción en línea regular y construcción en línea especial en los siguientes términos:

*"(...) La definición de Construcción de Línea Regular en cuanto a un tendido de tubería, se refiere al transporte de fluidos líquidos o de gas, y es una actividad en la cual el tendido normal de la tubería, ya sea sobre la superficie o bajo el suelo, se realiza con procedimientos constructivos de secuencia regular, con rendimientos determinados. (...)"*

*"(...) La definición de Construcción en Línea Especial, se refiere a la suspensión de la construcción de la Línea Regular para adecuar el terreno mediante obras de ingeniería para poder continuar el tendido de la tubería, ya sea por un accidente topográfico insalvable para las especificaciones técnicas, una inestabilidad geológica, una corriente de río, un servicio público, una vía, una exigencia ambiental, en fin circunstancias normales en la construcción en este tipo de obras. (...)"* (Cuadernillo No. 3 del Dictamen Técnico, Pág. 16).

En armonía con lo anterior el experto concluyó que la *"afectación por presencia de roca en vez de suelo, resulta un atraso aproximado de 162 días"* (Cuadernillo de respuestas a las aclaraciones solicitadas por la convocante), lo cual corrobora la razonabilidad de las pretensiones en comento.

A idéntica conclusión llega el perito cuando valora el impacto de la presencia de roca para los rendimientos del proyecto, señalando en sus conclusiones ante una solicitud de aclaración y complementación de la convocante:

#### ***"(...) Conclusiones:***

- i. Hay coincidencia entre los valores promedio de rendimiento diario en suelo medidos en campo y los estimados por el CONTRATISTA en su*

*oferta para la actividad de Apertura de Derecho de Vía. Los valores promedio medidos en campo dan un resultado de 233 m/días, mientras que los rendimientos estimados eran de 211 metros / día. Esta comparación confirma que en promedio el contratista logró los promedios de avance en suelo estimados en su oferta.*

- ii. Ante la presencia de roca el rendimiento medido en campo fue de 135 metros/día para la actividad de DDV, es decir, 98 metros/lineales menos de lo obtenido en suelo.*
- iii. Al considerar la longitud total del gasoducto y aplicar los rendimientos promedios descritos en los puntos anteriores, se obtiene que la afectación por presencia de roca en vez de suelo, resulta en un atraso aproximado de **162 días**.*
- iv. Al comparar los valores de rendimiento de avance para la actividad de Apertura de Zanja en suelo SI hay coincidencia entre los valores reportados en campo y los estimados por el CONTRATISTA en su oferta. Los primeros reportan un avance promedio de 187 metros/día y lo proyectado por el CONTRATISTA era de 200 metros/día.*
- v. Para el caso de la actividad de zanjado los rendimientos medidos en campo para suelo fueron casi el doble de los reportados para roca. (...)”* (Cuadernillo de aclaraciones y complementaciones del perito técnico al cuestionario de la convocante, -sin foliatura- acápite de conclusiones).

Como quiera que dentro de las pretensiones principales de la demanda de reconvenCIÓN se encuentra también lo relativo a los plazos del contrato y al alegado incumplimiento por el Contratista en los hitos del mismo, que éste considera justificado por las circunstancias aludidas, el Tribunal se ocupará en este acápite de analizar lo relativo a los plazos contractuales, sus modificaciones y su cumplimiento.

En efecto, de los documentos contractuales vale destacar que la oferta mercantil, base del contrato, estableció en su cláusula 12, "VIGENCIA DE LA OFERTA MERCANTIL, ACTA DE INICIO Y PLAZO DE EJECUCIÓN Y ENTREGA", lo siguiente:

*"(...) 4) PLAZO DE EJECUCIÓN. Para la ejecución del objeto del contrato que se forme, en el evento en que TRANSORIENTE acepte la presente Oferta Mercantil será máximo de Cuatrocientos Ochenta (480) días calendario para la construcción del gasoducto Gibraltar-Bucaramanga, contados a partir de la firma del Acta de Inicio de la Construcción, que suscribirán conjuntamente EL CONSTRUCTOR y el Representante de TRANSORIENTE. (...)”*

Más adelante, el parágrafo 1 hace alusión a los "*HITOS DE OBLIGATORIO CUMPLIMIENTO DENTRO DEL PLAZO MÁXIMO*", señalando:

*"(...) 1. Trescientos noventa (390) días calendario, contados a partir de la firma del Acta de Inicio de la construcción, para: La Terminación Mecánica del cien por ciento de la construcción de todas las obras objeto de la Oferta Mercantil, (...)".*

*"(...) Noventa (90) días calendario adicionales para: La terminación Definitiva, de conformidad con el cumplimiento de los requisitos exigidos para Terminación Definitiva (...)"*

A poco andar de la ejecución contractual, el 27 de julio de 2010, esto es, transcurridos casi once meses de ejecución contractual se suscribió entre las partes el Otrosí No. 1, que en el artículo 3 pactó lo relativo a la modificación del hito de terminación mecánica y del hito de terminación definitiva, señalando:

*"(...) Sección 3.01. La fecha del Hito de Terminación Mecánica a la que se refiere el ordinal 1 del parágrafo 1 de la cláusula 12 del contrato derivado de la Oferta Mercantil Aceptada será el VEINTE (20) DE DICIEMBRE DEL AÑO 2010.*

*Sección 3.02. La fecha del Hito de Terminación definitiva a la que se refiere el ordinal 2 del parágrafo 1 de la cláusula 12 del contrato derivado de la Oferta Mercantil Aceptada será el VEINTE (20) DE MARZO DEL AÑO 2011 (...)".*

Algo más de un año después de celebrado el contrato, las partes suscribieron un nuevo Otrosí, el número 2, a través del cual aceptaron la ocurrencia de fuerza mayor constituida por la ola invernal que afectó las áreas objeto de contratación, y como consecuencia de dicha calificación, como se señala en el Artículo 3, se estableció que el nuevo plazo para la terminación mecánica del ciento por ciento de la construcción de todas las obras, sería el "*VEINTE (20) DE ENERO DE 2011*" y que la fecha del hito de terminación definitiva sería el "*Veinte (20) De Abril De 2011*".

El Otrosí número 4 al contrato, suscrito entre las partes determinó en el Artículo 1, Sección 1.01:

*"(...) Artículo 1. SUSPENSION DEL HITO DE TERMINACIÓN MECÁNICA: A partir de la fecha de suscripción del presente acuerdo, el plazo para la entrega por parte de El Consorcio de la Terminación Mecánica, que de acuerdo con la Sección 3.01 del Otrosí No. 2, estaba prevista para el 20 de enero de 2011, se suspende en los siguientes términos y condiciones*

*Sección 1.01. Plazo de Suspensión: El plazo de suspensión estará comprendido entre el 21 de enero de 2011 y el 3 de febrero de 2011 (...)".*

Al responder preguntas del Tribunal sobre el particular, el perito técnico hizo en el cuadernillo No. 1, página 11, sobre este particular, el cuadro que a continuación se transcribe:

<b>Documento</b>	<b>Objeto</b>	<b>Fecha de Terminación</b>		<b>Plazo Total, Días</b>
		<b>Mecánica</b>	<b>Definitiva</b>	
Oferta Mercantil No. 002	Fijar Plazo de Ejecución	25/09/10	24/12/10	480
Otrosí No. 1	Ampliación Plazo	20/12/10	20/03/11	566
Otrosí No. 2	Ampliación Plazo	20/01/11	20/04/11	597
Otrosí No. 3	Mecanismo discusión reclamaciones (no hace referencia al plazo)			
Otrosí No. 4	Suspensión hito terminación mecánica (no hace referencia al plazo)			
Otrosí No. 5	Ampliación Plazo	15/04/11	15/07/11	683
Otrosí No. 6	Fórmula para terminación del proyecto (no hace referencia al plazo)			
Otrosí No. 7	Selección de Auditor (no hace referencia al plazo)			
Comunicación	Terminación Unilateral		11/08/11	710

Lo cierto, al final, fue que el contratista tampoco cumplió con los últimos hitos pactados y por ende, mucho menos con los previstos en el Otrosí No. 2, con la suspensión establecida en el Otrosí No. 4, que como se vio, parecen ser los que las partes de mutuo acuerdo – aunque no sin dificultades- terminaron conviniendo como consecuencia de las vicisitudes ocurridas en el proyecto.

Respecto los Otrosíes números 5 y 6 se referirá el Tribunal con más amplitud en el capítulo 9 del presente Laudo considerando que existen pretensiones específicas de Transoriente, como reconviniente relativas al incumplimiento de aquellos por parte de la convocante.

Finalmente, el 11 de agosto de 2011, Transoriente tomó control del proyecto para terminarlo por su cuenta, por lo que debe entenderse el tema de los tiempos del contrato desde diversas perspectivas: la primera, los tiempos “pacíficamente” convenidos, que serían los de la Oferta Mercantil y los Otrosíes 1, 2 y 4 y las extensiones “conflictuales”, que serían las de los Otrosíes 5 y 6, considerando que aunque en ellas se pactaron nuevos

plazos, los contratistas hicieron en sus textos expresas reservas de eventuales derechos de reclamación.

Una tercera etapa sobre este particular sería la post contractual, esto es, aquella que transcurrió a partir del 11 de agosto de 2011, fecha de ocurrencia de la toma de control del proyecto por Transoriente para la terminación del Gasoducto.

En el cuadernillo del perito técnico que contiene las preguntas formuladas por el Tribunal, página 37, se lee al respecto:

*"(...) Como conclusión al resumen sobre el estado del proyecto presentado en esta pregunta puedo conceptuar que a la fecha de toma de control del proyecto por Transoriente existía un gran número de actividades por corregir que eran necesarias para dar cumplimiento a las especificaciones del contrato y para dar cumplimiento a las obligaciones con entidades ambientales. Estas actividades pendientes no significaban una gran complejidad técnica pero si requerían dedicar una organización exclusivamente para su terminación debido a que por la ubicación de los mismos, a lo largo del gasoducto, y por ser un gran número su terminación requería un tiempo considerable. La terminación de estos pendientes requería un despliegue logístico, y por consiguiente, un costo significativo para ser realizados (...)"*

El Tribunal encuentra que ciertamente los tiempos de ejecución pactados tuvieron múltiples afectaciones por períodos que en conjunto resultan muy importantes, tal como lo resumió el perito técnico en la respuesta al punto 3. OTRAS de las respuestas a las solicitudes de aclaración y complementación formuladas por la Convocante, que por cierto no fue objetada y según la cual aquellas fueron:

<i>"No. Pregunta (Convocante)</i>	<i>Afectación</i>	<i>Días</i>
2.1.7.	<i>Mayor presencia de roca</i>	<i>162</i>
2.3.6.	<i>Ejecución de realineamientos</i>	<i>15</i>
2.2.5.	<i>Mayor cantidad de obras especiales</i>	<i>60</i>
2.4.2.	<i>Interrupciones en el derecho de vía</i>	<i>120</i>
2.5.2.	<i>Aumento de pluviosidad 2011 (sic)<sup>97</sup></i>	<i>31"</i>

Esto significa que los plazos originalmente estimados en el contrato y modificados por el Otrosí No. 1 deben adicionarse en 388 días, lo cual desbordaría con creces el momento en

---

<sup>97</sup> El año correcto citado en la respuesta del perito técnico según la pregunta a la que remite es 2010 y no 2011. En este cuadro el perito no está teniendo en cuenta los 25 días adicionales correspondientes a 2011, que constan en las conclusiones de la misma.

el cual TRANSORIENTE asumió el control del proyecto, 11 de agosto de 2011. De esta manera, en el momento de la toma de control, el contratista se habría encontrado dentro del plazo de ejecución.

Todo lo anterior tiene entonces, diversos significados o permite llegar a distintas conclusiones, así:

- Los plazos iniciales no se cumplieron para ninguno de los dos hitos;
- Algunas prórrogas a los mismos resultaron justificadas o aceptadas de mutuo acuerdo por las partes, y por ende, el término comprendido dentro de las mismas no es constitutivo de incumplimiento;
- Otras prórrogas, en cambio, se hicieron sin que ello implicara aquiescencia expresa de Transoriente sobre las causas que las motivaron o incluso, como ya se señaló, haciendo reserva expresa del derecho a reclamar y por consiguiente, el tiempo comprendido por ellas no implicó aceptación de un nuevo término, sino simplemente el reconocimiento de un hecho;
- Finalmente, desbordados los últimos plazos convenidos por consenso, el 11 de agosto de 2011 Transoriente tomó control de las obras sin que los trabajos estuvieran finalizados. Sin embargo, como según la tabla pericial precedentemente transcrita el término de afectación sería superior a un año, resulta que la toma de control aludida habría ocurrido cuando el Consorcio tenía aún derecho contractual para estar dentro de su plazo de ejecución, por lo que la decisión de la entidad contratante habría sido prematura, lo cual sin embargo se verá atenuado cuando se analicen las pretensiones de la reconvenCIÓN.

De conformidad con lo expuesto, los eventos señalados relacionados con hallazgo de roca, información errada sobre línea regular, diseño defectuoso del trazado, incumplimientos en el derecho de vía y fuerza mayor han quedado probados según lo arriba reseñado y por tanto, las pretensiones aludidas tienen vocación de prosperidad, pero en unos términos y condiciones bastante diferentes a las reclamadas por la parte convocante, lo cual se verá reflejado en el monto de las condenas respectivas.

#### 8.10. La buena fe del Consorcio

La décima segunda pretensión principal declarativa, busca que se declare que los integrantes del Consorcio ejecutaron el proyecto de buena fe hasta el momento y punto de su entrega, cuando el control del mismo fue asumido por Transoriente.

De acuerdo con lo analizado con respecto a los temas anteriores, es claro para el Tribunal que el Consorcio y sus integrantes se vieron abocados a unas circunstancias imprevistas

de hechos y actos de la más diversa índole que alteraron sus tareas y afectaron el proyecto.

No se ve por parte alguna intención dañosa en éstos por acción o por omisión y por tanto, aunque no sería necesaria una declaración específica de buena fe por constituir ésta siempre una presunción legal, tratándose de una pretensión principal dentro de un proceso judicial, el juzgador está obligado a resolverla y habrá de declarar expresamente su prosperidad en favor de los integrantes de la parte convocante.

#### 8.11. La obligación a lo imposible

Resulta curiosa para el Tribunal la décima tercera pretensión principal declarativa, a través de la cual se le pide declarar que los integrantes del Consorcio "*no estaban obligados a lo imposible*", declaración que -por obvia- resulta inane para el proceso, no obstante lo cual y por la misma razón de la pretensión anterior, se verá en la necesidad de declararlo. Ahora, respecto a la segunda parte de la misma, donde se pide declarar que "...*ningún otro contratista en las mismas condiciones...*" podía cumplir con los hitos parciales y finales del contrato, el Tribunal se abstendrá de hacer tal declaración en el Laudo, por cuanto no puede hacer una referencia genérica a sujetos que no fueron parte del proceso, ni soportar su decisión en una negación indefinida que, así como no requiere prueba según el artículo 177 del Estatuto Procesal, tampoco amerita declaración.

#### 8.12. Los perjuicios económicos al Consorcio

A través de la décima cuarta pretensión principal declarativa se pide al Tribunal declarar que el contrato objeto del proceso ha causado grave perjuicio económico a los integrantes del Consorcio.

Como se ha destacado a lo largo del Laudo y alrededor de ello ha girado el debate probatorio, la cuestión principal del proceso tiene que ver con la modalidad contractual, según la cual:

*"...CLÁUSULA 2º.- Objeto.- (...) EL CONSTRUCTOR (...) se obliga para con TRANSORIENTE, a ejecutar el forma independiente y con plena autonomía directiva, administrativa, técnica, laboral y con sus propios medios hasta su total terminación de aceptación final de TRANSORIENTE, bajo la modalidad de Precio Global Fijo, con la única salvedad prevista en el Parágrafo 1 de la Cláusula Tercera de esta Oferta, los trabajos de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga..."*<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> El parágrafo 1 aludido por exclusión se refiere a los cincuenta cruces de línea en operación, que tenían un precio estimado unitario pero sujeto a liquidación en los términos allí señalados.

La Oferta Mercantil base del contrato estableció más adelante, en la cláusula décima tercera:

*"...CLÁUSULA 13º.- VALOR DE LA OFERTA.- El valor de la Oferta inicial es la suma de CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO NOVENTA PESOS COLOMBIANOS M/L (\$188.899.525.190.). sin incluir el IVA..."*

Por tanto, hecha la salvedad señalada de los cruces de línea, el contrato debía ejecutarse por el Consorcio *"a todo costo"*, según lo expuesto por el perito técnico, quien al responder una pregunta de la parte convocada al respecto, señaló:

*"(...) En el caso específico de la pregunta, la diferencia de contratar una obra por precio global fijo o por precios unitarios con respecto a las cantidades de obra ejecutada por el constructor, consiste en que en el contrato a precio global fijo las cantidades de obra finalmente ejecutadas son las que cumplen con el objeto del contrato sin importar su cuantificación, es decir, que se debe ejecutar la totalidad de la obra por el precio estipulado. En los contratos a precio global el contratista recibe como remuneración una suma fija, siendo responsable de los costos directos como materiales, equipos, recursos humanos, subcontratos y demás costos necesarios para la ejecución de la obra.*

*Por el contrario, en los contratos a precios unitarios, en los que el precio es indeterminado pero determinable por el procedimiento establecido en el mismo contrato, las cantidades finalmente ejecutadas también son las que cumplen con el objeto del contrato, pero son cuantificadas para ser incluidas en las actas de obra y su valoración con los respectivos precios unitarios. De acuerdo con lo anterior, en los contratos a precios unitarios el verdadero valor del contrato se establecerá una vez se concluya el objeto contratado y se ejecute la obra, y la remuneración se determinará multiplicando el valor de las obras ejecutadas por el precio previsto para cada una de ellas (...)".*

Lo cierto entonces, es que el Contratista ha debido ejecutar la obra en los tiempos previstos y por los precios pactados sin derecho, en principio, a pedir extensiones o a sobrepasarse en los plazos, ni a reclamar sobrecostos o valores adicionales. Ello, sin embargo, en la medida en que por su parte, se cumplieran los presupuestos contractuales a cargo del propietario de la obra –como el cumplimiento en sus deberes de información y no sobrevinieran imponderables que retardaran los trabajos o hicieran su ejecución más onerosa.

Como de la prueba aducida resulta evidente que se generaron mayores cantidades de obra por mayor tiempo y a mayores costos, frente a un contrato pactado a precio global fijo y sin reajuste, el Tribunal habrá de concluir que, en efecto, la ejecución de aquel como

fue pactada originalmente resultaba lesiva para los integrantes del Consorcio, por lo cual la pretensión en comento habrá de prosperar, sin que haya lugar a pronunciamiento sobre la correspondiente subsidiaria.

#### 8.13. La declaratoria de incumplimiento contra Transoriente.

En razón de todo lo antes expuesto, está también llamada a la prosperidad la pretensión décima quinta principal declarativa, orientada a declarar el incumplimiento de Transoriente del contrato de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga.

En efecto, según lo precedentemente reseñado, se tiene que el Tribunal considera que Transoriente no cumplió o cumplió imperfectamente los deberes de información a su cargo; que el Contratista no podía desvirtuar la información técnica suministrada por aquella en el breve término concedido para la preparación de la oferta; que el proyecto no tuvo una línea regular para su ejecución por razones imputables a Transoriente; que al preparar su propuesta, el Consorcio no contaba ni podía contar con elementos suficientes para desvirtuar la supuesta regularidad del trazado; que tampoco podía prever el Consorcio que el diseño definitivo y la ingeniería de detalle aportados por Transoriente se vieran afectados por realineamientos; que tampoco podía imaginar el Consorcio que los derechos de vía y de paso no estuvieran completamente negociados en el momento de atacar los diversos frentes de trabajo; que los incumplimientos al deber precontractual de información también fueron incumplimientos contractuales en la medida en que TRANSORIENTE persistió en el cumplimiento del contrato a pesar de la verificación de los errores en la información y, en fin, que las obras no pudieran desarrollarse bajo las previsiones, en los términos y condiciones contractualmente pactados.

Es así como el Tribunal encontró incumplimiento por parte de Transoriente no solamente respecto de los deberes precontractuales de información –como ya se anunció, especialmente por su incidencia en la ejecución contractual-, sino incumplimientos autónomos también dentro de la celebración y ejecución del contrato de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga, por la cual la pretensión aludida –de forma autónoma– también está llamada a la prosperidad, con las salvedades y en las condiciones que más adelante se expondrán.

#### 8.14. El desequilibrio contable del Consorcio

En cuanto se refiere a la décimo sexta pretensión principal que busca que se declare que la contabilidad del Consorcio sufrió un desequilibrio contable entre los ingresos y costos directos del proyecto, el Tribunal reitera que según las normas que rigen la materia, la contabilidad es un reflejo de los hechos económicos, es decir, un medio y no un fin en sí misma. Por consiguiente, lo que evidentemente se dio fue un desequilibrio patrimonial para el Consorcio constructor, derivado de los mayores costos en que tuvo que incurrir para enfrentar las tareas contractuales a su cargo las que, como se vio en el punto

precedente y en las pruebas hasta aquí relacionadas, se vieron incrementadas considerablemente por razones imputables principal pero no exclusivamente al contratista. Por ello, tal desequilibrio patrimonial se vio reflejado en la contabilidad correspondiente y la declaración que se pide procederá en ese sentido, también con las limitaciones y en las condiciones que más adelante se destacan.

#### 8.15. Las utilidades pretendidas por el Consorcio

A través de la pretensión décima séptima principal declarativa la Convocante señala que el Consorcio dejó de percibir utilidades de acuerdo con el AIU contractual, representadas en el siete por ciento (7%) del valor contable del proyecto.

Según lo expuesto, es claro para el Tribunal que los integrantes del Consorcio obtuvieron una importante pérdida en la ejecución del contrato y por tanto, ante ello, no pudo percibirse utilidad alguna, concretamente la pretendida del siete por ciento (7%).

Ciertamente, la cláusula décima tercera referente al valor de la oferta señaló:

*"...Esta Oferta generará un impuesto de I.V.A. (...) correspondiente al Dieciséis por ciento (16%) sobre la utilidad, la cual está estimada en el SIETE por ciento (7%) de los costos directos del Valor de la Oferta de EL CONSTRUCTOR..."*

Entonces, siendo un contrato pactado a precio global fijo y con una utilidad predeterminada, era legítimo que el contratista obtuviera dicho provecho de la suma que corresponde a lo ejecutado por el Consorcio, incluyendo lo asumido directamente por el Consorcio o lo pagado directamente por Transoriente a subcontratistas pero ejecutado por el Consorcio.

Lo ejecutado directamente por Transoriente después de la toma de control del proyecto, no podrá generar utilidad a favor del Contratista.

Adicionalmente, el Tribunal tiene que hacer una precisión final respecto al estudio de esta pretensión:

El Consorcio recibió facturas de sus integrantes por concepto de servicios prestados, \$6.240'142.461 por Cosacol (Preguntas Convocada, No. 13) y \$14.530'977.754 por Confurca (Preguntas Convocada, No. 14).

Para los exclusivos efectos del cálculo de la utilidad, estos valores no serán tenidos en cuenta, puesto que corresponden a actividades en las que los integrantes del Consorcio ya derivaron su propia utilidad, por lo que el Tribunal accederá a la pretensión calculando el siete por ciento (7%) sobre todos los ítems en los que ejecutó directamente el Contrato exceptuando: las labores que fueron ejecutadas por sus propios integrantes, quienes por

tanto, derivaron ya su utilidad por cuenta de esta subcontratación, o en general de los servicios y; las partidas producto de incumplimientos imputables a la Convocante, como adelante se especificarán.

Con esta salvedad prosperará la pretensión décima séptima en mención.

#### 8.16. Las utilidades adicionales del Consorcio

En sentido contrario de lo anterior debe manifestarse el Tribunal con respecto a la pretensión décima octava principal declarativa, con la cual la convocante pretende unas "...utilidades adicionales por concepto de los trabajos con mayor nivel de complejidad técnica desarrollados en suelo rocoso"...

Lo razonable es que el Contratista tenga utilidades mayores y menores al siete por ciento (7%) en cada tipo de actividad y que con unas compense las demás, en función también de las cantidades de obra.

No es aceptable para el Tribunal que se pretenda un margen o porcentaje adicional de utilidad por haberse tenido que desarrollar los trabajos en terreno rocoso, o por haber tenido éstos un mayor nivel de complejidad. La mayor complejidad –que en efecto se dio- representó unos mayores costos constructivos y por consiguiente, a éstos se aplicará el porcentaje de utilidad contractualmente pactado -7%- que por cierto es 2% superior al estimado para este tipo de proyectos, según el Dictamen Pericial Técnico (Cuadernillo 1, Pág. 21), con lo cual se estima adecuadamente remunerado el contratista por la mayor cantidad de obra y por su mayor esfuerzo para ejecutarla.

Por consiguiente, la pretensión en comento no tiene vocación de prosperidad y habrá de despacharse negativamente en la parte resolutiva del presente Laudo.

#### 8.17. La eficiencia administrativa del Consorcio

En cuanto respecta a la declaración de una pretendida eficiencia administrativa del Consorcio derivada del reconocimiento de pérdida de utilidad por la contratación de maquinaria a mejores tarifas que las del mercado y en la contratación de subcontratistas en mejores condiciones, estima el Tribunal que ésta no está llamada a la prosperidad, pues en una contratación como la debatida, pactada a precio global fijo y derivada de una especie de proceso licitatorio, se supone que el oferente-contratista, ha hecho y debe hacer sus mejores esfuerzos de eficiencia en las adquisiciones, contrataciones y subcontrataciones, por lo que su razonable utilidad debe estar representada por el porcentaje de ganancia contenido en el AIU, que en este caso era del siete por ciento (7%).

Adicionalmente, el Consorcio no logró demostrar fehacientemente el costo de oportunidad de las negociaciones de maquinaria y subcontratistas, lo que le impide al Tribunal en la medida que el perjuicio no cumple con los requisitos legales de procedencia.

Por tanto, la pretensión en mención –décima novena principal declarativa y cuarta principal condenatoria- habrá de despacharse desfavorablemente para la Convocante.

#### 8.18. Las declaraciones de nulidad e ineficacia pretendidas

Finalmente, en cuanto alude a la vigésima pretensión principal declarativa que persigue nulidades diversas o en su defecto, declaraciones de ineficacia de un variado número de estipulaciones contractuales, soportada en la consideración genérica de que las mismas “*son cláusulas leoninas o abusivas en contra del Contratista*” estima el Tribunal que las causales de nulidad se encuentran expresamente establecidas en el Título XX del Libro Cuarto del Código Civil y en el Título I del Libro Cuarto del Código de Comercio y que las de ineficacia deben estar taxativamente dispuestas en normas legales concretas, por lo que un cargo genérico como el aducido por la parte Convocante y sin soporte probatorio específico, no tiene vocación de prosperidad.

En efecto, la Convocante no logró probar en el proceso que las cláusulas invocadas tuvieran el carácter de leoninas o fueran abusivas en contra del Contratista, ni de que ello en sí mismo llegase a afectar la eficacia o validez de las mismas, por lo cual la pretensión en comento habrá de despacharse negativamente para aquella. Sin embargo, el Tribunal interpretará las cláusulas dentro del contexto general del negocio y de acuerdo con las conductas contractuales de las partes (C. C., Arts. 1618 y ss.).

#### 8.19. El abuso de derecho imputado por el Consorcio

Ahora, en cuanto a la pretensión subsidiaria correspondiente a ésta de que Transoriente habría incurrido en abuso de derecho, estima el Tribunal que tanto el clausulado contractual en general, como el específico impugnado, son perfectamente válidos en su configuración y en su redacción, para regir relaciones de comercio entre entidades profesionales, representadas por sujetos capaces –como en este caso- en la medida que no se demuestre desequilibrio negocial, abuso de posición dominante, error del contratista, engaño del contratante, o figuras equivalentes, ninguna de las cuales ha sido probada en el proceso, por lo cual tampoco habrá de prosperar la subsidiaria de la vigésima principal declarativa.

#### 8.20. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCADA

Fue variado el repertorio de excepciones invocado por TRANSORIENTE en su contestación, buena parte de las cuales se han venido teniendo en cuenta a lo largo de los acápite

precedentes, no obstante lo cual se complementa y resume puntualmente lo expuesto en tal sentido en el mismo orden de la Convocada, así:

8.20.1. Improcedencia de las pretensiones por estar fincadas en la imprevisión pues el objetivo real de las mismas es la revisión del precio

El Tribunal encuentra que la excepción no está llamada a prosperar por cuanto no está dirigida a promover una revisión del contrato por la vía de la imprevisión (C. de C., Art. 868), sino la indemnización de perjuicios derivados de los incumplimientos contractuales que se declararán.

8.20.2. Superación de la Etapa Precontractual

El Tribunal estudió con particular detenimiento esta excepción, pues tal como está planteada, sugiere que la suscripción del Contrato resultaría en que las pretensiones resultasen *"inconducentes, por haberse extinguido la causa del reclamo, en el evento en que ésta en efecto hubiese existido"*.

De hecho, el Tribunal acude a doctrina autorizada que podría apoyar esta conclusión, así:

*"Resulta que esas voluntades que forman el contrato pueden examinarse aislada y separadamente antes del perfeccionamiento del negocio y en esa misma forma independiente producen efectos y generan responsabilidades. Antes del contrato, esas declaraciones de voluntad pueden observarse cada una como un negocio jurídico autónomo, de naturaleza unilateral y con efectos propios y transitorios, cuya existencia estaba condicionada a la perfección del mismo y pasan con toda su expresión y con sus circunstancias a formar el contrato"<sup>99</sup>.*

Sin embargo, la celebración del Contrato lejos de corregir las deficiencias de la información suministrada, se produjo en la modalidad de *"precio global fijo"* y los valores respectivos se tasaron en razón de dicha información. Además, durante la ejecución surgieron aspectos que desvirtuaron ésta, a más de otros incumplimientos que se probaron. Por ello, la contratación debe analizarse de una manera integral pues como se reseñó a todo lo largo de este capítulo, la información recibida en esta etapa fue la causa eficiente de la mayor parte de las vicisitudes generadas durante la ejecución del proyecto, por lo que no puede hacerse abstracción de ella.

También conviene decir que la acción procedente para procurar la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento del deber precontractual de información cuando

---

<sup>99</sup> Jaime Alberto Arrubla Paucar, Contratos Mercantiles, Tomo I, Teoría General del Negocio Mercantil, Doceava Edición, Ed. Diké, 2008, Pág. 126.

finalmente se concretó el contrato, es la de responsabilidad civil contractual. Por ello, en lo procesal, las acciones procedentes son la de controversias contractuales en la jurisdicción contencioso administrativa<sup>100</sup> y la de responsabilidad civil contractual en el foro ordinario, puesto que el contrato finalmente se celebró.

A este último respecto, la doctrina ha reconocido lo siguiente:

*"Es de advertir que, cuando el contrato nunca se celebra porque hubo deslealtad de una de las partes durante el período precontractual, la responsabilidad de la parte desleal es claramente extracontractual, pues el contrato nunca nació a la vida jurídica, como ocurre cuando una de las partes en forma culposa rompe abruptamente las negociaciones causándole daño a la otra parte. Pero puede suceder que el contrato se celebre y que la deslealtad consista en no haber informado suficientemente al acreedor sobre sus derechos y obligaciones y, por lo tanto, la parte ignorante termina celebrando un contrato desventajoso para ella, todo debido a que la parte conocedora omitió advertirle de los alcances, límites y avatares del contrato. Se precisa entonces decidir, en este segundo caso, qué tipo de responsabilidad civil o qué sanción le cabe al contratante desleal" (Subrayas del Tribunal)<sup>101</sup>.*

Sólo en gracia de discusión, si debiera mirarse aisladamente dicha etapa, ello incidiría sobre la competencia del Tribunal, o más bien sobre la falta de ella, lo cual nunca se alegó, ni siquiera por la vía del recurso de reposición contra la asunción de competencia dentro de la primera audiencia de trámite.

Tampoco se encontró que *"los asuntos alegados ahora por la convocante en lo que ella denomina "etapa precontractual" fueron superados durante la etapa de ejecución contractual, como lo demuestra la suscripción de los Otrosís (sic)"*, sino lo contrario, por lo que el Tribunal proyectará la fecha de cumplimiento.

Adicionalmente, el Tribunal enfatiza que no sólo se declaró el incumplimiento de los deberes legales de información, sino que además, se concedió la pretensión autónoma de los incumplimientos contractuales, por lo que la discusión por demás resulta inane. Sin embargo, la excepción se declarará no probada por lo expuesto al respecto.

#### 8.20.3. Inexistencia de incumplimiento de las obligaciones precontractuales y buena fe de TRANSORIENTE

---

<sup>100</sup> Consejo de Estado – Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, Subsección C, sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Rad. 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043)).

<sup>101</sup> Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil Tomo I, Segunda Edición, Legis, Pág. 558.

Esta excepción prosperará parcialmente en cuanto a la buena fe de TRANSORIENTE. No prosperará en lo demás por cuanto además de lo precontractual, buena parte de las que sobrevinieron del contrato también tuvieron su origen y soporte en la actuación precontractual de las partes, que ambas han invocado y que consistirían, para la contratante, en el suministro de información, preparación del proceso contractual y adelantamiento del mismo y para el consorcio contratista, en la visita de obra y la presentación de la oferta mercantil. No debe perderse de vista el argumento recurrente de la Convocada de que la información que suministró tuvo el carácter de "preliminar", pues lo cierto es que ésta sirvió de base para el adelantamiento del proyecto y es la que permite contrastar su veracidad y cobertura.

De esta manera la acción ejercida es la de responsabilidad civil contractual, que también comprendería no sólo lo ocurrido en la ejecución del contrato, sino sus antecedentes (pre) y sus consecuencias (post).

Dentro del trámite arbitral se encontró que TRANSORIENTE, lejos de promover la validación y complementación de la información precontractual, aunque concedió algunas extensiones a los plazos inicialmente previstos, insistió en el cumplimiento riguroso de los mismos sin darle oportunidad al Contratista de corregir los efectos adversos generados por la información que a la postre resultó errónea.

#### 8.20.4. Culpa profesional del Consorcio al evaluar la información y las características del proyecto

Ya se vio en los acápite anteriores que ciertamente TRANSORIENTE advirtió de muy diversas maneras que se trataba de una información preliminar, pero resulta evidente que esa advertencia contrasta con la calidad que parecían tener los estudios de soporte y con el precario término concedido por la Contratante para verificar la información o para proponer cambios al trazado o para ejecutar el proyecto.

Por consiguiente, lo anterior estaba más allá de una noción razonable de culpa, la cual debe evaluarse según ambos sujetos intervinientes pero también, según las circunstancias y respecto a éstas, no puede hacerse abstracción de que TRANSORIENTE concibió el proyecto, tuvo a su cargo su maduración, efectuó el trazado, asumió las ingenierías, etc.

Por lo anterior, no prosperará.

#### 8.20.5. Inexistencia de incumplimiento de las obligaciones contractuales durante la ejecución y buena fe de TRANSORIENTE

También prosperará parcialmente esta excepción, en cuanto alude a la buena fe de TRANSORIENTE, pues no sólo no se aportó prueba alguna que controvirtiera la presunción

legal sino que además, se mostró diligente y proactiva en el cumplimiento del contrato en su legítimo interés para una rápida culminación del Gasoducto.

No puede predicarse lo mismo de la primera parte de la excepción pues ya se vio -y en abundancia- que no aportó la ingeniería de detalle convenida, que modificó sustancial y variadamente el trazado; que no liberó oportunamente el derecho de vía, etc.

#### 8.20.6. Negligencia, impericia e improvisación del Consorcio en la ejecución

El Tribunal encuentra que esta excepción no prosperará con el alcance con que fue planteada, puesto que el Consorcio se vio imposibilitado para cumplir cualquier planeación y obtener los rendimientos esperados a través de un método ordenado de intervención y construcción del Gasoducto debido a los imponderables ya descritos, la mayoría de los cuales, como se vio, resultaron imputables a TRANSORIENTE y en alguna medida a la fuerza mayor ocurrida. De allí que no pueda afirmarse que una eventual negligencia haya degenerado en el incumplimiento de las obligaciones del Consorcio.

Con total independencia de lo aquí expuesto, por lo cual no prosperará la excepción, el Tribunal encontró algunos aspectos muy puntuales del final de la ejecución contractual que constituyeron incumplimiento, y otros que llevarán el Tribunal a castigar la cuantificación de los perjuicios.

#### 8.20.7. Incumplimiento del Consorcio

Resulta claro, como ya se señaló, que las metas contractuales no se cumplieron, pero ello derivó de circunstancias imputables a las dos partes, pero principalmente a TRANSORIENTE en aspectos que resultaron fundamentales para dimensionar esos resultados.

Los incumplimientos del Consorcio no son correlativos a los incumplimientos de Transorient, pues aquellos aluden principalmente a fallas en la etapa final de la ejecución y además no son equiparables en ocurrencia, magnitud y efectos a los propios de la convocada.

Por lo anterior, dichos incumplimientos recíprocos no dan lugar a la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido respecto de las pretensiones que prosperan de la demanda. Entonces la excepción en comento no habrá de prosperar.

#### 8.20.8. Riesgo del negocio

No cabe duda para el Tribunal de que está enfrentado a una contratación donde son protagonistas sujetos altamente calificados en el cual por estipulación de la oferta mercantil base del negocio, los principales riesgos quedaron trasladados al Contratista

bajo la consideración de que se trataba de una obra a precio global fijo y sin reajuste. Desde esta perspectiva podría decirse que el Consorcio estaba asumiendo el "*riesgo del negocio*" y que debía asumir las consecuencias de la ocurrencia del mismo.

Ello ciertamente podría predicarse si no se hubieran alterado tan sensiblemente los fundamentos fácticos que dieron origen a la propuesta y que finalmente quedaron plasmadas en la oferta mercantil. Sin embargo, los hechos probados demuestran que el Contratista partió de supuestos errados por razones no solo ajenas a su voluntad, sino lo que es más grave, imputables a su co-contratante, por lo cual el riesgo quedó trasladado en muy importante proporción a quien no suministró la información correcta, dio lugar a que ésta fuera tenida como creíble y valedera, no dio los espacios requeridos para una complementación oportuna y adecuada, etc.

El Tribunal considera que el hecho de demandar incumplimiento por circunstancias que "*nominalmente*" constituían riesgo del constructor, obedece a que se modificaron los presupuestos que dieron base a la contratación, especialmente los relacionados con la información recibida. No se trata entonces de modificar los riesgos del contrato, pues estos son ley para las partes bajo presupuestos normales, entre ellos, información adecuada y oportuna, variaciones previsibles o razonables en la etapa de ejecución, etc.

El razonamiento expuesto llevará al Tribunal a que esta excepción no prospere.

#### 8.20.9. Ausencia de daño

Esta excepción no está llamada a prosperar, pues como se analizará y resumirá en el capítulo de conclusiones y con base en los dictámenes periciales rendidos dentro del proceso, resulta claro para el Tribunal que el Consorcio contratista sufrió importantes daños durante la ejecución contractual imputables –se repite- mayoritariamente a la parte contratante, esto es, TRANSORIENTE.

Ahora bien, en relación con la cuantificación del daño, esto es, los perjuicios, el Tribunal presentará unas consideraciones adicionales al respecto.

#### 8.20.10. Transacción

Para el análisis de esta excepción resulta fundamental hacer mención somera de los principales Otrosíes celebrados por las partes a lo largo de la ejecución del proyecto puntualizando, de manera muy particular el Otrosí No.1, celebrado 10 meses después de iniciados los trabajos, que también se menciona en otros apartes del presente pero que aquí conviene resumir, así:

El 27 de julio de 2010 se celebró el Otrosí No. 1 al contrato derivado de la Oferta Mercantil del 2 de septiembre de 2009, esto es, transcurridos casi 11 meses de ejecución contractual.

Durante ese tiempo, como es natural, hubo un importante avance en los trabajos de construcción del Gasoducto y como consecuencia de ello, surgieron discrepancias entre las partes haciendo el Consorcio reclamos diversos a Transoriente y a la Interventoría e imponiendo Transoriente al Constructor algunas de las sanciones previstas en el contrato. Aunque el Otrosí no especifica las reclamaciones del Consorcio, evidencia de ellas está contenida en el Anexo a la carta CCC-ITC-REM-134 del 25 de febrero de 2009 que obra a folios 129 a 216 del Cuaderno de Pruebas No. 1 y que resume, como allí se señala.

Las diferencias surgidas entre las partes en razón de esas reclamaciones e intereses contrapuestos fueron resueltas por ellas a través de dicho documento, donde especialmente, y en resumen, se convino:

- i. Transar las diferencias existentes entre las partes hasta ese momento;
- ii. Definir una nueva fecha para el hito de terminación mecánica;
- iii. Pactar un nuevo PDT con base en el cual se desarrollarían a futuro los trabajos pendientes;
- iv. Retirar las no conformidades relacionadas por el interventor y declaradas por Transoriente al Consorcio;
- v. Retirar el Consorcio todas las reclamaciones hasta entonces presentadas;
- vi. Excluir de la transacción las reclamaciones del Consorcio relacionadas en el numeral 4 de la sección 2.02. del artículo segundo;
- vii. Revocar y dejar sin efecto las sanciones impuestas al Consorcio por Transoriente relacionadas en el numeral 2.03 del artículo 2.
- viii. Modificar los hitos de terminación del proyecto y convenir para el efecto las siguientes fechas:
  - Terminación mecánica: 20 de diciembre de 2010.
  - Terminación definitiva: 20 de marzo de 2011.

Por consiguiente, a la luz de los efectos previstos por la ley para la transacción, el Tribunal no tendrá en cuenta los hechos y reclamos recíprocos de las partes anteriores al 27 de

julio de 2010 y sólo considerará reclamos posteriores a esa fecha y demoras que superen los hitos pactados en ésta, en la medida en que todo ello no haya sido modificado por los Otrosíes subsiguientes. No obstante, aunque transados, no pueden perderse de vista para analizar el desarrollo posterior del proyecto.

Evidentemente las reclamaciones persistieron, pues seis meses después del Otrosí No. 1 aludido, el Consorcio reiteró sus planteamientos con amplitud, con nuevos hechos, como consta por ejemplo en la carta del 21 de enero de 2011 que obra a folio 217 del Cdno. de Pruebas No. 1.

En cambio, los Otrosíes subsiguientes no tuvieron el mismo efecto transaccional, por cuanto, como se lee en sus textos, no obstante lo pactado, en casi todos ellos las partes hicieron expresa reserva de sus mutuas reclamaciones.

Por consiguiente, la excepción de transacción está llamada a prosperar parcialmente, circunscribiendo sus efectos a la ejecución contractual y a los reclamos anteriores al 27 de julio de 2010, no obstante lo cual, correspondía a la excepcionante la carga de probar cuál era el alcance y monto de lo transado por ese periodo, carga que sin embargo no cumplió, lo que llevará al Tribunal a tener en cuenta para las cuantificaciones finales, los datos contenidos en las pericias técnica y contable.

#### 8.20.11. Inexistencia de incumplimiento de obligaciones precontractuales por tipo de suelo y de suministro de información sobre la línea regular del proyecto

El Tribunal reitera lo arriba expuesto sobre las obligaciones precontractuales, particularmente las relacionadas con el suministro de información en dicha etapa. Las obligaciones vinculantes para las partes son de naturaleza contractual, pero no puede perderse de vista que ellas se pactaron bajo unos supuestos generados con anterioridad al contrato y entonces, de no ser ellos correctos por circunstancias no imputables al contratista, la base contractual se derrumba y deben determinarse las responsabilidades de las partes en dicho acontecer.

Ya se analizaron en detalle las características del suelo y la línea regular del proyecto y es palpable que en condiciones de relativa normalidad ello debía ser un riesgo del constructor, en la medida en que las fallas o cambios obedecieran a parámetros normales o estuvieran dentro de rangos razonables. Como ello no ocurrió y por el contrario la naturaleza del suelo y los reiterados y protuberantes cambios que ello implicó en la ejecución de los trabajos resultaron excesivos y lesivos para el contratista e imputables principalmente al contratante, la excepción no habrá de prosperar.

#### 8.20.12. Negligencia grave del Consorcio por no evaluar información, hacer caso omiso a advertencias y asumir como definitiva la información preliminar

Pecando de reiterativo el Tribunal, pero para cubrir adecuadamente las pretensiones y excepciones como lo ordena la ley, habrá de negar esta excepción bajo el entendido de que si bien es cierto que TRANSORIENTE advirtió en los documentos precontractuales y en la oferta mercantil preparada por ella y base del contrato que la información que suministraba era preliminar y que el oferente y contratista debía evaluarla y validarla, lo cierto es que, por una parte, se trató en lo sustancial de información que por su procedencia y contenido resultaba digna de la mayor credibilidad y confianza y por la otra, la entidad contratante no dejó en la etapa precontractual, ni en la de ejecución espacios adecuados para que el oferente y después contratista hiciera verificaciones o complementaciones. Cuando se alude a la procedencia de la información no debe olvidarse el tiempo que TRANSORIENTE llevaba gestando el proyecto, al punto de elaborar el trazado, tramitar permisos ambientales, asumir ingenierías básica y de detalle, etc., todo lo cual sería absolutamente impropio de un proyecto basado en información preliminar y además, en el contenido de los estudios contratados previamente por TRANSORIENTE con firmas especializadas y de las conclusiones contenidas en éstos. Por tanto, la excepción aludida no está llamada a la prosperidad.

8.20.13. Negligencia grave del Consorcio por no evaluar información, hacer caso omiso a advertencias y distribución de riesgos sobre la línea regular y especial

El Tribunal reitera para esta excepción respecto a la línea regular y especial del proyecto los mismos planteamientos efectuados para la precedente, con idéntica conclusión: Declarará la no prosperidad de la misma.

8.20.14. Inexistencia absoluta de incumplimiento del deber de buena fe por TRANSORIENTE

Es una constante de la ley colombiana el presumir la buena fe y en imponer la carga de la prueba a quien alegue en contrario. En este sentido hasta sobraría declarar la inexistencia de incumplimiento a dicho deber. No obstante, en cumplimiento de lo normado en la ley procesal sobre resolución de pretensiones y obsesiones, el Tribunal declara expresamente que ni la parte convocante adujo prueba alguna que desvirtuara la buena fe de TRANSORIENTE o de sus directivos y que por su parte, el Tribunal tampoco encontró la mínima evidencia que sirviera para probar o alegar tal circunstancia. Por esta razón la excepción prosperará.

8.20.15. Culpa profesional en la evaluación de información, características y riesgos

El Tribunal reitera en este punto con respecto a la composición del suelo y a lo que se consideraba como línea regular y al impacto de ello en el precio global fijo ofertado, los planteamientos expuestos en el punto 8.20.4, por lo cual, será idéntica la consecuencia: No prosperará la excepción.

8.20.16. Inexistencia de incumplimiento del deber de información del trazado, del diseño definitivo y de la ingeniería de detalle

Con lo expuesto en este capítulo ha quedado probado para el Tribunal que ciertamente, TRANSORIENTE incumplió con su deber de información sobre el trazado definitivo del Gasoducto y sobre la entrega de la ingeniería de detalle del proyecto. Lo primero, evidenciado por los múltiples realineamientos que debieron hacerse con respecto al trazado original, los cuales desbordaron toda razonable previsión en número de cambios y condiciones de los mismos y lo segundo, porque a pesar de estar reiterado en el contrato que la ingeniería de detalle correría a cargo de TRANSORIENTE, no sólo la de ciertas obras sino toda la general, según el numeral 20 de la cláusula TERCERA y otras disposiciones.

Es evidente que Transoriente no aportó esta ingeniería como lo corroboró incluso el perito técnico en su dictamen, según lo arriba reseñado, lo cual constituiría otro incumplimiento en la entrega de la información contractualmente requerida. Según las partes transcritas de la oferta mercantil base de contratación, el Tribunal no comparte la apreciación de que la ingeniería de detalle debía ser definida por el constructor.

Según lo expuesto, tanto esta parte como la relativa a las estaciones y válvulas se la reservó TRANSORIENTE para sí. Por consiguiente, tampoco habrá de prosperar esta excepción.

8.20.17. Culpa profesional del Consorcio en evaluación y manejo del trazado y contradicción de las pretensiones relacionadas con el trazado

Es evidente que la línea del trazado podía tener ajustes de acuerdo con los obstáculos que se fueran presentando o con las facilidades constructivas. Eso fue aceptado por el contratista y debió estar comprendido dentro de los riesgos asumidos en el precio ofertado, **pero** en cantidades y con variaciones dentro de márgenes de tolerancia comúnmente aceptados en la industria. Ya se vio en las pruebas del acápite correspondiente y particularmente en el dictamen técnico pericial que los cambios en el trazado fueron exagerados en frecuencia y en alcance, por lo cual pretender un mantenimiento del precio original establecido conduciría a un enriquecimiento por parte del contratante con el correlativo empobrecimiento para el contratista. Por consiguiente, tampoco está llamada a prosperar esa excepción.

8.20.18. Mala fe del Consorcio al solicitar incumplimiento de TRANSORIENTE, referido a modificaciones hechas por asuntos ambientales o por solicitud del Consorcio

Al igual que se predicó cuando se aludió a la buena fe de TRANSORIENTE, el Tribunal estima que no ha sido desvirtuada en forma alguna la buena fe que por ley se presume

para el Consorcio contratista y para sus integrantes, pues ni se ha arrimado al proceso evidencia al respecto por parte de la convocada, ni el Tribunal ha encontrado probanzas en tal sentido.

El Tribunal reitera que el hecho de demandar incumplimiento por circunstancias que *"nominalmente"* constitúan riesgo del constructor, obedece a que se modificaron los presupuestos que dieron base a la contratación, especialmente los relacionados con la información recibida. No se trata entonces de modificar los riesgos del contrato, pues estos son ley para las partes bajo presupuestos normales, entre ellos, información adecuada y oportuna, variaciones previsibles o razonables en la etapa de ejecución, etc.

La ocurrencia de éstas durante la ejecución contractual, daría lugar a la revisión por imprevisión del artículo 868 del Código de Comercio en un contrato de derecho privado o la restitución del equilibrio económico del artículo 27 de la Ley 80 de 1993 si se trata de un contrato estatal. Como aquí se está al frente de un contrato terminado, ante lo expuesto, lo que procede es una acción de reparación de perjuicios, aquí ejercida.

Por tanto, el Tribunal habrá de rechazar esta excepción.

8.20.19. Ausencia de obligación de entrega de "información espontánea" y transparencia en entrega

Tratándose de una responsabilidad contractual el Tribunal no ha encontrado otra clase de información que adicional y espontáneamente debiera haber entregado TRANSORIENTE al oferente – contratista para el buen suceso de las tareas a cargo de éste y tampoco pone en duda la afirmación de que la entidad contratante y sus directivos actuaron con buena fe y dentro de los parámetros propios del buen hombre de negocios. El conflicto versó sobre la calidad de la información de buena fe entregada por TRANSORIENTE, quien también tenía razones para creer en ella que a la postre –pero sólo a la postre- no resultaron valederas. Por consiguiente, esta excepción está llamada a la prosperidad.

8.20.20. Falta de causa entre los hechos de la ejecución del contrato con el retraso en el cumplimiento de los hitos

Como ha quedado ampliamente probado en otros apartes de este Laudo, es claro para el Tribunal que el retraso principal que en efecto sufrieron los tiempos del proyecto obedeció a causas no imputables al Consorcio y sí en alto grado a TRANSORIENTE por deficiencias y errores en la información, cambios en el trazado, falencias en la liberación de predios, etc., ítems a los cuales el perito técnico les señaló importantes impactos en el retraso, por lo cual el Tribunal concluye que sí hubo una relación directa de causa-efecto entre estas circunstancias y los incumplimientos en la terminación. Por consiguiente, esta excepción no habrá de prosperar.

#### 8.20.21. Inexistencia absoluta de obligaciones imposibles

El Tribunal no habrá de aceptar la pretensión que apunta a que se declare "*que los integrantes del Consorcio no estaban obligados a lo imposible*" y entiende que esta excepción se refiere justamente a aquella. No obstante, agrega que si bien no se trataba de "obligaciones imposibles", lo cierto es que con los recursos inicial y razonablemente previstos y en los tiempos establecidos no era viable desarrollar el proyecto, pues las circunstancias sobrevinientes impactaron la ejecución de los trabajos como lo aseveró el perito técnico en su dictamen. Entonces, la excepción no prosperará en el sentido en que fue planteada.

#### 8.20.22. Negligencia grave del Consorcio en cumplimiento de hitos

Es clara la evidencia contractual sobre las fechas pactadas para la terminación de los hitos.

Es indudable que el principal interés en la fijación de las mismas era de TRANSORIENTE y así consta en diversas piezas procesales. Sin embargo, es claro también que las fechas convenidas en los Otrosíes 2, 5 y 6, generaron reservas por las partes, quienes manifestaron sus intenciones de reclamar posteriormente: La contratante, para reprochar incumplimientos y la contratista, para reclamar compensaciones por los mayores tiempos y costos del proyecto.

Adicionalmente, el Tribunal proyectó la fecha de culminación de los hitos de terminación mecánica y definitiva con base en las afectaciones calculadas por el perito técnico, que ciertamente impactaron el plazo, estimación no objetada por ninguna de las partes. Ella permite determinar que la fecha de terminación excedió –en mucho- el 11 de agosto de 2011, fecha de la toma de control.

Así mismo, la terminación mecánica se produjo sólo unos pocos días después de la toma de control del proyecto, de manera que estas dos últimas consideraciones evidenciaban cumplimiento del Consorcio, lo que de plano controvierte la "negligencia grave" opuesta por la Convocada.

Por consiguiente, no está llamada a prosperar esta excepción.

#### 8.20.23. Inexistencia de un perjuicio económico del contrato

El Tribunal entiende que el excepcionante se está refiriendo a la décima cuarta pretensión principal declarativa, mediante la cual se pide "*que se DECLARE que el contrato de construcción del Gasoducto ha causado grave perjuicio económico...*". Le asiste razón al señor apoderado, pero el Tribunal entiende que lo pretendido por el reclamante alude al

"grave perjuicio económico" derivado de la ejecución contractual. Bajo ese entendido no prosperará.

8.20.24. Culpa del Consorcio en sobrecostos denominados perjuicios

La excepción apunta a *"que el contrato fue suscrito de manera voluntaria y consciente por el Consorcio"* y *"bajo la modalidad de precio global fijo"* y por ello, los sobrecostos provendrían de un actuación negligente del Consorcio, por lo que no prosperará como fue planteada para lo cual el Tribunal se remite a las demás consideraciones sobre los incumplimientos de TRANSORIENTE y sus efectos, de los cuales se deduce claramente que no hay culpa del Consorcio en la causación de los perjuicios por las razones invocadas.

8.20.25. Ausencia absoluta de causa entre el "desequilibrio contable" y ejecución del proyecto

El Tribunal comparte la apreciación del señor Apoderado de TRANSORIENTE, en el sentido de que la contabilidad es un reflejo de la evolución económica de una empresa y por ende de un negocio y que por tanto, no puede imputarse desequilibrio de aquella sin aludir a sus causas, que sería el desbalance entre los ingresos y costos de una actividad, que en este caso sí tiene causa que está justamente por los incumplimientos probados de TRANSORIENTE los cuales se declararán en la parte resolutiva. Bajo ese entendido, la excepción no prosperará.

8.20.26. Ineptitud de pretensiones 17 y 18 y ausencia de causa en obligación de percibir utilidades

La excepción tal como está planteada no está llamada a prosperar porque los perjuicios sí tienen causa, esto es, el deber legal de indemnizar los perjuicios causados con sus incumplimientos.

Sin embargo, el Tribunal procede a presentar unas consideraciones particulares sobre las pretensiones:

Las pretensiones 17 y 18 declarativas apuntan, la primera, a que el Consorcio dejó de percibir utilidades de acuerdo con el AIU del contrato y la segunda, a que dejó de percibir utilidades adicionales por la ejecución de trabajos de mayor complejidad. Las dos resultan bien diferentes para el Tribunal por cuanto la primera obedece a un concepto legítimo al que tendría derecho el Contratista en condiciones ideales de ejecución del contrato. La segunda, en cambio, pretende que una mayor complejidad de trabajo genera una mayor utilidad.

El Tribunal despachará favorablemente la primera y rechazará la segunda. En cuanto a aquella, por considerar que si el contrato no se adelantó en condiciones ideales, ello obedeció a responsabilidades de TRANSORIENTE que por ende, deben serle resarcidas. En cuanto a la última, el Tribunal considera que mayor complejidad implica mayores costos asociados la ejecución y por ende, ingresos adicionales sobre los cuales debe liquidarse el porcentaje contractualmente pactado de utilidades y además, porque según lo expresó el perito técnico, no existe en el mercado este concepto de utilidades adicionales por actividades como la reseñada.

8.20.27. Ineficacia de la nulidad parcial o ineficacia de las cláusulas del contrato

El Tribunal comparte las apreciaciones del excepcionante. No brota del contrato que alguna cláusula adolezca de los defectos que genéricamente endilga el demandante sin precisión alguna y sin invocación específica de vicio –ineficacia o nulidad- ni tampoco de causal. Por ello, esta excepción está llamada a prosperar.

8.20.28. Inexistencia de abuso del derecho

Ciertamente acierta el señor apoderado de TRANSORIENTE cuando censura la imputación –también genérica- del pretendido abuso de derechos por parte de la entidad contratante. No se vislumbra abusividad alguna de la contratante quien contrató sobre parámetros que consideró razonables y se limitó a exigir su cumplimiento de la manera que consideró más adecuada a sus intereses y a lo pactado. Por tanto, la excepción está llamada a la prosperidad.

8.20.29. Inexistencia de enriquecimiento sin causa

Ciertamente, acierta una vez más el apoderado de la convocada cuando señala que las pretensiones subsidiarias al enriquecimiento sin causa carecen de fundamento. La convocante no las soportó y el Tribunal en la fase probatoria no las evidenció. Al igual que en el punto anterior TRANSORIENTE estimó que sus fundamentos contractuales eran legítimos y también por medios legítimos exigió su cumplimiento. Corresponde a la justicia arbitral evitar –precisamente- la ocurrencia de un enriquecimiento, a través de las disposiciones que tomará en la parte resolutiva y que se explican en el capítulo de conclusiones. Por tanto, la excepción prosperará.

## 9. LAS RECLAMACIONES DE TRANSORIENTE Y SU PRUEBA.

Como se reseñó en el capítulo 5 precedente, en la oportunidad procesal correspondiente, la parte convocada no sólo contestó la demanda, sino que propuso reconvención, con pretensiones que con frecuencia resultan contrapuestas con las de la demanda principal y que el Tribunal procede a analizar brevemente a continuación. Se señala que brevemente,

por cuanto en la medida en que muchos puntos y probanzas hayan sido desarrollados en el capítulo octavo, estima el Tribunal que no debe recabar sobre ellos.

#### 9.1. La solidaridad de los integrantes del Consorcio

La primera de las pretensiones contenidas en la Demanda de Reconvención, marcada como A, apunta a que el Tribunal declare que Cosacol S.A y Confurca Sucursal Colombia tienen responsabilidad solidaria e ilimitada frente a Transoriente por todas las obligaciones derivadas del Contrato resultante de la aceptación de la Oferta Mercantil cursada por aquellos a ésta bajo modalidad consorcial el 2 de septiembre de 2009 para la construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga.

Como se vio el contrato se reputa estatal y por ello, aplicaría la regulación general que al respecto contiene la Ley 80 de 1993:

*"ARTÍCULO 6. DE LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR. Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales. (...)"*

*"ARTÍCULO 7. DE LOS CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES. Para los efectos de esta ley se entiende por: 1. Consorcio: Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman."* (resaltado por fuera del texto).

Así mismo, si se entendiese que se tratase de un contrato suscrito con un particular, la conclusión sería la misma respecto a la solidaridad según lo normado en el artículo 825 del Código de Comercio, según el cual *"(e)n los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente"*. Sin duda alguna, la pretensión deberá prosperar.

Adicionalmente, el Tribunal considera que por una parte, Cosacol y Confurca suscribieron un Acuerdo Consorcial el 27 de mayo de 2009 que obra entre los folios 2 y 17 del Cuaderno de Pruebas No. 1, en cuya cláusula 11.5 se establece que *"los consorciados son responsables en forma conjunta y solidaria con relación al contrato"*, a pesar de haberse pactado en el mismo documento que las responsabilidades internas se compartirían a razón del 50% para cada uno de los integrantes del mismo.

Por otra parte, así lo manifestaron expresamente a Transoriente en la cláusula 43 de la Oferta Mercantil precitada que, como se sabe, constituye la base documental de la contratación, la cual expresa:

*"CLÁUSULA 43º.- SOLIDARIDAD.- Para todos los efectos de esta Oferta, EL CONSTRUCTOR CONSORCIO CONFURCA C.A. Y COSACOL S.A. declaran que por todas las obligaciones que se generen en el desarrollo de esta Oferta Mercantil, a partir del momento en que ella sea aceptada, responderán solidaria e ilimitadamente..."*

Así las cosas, la pretensión primera aludida de la Demanda de Reconvención está llamada a prosperar y será aplicable puesto que del presente Laudo surgen obligaciones de condena en contra de la parte pasiva de dicha actuación.

#### 9.2. El incumplimiento de los hitos de terminación

El literal B del capítulo de pretensiones de la Demanda de Reconvención –con excepción del numeral 2.3- busca diversas declaraciones y condenas en contra del Consorcio por no cumplir con el hito de terminación mecánica, ni el hito de terminación definitiva y como consecuencia de ello, distintas condenas por daño emergente y lucro cesante derivadas de los atrasos e incumplimientos en mención.

En efecto, una de las preocupaciones más permanentes de la entidad contratante fue la relativa a los plazos del contrato, denominada como *"Hitos de obligatorio cumplimiento dentro del plazo máximo"*, que en la cláusula cuarta del contrato se fijó en trescientos noventa (390) días calendario para la terminación mecánica y en noventa (90) días adicionales para la terminación definitiva, términos que se modificaron varias veces a lo largo de la ejecución según consta en los Otrosíes que obran en el expediente.

Así como la preocupación más evidenciada dentro del proceso por parte de la entidad convocante fue la relativa a las mayores cantidades de obra y mayores costos en que incurrió atribuibles, según ella, a las deficiencias en la información, a la elevada presencia de roca en el trazado del Gasoducto, etc., la preocupación más evidente de la convocada y reconviniente, según se evidencia en el proceso, fue la relativa a las demoras en la entrega de las obras contratadas, derivada de incumplimientos que atribuyó al Contratista, reflejadas principalmente en los hitos pactados en el contrato.

Tal como se reseñó con amplitud en el capítulo precedente, el Tribunal encuentra que los atrasos alegados en efecto se produjeron y por ende se excedieron las fechas de entrega inicialmente pactadas para los hitos en mención. Sin embargo, como allí se indicó, esas demoras se debieron principalmente a circunstancias no imputables al Consorcio y sí en alto grado de responsabilidad de la reconviniente, Transoriente, por lo cual no están llamadas a surtir los efectos pretendidos por ésta en su reconvención, de ser constitutivas

de incumplimiento del contratista y generadoras de responsabilidad patrimonial a título de daño emergente y lucro cesante.

En efecto, tal como quedó reseñado en el capítulo 8, hubo unas ampliaciones en los plazos de terminación del contrato convenidas de mutuo consenso y orientadas principalmente a reconocer las vicisitudes e imponderables surgidos durante la ejecución de los trabajos las cuales, por tanto, no derivan en incumplimientos contractuales. En otras palabras, sí se produjeron los desbordamientos de los plazos pactados en la Oferta Mercantil y en los Otrosíes modificatorios, pero ellos no constituyeron incumplimientos para el Contratista por las razones que se exponen en el presente. Ciertamente, como arriba se señaló, lo pactado desde el Otrosí No. 2, fue el de terminar las obras mecánicas a más tardar el 20 de enero de 2011 y las definitivas el 20 de abril subsiguiente –fechas que con frecuencia y en diversos documentos reitera TRANSORIENTE- sin que ese plazo se cumpliera por parte del contratista.

No obstante, dichos plazos tampoco pueden considerarse como consensuados, por cuanto la sección 3.04. del documento citado estableció:

*"Sección 3.04 Las modificaciones de fechas contempladas en este artículo no implicarán renuncia a las reclamaciones existentes entre las partes que pudieran existir hasta la fecha, ni tampoco darán lugar a la imposición de multas o cualesquiera otras sanciones pecuniarias por parte de TRANSORIENTE relacionada con el cambio de estas fechas".*

Lo anterior significa, a juicio del Tribunal, que se trató de un pacto celebrado a desgano de uno o de ambos contratistas, pues ninguno de los dos renunció a las reclamaciones existentes hasta entonces –se entiende que las relativas a la modificación de fechas- y por ende, quedaron en libertad de hacer valer a futuro sus recíprocos reclamos. Llama la atención sin embargo, lo arriba señalado en el sentido de que TRANSORIENTE en variados documentos y reiteradas oportunidades se refirió a esas fechas como las definidas –y aceptadas por su parte- para la terminación.

No obstante, en esos plazos no se están tomando en consideración los impactos calculados por el perito técnico derivados de los diversos imponderables ocurridos y resumidos en las aclaraciones al cuestionario de la Convocante según los cuales aquellos, en términos de tiempo, ascenderían a 388 días, que deben adicionarse al término contractual, con lo cual no se habría dado el incumplimiento de los hitos y más aún, la intervención de TRANSORIENTE en el proyecto habría ocurrido antes del vencimiento del término contractual extendido.

Por consiguiente, se rechazará la pretensión 2. y por ende, las siete pretensiones condenatorias consecuenciales.

### 9.3. Las obligaciones del Otrosí No. 5

En el literal C, la convocada y reconviniente agrupa declaraciones y condenas derivadas del alegado incumplimiento de las fechas de avance parcial de obra previstos en dicho documento contractual y luego de los hitos de terminación mecánica y definitiva, junto con la consecuente liquidación de multas en ambos casos.

Para analizar este punto resulta pertinente tener en cuenta lo pactado en dicho documento al respecto, para lo cual se observa:

El 3 de febrero de 2011 las partes suscribieron un nuevo Otrosí, marcado con el número 5, el cual -si se permite el término- ya no es “pacífico”, por cuanto aquellas plantean allí sus recíprocas reclamaciones que son justamente, en alguna medida, las que han venido a ventilar ante la justicia arbitral. Además, el Consorcio considera que requiere dinero adicional y ajustes económicos al contrato para terminar las obras que espera culminar el 15 de abril de 2011, para todo lo cual convinieron:

- i. Pactar que las obras ejecutadas entre el 18 de diciembre de 2010 y el 20 de enero de 2011, se paguen dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración del Otrosí;
- ii. Modificar el sistema de facturación estableciendo cortes quincenales y regulando el procedimiento de revisiones y pagos;
- iii. Pactar que entre el 20 de enero y el 15 de abril de 2011 no se hará descuento por concepto de multas y por no conformidades impuestas y no cerradas, sin que ello implique aceptación o renuncias de Transoriente, medida que se adopta como mecanismo para darle liquidez adicional al contratista;
- iv. Convenir que Transoriente no retendrá el 10% establecido en el numeral II de la cláusula 14 de la Oferta Mercantil, también sin que ello implique renuncia a sus derechos y con el propósito de darle mayor liquidez al contratista;
- v. Establecer la obligación para el Consorcio de presentar un nuevo PDT dentro de los cinco (5) días siguientes a la suscripción del documento;
- vi. Establecer que el PDT aludido contemple como fechas de entrega las siguientes:
  - Hito de terminación mecánica, máximo el 15 de abril de 2011.
  - Hito de terminación definitiva, máximo el 15 de julio de 2011, sin que tales ajustes impliquen renuncia a los derechos de Transoriente de efectuar reclamaciones al Consorcio;

- vii. Prever que en el evento en que se presente un retraso del 2% o más respecto de la curva programada del PDT programado, Transoriente tendrá la opción de tomar el control total o parcial del proyecto;
- viii. Declarar por parte del Consorcio que mediante la firma de este Otrosí no son necesarios recursos adicionales al valor del proyecto para cumplir con el hito de terminación mecánica y el hito de terminación definitiva;
- ix. Señalar que las fechas de entrega presentadas en el nuevo PDT no modifican la obligación del Consorcio de cumplir con el hito de terminación mecánica y el hito de terminación definitiva de acuerdo con las fechas establecidas en el Otrosí No. 2 señalando que dichas fechas *"son objeto de reclamación por parte del Consorcio, por lo que las fechas pactadas en este Otrosí, se hacen por el interés común de las partes de terminar el proyecto."*;
- x. Definir que para garantizar que el Consorcio cumpla con el nuevo PDT, Transoriente tendrá derecho al pago por parte de éste de unas multas y apremio por el incumplimiento de las fechas de avance parcial establecidas en la sección 3.01 (d) y el Hito de Terminación Mecánica y el Hito de Terminación definitiva;
- xi. Fijar un procedimiento para la imposición de las multas por incumplimiento de las fechas de avance parcial;
- xii. Derogar lo dispuesto en el parágrafo tercero de la cláusula 12 de la Oferta Mercantil para que a partir de la fecha no pueda el Consorcio ejercer la opción de compra de tiempo para extender el plazo de terminación;
- xiii. Efectuar declaraciones por ambos contratistas mediante las cuales el Consorcio renuncia a la compra de tiempo, manifiesta que ha evaluado toda la información y cuenta con recursos financieros y técnicos para cumplir el PDT y señala que la firma del Otrosí no implica la renuncia a ninguno de sus derechos, salvo los relacionados con el numeral a) anterior, esto es, a la renuncia a la compra de tiempo. Por su parte, Transoriente declara que no renuncia a reclamar al Consorcio por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento en la entrega y que la suscripción no implica aceptación de las reclamaciones presentadas por el Consorcio.

Como las pretensiones principales se concretan a la declaratoria de incumplimiento con las fechas de avance parcial y de los hitos de terminación allí establecidos, el Tribunal estima que ello hace referencia por una parte, al nuevo PDT que debió haber presentado el contratista como consecuencia del otrosí y por la otra, a los hitos arriba establecidos.

En cuanto al incumplimiento de las fechas de avance parcial de obra, asunto concreto de la pretensión en estudio –pues lo demás no se involucró-, el Tribunal no aprecia prueba específica con mérito de convicción del incumplimiento puntual del avance parcial alegado. Particularmente, el perito técnico se pronunció sobre el atraso a la fecha de suscripción del otrosí, pero no con respecto al nuevo PDT allí convenido.

De nuevo, no puede perderse de vista que como se señaló, el 11 de agosto de 2011, Transoriente dio por terminado el contrato y tomó control del proyecto sin que las obras hubieran finalizado por completo, por lo cual es claro que expiraron inevitablemente los plazos pactados. Como se ha dicho, la expiración no constituye incumplimiento *per se* puesto que la insuficiente extensión del plazo pactado no comprendió los efectos de las reclamaciones, que resultaron procedentes por las situaciones y fenómenos anteriormente analizados.

Reitera el Tribunal que según lo antes expuesto, y tal como quedó probado en el proceso, los principales eventos generadores de retraso -especialmente presencia de roca, lluvias, inconvenientes en el derecho de vía, etc.- fueron de ocurrencia permanente a lo largo de la ejecución de los trabajos y durante muy buena parte del trazado y entonces, las nuevas fechas de entrega que se fueron conviniendo resultaron de nuevo afectadas por nuevas ocurrencias de los fenómenos descritos, por lo que tampoco le son imputables al contratista todos los incumplimientos en las fechas de avance citadas y por ende, tampoco resultan aplicables las multas pactadas por dichos conceptos.

Desde lo previsto en el Otrosí No. 2 queda claro para el Tribunal, como ya se señaló, que no existía acuerdo pleno de las partes sobre las fechas pactadas para terminación. Entiende el juzgador que TRANSORIENTE no estaba conforme con conceder la prórroga, o el Consorcio estaba insatisfecho con el término que se le concedía o ambas alternativas y por eso se efectuaban las reiteradas reservas mutuas de reclamación, quedando entonces para la decisión del juez del contrato determinar la razonabilidad de cada reclamo.

Dentro de la fase de evaluación global del contrato, representada en la etapa probatoria del proceso arbitral ha quedado evidenciado que aún los plazos iniciales fueron insuficientes para lo que se encontró en el terreno desde el puro comienzo de las obras y por tanto que las prórrogas sucesivas también resultaron a la final insuficientes e inadecuadas para los nuevos términos que se fijaban. Ya se señaló anteriormente, pero el Tribunal lo reitera, que el perito técnico tasó los diversos impactos de las fallas del proyecto atribuibles principalmente a TRANSORIENTE en algo más de un año -388 días- lo cual acredita con suficiencia la precariedad de los plazos y por ende, la irracionalidad de las multas.

Por lo expuesto, tampoco habrán de prosperar las declaraciones y condenas comprendidas en los numerales 3 y 4 ni las consecuenciales condenatorias 3.1. y 4.1. que dependían de aquellas.

#### 9.4. Las obligaciones del Otrosí No. 6 y el mayor valor del proyecto.

El literal D del capítulo de pretensiones de la demanda de reconvención alude al presunto incumplimiento de obligaciones contractuales, al incurrir en las siguientes conductas:

- Respecto del Otrosí No. 6 por (i) no efectuar la terminación mecánica del proyecto al 30 de junio de 2011, (ii) retirar maquinaria de su propiedad que sería necesaria y, (iii) apropiarse de valores existentes en Caja y Bancos y otros que se habrían causado posteriormente.
- Finalmente, la convocada incluyó un incumplimiento autónomo consistente en "*tener que asumir TRANSORIENTE el pago de sumas por encima del precio global fijo pactado en el señalado contrato*" y las consecuentes compensaciones del daño emergente representado en mayores valores asumidos presuntamente en exceso del valor inicialmente pactado, antes y después de la toma de control por parte de aquella.

Respecto a lo anterior puntuiza el Tribunal:

El 15 de abril de 2011 se celebró entre las partes el Otrosí No. 6 al Contrato<sup>102</sup>, mediante el cual, en resumen, éstas resolvieron:

- i. Convenir las condiciones para la terminación del proyecto;
- ii. Facultar a Transoriente para poder solicitar refuerzos al proyecto y para contratarlos directamente de ser necesario;
- iii. Autorizar a Transoriente para hacer contacto directo con subcontratistas y negociar incentivos;
- iv. Convenir una auditoría de cuentas para establecer destino de los recursos aportados por Transoriente;
- v. Facultar a Transoriente para hacer toma de control en caso de incumplimiento por el Contratista del PDT;

---

<sup>102</sup> El documento obra en el Cuaderno de Pruebas No. 1, a Folios 108 a 120, donde sin embargo no aparece la última hoja contentiva entre otras de la fecha de suscripción y las firmas de las partes pero que no ha sido controvertido ni fue tachado de falso en el proceso.

- vi. Establecer aportes adicionales de las partes para la culminación del proyecto, incluidos \$16.000 millones por parte de Transoriente y disposición de maquinaria por parte del Consorcio;
- vii. Especificar los costos y gastos no reconocibles por Transoriente y que se causen hasta la terminación del proyecto;
- viii. Establecer una forma directa de hacer pagos Transoriente por avances a sub contratistas y proveedores;
- ix. Definir sub hitos para la terminación del proyecto;
- x. Efectuar declaraciones recíprocas de las partes referentes principalmente: Las de Transoriente, a las consideraciones de que el Consorcio incumplió el proyecto; que los eventos alegados no son compatibles con la realidad ni con el proyecto; que mantiene su posición sobre la terminación de los hitos para el 20 de enero de 2011 y la no renuncia a reclamaciones futuras. Por parte del Consorcio, a señalar que bajo el convencimiento de los valores aportados por Transoriente deberán imputarse a sobrecostos de la obra por efectos no imputables al mismo; que Transoriente indujo a error al Consorcio e incumplió obligaciones pactadas en la Oferta Mercantil y que las condiciones establecidas en el Acuerdo mitigan los perjuicios que le han sido causados a Transoriente y se reserva los derechos de reclamación por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de Transoriente.

Respecto a los sub hitos para la terminación del proyecto, se estableció:

*"(...) Artículo 11: Definición de Sub-Hitos para la Terminación del proyecto: Las partes, de común acuerdo, determinarán el avance esperado del gasoducto, tomando como fecha máxima el 30 de junio de 2011, el cual puede disminuirse según lo que se defina como Ruta Crítica (...)".*

En el artículo 12 del Otrosí aludido, se señala expresamente:

*"(...) (e) TRANSORIENTE mantiene la posición que el CCC debió cumplir con el Hito de Terminación Mecánica el 20 de enero de 2011, tal y como se establece en los Otrosí No. 4 y 5 (...)".*

Lo puntualmente pactado en el Otrosí 6 precedentemente resumido y transscrito parcialmente, a juicio del Tribunal debe descomponerse para las declarativas pretendidas de tres maneras: Una, relativa a los tiempos de terminación; otra, a los incumplimientos asociados al retiro de maquinaria y apropiación de valores, y la tercera, al "tener que asumir TRANSORIENTE" unos pagos por encima del valor global fijo pactado.

El Tribunal expondrá sus consideraciones en el mismo orden:

En cuanto al incumplimiento en los tiempos de terminación, el Tribunal se remite a las consideraciones ya planteadas en acápite anteriores respecto a la insuficiencia de los plazos para conjurar los efectos de los imponderables ocurridos, no mitigados por las prórrogas. Conviene reiterar que la adición de los términos de afectación calculados por el perito técnico –no objetado a ese respecto-, desplazaría la terminación del contrato con posterioridad a la fecha de toma de control. Por ello, no se accederá a lo pretendido.

Ahora, en lo que respecta al retiro de la maquinaria se probó que ella no era necesaria para la terminación del Contrato, como lo estimó TRANSORIENTE en su pretensión.

Sobre este particular se pronunció el perito técnico al responder las preguntas del Tribunal en el Cuadernillo respectivo cuando afirmó:

*"...En relación a la motoniveladora y el vibrocompactador su disponibilidad reportada se presenta a continuación. Como se aprecia el número de este tipo de equipos en el proyecto era mínimo una vez que su uso es para conformar vías y/o realizar mantenimiento de las mismas. Es decir, su uso se requiere no para ejecutar directamente la construcción del gasoducto sino para reparar los daños creados por la propia construcción en vías de acceso..."*(Pág. 31)

*"...El uso del cargador se presenta a continuación. Su uso tampoco se considera vital para el proyecto. Normalmente su uso aplica a sitios de acopio de materiales razón por la cual este equipo se emplea para cargar vehículos tipo volqueta. Este trabajo puede ser realizada para pocas cantidades con una retroexcavadora..."*(Pág. 32).

Lo mismo aparece ratificado por los testigos. El Ingeniero Adriano Furlanetto, al respecto manifestó:

*"(...) DR. CASTAÑEDA: Afirmó usted que en efecto el Consorcio retiró maquinaria, en un respuesta anterior, correcto?*

*SR. FURLANETTO: Movimos maquinaria que no estaba siendo necesaria para terminar con los frentes.*

*DR. CASTAÑEDA: Por qué no se le solicitó permiso a Transoriente para el retiro de la maquinaria?*

*SR. FURLANETTO: Porque esa maquinaria no era de Transoriente.*

*DR. CASTAÑEDA: Le pongo de presente la cláusula 8.02.*

*SR. FURLANETTO: Estoy de acuerdo, pero si no era necesaria para hacer los especialistas, y para eso fue que nos contrató Transoriente a nosotros era para terminar el proyecto, con esa maquinaria que se estaba trabajando, es más, era de más maquinaria de la que se necesitaba, por qué, porque si se hubiese utilizado la maquinaria que el Consorcio presentó no era necesario, pero como las condiciones variaron por la rocas, las condiciones del suelo y todo eso, hubo que traer más maquinaria que la estimada en la oferta, como expliqué antes, no hacemos nada poniendo mucha maquinaria que no hacía nada (...)".*

Entonces, a pesar de estar entonces acreditado el retiro de parte de dicha maquinaria, no se probó en el proceso que se hubiera tratado de una que fuera necesaria para la terminación del proyecto, carga probatoria que desde luego correspondía a la reconviniente interesada.

El Tribunal estima que pretender la parálisis o inmovilidad de maquinaria y equipo simplemente para cumplir una estipulación contractual sin que aquella o éstos sean indispensables para el adelantamiento del proyecto, constituiría un abuso del co-contratante y en sentido contrario, retirarla cuando ya no esté en uso obedece al deber que tiene toda parte de mitigar los perjuicios para hacer menos onerosa la carga del otro contratante. Por lo expuesto, no se abrirá paso esta pretensión.

Sobre la presunta apropiación de valores de Caja y Bancos y otros posteriores, el Tribunal encontró que según el perito contable *"es materialmente imposible determinar la destinación concreta de los \$5.503.233.835 a partir del 01 de abril de 2011 y hasta el 31 de diciembre del mismo año"* (Respuesta a la pregunta No. 25 del cuestionario de la convocada) y que al responder la solicitud de aclaraciones de la convocante, adjuntó un resumen del movimiento contable correspondiente con sus detalles de donde tampoco se evidencia la supuesta apropiación reclamada por lo que la pretensión en comento no prosperará.

Finalmente, en cuanto a la pretensión autónoma relativa al incumplimiento contractual derivado del pago en exceso del valor global fijo pactado, el Tribunal no accederá a ella tal como se encuentra planteada, porque de forma congruente con lo ya expuesto, los pagos superiores a las cuantías inicialmente pactadas en efecto se dieron principalmente para preservar el proyecto y mitigar –al menos parcialmente- los efectos de los propios incumplimientos y de las circunstancias excepcionales que se encontraron probadas.

Lo anterior sin perjuicio de los reconocimientos que más adelante se harán a favor de la Convocada y las deducciones que se harán sobre los derechos reclamados por la Convocante.

Por consiguiente, no prosperarán las pretensiones que integran el literal D. de la demanda de reconvención.

#### 9.5. Las No Conformidades

El literal E de la Reconvención (Pretensiones 9 y 9.1), busca la declaratoria de incumplimiento para el Consorcio por concepto de haber incurrido éste en "no conformidades", lo cual sería generador de multas que se reclaman en cuantía de \$9.395.000.000.

Según lo pactado en la cláusula 1<sup>a</sup> de la Oferta Mercantil, Definiciones, numeral 47, se denomina no conformidad:

*"NO CONFORMIDAD: (NC): El incumplimiento de un requisito especificado o la desviación respecto a las normas, prácticas, procedimientos o los reglamentos y desempeño de los sistemas de gestión. Estos requisitos o desviaciones pueden ser determinados por: i) Normatividad aplicable; ii) medidas de control para la gestión de procesos; iii) procedimientos, instructivos, o cualquier documento perteneciente a los sistemas de gestión de calidad; iv) incumplimiento de los compromisos establecidos con las partes interesadas; v) causa directa o indirecta de enfermedad, lesión o daño al ambiente de trabajo o al entorno (...)"*

Por su parte, en la demanda, (hecho 55), Transoriente señala que como consecuencia de ellas –de las no conformidades- la entidad propietaria "(...) se vio en la obligación de imponer multas y llamados de atención, sustentados en los informes de intervención, los cuales fueron comunicados oportunamente al Consorcio (...)", absteniéndose sin embargo, de hacer precisión alguna al respecto.

En el Cuaderno de Pruebas No. 40 obra un muy extenso documento (comunicación ITC-TRO-COM-IECX-197 fechado el 30 de septiembre de 2011), en el cual Itansuca, la Firma intervencora contratada por Transoriente, reporta a ésta la situación de las no conformidades señalando que hay en total cuarenta y seis (46) que quedaron sin trámite de cierre por parte del Consorcio. Se entiende entonces que las demás fueron cerradas.

El Tribunal encuentra que el reporte aludido es cincuenta (50) días posterior a la toma de control del proyecto por parte de Transoriente y que aquel quedó sin terminar por decisión unilateral de éste derivada de las no conformidades que a su juicio, tendrían el rango de incumplimientos del Consorcio.

En ese mismo sentido, el Tribunal considera que dada la amplitud de los conceptos contenidos en la noción de No Conformidad y la vaguedad de las imputaciones contenidas en el hecho en mención, no ha quedado acreditada dentro del proceso la ocurrencia de dicha figura contractual, más si éstas se invocan como el sustento de la imposición de una sanción, supuesto en el que ha debido probarse más allá de toda duda, que las No Conformidades tenían incidencia suficiente para comprometer gravemente la ejecución del contrato.

Lo que sería la falta de materialidad sobre las No Conformidades pendientes de cierre, aparece confesado por apoderado para los respectivos efectos legales. Es así como el apoderado admitió en la demanda de reconvención que "*la terminación mecánica finalmente se logró el día 16 de agosto de 2011, como resultado del esfuerzo hecho por Transoriente*" (hecho 133) es decir, que cinco (5) días después de la toma de control se cumplió con el hito de terminación mecánica evidenciando que el Contratista hubiera podido cumplir con unos términos breves y en todo caso inferiores a las prórrogas proyectadas por el Tribunal, a las que legítimamente habría tenido derecho.

La parte convocada en sus alegatos de conclusión invocó el testimonio de la señora MÓNICA LOZADA, quien alude a la existencia de ciento cuarenta y dos (142) desviaciones y reconoce que quedaron "*abiertas y sin solucionar por parte del Consorcio alrededor de entre 40 y 50, los cuales debieron asumirse en su totalidad por parte de Transoriente, tras tomar el control de la obra*".

Entonces, como en ese momento el proyecto estaba culminado en cerca del 98%, es lógico que pudiera hacerse referencia a pendientes por concluir y retrabajos por efectuar, en la medida en que dichos pendientes puedan ser enmarcados dentro del concepto aludido el cual, desde luego, es menos comprensivo o si se quiere, más específico, que los "pendientes" del contrato.

En este sentido, la pericia técnica al contestar las preguntas iniciales del Tribunal, señaló:

*"...Sobre la base de la información consignada por la Interventoría 10 grupos de actividades de un total de 34 del proyecto estaban terminadas (29,41%), las restantes 24 grupos de actividades tenían pendientes la ejecución de trabajo. Es importante hacer claridad que la mayor cantidad del trabajo del proyecto, tanto en relación a costo como dificultad, hace referencia a la instalación del gasoducto y de los cruces especiales, actividades para las cuales los promedios de avance eran de 97,66% y 98,99% respectivamente..."* (Pág. 34).

Por consiguiente, es nítido que en efecto hubo No Conformidades durante el tiempo en que la obra estuvo a cargo del Consorcio, como también después, ya como "pendientes" durante el período de control de la misma por parte de TRANSORIENTE, todas las cuales

terminaron siendo atendidas por ésta con los recursos precitados, cuyos efectos se señalarán en el capítulo 11 del presente laudo.

Por lo tanto, no se abrirá paso esta pretensión y en consecuencia, tampoco las multas pedidas como consecuenciales. El Tribunal considera que con la toma de control del proyecto, no quedó espacio para que el Contratista culminara y ajustara los trabajos, espacio al que –como ya se dijo- éste tenía derecho dados los imponderables sufridos, probados y cuantificados por el perito técnico que como también se vio, equivalieron a 388 días adicionales al término contractual ajustado.

No prosperarán entonces las pretensiones del acápite E. de la demanda de reconvención. Lo anterior, sin perjuicio de que el Tribunal reconozca en otros apartes del Laudo Arbitral, a favor de Transoriente.

#### 9.6. La presencia de agua en la tubería

Bajo el literal F se comprenden las pretensiones 10, 10.1 y 10.2, a través de las cuales pretende Transoriente que se declare que el Consorcio incumplió el contrato al dejar en forma negligente agua en la tubería, lo cual habría sido generador de daño emergente y de lucro cesante en las cuantías señaladas en los dos últimos numerales citados; el daño, por los costos que implicó el retiro de agua de la tubería y el lucro, por la imposibilidad de operar el gasoducto entre el 14 de octubre y el 7 de diciembre de 2011.

Para los fines del proceso Transoriente contrató los servicios de la Firma Baker Tilly Colombia orientados a una auditoría externa para determinar los daños y perjuicios que aquella presentaría ante el Tribunal con ocasión del incumplimiento aludido. El dictamen correspondiente obra en el Cuaderno de Pruebas No. 40 ya mencionado y en la página 47 del mismo se señala sobre este particular:

*"3. Sobrecostos Retrabajos:*

*➤ por agua en Tubería:*

*En Octubre 14 de 2011 TRANSORIENTE empezó a prestar el servicio de transporte de gas natural, pero se detectó que el gasoducto contenía agua, por lo que se activó un plan de emergencia para solucionar de forma urgente este problema el cual terminó en Diciembre 7 de 2011, situación que ocasionó que TRANSORIENTE incurriera en sobrecostos para que el gasoducto quedara en condiciones óptimas para prestar el servicio de transporte de gas natural".*

Más adelante, en la página 63 del mismo estudio, Baker Tilly concluye en unos costos que atribuye a tal hecho como constitutivos de lucro cesante.

Dentro de las múltiples pruebas que obran en el proceso hay diversas, especialmente documentales y testimoniales, que acreditan que Transoriente el 11 de agosto de 2011 asumió el control del proyecto en el estado en que se encontraba, sin terminación final, cuando aún faltaban algunos pequeños porcentajes tanto para la terminación mecánica como para la terminación definitiva.

Por consiguiente, cuando se detectó la presencia de agua en el gasoducto, ya había transcurrido un período importante de control del mismo por parte de la entidad contratante y hoy reconviniente y por tanto, no puede asegurarse, ni se probó dentro del proceso, que la penetración de líquido en la tubería fuera un fenómeno de responsabilidad –por acción o por omisión- del constructor, mientras tuvo a su cargo el proyecto.

Así las cosas, la reclamación por este concepto no está llamada a la prosperidad, ni las consecuenciales de ésta.

#### 9.7. Las reclamaciones de terceros

En el literal G de las pretensiones de la reconvención, numerales 11, 11.1. y 11.2., Transoriente busca que se declare que los integrantes del Consorcio incumplieron la cláusula 44 del contrato que obligaba a aquellos a mantener indemne a la contratante frente a reclamaciones de terceros y en consecuencia piden que se los condene a reembolsar las sumas pagadas por dicha entidad a terceros por indemnización de perjuicios y deudas, lo mismo que los pertinentes gastos de administración derivados de tales hechos, a la luz de la cláusula 20 de la Oferta Mercantil base del contrato.

El Tribunal encuentra que tales reclamaciones fueron contabilizadas y constatadas por el perito contable (Respuesta 33.m) del cuestionario de la convocada). Sin embargo, la existencia de la cuantía no configura por sí sola la existencia del incumplimiento ni la generación de un daño ilícito, por cuanto la pretensión alude al deber de indemnidad a Transoriente frente a los incumplimientos de los subcontratistas del Consorcio y reclamaciones de terceros cuya causa no aparece acreditada en el expediente.

Ello se ha debido probar acreditando las reclamaciones dirigidas por los terceros al Consorcio y/o Transoriente, la petición de indemnidad de Transoriente al Consorcio, los contratos de transacción, conciliaciones o decisiones judiciales en que se habría forzado a Transoriente a los reembolsos ahora reclamados.

Por ello, la pretensión 11 no prosperará, ni las consecuenciales que de ella dependían.

#### 9.8. Los cruces de línea en operación

El literal H del libelo en mención, (pretensiones 12, 13 y 13.1.) pide que se declare que el Consorcio sólo construyó diecinueve de los cincuenta (19/50) cruces de línea en operación

pagados por Transoriente y que se condene a los integrantes de éste a reintegrar el precio de los treinta y un (31) cruces no construidos, valor que Transoriente estima en novecientos sesenta y seis millones cuatrocientos mil pesos (\$966.400.000).

Revisada la prueba obrante en el proceso, se tiene que la firma Baker Tilly Colombia rindió a Transoriente un dictamen para formular su reclamación, donde entre otras cosas y sobre este particular, se lee:

*"(...) En la comunicación ITC-TRO-COM-IEX-196-2 PT CL/2 FOLIOS enviada por la firma ITANSUCA firmada por el señor Luis Eduardo Páez Durán (Director de Interventoría), informan que "durante el desarrollo del proceso constructivo el Consorcio Confurca -Cosacol ejecutó **19 cruces de línea en operación** con el Oleoducto Caño Limón Coveñas propiedad de Ecopetrol de los **50 que estaban previstos** en la Oferta Mercantil de Servicios en el Parágrafo 1 de la Cláusula 3º ALCANCES DE LOS TRABAJOS".*

*De acuerdo a lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta el costo directo pactado en el Parágrafo 1 de la Cláusula 3º de la Oferta Mercantil No. 002 PT M/ 25 FOLIOS de \$23.980.227 cada uno; se procedió a liquidar el valor correspondiente a **31 Cruces de Líneas de Operación** que no fueron ejecutados por el Contratista, así: (...) "concluyendo luego la firma aludida que como el costo unitario, incluyendo el AIU ascendió a \$31.174.295, el costo total de los 31 cruces no ejecutados resulta en \$966.403.148. (...) (Cdno. de Pruebas No. 40 Folio 216).*

La prueba aludida no fue controvertida y al referirse a este tema el perito técnico acogió el informe de interventoría y expresó:

*"(...) Según el Informe de Interventoría sobre cantidades de obra finalmente ejecutadas por el Consorcio y los trabajos especiales incluidos dentro del Anexo No. 10, no se observa que se hubieran ejecutado un mayor número de trabajos especiales, antes por el contrario en el cruce de líneas de operación se ejecutaron 31 cruces de los 50 presupuestados. (...)".*

Por su parte, efectuó también los cálculos de los cruces de línea pagados por Transoriente, pero no construidos por el Consorcio, señalando:

o) ¿Cuál es el valor de treinta y un (31) cruces de línea en operación pagados por TRANSORIENTE S.A. E.S.P., pero no construidos por el Consorcio?

El perito verificó en la Oferta Mercantil N. 002 en el parágrafo 1 de la Clausula 3, en la que se estipula que "... Considerando que dentro del precio global fijo se incluyeron CINCUENTA (50) Cruces de Líneas en Operación, a razón de un Costo Directo de \$23.980.227 cada uno...", posteriormente evidencia el comunicado de Itansuca ITC-TRO-COM-IEX-196-2 del día 10 de septiembre de 2011, donde informa "Que durante el desarrollo del proceso constructivo el Consorcio Confurca Cosacol (Constructor del proyecto) ejecutó 19 cruces de línea en operación con el Oleoducto Caño Limón Coveñas propiedad de Ecopetrol", (*Ver Libro 2 Soportes; Folios 228 y 229*), de acuerdo con la información anterior el perito se permite calcular el valor aquí solicitado:

R./

CALCULO PARA 31 CRUCES DE LINEA				
COSTO DIRECTO UNITARIO	Nº CRUCES	COSTO TOTAL DE CRUCES	AIU	VALOR TOTAL SIN IVA
\$ 23.980.227	31	\$ 743.387.037	\$ 223.016.111	\$ 966.403.148

Según lo anterior el valor de los 31 cruces de línea en operación ascienden a la suma de \$966.403.148,00, pagados por Transoriente.

Por su parte, el apoderado del Consorcio al responder el hecho 128 donde expresamente se aludía a la construcción de sólo 19 de los 50 cruces de línea en operación pagados por TRANSORIENTE al Consorcio a valor unitario de \$23.980.227, manifestó: "*Es cierto*" lo cual tiene fuerza de confesión para su representada.

De la manera expuesta, resulta probado y claro para el Tribunal que efectivamente no se construyeron los cincuenta (50) cruces de línea contratados sino sólo diecinueve (19), los cuales habrían sido pagados por TRANSORIENTE por el valor total indicado en la pericia, por lo cual los treinta y un (31) cruces no construidos deberán ser objeto de reembolso y así se declarará en la parte resolutiva del presente.

#### 9.9. La tubería dañada o faltante

En las pretensiones contenidas bajo el literal I especificadas como 14 y 14.1., Transoriente busca que se declare que el Consorcio dejó inservibles 2.790 metros de tubería de propiedad de Transoriente y pide que como consecuencia de ello, se condene a sus integrantes a resarcir los perjuicios derivados de tal daño.

La comunicación ITC-TRO-COM-IEX-197 fechada el 30 de septiembre de 2011, remitida por Itansuca a Transoriente que obra a folio 0027 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 40 señala a folio 32 que del total de tubería entregada por Transoriente al Consorcio hay un saldo de 2.290 metros de tubería no restituida. Más adelante a folio 139 del mismo Cuaderno se especifican las entregas y las devoluciones para destacar el saldo aludido.

Por su parte, el perito contable al responder la pregunta No. 34 del cuestionario de la convocada, determinó un valor promedio entre las dos referencias de tubería en mora de restitución a TRANSORIENTE, concluyendo que "*para los 2.900 mts y cuyo monto después*

*de aplicar el Valor Unitario por Espesor Promedio asciende a la suma de \$939.476.616,30",* cuestión que no ha sido objetada por las partes.

El Tribunal accederá a las pretensiones 14 y su consecuencial 14.1. porque ni la toma de control, ni los incumplimientos del Contratante constituyen excusa para abstenerse de justificar la utilización o devolver los excedentes de materiales suministrados por el Contratante y no utilizados.

Conviene aclarar que este incumplimiento, así como los demás que se declaren, no guardan relación directa con los incumplimientos de TRANSORIENTE que se han anunciado. Por ello, se insiste que no constituyen los supuestos de procedencia de la excepción de contrato no cumplido a favor de la Convocada.

#### 9.10. Los acuerdos de pago

Finalmente, bajo el literal J se contienen las pretensiones 15 y 15.1., mediante las cuales Transoriente reclama de los integrantes del Consorcio el pago de las sumas que éstos se habrían comprometido a pagar en cuantía de \$248'980.000 por concepto de variantes constructivas y ambientales y daños a terceros dentro del derecho de vía del Gasoducto.

El Tribunal ha constatado que en el Cdno. de Pruebas No. 27 obra un número considerable de documentos referentes al acuerdo de pago celebrado entre TRANSORIENTE y el Consorcio para asumir conjuntamente y en diversos porcentajes daños adicionales a los inicialmente negociados con los propietarios de predios afectados por la construcción del Gasoducto –variantes constructivas- principalmente actas de reconocimiento, constancias de pago, actas de reunión, comprobantes de egreso, etc., todo lo cual evidencia que ciertamente se produjo el pago de los diversos reclamados en razón de esta pretensión que se encuentran enlistados y resumidos a folios 080 y 081, donde aparece como porción a cargo del Consorcio la suma de \$248'977.034, documentos que no han sido desconocidos, tachados ni controvertidos por la parte convocante, contra quien adujeron.

Por ello, las pretensiones 15 y 15.1. habrán de prosperar y así se declarará en la parte resolutiva.

#### 9.11. Las excepciones propuestas

##### 9.11.1. Mala fe de TRANSORIENTE

A riesgo de pecar de reiterativo, el Tribunal una vez más deja expresa constancia de que la parte Convocante no arrimó al proceso prueba alguna que permitiera desvirtuar la presunción de buena fe de la parte Convocada, ni mucho menos evidencia alguna de que ésta hubiera actuado de mala fe.

Si bien es cierto que como arriba se anotó el deber de información es un desarrollo del principio de la buena fe y ya se señaló que la Convocada falló en el deber aludido al entregar una información insuficiente y deficiente sobre las condiciones del terreno, sobre el trazado, sobre la línea regular del proyecto, etc., y asumió este riesgo debido a los tiempos y condiciones que impuso dentro del proceso licitatorio, resulta evidente que ésta, a su turno, tenía el legítimo derecho de considerar que la información que poseía y que había recibido de terceros era adecuada para los fines del proyecto y por tanto, al transferirla al oferente y posterior contratista bajo esta misma condición, no quebrantó de manera alguna el aludido principio, por lo que el Tribunal habrá de declarar la no prosperidad de la excepción.

#### 9.11.2. Incumplimiento del deber de información y ruptura de la confianza

Ya quedó dicho con suficiencia -particularmente en el capítulo 8 del presente Laudo- que la falla principal del proyecto y que dio lugar al presente proceso fue el haber recibido el Contratista de TRANSORIENTE, como entidad Contratante, una información insuficiente y errada sobre muchas de las características del proyecto. En ese sentido y como quiera que según lo anunciado van a prosperar en la parte resolutiva las pretensiones correspondientes propuestas en la demanda principal, esta excepción no está llamada a la prosperidad, no obstante lo cual el Tribunal insiste en que, si bien el Contratante incumplió con el aludido deber, lo hizo de buena fe y bajo la convicción profesional y legítima de que la información que suministraba era la adecuada para los fines del contrato y para los del proyecto.

Ahora, en cuanto a la ruptura de la confianza, el juez contractual no puede predicar que haya habido ruptura de ésta por parte de la entidad convocada y reconviniente. No obstante, corriendo el riesgo de incurrir en una discusión semántica, lo que sí está claro es que el oferente y posterior Contratista tuvo en la etapa precontractual, en el momento de suscribir la oferta y a lo largo de la ejecución de buena parte del contrato, la legítima confianza de que la información que se le había suministrado era la correcta –convicción que también tenía quien la suministró- no obstante lo cual, los hechos evidenciados a lo largo del desarrollo, terminaron demostrando que aquella no era adecuada, ni suficiente, por razones también ajenaas al recto proceder de la entidad contratante, TRANSORIENTE. Por consiguiente, a pesar del reconocimiento aludido, no prosperará con la connotación que suele darse al principio de la ruptura de la confianza, sino bajo las consideraciones aquí expuestas.

#### 9.11.3. Abuso de la posición dominante

La parte Convocante y demandada en reconvenión, ha endilgado a TRANSORIENTE un pretendido abuso de posición contractual dominante, no obstante lo cual no ha arrimado al proceso prueba alguna que apunte en tal sentido. Sin embargo, el Tribunal no quiere

dejar pasar esa afirmación -no alegada ni probada- sin pronunciarse de alguna manera al respecto.

Suele aludirse a una posición contractual dominante en eventos en los cuales un contratante representa la parte fuerte de la relación, bien por su poder económico o por su posición en el mercado, o por la condición de inferioridad de su contraparte o, en fin, por cualquier otra circunstancia que razonablemente lo haga tener una influencia decisiva e irresistible en este último, que lo motive u obligue a aceptar condiciones contractuales contrarias a su voluntad o lesivas a sus intereses. No puede pretenderse que por el simple hecho de ser una de las partes quien propone el negocio, quien decide celebrarlo o no y quien está llamada a pagar su costo, ello, por sí mismo, implique una posición de dominio o una asimetría contractual que deba censurar el Tribunal.

En el presente caso, es evidente que el contrato fue propuesto y redactado por TRANSORIENTE, pero de ninguna manera impuesto al Consorcio o a sus integrantes, así como tampoco los Otrosíes modificatorios del mismo. Los integrantes de dicho ente contratista no son minusválidos jurídicos o comerciales y antes por el contrario evidencian suficiencia en el medio en el que operan.

Desde luego, se demostró a todo lo largo de la etapa contractual que TRANSORIENTE ejerció presión y realizó actos de apremio sobre el Contratista, los cuales son legítimos bajo varias consideraciones fundamentales: La primera, porque a su turno el Contratante tenía celebrado un convenio con un tercero que le imponía unas tareas de transporte de gas cuyo incumplimiento podía ser penalizado; en segundo lugar, porque existían unas fechas previstas legítimamente pactadas tanto en el contrato, como en los modificatorios posteriores que no estaban siendo atendidas por circunstancias que sólo hasta ahora viene a calificar el Tribunal como justificativas de la tardanza.

Entonces, ni los apremios efectuados, ni las exigencias de cumplimiento, ni las sanciones impuestas, constituyeron constreñimiento ilegítimo, ni abuso de posición de dominio contractual, sino simplemente una actitud válida de un contratante empeñado en el cumplimiento de lo pactado, quien a lo largo de la ejecución, sin embargo, hizo indebida abstracción de las circunstancias que impedían el cumplimiento reclamado.

Por consiguiente, no habrá de prosperar esta excepción propuesta por la convocante y reconvenida.

#### 9.11.4. Contrato no cumplido.

El artículo 1609 del Código Civil señala que

*"...En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos..."*

El principio aludido resulta a juicio del Tribunal claramente aplicable en este caso, teniendo en cuenta que las pretensiones principales de la reconvención se orientan a que se sancione el incumplimiento del Consorcio en la ejecución del contrato, particularmente el referente a los hitos de terminación mecánica y definitiva, por cuanto se ha demostrado dentro del proceso que en efecto dichos retrasos se dieron, pero principalmente y como consecuencia del propio incumplimiento de la Convocada y hoy reconviniente, quien tenía el deber de suministrar una información en calidad, cantidad y oportunidad suficientes y eficientes para los fines del contrato.

Sin embargo, prosperará en su totalidad pero sólo para enervar algunas de las pretensiones, tales como las que aluden a incumplimientos de hitos y costos por encima del valor global fijo. Sobre las demás pretensiones no prosperará, bien porque fueron enervadas por otras excepciones o rechazadas expresamente por el Tribunal, o porque hay algunas pretensiones de la demanda de reconvención que sí están llamadas a prosperar (cruces de línea, tubería faltante o dañada, acuerdos de pago).

Por consiguiente y en los términos expuestos, la excepción en comento está llamada a prosperar.

#### 9.11.5. Fuerza mayor y caso fortuito

El Consorcio reconvenido ha alegado esta excepción, invocando en su apoyo la fuerte temporada invernal que afectó durante los años 2009 y 2010 una parte de las áreas donde se desarrolló el proyecto. Como se planteó con algún grado de detalle en el punto 8 al tratar la pretensión relativa a las lluvias, es evidente que el fenómeno sí se presentó, pero como allí se indicó, buena parte de sus efectos fue transada en razón de lo pactado en el Otrosí No. 2, no obstante lo cual el fenómeno denominado de La Niña, continuó también durante el resto de la ejecución contractual, es decir, durante el año 2011. Durante este período hubo unas lluvias que se presentaron en el mes de febrero pero que el Consorcio no trató con los requisitos, en la oportunidad y con las condiciones pactadas en el contrato, por lo cual válidamente no le fue reconocido por TRANSORIENTE, tal período, no obstante lo cual, el perito técnico sí aceptó reconocer un impacto de 31 días derivados del fenómeno, por lo cual la excepción de fuerza mayor está llamada a la prosperidad, con los efectos limitados en el dictamen pericial y resumido en el capítulo de conclusiones.

#### 9.11.6. Culpa exclusiva de la víctima

Teniendo en cuenta que algunas de las pretensiones de la reconviniente prosperarán, no puede sostenerse válidamente que la víctima habría tenido una responsabilidad exclusiva en la producción de los perjuicios alegados. Por ello, no está llamada a prosperar esta excepción. Lo anterior sin perjuicio de las demás declaraciones y condenas relacionadas con los incumplimientos de las partes y sus efectos.

#### 9.11.7. Hecho de un tercero (agua en tuberías)

Al desarrollar la pretensión respectiva ha quedado claro que si bien es cierto, todo parece indicar que sí se dio presencia de agua dentro de la tubería del Gasoducto que demandó unos ajustes y trabajos adicionales, lo cierto es que aquí no es fácil atribuir responsabilidad, pues si bien es cierto que TRANSORIENTE la imputa al Consorcio, la comprobación de la presencia de líquido se produjo en el mes de octubre de 2011, más de dos (2) meses después de la toma de control del proyecto por parte de TRANSORIENTE, por lo cual no puede determinarse a quiénes obedecieron las responsabilidades y mucho menos definirse si se trató o no de un tercero a la relación contractual y al litigio. Por consiguiente, la pretensión ni se probó ni podrá prosperar como fue planteada.

#### 9.11.8. Cumplimiento por parte del Consorcio

Como ya se analizó en detalle en el capítulo 8, si bien es cierto no se cumplieron en la forma y tiempo debidos los compromisos pactados en el contrato y en sus modificatorios, esos hechos no resultaron constitutivos de incumplimiento por parte de éste, por encontrarse debidamente justificados. Por consiguiente, el Tribunal al resolver la excepción concluirá que prosperará la excepción para enervar las pretensiones relativas al incumplimiento de los hitos contractuales y las consecuenciales que de ellas dependían.

#### 9.11.9. Inexistencia de los daños ilícitos

Las cuantías más representativas de lo pretendido en la reconvención están relacionadas principalmente con las diversas multas impuestas por Transoriente y contractualmente pactadas, a través de las cuales se pretendía sancionar al Consorcio por los incumplimientos en la terminación del hito de entrega mecánica y del hito de entrega definitiva. Como quiera que ha quedado demostrado que esos incumplimientos fueron causados principalmente por actos y omisiones imputables a la reconviniente, en particular la relativa a entrega de información necesaria para el proyecto, el Tribunal habrá de concluir que desde esta perspectiva no se configuraron los daños ilícitos alegados.

No obstante lo anterior habrá de prosperar parcialmente bajo ese entendido. No prosperará en relación con las pretensiones de condena que sí se concedieron en relación con el reembolso de cruces de línea, el pago de tubería dañada o faltante y el valor de acuerdos de pago.

## 10. OBJECIONES POR ERROR GRAVE

Recuérdese que dentro del proceso fueron aportados múltiples experticios por iniciativa de las partes. Adicionalmente, fueron solicitados y decretados sendos dictámenes periciales técnico y contable, rendidos dentro del proceso por los expertos JUAN CARLOS MONZÓN ALVARADO y TAYRON ALFONSO ROA VARGAS, respectivamente, a quienes se les encomendó absolver los cuestionarios del Tribunal y las partes.

Tales dictámenes fueron objeto de numerosas solicitudes de aclaración y complementación presentadas por las partes. El Tribunal ordenó a los peritos responderlas con lo cual fijó alcance amplio y garantista en la práctica de estas pruebas, las cuales fueron valoradas conjuntamente con las demás aportadas y practicadas dentro del arbitraje.

La Convocante presentó sendas objeciones por error grave -apenas parciales- contra los dictámenes periciales técnico y contable por los cargos que se entran a resumir:

### 10.1. Contra el dictamen pericial técnico

*Primer cargo:* La objetante consideró que la conclusión sobre la distancia de los apiques efectuados por GRÁDEX resulta errónea<sup>103</sup>.

Como prueba de esta objeción, presentó pruebas documentales, pidió tener en cuenta los experticios de parte rendidos por LILIANA ESTRADA PARIAS y otros (16 de octubre de 2013) y además pidió ordenar exhibiciones de documentos que se encuentran en poder de terceros, *"salvo que considere que con los estudios anteriormente aportados existe suficiente ilustración"*.

*Segundo cargo:* La objetante estimó que no se le dio respuesta sobre el ahorro obtenido por el Consorcio en el alquiler de la maquinaria dentro de la ejecución del contrato de marras, pues el perito se limitó a describir información aducida por el propio objetante<sup>104</sup>.

Como prueba de este reparo, pidió tener en cuenta el informe de parte rendido por ALFREDO MALAGÓN BOLAÑOS y LEONOR ARISTIZÁBAL AGUIRRE y además solicitó decretar una aclaración oficiosa al Perito Técnico.

### 10.2. Contra el dictamen pericial financiero y contable

La objetante se opuso a la conclusión del perito sobre el mérito de los centros de costos

---

<sup>103</sup> Respuesta a la pregunta No. 5 del cuestionario del Tribunal Arbitral.

<sup>104</sup> Respuesta a la pregunta No. 3.4. del cuestionario de la Convocante.

del Consorcio<sup>105</sup>, puesto que la estima errónea y contradictoria con otros aspectos mencionados dentro del mismo dictamen.

Como prueba de lo expuesto pidió tener en cuenta el informe de parte rendido por WILLIAM GUERRERO RODRÍGUEZ.

### 10.3. Trámite de las objeciones y pruebas decretadas y practicadas

#### 10.3.1. Oposición de la Convocada no objetante

La Convocada se opuso a la declaratoria de error grave de los dictámenes y además de las razones de orden legal y fácticas expuestas, pidió las siguientes pruebas en caso de que continúe el trámite de la objeción:

Respecto de las objeciones técnicas, pidió tener en cuenta el informe de parte rendido por RODOLFO FRANCO LATORRE; solicitó los testimonios de los expertos ALFREDO MALAGÓN BOLAÑOS y LEONOR ARISTIZÁBAL AGUIRRE, LILIANA ESTRADA, RODOLFO FRANCO LATORRE, WILLIAM GUERRERO RODRÍGUEZ, JUAN CARLOS MONZÓN, TAYRON ALFONSO ROA VARGAS e ISABEL CRISTINA GÁLVEZ –quien ya rindió testimonio-.

Respecto de la objeción contable, pidió tener en cuenta el experticio de parte rendido por RODOLFO FRANCO LATORRE –y su testimonio-, y adicionalmente los testimonios de JUAN CARLOS MONZÓN y LILIANA ESTRADA PARIAS.

#### 10.3.2. Instrucción del trámite de objeción por error grave

Mediante Auto No. 62 el Tribunal decretó y practicó pruebas documentales; testimonios principalmente de los peritos que rindieron los dictámenes, recibió nuevos experticios y recibió en declaración a quienes los elaboraron. Se negaron algunas por improcedentes, sin reparo de las partes ni del Agente del Ministerio Público.

### 10.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS OBJECIONES

#### 10.4.1. Procedencia excepcional de la objeción por error grave

En materia probatoria se ha conferido al dictamen pericial una doble condición: En primer término, es *"un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio es un medio de prueba en sí mismo considerado, puesto que permite*

---

<sup>105</sup> Respuesta a la pregunta No. A (ii) del cuestionario de la Convocada.

*comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso*<sup>106</sup>.

La procedencia de una objeción por error grave no está relacionada con la discrepancia del inconforme frente a las conclusiones; más que esto, requiere necesariamente la comprobación de una equivocación trascendental de tal gravedad o magnitud que conduzca a conclusiones equivocadas.

Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado, en armonía con la posición de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que:

*"Resulta pertinente precisar que para que se configure el "error grave", en el dictamen pericial, se requiere de la existencia de una equivocación en materia grave por parte de los peritos, una falla que tenga entidad suficiente para llevarlos a conclusiones igualmente equivocadas, tal y como lo exigen los numerales 4 y 5 del artículo 238 CPC.*

*La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado, respecto de la objeción por error grave contra el dictamen pericial y sus especiales condiciones, lo siguiente:*

*"(...) si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos..." pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, "...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven..."*<sup>107</sup>

#### 10.4.2. Consideraciones particulares del Tribunal.

En aplicación de lo antes expuesto, el Tribunal procederá a enunciar las particularidades de cada objeción promovida y las consideraciones específicas, con base en las cuales se anticipa desde ya, que no se declarará probada ninguna.

---

<sup>106</sup> Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-124 de 2011, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva, Bogotá, D.C.

<sup>107</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P. Enrique Gil Botero, Rad. N° 66001-23-31-000- 1997-04013-01(16850), Bogotá, D.C.

10.4.2.1. Técnico: Sobre la eventual conclusión errónea de la distancia de los apiques efectuados por GRÁDEX.

La pregunta No. 5 del cuestionario del Tribunal era la siguiente:

*"A propósito del estudio de GRÁDEX INGENIERÍA S.A., explique qué se entiende por la expresión "Estudios Técnicos Preliminares", indicando específicamente si tal carácter deriva de su alcance o del momento de su elaboración (...)".*

En su respuesta el Perito manifestó:

*"(...) Si bien considero que el estudio, desde le punto de vista cualitativo, es decir por el tipo de ensayos y estudios geotécnicos realizados, es suficiente para considerarlo completo para el propósito del diseño del proyecto; desde el punto de vista cuantitativo, es decir, del número de perforaciones realizadas (En promedio una por kilómetro), resulta insuficiente para describir con confiabilidad la condición del subsuelo a lo largo del trazado del proyecto para el propósito de instalación del gasoducto (...)".*

Más adelante en el último párrafo el Perito señaló:

*"(...) Por lo tanto, entiendo el término "Preliminar" como una entrega inicial del Contratante a los oferentes para que éstos realizaran sus valoraciones de riesgos correspondientes considerando que la distancia entre puntos de toma de muestra del subsuelo era muy distante y que era de esperarse que podría existir una gran variabilidad en la condición geotécnica en el trazado del gasoducto (...)".*

Manifiesta el objetante que él solicitó al perito complementar su respuesta,

*"(...) en particular la que indica que el número de apiques fue suficiente para descubrir la confiabilidad de la condición del suelo, con base al análisis de los planos Planta Perfil entregados por Transorient, los cuales se encuentran en la carpeta 10\_ ESTUDIOSTECNICOS E ING BASICA- Estudios Técnicos- Informe topográfico – Anexos Cartográficos – Planta Perfil (...)".*

Y que el perito, técnico al emitir su respuesta de complementación, expresó que

*"(...) Las perforaciones fueron realizadas a una distancia promedio de aproximadamente 900 metros entre sí (...)".*

*"(...) El menor promedio del tramo 1 sector 4 (Km 74+000 -Km 91+105) que se desarrolla entre las cotas aproximadas de 1.869 y 2.692 msnm, en parte se debe a la facilidad de ejecución de los apiques, dado que el material predominante en este sector está compuesto por capa vegetal (...)".*

Agrega más adelante el perito que:

*"(...) Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores se concluye que las perforaciones no fueron proyectadas sobre la base del cambio de altura o accidentes geográficos propios del terreno sino de una regla general sin criterios directos a la topografía del terreno (...)".*

Al plantear sus cargos el objetante señala que:

*"(...) Se resalta, en primer término, que el Ingeniero Juan Carlos Monzón, como se puede observar en su hoja de vida que reposa en el expediente arbitral, no es experto en geología, y no obstante el hecho que la ley lo habilita para auxiliarse en otros técnicos, el mismo no lo hizo – o al menos no lo informó –, para concluir sobre un punto que claramente no es objeto directo de su pericia (...)" (Pág.6).*

Concluye el objetante señalando que:

*"(...) Lo anterior en suma conlleva a que el error esté en que no se estudió, por parte del perito, de manera integral o en su totalidad el objeto del dictamen en este punto, pues, además de las distancias y el número de apiques, el perito o no consideró y o analizó otros elementos dados en el estudio de GRADEX, en particular la homogeneidad de los resultados de laboratorio, características que como se expuso, hubiese cambiado las conclusiones del dictamen técnico (...)" (Pág.10).*

Sea lo primero hacer referencia a la descalificación que pretende hacer la parte objetante sobre la condición profesional del perito técnico cuando señala que no es experto en geología. Se tiene, según la propia manifestación del Ingeniero aludido en su declaración:

*"(...) SR. MONZÓN: Soy ingeniero civil de la Universidad de la Florida y soy master en geotecnia de la Universidad de MIT en Boston (...)".*

Adicionalmente, el Tribunal no acepta el extemporáneo cuestionamiento de dicha aptitud, pues a todas luces se trata de un profesional calificado y contratista experimentado, cuyos conocimientos justamente eran los pretendidos para una pericia como la comentada.

Por otra parte, el perito dedicó buena parte de su declaración a valorar el estudio de GRÁDEX y al respecto, en resumen, señaló:

*"(...) Gradex tomó puntos que pretendía describir la condición general del terreno a lo largo de los 170 kilómetros, pero los puntos se tomaron muy seguramente a conveniencia de la cuadrilla que estaba tomando los puntos, es decir, si uno ve que la montaña está así posiblemente toma el punto en la parte de abajo y en la parte de arriba, más no en la mitad de la montaña.*

*Esto cuando usted lo grafica en alturas y distancias versus la ubicación de los sondeos resulta muy evidente que no hubo una planeación detallada en ese momento de la ubicación de los sondeos (...)".*

*"(...) SR. MONZÓN: Yo conceptúo que ninguna, por eso entré en el detalle de comparar en dos esferas cuantitativo y cualitativo el estudio de Gradex, a nivel cualitativo hice una comparación con la única referencia que existe en el país sobre qué debe incluir o no debe incluir un estudio geotécnico, un estudio de suelos, que es la Norma Colombiana Sismo Resistente, que si bien aplica para otro tipo de estructuras es la única norma que existe al respecto y es lo único que se puede usar como referencia.*

*Al hacer la comparación de lo que incluyó Gradex dentro de su informe, para los apiques que incluyó dentro de su informe la información geotécnica es muy completa, es decir, para los 190 apiques la información es completa bajo el entendido que completo se define bajo la Norma Colombiana Sismo Resistente, eso fue lo que dije en mi primer informe y bajo ese concepto la considero completa, sin embargo, la cantidad de sondeos, el número de sondeos o la forma como Gradex pretendió describir la situación real del sitio a mi juicio es incompleta, por eso decía que hacían falta apiques porque tratar de describir un continuo, una superficie continua del gasoducto, con tomas puntuales de información requiere un grado de interpretación muy importante.*

*Posiblemente si usted hubiera invitado, hubieran participado firmas de otras latitudes, americanas o lo que sea, hubieranlicitado el triple porque el grado de incertidumbre era muy importante, por eso me refiero a que la información que existe en el expediente permite cotizar el grado de incertidumbre con el cual usted quiera cotizar dicho valor es sujeto a cada contratista, es suficiente para dar un precio, si es el mejor precio ya depende de cada uno cómo lo valore, a eso me refería.*

*DR. MESA: Siendo usted experto en el tema por qué no consideró en su experticia el argumento técnico de la homogeneidad para concluir que el*

*número de apiques era suficiente y que no se requerían por lo tanto otros apiques entre puntos y puntos, precisamente por el tema de la homogeneidad de los resultados de los estudios entregados por Gradex.*

*DR. CASTAÑEDA: Esa pregunta ya fue contestada.*

*SR. MONZÓN: Con mucho gusto se la contesto porque hay una aparente contradicción que además no existe, la homogeneidad tal como usted lo manifiesta existe a nivel de los apiques de Gradex en 1 metro con 50, un poco más de la altura de la mesa, sin embargo, no existe homogeneidad a lo largo del trazado, que exista homogeneidad en 1.50m a lo largo de una amplísima distribución de tierra no quiere decir que exista homogeneidad en el resto del perfil, por esa razón y precisamente para demostrar que la homogeneidad aparente, 1.50m en la parte superior de un terreno, depende de dónde se tomaron los sondeos, si usted tomó los sondeos en todos los valles naturalmente todos los sondeos le van a dar similares.*

*Esa fue la gráfica que incluí del cambio de altura y los diferentes puntos de los sondeos donde usted aprecia que los sondeos no se tomaron en pendientes inclinadas sino normalmente y por la facilidad del que lo tomó, porque tenían una maquinaria y demás, en las zonas planas, existe homogeneidad entre los sondeos tomados pero eso no debe ser suficiente para una persona que los está evaluando, es dónde se tomaron, si se tomaron todos en situaciones muy distintas, listo, la homogeneidad es válida, pero si no fueron así la homogeneidad es aparente más no completa, que fue lo que yo pretendí ilustrar en la respuesta.*

*DR. CUBEROS: A ese punto quisiera una complementación, usted dice que los 190 apiques en 170 kilómetros no pueden promediarse exactamente, y las palabras son más, porque Gradex hizo más apiques en el terreno fácil y muchos menos en el terreno escarpado, correcto?*

*SR. MONZÓN: Eso es cierto.*

*DR. CUBEROS: Usted lo concluye diciendo que fue por simple facilidad logística y constructiva, aquí lo haríamos general, haríamos general en el terreno plan pero si miramos la zona rocosa donde están las pendientes y por ende las rocas, ahí hubo menos apiques y las conclusiones fueron totalmente diferentes.*

*SR. MONZÓN: Sí, lo sabemos hoy. (...)".*

De esta manera, el planteamiento del Perito se centra en la consideración de que si bien existía un promedio aparentemente satisfactorio de apiques efectuados aproximadamente a 900 metros de distancia entre uno y otro, lo cierto es que al hacer una revisión puntual de los sitios en que éstos se practicaron, resultó que dichos trabajos se adelantaron con menores intervalos en la zona de mayor facilidad constructiva y más espaciados en las áreas que presentaban mayor dificultad, por lo cual estima que cuantitativamente resultaron insuficientes.

Sin embargo, es destacable la apreciación según la cual "*la información geotécnica es muy completa*" y la consideración de la última frase transcrita en el sentido de que lo que hoy se sabe, permite unas conclusiones que pueden ser diferentes a las que se sacaron en su momento, esto es, al cotizar los trabajos y celebrar el contrato.

A su turno y para los mismos efectos, el Tribunal decretó declaración de la Ingeniera Liliana Estrada Parias, la cual fue recibida el 3 de diciembre de 2013, quien al referirse nuevamente el estudio de Grádex y a la valoración de éste por el perito, conceptuó que era imposible hacer una comprobación física a los análisis revisados, pues para ello se requería utilizar de nuevo el mismo tiempo requerido inicialmente por el consultor. Entre otras cosas, al respecto manifestó:

*"(...) SRA. ESTRADA: Pero él no lo dijo conceptual, él hizo exploraciones, es a lo que nos referimos, o sea que no es conceptual, a lo que yo me refiero conceptual es objetarlo con un recorrido de campo, eso es imposible porque yo no estoy haciendo apiques, ni siquiera lo puede saber el topógrafo porque él lo único que está hablando es las cotas, lo que decimos es: las cotas tampoco me desvirtúan nada, a mí qué me desvirtúa algo, hacer el mismo apique, es la única forma, y en qué tiempo lo hago, en el mismo tiempo que duró el constructor haciéndolo, lo que he dicho en repetidas ocasiones es que es imposible, y lo sigo sosteniendo, hacer esa comprobación por algo que a mí me dio por hacer un recorrido de campo, es imposible hacerlo porque resulta que si hubo un consultor que se tomó seis meses, ocho meses, que supongo que lo tomó porque tiene todas las disciplinas, porque la logística en campo no es fácil, porque hay que mover unos equipos, hay que hacer unos burritos, hay que halarlos, a veces hay que alquilar mulas.*

*Ese proceder de la logística en un tema de campo se bien difícil, de hecho diría, que también pude ver al doctor Gonzalo la vez pasada, él decía que el recorrido de campo se puede hacer en un mes, el recorrido, sólo caminándolo, ahora perforemos, son seis meses, o sea que cómo voy a desvirtuar que esta perforación está mal si no la estoy haciendo, es imposible, es a lo que me he referido siempre.*

Más adelante agregó, refiriéndose de nuevo a las evaluaciones efectuadas por el perito técnico:

*"(...) SRA. ESTRADA: Cuando ya se tienen estudios fase III si es una persona que está en licitación y es ingeniero está en capacidad de evaluarlo, sin problema, porque a él qué le interesa, le interesa es el resultado del estudio, cuál es el resultado del estudio, qué tengo yo a la profundidad de cimentación y con qué precio me voy a la cimentación, entonces no necesita en ese momento tener un geotecnista, no necesita porque el estudio tiene que ser capaz de hablar por sí solo en el sentido de que él nos da es una profundidad, al que está haciendo la licitación no le interesa qué pasó ahí atrás porque eso de ahí atrás ya se mataron seis meses haciéndolo (...)"*

Finalmente, refiriéndose a la profundidad y especialidad que podrían o deberían tener los estudios realizados, la experta concluye:

*"(...) SRA. ESTRADA: No, para qué, yo voy en línea, eso no tiene lío, es que va a una profundidad muy baja, no estamos haciendo ni un muro en pantalla, ni estamos metiendo almeja para hacer un edificio y se nos va a ir a una calle como ha pasado acá, no estamos haciendo nada de eso, estamos hablando de una profundidad de influencia menor a 3 metros que eso es muy bajito, entonces no necesito un geotecnista, si tengo un problema en la excavación lo llamo puntual, si estoy pasando un borde de falla lo llamo puntual, pero si no presento nada de eso y voy a zanja recta y todo si yo soy constructor no llamo al geotecnista para nada (...)".*

El Tribunal estima que las apreciaciones del perito son válidas y que constituyen "una" de las pruebas del proceso y no "la" prueba de lo debatido, por lo que necesariamente deberá complementarse lo manifestado por el experto con otros medios de convicción que ciertamente abundan a lo largo del plenario.

En otras palabras, ciertamente parece contradictorio que el perito, por una parte, aluda a que los estudios de Grádex contienen el suficiente grado de detalle para considerarse completos y por la otra, señale que hay una insuficiencia cuantitativa en el número de perforaciones realizadas para comprobar la condición del subsuelo.

Sin embargo, observa el Tribunal que desde las primeras respuestas dadas por el perito a las preguntas del juzgador, el experto fue claro en precisar que una cosa era validar la información y otra diferente, complementarla y que mientras a lo primero podía procederse por un grupo reducido de profesionales y en un término relativamente breve, "el plazo no era suficiente para la ejecución de los estudios técnicos complementarios" (Cuadernillo de respuestas a las preguntas solicitadas por el Tribunal, páginas 23 y 24). Lo anterior explica la concepción del perito respecto a la llamada insuficiencia cuantitativa en

el número de perforaciones realizadas que hacían recomendables unos estudios complementarios para cuya realización no contaba el contratista con el tiempo necesario previo a la oferta, por lo cual razonadamente debía dar fe a la información que le suministraba el contratante, la cual el perito calificó claramente en el mismo documento como contentiva de "los requisitos esenciales de un estudio geotécnico completo" (Pág. 4)

De esta manera la expresión cuestionada sobre el aspecto cuantitativo de las perforaciones es una apreciación que no resulta determinante para las conclusiones del dictamen.

Así, con las explicaciones dadas por el perito para su apreciación y con las demás pruebas del proceso, el Tribunal tiene el material suficiente para decidir el punto en controversia, pues no puede perderse de vista que según el numeral cuarto del artículo 238 del C.P.C., la objeción por error grave procede cuando se verifique, de un lado, la ocurrencia de éste y de otro, que el mismo haya sido determinante de las conclusiones del perito o porque el error se haya originado en éstas. No ve el Tribunal la materialidad de la objeción desde este punto de vista y por tanto, al resolver el asunto en el laudo así lo decidirá.

10.4.2.2. Técnico: Sobre la presunta falta de respuesta al ahorro obtenido por el Consorcio en el alquiler de la maquinaria dentro de la ejecución del contrato.

La pregunta No. 3.4. del cuestionario de la Convocante fue la siguiente:

*"(...) 3.4. Indique si los precios contratados para el alquiler de equipos por parte del CONSORCIO para la construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga, fueron inferiores a los precios del mercado, de aquella época, para el alquiler de los mismos. En caso de ser afirmativa la anterior respuesta, defina a cuánto asciende tal diferencia (...)"*

Expresa el objetante que al responder el perito contable la pregunta aludida, indicó:

*"(...) De la anterior comparación de los costos horarios de equipos relacionados en los precios unitarios de referencia, presentados dentro del proceso de selección para la construcción del gasoducto Gibraltar-Bucaramanga, y los costos logrados por el CONTRATISTA para la ejecución del proyecto se confirma que el CONTRATISTA logró ahorros en el costo del equipo a emplear en el proyecto. (...)."*

Agrega el objetante en su escrito que por esa razón presentó solicitud de aclaración y complementación al dictamen aludido pidiendo que:

*"(...) Para efectos de la decima novena pretensión principal declarativa y la quinta pretensión principal condenatoria, sírvase complementar la respuesta,*

*indicando cual es el monto del ahorro tal como se solicitó en la parte final de la pregunta (...)".*

Frente a la complementación aludida el perito respondió:

*"(...) Para los efectos de la solicitud de complementación de esta pregunta, se entiende, que el objeto de la misma es determinar el ahorro total logrado por el CONTRATISTA. Una vez que no existe fuente distinta a la contabilidad del propio CONTRATISTA para determinar el valor pagado por los equipos de la obra, se hizo la solicitud de información correspondiente. Cabe aclarar, que este tipo de preguntas resultan afines a la esfera y experticia del Perito Contable, y de hecho requieren conocer los detalles de la contabilidad para validar la información de la misma suministrada por el CONTRATISTA. No obstante, y en el intento por dar respuesta completa a esta pregunta se analizó la información recibida la cual corresponde a un archivo de Excel denominado "ALQUILER MAQUINARIA FINAL 16-04-2013 CONSORCIO CC.xlsx". En dicho archivo se listan los valores de alquiler pagados a cada uno de los proveedores y se compara con el valor de la oferta del CONTRATISTA, resultando en la posibilidad de calcular la diferencia de costo horario para cada uno de ellos. La suma de la totalidad de las diferencias se indica al final del archivo antes mencionado e indica un valor de AHORRO TOTAL correspondiente a \$8.505.104.647,59 (...)"*

Señala el objetante en sus cuestionamientos que el perito:

*"(...) decidió no responder una preguntas por considerar equivocadamente que no estaba dentro de su alcance, y por el otro, que se abstuvo de solicitar el concurso de otro experto, lo cierto es que omitió responder de forma material tanto la pregunta No. 3.4, en la medida que se limitó a describir la información entregada por una de las partes - la convocante - en donde se establece que existió un ahorro de \$8.502.104.647,59, pero en su respuesta no se evidencia que verificó y/o validó dicha información, razón por la cual, se insiste, omitió responder cuál fue el monto total del ahorro en la consecución de maquinaria por parte del CONSORCIO CONFURCA COSACOL para la ejecución del proyecto Gasoducto Gibraltar Bucaramanga (...)"*

Para resolver la objeción, al igual que en el caso precedente, el Tribunal mediante Auto No. 62 del 18 de noviembre de 2013, ordenó tener como pruebas las documentales aportadas por las partes con los escritos de objeción y traslado y adicionalmente, decretó testimonio de perito técnico Juan Carlos Monzón y aceptó tener como pruebas los informes de parte aportados por los interesados.

Dentro de las documentales está un experticio del geólogo Rodolfo Franco Latorre aportado por la parte convocada, quien además rindió declaración ante el Tribunal del cual, no obstante, no resultan elementos adecuados para probar la objeción grave imputada, por lo que se prescindirá de mencionar detalles puntuales sobre el mismo.

El cuestionamiento básico del objetante apunta entonces a censurar por qué el perito técnico no hizo verificaciones puntuales sobre los ahorros aducidos y en ese sentido se desarrolló parte de la declaración que se pidió al experto como prueba de lo invocado por el apoderado de la convocante. Señaló el perito que la validación de información que de él se pretendía era imposible, por las razones que expuso al señalar:

*"(...) DR. CASTAÑEDA: Por qué no la validó?*

*SR. MONZÓN: Porque para mí era imposible validarla, la información con la que contaba para hacer la validación es la que reposa en el expediente, sobre la base de los registros de maquinaria lo único que podía saber era el número de maquinarias mas no el tipo de maquinarias o saber si el listado de ese archivo correspondía a las maquinarias que estaban o no estaban en el proyecto.*

*DR. CUBEROS: Nos amplía ingeniero por favor?*

*DR. CASTAÑEDA: Básicamente esa era la aclaración que requería del perito, no tengo más preguntas.*

*SR. MONZÓN: Quisiera adicionar un punto, puedo?*

*DR. CUBEROS: Por supuesto.*

*SR. MONZÓN: La pregunta no iba encaminada a que yo determinara la existencia o la no existencia de las máquinas, la pregunta iba encaminada al ahorro entre una situación y otra situación, el problema era que la pregunta no se podía responder porque la información que sustenta la pregunta no existe, en el primer ejercicio, en la primera respuesta, la primer entrega del ejercicio que hice como no hay una base, y ya le voy a explicar el por qué, para poder hacer la comparación cogí máquina por máquina y validé el ahorro de máquina por máquina, me explico.*

*Sin embargo, el multiplicador al cual yo le tengo que aplicar ese ahorro es indeterminado.*

*DR. CUBEROS: 3 ó 5 ó 7.*

*SR. MONZÓN: Puede ser cualquier número, si usted se va a la propuesta dice que eran, estoy hablando de memoria y me puedo equivocar, 56 ó 57 máquinas, pero la realidad del informe diario es que se usaron 300 máquinas en promedio, entonces la pregunta del ahorro es cuál fue el ahorro relacionado con la propuesta o cuál fue el ahorro relacionado con las 300 máquinas considerando el precio de la propuesta como base y el precio real como el real, yo tendría que empezar a decir, para calcular el ahorro yo haría el trabajo de ustedes diciendo: es que se necesitaban las 300 máquinas porque la roca o lo que fuera fue la situación que cambio, y la lluvia, y en fin, entonces el ahorro sería la diferencia del costo unitario de la propuesta versus el pagado por las 300 máquinas, ese no era mi ejercicio.*

*SR. MONZÓN: Tengo un listado de equipos que recibí diciendo son los equipos que se usaron en el proyecto, yo tengo en los informes diarios e informes semanales un número de equipos, sin embargo, no tengo forma certa de saber que los equipos del listado se emplearon en esta obra, ni su duración, ni su ubicación, no hay una correlación.*

*DR. CUBEROS: Si tenemos una Caterpilla 320 en el trayecto Gibraltar-Bucaramanga, en la mitad de la montaña, de la Cordillera Oriental, la tienen los señores de Cosacol ahí o Furlanetto, hay alguna duda de que esa máquina sea para el proyecto?*

*SR. MONZÓN: Yo no sé si el listado correspondía a una máquina que estuviera o no en el proyecto, si está en el proyecto naturalmente puedo afirmar que si estaba pero yo no tengo un dato de entrada de la máquina ni de salida de la máquina, ni el informe diario me relaciona que la maquina estuvo, me dice hubo una retroexcavadora 320, sin embargo, si esa es la que corresponde al listado es absolutamente imposible saberlo.*

*DR. CUBEROS: Absolutamente imposible saberlo?*

*SR. MONZÓN: Claro, es la misma situación...*

*DR. CUBEROS: Por qué?*

*SR. MONZÓN: Porque de obtener un listado donde le dice que hay 200 máquinas cómo puede usted inferir que esas 200 máquinas estaban o no estaban, y si estaban operativas o no estaban operativas en la obra, o sea, que existieran las máquinas en un listado no quiere decir que las máquinas existían en la obra.*

"(...) DR. MESA: *Ante lo que usted acaba de manifestar mi pregunta es: usted se apoyó en un auxiliar contable para efectos de verificar la diferencia entre un precio y el otro tal como usted lo indicó en su respuesta inicial?*

*SR. MONZÓN: No en la forma en la que usted me lo pregunta, me apoyé en el doctor Tayron en validar que dicha información existiera en la contabilidad, cuando me refiero a que se requiere un perito contable o una persona con experticia contable no me refería a que me validara que el número de máquinas fuera el que existiera en obra, no, eso lo podía hacer yo, o lo podría hacer si la información del expediente así lo permitiera, cosa que acabo de decir que no lo permite, cuando escribí que necesitaba a un perito contable me refería a que esa información fuera cierta, que existiera la información, y la única manera de verificar que esa información fuera cierta es que estuviera en la contabilidad porque el documento que yo tenía era un archivo de Excel y no un libro de contabilidad.*

*Con el doctor Tayron él me confirmó que la información existía, que era la misma que él tenía, básicamente, hasta esa esfera fue lo que yo confirmé, ahora, si esa información corresponde a lo que estaba específicamente en la contabilidad, documento por documento no lo hice yo así, y así lo puse, es una tarea del perito que precisamente la está haciendo, o la hizo.*

*DR. MESA: En otras palabras le vuelvo a preguntar, desde esa perspectiva usted verificó o no verificó?*

*SR. MONZÓN: No, yo me limité a preguntarle al doctor Tayron.*

*DR. MESA: Sigue la transcripción: "No obstante, un poco lo que él acaba de decir, y en el intento por dar respuesta completa a esta pregunta, que ya él acaba de aclarar que no verificó, se analizó la información recibida a la cual corresponde un archivo de Excel denominado alquiler de maquinaria, eso es una referencia, es una información referente, en dicho archivo se listan los valores de alquileres pagados a cada uno de los proveedores y se compara con el valor de la oferta del contratista, eso es cierto, ese archivo contiene esa información, resultando en la posibilidad de calcular la diferencia de costo horario para cada uno de ellos, sin embargo, el perito, y me corrige, en la contabilidad eso no lo verificó, es lo que acaba de afirmar, la suma de la totalidad de la diferencia se indica al final del archivo antes mencionado e indica un valor de ahorro total correspondiente a \$8.505 millones". No tengo más preguntas, el testigo acaba de decir que él no verificó esa información (...)"*

Estamos en presencia de lo que el apoderado de la convocante denominó una "*objeción grave por omisión*". El Tribunal no está de acuerdo en que exista el error grave, ni en que se haya dado la omisión, pues el perito fue claro al explicar las razones de la imposibilidad, las cuales se estiman valederas, pues en punto a la validación contable es claro –y no se ha desvirtuado- que en efecto se apoyó en el dicho del perito contable, pero además, explicó claramente que una cosa eran los datos de la contabilidad y otra, las particularidades prácticas que ello podría representar en la calidad de las máquinas, en su disponibilidad, en el ahorro que representaban, etc.

Por tanto, si no hay elementos fácticos al alcance de la pericia, ello será responsabilidad de la parte interesada en probar y no un factor de censura o imputación al perito que carece de elementos para efectuar la valoración particular que se le pide.

10.4.2.3. Contable: Sobre las conclusiones respecto de los centros de costos del Consorcio<sup>108</sup>.

Respecto a la pregunta No. A (ii) (c) solicitada por la parte convocada, al perito financiero se le preguntó:

*"(...) Sírvase precisar si dentro de la contabilidad del CONSORCIO COSACOL CONFURCA hay un centro de costos donde se registraron los ingresos, costos y gastos derivados de la ejecución de las obras relativas a la construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga.(...)".*

Frente a la aludida pregunta, el perito manifestó:

*"(...) En cuanto a los centros de costos el perito encontró que en la contabilidad 3, (tres), grandes centros de costos a saber:*

*1. "BOG" - Bogotá General; en el cual se manejaron los costos y gastos de dirección y administración.*

*2. "TGI" - (Transportadora de Gas Internacional); donde se llevaron los ingresos, costos y gastos del contrato No. 750052.*

*3. "TOT" - Transoriental; donde se llevaron a cabo los ingresos, costos y gastos de las órdenes de compra No. 1043, 1044 y 1117.*

*De acuerdo con lo anterior: Sí, el perito verificó que en la contabilidad del "Consorcio Cosacol Confurca" desde el momento de la suscripción de la Oferta Mercantil No. 002 de fecha 01 de Septiembre de 2009 y de la emisión de la*

---

<sup>108</sup> Respuesta a la pregunta No. A (ii) del cuestionario de la Convocada.

*orden de compra 1044 por parte de Transoriente en la misma fecha, se creó un centro de costos denominado, "TOT"- "Transoriente. Allí se registraron de acuerdo con la planeación, los ingresos, costos y gastos derivados de los contratos con Transoriente.(...)"*

En las aclaraciones a la respuesta precedente, el perito respondió:

*"(...) Para resolver y hacer claridad sobre el contenido de las 9 preguntas introductorias citadas anteriormente y que apuntan a hacer claridad a las primeras 10 respuestas ya dictaminadas y solicitadas por la Convocante en el Dictamen Inicial; en mi opinión, en cuanto a si la contabilidad del Consorcio contaba o no con centros de costos adecuados que permitan identificar cualquier tipo de costo o gasto imputado, a los diferentes contratos celebrados con Transoriente y especialmente a los que tenían que ver con la Oferta Mercantil 002, a lo que el perito a lo largo del desarrollo de esta ampliación afirma que solamente se encontraron tres, (3), centros de costo los cuales en mi opinión son muy pobres y no permiten por los volúmenes registrados contables identificar con claridad meridiana que se gastó o invirtió en cada proyecto (...)"*

Con respecto a la manifestación que hace el perito de que no es posible determinar de manera clara e independiente los costos y gastos asociados a cada uno de los contratos, el objetante señala que ello constituye un error grave por parte del perito,

*"(...) toda vez que todos los soportes de la contabilidad del CONSORCIO CONFURCA COSACOL identifican claramente el contrato al que están asociados y se encuentran debidamente clasificados en los archivos contables del mismo, situación que el perito pretende desconocer (...)"*

Agrega más adelante el impugnante que:

*"(...) no se entiende como para unos aspectos el perito si logra identificar y separar los costos y en otros casos en los que la contabilidad y los archivos contables presentan las mismas características, el perito, por el contrario, no puede identificar los costos".*

Según lo expuesto, la censura a esta parte del dictamen contable se refiere al hecho de que la pericia no hubiera desagregado debidamente los centros de costos, particularmente el que tenía que ver con los proyectos de Transoriente, para efectos de conformar lo que en el proceso se llamó "sub-centros", cada uno de los cuales a su turno se referiría a un proyecto específico.

Para el efecto fue clara la exposición del perito contable cuando manifestó:

"(...) SR. ROA: A lo largo del dictamen siempre fui claro en el sentido que en la contabilidad del consorcio se manejaron tres centros de costos, tres centros de costos que se originaron por necesidades administrativas en atención a lo siguiente, existió un contrato con una compañía que se llama TGI para la cual había un centro de costos con ese nombre, y para Transoriente abrieron un segundo centro de costos al que llamaron TOT, abrieron un tercer centro de costos que se llama BOG donde la idea era manejar los gastos, como TGI no tiene nada que ver aquí lo dejamos a un lado y la parte que nos atañe apunta a que en Transoriente se manejaron dos centros de costos, uno compartido, el de BOG donde se llevaban los gastos de gerencia y administración, y el centro de costos donde se llevaban materiales, mano de obra y gastos indirectos que se llamaba TOT, eso fueron los centros de costos que se encontraron en la contabilidad del consorcio.

(...)

SR. ROA: En el centro de costos TOT se manejaron los tres contratos que suscribió el consorcio con Transoriente, a saber: la orden de compra 1043 que tenía que ver con el diseño de las obras geotécnicas, el contrato del Gasoducto Gibraltar-Bucaramanga a quien la correspondió la orden de compra 1044 y la orden de compra 1117, la construcción de las obras geotécnicas, esos tres contratos todos se manejaron en el centro de costos denominado TOT (...).

(...) SR. ROA: Los centros de costos son una herramienta de carácter administrativa o gerencial que debe diseñarse a la medida del proyecto, este proyecto tuvo tres contratos y no se diseñaron para controlar los tres contratos en forma independiente, en alguna parte dice que los comprobantes soportes sí decían el centro de costos, eso es cierto, el comprobante sí decía para qué centro de costos, si hubiese existido debería llevarse, pero dentro de la contabilidad nosotros no encontramos ese centro de costos.

Cuando usted se refiere a lo engorroso y al tiempo sí es cierto, en el centro de costos TOT encontramos solamente por concepto llevado a costo de materiales y mano de obra, y algunos gastos, 87.402 registros, para poder dar el dato correcto de cada centro de costos nos hubiese tocado, yo lo digo en alguna parte muy claro que hay que reprocesar con una plataforma diseñada a la medida y todo esto, y que gastaría mucho tiempo, pero si hubiésemos sido nosotros 87 mil registros sin contar las contrapartidas y otros adicionales, son 87.402 comprobantes que hemos debido ver, el comprobante no es único, tiene muchos registros, en el mejor de los casos hubiésemos tenido que examinar 87.402 registros. (...)

*(...) DR. CUBEROS: A usted se le pidió pronunciarse específicamente pronunciarse específicamente sobre ese sub centro de costos, por qué no lo hizo?*

*SR. ROA: Por qué no di la cifra? Porque todo estaba en el mismo bolsillo, todos los costos, materiales, mano de obra estaban en un bolsillo entonces no es fácil con la información existente en el momento encontrar esa partida, por eso lo digo, para encontrar esa partida hay que reprocesar en una plataforma a la medida... la información.*

*DR. CUBEROS: Cuánto tiempo tardaría eso?*

*SR. ROA: No sé, mucho, por bien que nos vaya seis meses, trabajando durísimo, cuatro personas.*

*DR. CUBEROS: Si el Tribunal necesitara un dato de eso para una condena, qué haría entonces?*

*SR. ROA: Primero solicitarle al Tribunal el tiempo adecuado, los recursos, eso tiene un costo.*

*DR. CUBEROS: Qué tan importante es el costo?*

*SR. ROA: No, eso pasa de 100 pesos grandes. (...) (C.P. No. 66, Folio 366).*

Entonces, es claro que, por una parte, como bien lo dice el objetante, los comprobantes contables correspondientes a cada sub-centro estaban debidamente identificados, pero no es menos cierta la dificultad logística y de costos que resaltó el perito declarante para destacar no la imposibilidad, pero sí las dificultades en tiempos y en costos para desagregar la información de más de 87.000 registros.

El no haberlos desagregado oportunamente fue –si al caso- una falla organizacional de la propia convocante y por lo tanto, no puede censurarse al contador, puesto que existe culpa de la parte solicitante de la prueba que además estaba obligada a colaborar con la práctica de la misma, en este caso, procediendo ágil, pronta y económicamente a la desagregación.

Al no haber procedido diligentemente, se encuentra culpa de la parte que pidió la prueba, lo cual no puede ser imputable al perito contador.

Por lo expuesto, esta objeción tampoco está llamada a prosperar. Lo anterior sin perjuicio de que la prueba se aprecie de forma conjunta con las demás practicadas.

Como consecuencia de lo expuesto, en la parte resolutiva del presente, se declarará la improsperidad de las tres objeciones parciales señaladas.

## 11. EL DAÑO, SU TASACIÓN Y ASPECTOS ASOCIADOS

En este acápite el Tribunal abordará los siguientes aspectos: (i) El daño cierto y la tasación del perjuicio, (ii) La decisión sobre las estimaciones juramentadas de la cuantía y sus objeciones en ambas demandas y (iii) La decisión sobre los intereses moratorios pedidos.

### 11.1. El daño cierto y la tasación del perjuicio

Recuérdese que el *"daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima"*<sup>109</sup>. Así mismo, para que revista la condición de indemnizable, debe ser cierto tanto en su producción como en la causalidad con el incumplimiento.

El Tribunal encuentra que los daños producidos como consecuencia de los incumplimientos contractuales y de otros imponderables, son plenamente ciertos.

En ese orden de ideas, la cuantificación o avalúo del perjuicio contractual, esto es, la determinación del monto de la condena puede ser hecha por las partes, por la ley y por el juez <sup>110</sup>. En el primer lugar, la valoración por las partes corresponde a la fijación convencional del monto de la indemnización ante un incumplimiento, por ejemplo, mediante cláusula de limitación de la responsabilidad o las cláusulas penales. De otro lado, la cuantificación hecha por la ley corresponde a los casos en que la ley fija un valor a indemnizar por un evento de incumplimiento, como es el caso de los intereses moratorios a falta de estipulación de las partes. Finalmente, ante la ausencia de pacto contractual y de reglas legales, en la valoración judicial es el juez que avalúa el incumplimiento contractual quien debe proceder a la determinación el monto de la indemnización, de acuerdo con las pruebas que obran dentro del expediente.

En el caso concreto, no observa el Tribunal que las partes hubieran fijado previamente el monto de la indemnización ni que exista regla legal aplicable. En consecuencia, será el Tribunal quien debe establecer el monto de los perjuicios a reparar, para lo cual debe partir de la base de la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, de acuerdo con el cual, *"Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la*

---

<sup>109</sup> Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II, Segunda Edición, Legis, Pág. 326.

<sup>110</sup> Cfr. GASTÓN SALINAS UGARTE. *Responsabilidad civil contractual*, t. II, Santiago de Chile, Abeledo-Perrot y Thompson Reuters, 2011, pp. 895 y ss.

*valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuarios”.*

En aplicación de la anterior norma, son dos los principios fundamentales para la valoración del perjuicio: la reparación integral y la equidad. De acuerdo con el primer principio, “*el juez deberá otorgar la indemnización total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que le hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el lesionado*”<sup>111</sup>, de tal manera que como regla básica debe indemnizarse la totalidad del perjuicio probado por el demandante dentro del proceso.

A su vez, el segundo principio que informa la valoración del perjuicio es la equidad, la cual es fuente del ejercicio del arbitrio judicial como medio para determinar el monto del perjuicio, específicamente “*para la determinación del quantum a indemnizar en aquellos casos en que resulta difícil o compleja la acreditación de su valor*”<sup>112</sup>. Es decir, que la aplicación del principio de equidad solo se produce para los casos en que la cuantificación del perjuicio es compleja por las circunstancias que rodean su producción o por la clase de perjuicio que es materia de valoración.

En el presente caso, como lo expresó antes el Tribunal, de acuerdo con los dictámenes periciales practicados, no existe inconveniente para la valoración del perjuicio, por lo cual no tiene cabida la aplicación del principio de equidad como criterio de valoración del daño previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. En consecuencia, será el principio de reparación integral el que debe aplicar el Tribunal en la valoración del daño.

El efecto de la anterior conclusión se concreta en que el Consorcio tendrá derecho al pago de la totalidad del perjuicio sufrido como consecuencia de la conducta de TRANSORIENTE. Sin embargo, como pasa a explicarlo el Tribunal, la aplicación del régimen legal pertinente supone que no debe condenarse a la totalidad del valor del perjuicio probado.

Es así como, el ordenamiento jurídico colombiano reconoce que cuando el hecho de la víctima es causa parcial del daño, el juez debe disminuir el monto de la indemnización probada. En este sentido, el artículo 2357 del Código Civil señala que “*La apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente*”. Esta regla legal ha permitido construir la regla de la concurrencia o compensación de culpas, en virtud de la cual, puede el juez reducir el monto de la indemnización probada, como efecto del comportamiento de la víctima.

---

<sup>111</sup> JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Tratado de la responsabilidad civil*, 2<sup>a</sup> ed., t. II, Bogotá, Legis, 2007, p. 542.

<sup>112</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, expediente 15.024.

Haciendo eco de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, una decisión arbitral explicó el fenómeno de la concurrencia de culpas incorporándola en la responsabilidad contractual en los siguientes términos:

*-En cuatro decisiones de la Corte (Casaciones civiles del 30 de abril de 1976, del 27 de julio de 1977, del 17 de mayo de 1982 y del 17 de julio de 1985), en las cuales se emplea un lenguaje muy similar, se acoge la teoría de la equivalencia de condiciones y al mismo tiempo se utilizan términos y conceptos propios de la doctrina de la causa eficiente.*

*En efecto, las cuatro providencias contienen afirmaciones del siguiente tenor: "Ciertamente, no son infrecuentes los casos en que un daño resulta de la conjunción de varios acontecimientos. Dícese entonces que todos estos aconteceres son la causa del perjuicio, pero en el sentido de que la ausencia de uno de ellos habría bastado para que el daño no se hubiera producido".*

*"En dichos supuestos que doctrinariamente se han conocido con la denominación de concurrencia de culpas, para deducir la responsabilidad civil, la jurisprudencia ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, toda actividad que entre las concurrentes, ha contribuido a la realización del perjuicio".*

*Los párrafos transcritos claramente apoyan la tesis de la equivalencia de condiciones, pero en ellos también se dice lo siguiente: al hablar de la concurrencia de culpas entre la del demandado y la víctima, señalan que se trata de "dos culpas distintas que concurren ambas a la realización del hecho dañoso, y en donde la culpa de la víctima, justamente por no ser preponderante y trascendente en la realización del perjuicio, no exime de responsabilidad al demandado, pero que sí compensa, en la medida o grado que estime prudente el juez, con la del reo de la acción" (estas afirmaciones se encuentran en las Sents., jul. 27/77, mayo 17/82 y jul. 17/85).*

*Al hablar igualmente de la participación de dos actividades peligrosas en la producción de un daño, afirmó la Corte: "La una entraña más peligro que la otra, a tal punto que su mayor trascendencia puede llegar hasta excluir la naturaleza que de tal (actividad peligrosa) pudiera atribuirse a esta, pues la intervención de la primera en el evento perjudicial es tan decisiva y preponderante que deja sin relevancia los hechos de la víctima que pudieron haber intervenido en el acontecimiento" (Sent., abr. 30/76 y jul. 17/85).*

*En igual sentido, al explicar el régimen aplicable a los eventos en que se presenta participación conjunta de circunstancias en la generación de daños, precisa que en "tales supuestos, empero, para deducir la responsabilidad la jurisprudencia no*

*ha tomado en cuenta, como causa jurídica del daño, sino la actividad que, entre las concurrentes, ha desempeñado un papel preponderante y trascendente en la realización del perjuicio”.*

*“De lo cual resulta que si, aunque culposo, el hecho de determinado agente fue inocuo para la producción del accidente dañoso, el que no habría ocurrido si no hubiese intervenido el acto imprudente de otro, no se configura el fenómeno de la concurrencia de culpas...”. “En la hipótesis indicada solo es responsable, por tanto, la parte que, por último, tuvo la oportunidad de evitar el daño y sin embargo no lo hizo” (Sent., abr. 30/76 y jul. 27/77)<sup>113</sup>.*

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia citada, la existencia de un comportamiento antijurídico de la víctima de un daño tiene una incidencia directa en la indemnización, pues puede llegar a exonerar al victimario del deber de indemnización –si se trata de un hecho exclusivo o total de la víctima–, o puede disminuir el monto de la indemnización –en el caso en que el hecho de la víctima no sea exclusivo.

Frente a lo expresado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el segundo caso mencionado, esto es, cuando la conducta de la víctima no es exclusiva y que simplemente da lugar a la disminución del perjuicio, el monto de la reducción del perjuicio debe ser adoptado de manera prudente por el juez, conclusión compartida por ALESSANDRI que, con cita de PLANIOL Y RIPERT y de SAVATIER, enseña que *“los jueces del fondo fijan soberanamente la cuantía de la reducción; la decisión que dicten al respecto no es susceptible de casación”*<sup>114</sup>. Es decir, que se reconoce una especie de arbitrio judicial para reducir el monto de la indemnización en esos casos, circunstancia en la cual aparece nuevamente el principio de equidad como regla de valoración de los daños en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

En el caso concreto, el Tribunal encuentra probados los siguientes comportamientos antijurídicos por parte del Consorcio:

- (i) El comprobado retiro inadvertido de maquinaria –que aunque innecesaria fue inconsulta;
- (ii) Las menciones múltiples de los testimonios de TRANSORIENTE en relación con la ausencia de orden administrativo y financiero;

---

<sup>113</sup> Tribunal de Arbitramento de *Leasing Mundial S.A. contra Fiduciaria FES S.A.*, Laudo Arbitral de 26 de agosto de 1997.

<sup>114</sup> ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 416.

- (iii) El pago preferencial de servicios prestados por los consorciados en prelación injustificada frente a los demás proveedores, y,
- (iv) El embargo a uno de los integrantes del Consorcio, por sus propias causas, de una importante suma de dinero, todo lo cual generó en parte la necesidad de que TRANSORIENTE tuviera que tomar posesión de la obra.

En relación con estos hechos, el Tribunal considera que los mismos reflejan un comportamiento contrario al contrato y al de un buen hombre de negocios por parte del Consorcio:

- (i) En efecto, si en la oferta se dejó clara que la maquinaria ofertada era, porque se consideraba necesaria para el cumplimiento de las actividades a cargo del contratista, de tal manera que su disminución inconsulta, así se tratara de un contrato a precio global, revela que el Consorcio no observó rigurosamente sus obligaciones contractuales;
- (ii) Además, un presupuesto básico para que un proyecto genere la menor cantidad de costos es precisamente llevar un adecuado orden administrativo y financiero. Se trata de una regla elemental de un profesional en la ejecución de un proyecto de la envergadura del contrato que es materia de estudio por este Tribunal. De esta manera, la probada y reiterada falta de orden en el manejo de los asuntos administrativos y financieros, sin duda, hace que se disminuya la eficiencia en la ejecución de los recursos por parte del Consorcio y, por lo mismo, que se aumenten los costos en la ejecución y cumplimiento del contrato y, especialmente, que se disminuyeran las utilidades a percibir, por razones que solo le resultan imputables al contratista.
- (iii) Por su parte, el pago preferencial implica un desconocimiento de las reglas leales de prelación de créditos, lo cual, sin duda, daría lugar a que se aumentaran los perjuicios como efectos de la mora en el pago a terceros y,
- (iv) Por último, constituye una situación contraria al contrato y al obrar de un contratista profesional el hecho de que el Consorcio por sus propias causas se viera enfrentado a un embargo por una suma importante de dinero, el cual le impidió continuar con la normal ejecución de sus actividades contractuales y, en parte, a que TRANSORIENTE tomara posesión de la obra, circunstancia que, naturalmente, le impidió obtener la totalidad de la utilidad esperada.

En suma, para el Tribunal es claro que existió un comportamiento de parte del Consorcio que dio lugar a que no se pudiera obtener la totalidad de la utilidad esperada, pero que no tiene tal entidad para sostener que se trata de la única fuente del perjuicio que encontró probado el Tribunal.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la utilidad no es un aspecto garantizado dentro del precio acordado para la ejecución de un proyecto y que la misma depende en gran medida del correcto comportamiento administrativo, financiero, logístico y jurídico del ejecutor, entonces, dado que en el caso concreto se encuentran presentes las situaciones mencionadas, es claro para este Tribunal que su ocurrencia afecta la obtención de la totalidad de la utilidad esperada. En ese orden de ideas, el Tribunal se encuentra en el deber legal de aplicar la regla de disminución del valor de la condena por la concurrencia de factores relativos al daño.

Sin embargo, advierte el Tribunal que la aplicación de la regla contenida en el artículo 2357 del Código Civil solo se extiende a la utilidad esperada, pues fue únicamente dicho factor de los perjuicios probados que se vio afectado por el comportamiento antijurídico del consorcio.

El Tribunal debe aplicar la regla de disminución de la condena, pues en efecto, como lo ha expresado la doctrina, la reducción del monto del perjuicio a indemnizar en estos casos no es una mera posibilidad del juez, sino que constituye un auténtico deber en el ejercicio de la función de administración de justicia. Es así como, con base en el artículo 2330 del Código Civil chileno, equivalente a nuestro artículo 2357, sostiene ALESSANDRI que *"esta reducción es obligatoria y no facultativa; establecida aquella, el juez deberá hacerla necesariamente"*<sup>115</sup>.

Además, para la aplicación de dicha regla destaca el Tribunal lo expresado por la jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que cuando a un proponente se le priva ilegalmente del derecho a ejecutar un contrato, este tiene derecho a la totalidad de la utilidad esperada, posición que se considera que puede aplicarse también para el caso en que al contratista se le priva de la posibilidad de ejecutar la totalidad del contrato por un incumplimiento contractual de la otra parte. Sin embargo, la misma jurisprudencia ha aclarado que no siempre hay lugar al mencionado ciento por ciento (100%), pues hay casos en que las circunstancias propias del contrato impiden que se habría obtenido dicha totalidad de la utilidad esperada.

Al respecto, el Consejo de Estado expresó:

*"En los anteriores términos la Sala aclara que su postura en relación con el quantum de la indemnización en un 50%. a que tiene derecho el proponente al que se privó injustamente de la adjudicación del contrato no opera indistintamente para todos los casos, sino para eventos en que no se demostró cuál sería la incidencia de la fuerza de trabajo en todos sus aspectos – costos*

---

<sup>115</sup> Ibídem, p. 414.

*directos e indirectos – en el valor del contrato, para deducir la utilidad. Y se precisa así porque el caso que se sentencia es distinto*<sup>116</sup>.

En ese orden de ideas, como la aplicación del artículo 2357 del Código Civil se refiere a las utilidades, el Tribunal considera coherente hacer una disminución en el monto de la utilidad a reconocer, pues es claro que las conductas antijurídicas en que incurrió el Consorcio permiten concluir al Tribunal que las condiciones propias del contrato le habrían impedido obtener la totalidad de la utilidad esperada.

Ahora bien, frente al monto específico de la indemnización que debe reducirse como consecuencia del comportamiento contrario al contrato y a los deberes como profesional del Consorcio recuerda este Tribunal, de una parte, que el mismo debe ser fijado prudentemente por el juez como se desprende de las citas de la jurisprudencia y doctrina civil que se hicieron atrás y, de otra, que ante la dificultad de la prueba precisa del monto de un perjuicio puede acudirse a la valoración en equidad, como bien lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado en la jurisprudencia transcrita<sup>117</sup>.

Es así como, en aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que autoriza el ejercicio del principio de equidad para la valoración del daño y el arbitrio judicial reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y teniendo en cuenta la posición jurisprudencial del Consejo de Estado sobre la indemnización de la utilidad esperada, este Tribunal considera que debe descontarse un *treinta por ciento (30%)* sobre el monto de la utilidad esperada por el Consorcio, el cual se considera un valor adecuado y que refleja la incidencia que la conducta antijurídica del Consorcio tuvo sobre el monto del perjuicio finalmente sufrido.

Con todo lo anterior, el Tribunal procederá a hacer los análisis probatorios respectivos para tasar los perjuicios junto con los fundamentos de hecho, derecho y equidad respectivos en cuanto lo ha avalado la jurisprudencia para la determinación del perjuicio.

Respecto de las condenas de la demandas principales (reforma), el Tribunal accederá a las pretensiones de condena primera y tercera y rechazará las demás como entra a explicarse:

- (i) El Tribunal accederá a reconocer la diferencia entre ingresos y costos directos del proyecto, hasta la concurrencia de las cuentas por pagar del Consorcio que

---

<sup>116</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2002, expediente 13.792.

<sup>117</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de julio de 2012, expediente 15.024, y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 2012, expediente 22.043.

ascienden a: \$16.915'499.716,24 (Dictamen Contable, Preguntas de Convocada, No. 28.2.).

(ii) El Tribunal accederá a condenar a TRANSORIENTE al pago el porcentaje de utilidades de acuerdo con el AIU contractual, del siete por ciento (7%), que se liquidará no sobre la totalidad de los costos del proyecto, porque se le deducirán los siguientes rubros:

a. Los valores que corresponden a los pagos hechos por TRANSORIENTE a partir del 11 de agosto de 2011 por encima del precio global fijo (después de la toma de control) que ascienden a \$7.776'146.516, que no pueden tomarse en cuenta porque no corresponden a la ejecución del Consorcio, según las siguientes consideraciones:

- Resulta evidente que para el 11 de agosto de 2011, el proyecto no estaba terminado y faltaba un porcentaje cuantitativamente bajo para la terminación de los trabajos en el momento en que TRANSORIENTE asumió el control de aquel para terminar las obras, tema que está reconocido por las partes y comprobado por las pericias, al punto que TRANSORIENTE concluyó el hito de terminación mecánica el 16 de agosto de 2011, esto es, apenas cinco (5) días después de la toma de control del proyecto.

- Ciertamente, consta también en el proceso que fue TRANSORIENTE quien culminó los trabajos a su costa, no obstante lo cual debe hacerse una importante diferenciación entre los dos momentos aducidos por la parte reconviniente. Hasta cuando se produjo la toma de control mencionada, las obras estaban a cargo del Consorcio y por tanto, los pagos que se realizaron dentro de dicho período lo fueron por el Contratante, pero por cuenta del Contratista, según lo pactado en el Otrosí No. 6 para pagos directos. El perito contable en respuesta al cuestionario de la convocada –que no fue objetada– respondió así la pregunta 33 h:

*"El perito verificó y evidenció que en la contabilidad de Transoriente aparecen registrados en la cuenta 1645100601 (Gasoducto Gibraltar-Bucaramanga), pagos por valor de \$24.838.505.993,00, los cuales aparecen debidamente capitalizados el día 30 de diciembre de 2011, valores este que corresponde al pago por encima del precio global fijo pactado y cancelado entre el 26 de enero de 2011 y el 11 de agosto de 2011"*

- Otro tanto ocurrió –pero con efecto diferente– con los costos y gastos en que debió incurrir Transoriente para la terminación de los trabajos después de la toma de control del proyecto. Es indiscutible que la finalización de los pequeños porcentajes de obra que quedaron pendientes para el 11 de agosto

de 2011 fueron ejecutados y pagados por la entidad contratante y obra en el expediente la cuantificación pertinente del perito contable –que tampoco fue motivo de objeción- según la cual:

*"El perito verificó y evidenció que en la contabilidad de Transoriente aparecen registrados en distintas subcuentas relacionadas con la cuenta 161504 y 161545, todas ellas relacionadas con los pagos que realizó Transoriente a partir del 11 de agosto de 2011 por encima del precio global fijo pactado, los cuales ascienden a la suma de \$7.766.146.516,00...".*

- b. Los valores que corresponden a la facturación de Cosacol y Confurca al Consorcio que ascienden a \$6.240'142.461 y \$14.530'977.754, respectivamente (Dictamen Contable, Preguntas Convocada, No. 13 y 14), puesto que incluirlos equivaldría a amparar una doble utilidad del Contratista por estos rubros.
  - c. Los valores que corresponden a los perjuicios comprobados por los incumplimientos del Consorcio respecto del Reembolso de Cruces de línea (\$966'403.148), Valor de tubería dañada o faltante (\$939'476.616,30) y Valor de los acuerdos de pago no atendidos por el Consorcio (\$248'977.034) (Dictamen Contable, Preguntas Convocada, No. 33, O) y 34 y Cdno. de Pruebas No. 27), respectivamente, puesto que incluirlos representaría enriquecer injustificadamente al Consorcio por cuenta de sus propios incumplimientos de la parte final del contrato.
- (iii) Sobre la diferencia anunciada (\$215.503'700.401,94), el Tribunal entraría a calcular una utilidad teórica del siete por ciento (7%) equivalente a: \$15.085'259.028,13.
- (iv) A esta suma, el Tribunal le hará una deducción del treinta por ciento (30%) como consecuencia de las consideraciones hechas a propósito de la tasación de los perjuicios, esto es, la suma de \$4.525'577.708,44. Esto reduce la utilidad a favor del Consorcio a la suma de \$10.559'681.319,69.
- (v) Así pues, la sumatoria de la utilidad anterior, más las cuentas por pagar pendientes, arrojan el valor total de \$27.475'181.035,80 a favor del Consorcio y a cargo de TRANSORIENTE.
- (vi) De otro lado, las condenas a favor de TRANSORIENTE y a favor del Consorcio ascienden a \$2.154'856.798,30 correspondientes a la sumatoria del Reembolso de Cruces de línea (\$966'403.148), Valor de tubería dañada o faltante (\$939'476.616,30) y Valor de los acuerdos de pago no atendidos por el Consorcio (\$248'977.034) (Dictamen Contable, Preguntas Convocada, No. 33, O) y 34 y

Cdno. de Pruebas No. 27), respectivamente, las cuales habían sido anunciadas previamente.

- (vii) El Tribunal podría realizar uno de los siguientes cálculos con idéntico resultado para tasar el valor final más la actualización: i. Calcular la actualización de las sumas a favor de cada una de las partes y cruzarlas para obtener un saldo final a favor del Consorcio o ii. Realizar el cruce y actualizar el saldo final a favor del Consorcio.

El Tribunal opta por la segunda opción, como se advirtió, con idénticos resultados.

- (viii) El saldo a cargo de TRANSORIENTE y a favor del Consorcio asciende a \$25.320'324.237,50, que se actualizarán con el IPC desde la toma de control hasta la fecha por la suma de \$2.062'946.516,9, sobre los cuales se profundizará más adelante.
- (ix) Finalmente, el valor total (CONDENA FINAL) a favor del Consorcio y a cargo de TRANSORIENTE asciende a \$27.383'270.754,40.

#### 11.2. Decisión sobre las estimaciones juramentadas de la cuantía y sus objeciones en ambas demandas

El Tribunal entra a pronunciarse sobre las estimaciones juramentadas de la cuantía de ambas demandas, principal y reconvenCIÓN, con el fin de liquidar las sumas adicionales a que eventualmente hubiera lugar por este concepto.

En primer lugar, el Tribunal encuentra que dichas estimaciones fueron realizadas en las siguientes oportunidades:

Documento	Oportunidad	Acápite	Valor estimado
D. Principal	28/Mar/2012	V.	\$108.434'964.965,33 <sup>118</sup>
D. Principal (Reforma)	16/Ene/2013	VI.	\$58.055'565.926
D. Reconvención	28/May/2012	V.	\$193.287'560.000

En segundo lugar, el Tribunal verificó que las estimaciones juramentadas de sus reclamaciones fueron objetadas mutuamente en las respectivas contestaciones:

Documento	Oportunidad	Acápite
Contestación D. Principal	28/May/2012	IV.
Contestación D. Principal (Reforma)	23/Ene/2013	V.
Contestación D. Reconvención	19/Sep/2012	III.

---

<sup>118</sup> Aunque según la quinta pretensión principal, la condena pretendida ascendí a \$130.109'860.423.

La estimación de la demanda de reconvención se rige por lo dispuesto en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010). El Tribunal encuentra conveniente citar la disposición:

*"Artículo 211.- Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.*

*Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia."*

En cambio, la estimación de la reforma de la demanda arbitral se rige por lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, vigente desde el 12 de julio de 2012. El Tribunal encuentra conveniente citar la disposición:

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

*Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.*

*Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.*

*Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.*

*El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la*

*presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.*

*El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.*

*Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.”*

A pesar de que ha sido cuestionada la sustancial reducción del juramento estimatorio de la demanda principal reformada con respecto a la inicial (de \$108.434'964.965,33 a \$58.055'565.926), el Tribunal estima que toda vez que la ley procesal permite la reforma de partes, hechos, pretensiones y pruebas, y el juramento estimatorio es uno de los medios de prueba, sólo tendrá en cuenta la prueba reformada para el estudio de este acápite, pues la anterior quedó sin efectos jurídicos por ministerio de lo reglado en el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con las normas aplicables mencionadas y el desarrollo jurisprudencial que se ha hecho a propósito de su exequibilidad, el Tribunal encuentra que si bien es cierto que aún cuando no prosperaron varias de las pretensiones de ambas demandas, no se advirtió fraude, colusión o temeridad en la estimación y que en lo no procedente, dichos perjuicios no fueron cuantificados con culpa, dolo o descuido de ninguna las partes.

Finalmente, se advierte que teniendo en cuenta que las estimaciones fueron objetadas oportuna y recíprocamente, el Tribunal no decidirá conforme a ellas, sino sistemáticamente de acuerdo con las demás pruebas del expediente y las reglas de la sana crítica.

Por lo anterior, el Tribunal declarará no probadas las objeciones a las estimaciones juramentadas de la cuantía de ambas demandas y dispondrá que no habrá lugar a condena alguna respecto de dichas estimaciones.

### 11.3. Decisión sobre los intereses moratorios pedidos

A propósito de los intereses moratorios pedidos por la Convocante en las pretensiones principales condenatorias, segunda, tercera inciso final, cuarta inciso final y sexta inciso final, el Tribunal encuentra que en el caso concreto, el perjuicio reclamado no deriva de manera directa de una obligación dineraria pendiente de pago por parte de la convocada

que cumpla con los requisitos de ser clara, expresa y exigible desde un momento anterior al presente Laudo Arbitral, sino que al tratarse de una controversia que solamente se entiende resuelta con la decisión del juzgador de la causa, tal obligación se tiene plenamente configurada a partir de la declaración y condena de que trata esta decisión judicial.

Lo anterior significa que no se trata de una obligación que existiera antes de la expedición del presente Laudo Arbitral en tanto que la decisión no implica el reconocimiento de una deuda anterior, sino que se traduce en una decisión constitutiva y, por lo mismo, sólo existe la obligación de pago de intereses de mora a partir de la firmeza del mismo, como se declarará en relación con la séptima pretensión principal condenatoria.

Habida cuenta de lo anunciado, se tiene que se ordenará la actualización de las sumas finales a favor del Consorcio, entendidas como el reconocimiento de la pérdida del poder adquisitivo del dinero en el tiempo, previo descuento de lo ordenado a favor de la Convocada.

Sobre el tema de la indexación, ha expresado el Consejo de Estado recientemente:

*"Para la ciencia económica, la indexación se entiende como el procedimiento por medio del cual se aplica la modalidad de mantener constante en el tiempo el valor de compra en toda transacción, compensándola a la misma de manera directa o indirecta.*

*Generalmente se aplica a instancias de la corrección de los precios de determinados productos de consumo, salarios, tipos de intereses, entre otros, con la misión y propósito de equilibrarlos y acercarlos al alza general de precios. En estos eventos, la indexación a aplicar será el resultado de la medición de un índice como, por ejemplo, el costo de vida o, en su defecto, el precio del oro o la devaluación de la moneda.*

*En este sentido, el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón de la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo.*

*La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente<sup>119</sup>.*

---

<sup>119</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de mayo de 2013, expediente 25000-23-24-000-2006-00986-01

*Es así como la indexación o actualización de precios no implica un aumento en la condena a cargo de la parte convocada, sino el ejercicio económico de traer a valor presente el valor de las erogaciones efectuadas por la parte convocante y que dan lugar a la condena. En ese orden de ideas, el deber de actualizar es una obligación del Tribunal al momento de liquidar la condena, como lo ordena explícitamente el artículo 178 del CCA (norma que es aplicable al presente arbitraje por la presencia de una entidad estatal y por la fecha en que inició el presente trámite), en los siguientes términos:*

*ARTICULO 178. AJUSTE DE VALOR. La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor”.*

De acuerdo con lo anterior, este Tribunal, siguiendo la fórmula tradicionalmente utilizada por el Consejo de Estado –*Valor Histórico \* Factor IPC (IPC Final/IPC Inicial)*–, calculará la indexación mencionada desde la fecha de toma de control del proyecto (11 de agosto de 2011), aplicando el Índice de Precios al Consumidor (IPC) publicado por el DANE hasta la fecha de hoy, indicador económico que tiene la condición de hecho notorio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191 del Código de Procedimiento Civil.

Para el caso concreto la liquidación fue la siguiente:

Tribunal Arbitral de COSA COLOMBIA S.A.S. -COSACOL S.A.S.- y Constructora Hermanos Furlanetto Compañía Anónima Sucursal Colombia –CONFURCA Sucursal Colombia-, quienes integran el Consorcio COSACOL-CONFURCA vs. Transportadora de Gas del Oriente S.A. E.S.P. -TRANSORIENTE S.A. E.S.P.-

**INDEXACION DESDE LA TOMA DE CONTROL (11/AGO/2011) HASTA LA FECHA DE EXPEDICIÓN DEL LAUDO (18/JUN/2014)  
2011 - 2014**

Fecha inicial (del calculo)	Fecha final (de Pago)	Días (Base para el calculo)	SALDO FINAL A CARGO DE TRANSORIENTE A FAVOR DEL CONSORCIO	Valor Presente (Indexación)
11/08/11	18/06/14	1042	\$ 25.320.324.237,50	\$ 27.383.270.754,40
		Total	\$ 25.320.324.237,50	\$ 27.383.270.754,40

INDEXACION DESDE LA TOMA DE CONTROL (11/AGO/2011) HASTA LA FECHA DE EXPEDICIÓN DEL LAUDO (18/JUN/2014)		
2011 - 2014		
IPC FINAL	116,81	jun-14
IPC INICIAL	108,01	ago-11
Factor	=	104.36(IPC Oct/10) 51.27(IPC Jul/98)
Factor	=	1,081474
Vr. Actual	=	25.320.324.238 x 1,081474
Vr. Actual	=	\$ 27.383.270.754



**INFORMACIÓN ESTADÍSTICA**

Colombia, Índice de Precios al Consumidor (IPC)

Índices - Serie de empalme

1999 - 2014

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
																Base Diciembre de 2008 = 100,00
Enero	53,34	57,74	62,64	67,26	72,23	76,70	80,87	84,56	88,54	93,85	100,59	102,70	106,19	109,96	112,15	114,54
Febrero	54,24	59,07	63,83	68,11	73,04	77,62	81,70	85,11	89,58	95,27	101,43	103,55	106,83	110,63	112,65	115,26
Marzo	54,75	60,08	64,77	68,59	73,80	78,39	82,33	85,71	90,67	96,04	101,94	103,81	107,12	110,76	112,88	115,71
Abri	55,18	60,68	65,51	69,22	74,65	78,74	82,69	86,10	91,48	96,72	102,26	104,29	107,25	110,92	113,16	116,24
Mayo	55,45	60,99	65,79	69,63	75,01	79,04	83,03	86,38	91,76	97,62	102,28	104,40	107,55	111,25	113,48	116,81
Junio	55,60	60,98	65,82	69,93	74,97	79,52	83,36	86,64	91,87	98,47	102,22	104,52	107,90	111,35	113,75	
Julio	55,77	60,96	65,89	69,94	74,86	79,50	83,40	87,00	92,02	98,94	102,18	104,47	108,05	111,32	113,80	
Agosto	56,05	61,15	66,06	70,01	75,10	79,52	83,40	87,34	91,90	99,13	102,23	104,59	108,01	111,37	113,89	
Septiembre	56,24	61,41	66,30	70,26	75,26	79,76	83,76	87,59	91,97	98,94	102,12	104,45	108,35	111,69	114,23	
Octubre	56,43	61,50	66,43	70,66	75,31	79,75	83,95	87,49	91,98	99,28	101,98	104,36	108,55	111,87	113,93	
Noviembre	56,70	61,71	66,50	71,20	75,57	79,97	84,05	87,67	92,42	99,56	101,92	104,56	108,70	111,72	113,68	
Diciembre	57,00	61,99	66,73	71,40	76,03	80,21	84,10	87,87	92,87	100,00	102,00	105,24	109,16	111,82	113,98	

\*Entre octubre de 2006 y septiembre de 2007 se realizó la Encuesta de Ingresos y Gastos en el marco de la Gran Encuesta Integrada de Hogares, teniendo una cobertura de 42733 hogares para las 24 principales ciudades del país, lo cual permitió determinar cambios en los hábitos de consumo y la estructura del gasto de la población colombiana. Con los resultados de esta encuesta, bajo el trabajo de un grupo interdisciplinario de especialistas y la asesoría de la entidad estadística del Canadá, se desarrolló una nueva metodología para calcular el IPC, que es aplicada a partir de enero de 2009. Se creó una nueva canasta con una estructura de dos niveles, uno fijo y uno flexible, que permite actualizar la canasta de bienes y servicios, por cambios en el consumo final en un período relativamente. Además de la ampliación de la canasta, el nuevo IPC-08 amplió su cobertura geográfica a 24 ciudades.

Fuente: DANE

En todo caso y sin perjuicio de la indexación o actualización, el Tribunal advierte que se causarían intereses moratorios en favor de la parte Convocante en caso de que la Convocada no proceda a efectuar el pago neto equivalente a la condena dentro del término legal para el efecto, en los términos del artículo 1608 del Código Civil y del artículo 4-8 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 177 del CCA y la sentencia C-188 de 1999, esto es, que se causarían intereses comerciales moratorios a partir del día siguiente a la firmeza del presente laudo arbitral.

Sin embargo, la Convocante pidió dichos intereses de forma diferente en la "SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL CONDENATORIA", es decir, "*Que se CONDENE a TRANSORIENTE, sobre todas y cada una de las condenas económicas que se impongan en el laudo arbitral que ponga fin al proceso, a reconocerle a los integrantes del CONSORCIO intereses de mora, a la máxima tasa permitida en la ley, desde el sexto día siguiente a la ejecutoria de la mencionada providencia y hasta el día del pago efectivo de todas y cada una de esas condenas*"(subraya por fuera del original). Así se declarará, según lo pedido.

## 12. CONCLUSIONES Y OTROS ASUNTOS FINALES

### 12.1. CONCLUSIONES

- 12.1.1. Con base en todo lo expuesto, especialmente en el análisis de los puntos 8 y 9 precedentes, el Tribunal estima que la oferta y por ende el contrato se edificaron con fundamento en la información suministrada por TRANSORIENTE en la etapa precontractual, y es bajo ese entendido que ella proyectó una influencia fundamental en la ejecución del proyecto en los aspectos que hoy ocupan la atención del Tribunal.
- 12.1.2. La profesionalidad de la entidad contratante, el largo tiempo de preparación del proyecto, los estudios previos contratados para el mismo y el breve término concedido a los proponentes para formular sus ofertas, generaron en éstos la legítima confianza de que se trataba de un proyecto para construcción, donde por tanto, se encontraban ya superadas las etapas previas a la misma, al punto que según el contrato, las ingenierías del proyecto, básica y detallada, estaban a cargo de TRANSORIENTE.
- 12.1.3. Entonces, el Tribunal encuentra que, de un lado, hubo incumplimientos de la convocada en diversas fases del contrato y del otro, unos incumplimientos de la convocante en la parte final del contrato respecto a unas obligaciones puntuales, si se quiere aislados de lo medular del litigio, e igualmente hubo consideraciones particulares del Tribunal en relación con la tasación del perjuicio lo cual afectará la cuantificación de los perjuicios a favor de ésta y a cargo de aquella. Por ello, no está llamada a prosperar la excepción de contrato no cumplido invocada en la contestación de la demanda principal.
- 12.1.4. Para el Tribunal resulta indiscutible que el problema fundamental de la ejecución del contrato, como quedó visto y analizado, fue el relativo a la información errada o insuficiente que imposibilitó cualquier planeación y que impuso un ritmo inadecuado a las labores contratadas. Sin embargo, los efectos de esas circunstancias deben analizarse también en el tiempo y es claro que los que pudieron producirse durante los primeros diez (10) meses de ejecución fueron transados por las partes en el Otrosí No. 1 según lo arriba reseñado.

- 12.1.5. No puede predicarse lo mismo de la fuerza mayor derivada de la ola invernal, cuya ocurrencia fue aceptada de mutuo acuerdo por las partes, fijándose unos nuevos hitos de terminación de las obras contratadas, para la mecánica el 20 de enero de 2011 y para la definitiva el 20 de abril de 2011 según el Otrosí No. 2, pero con reclamos pendientes del Consorcio, como consta en el numeral 3.04 del mismo, y como lo reitera la sección 3.06 del Otrosí No. 5, tema que por tanto tendrá que resolverse en el presente Laudo.
- 12.1.6. Es claro que la ingeniería de detalle, reservada contractualmente por TRANSORIENTE para sí misma, finalmente no fue entregada por ésta al Consorcio, lo cual constituye un claro incumplimiento contractual que derivó en importante medida en las continuadas sorpresas que tuvo que afrontar este último respecto a la condición del suelo, el diseño defectuoso, los realineamientos, etc., todo lo cual, si bien constituía riesgo para el constructor dada la modalidad del contrato celebrado, no podía dar lugar a una serie exagerada de variaciones que desnaturalizaran el contrato cambiando los alcances del mismo en temas cualitativa y cuantitativamente esenciales y por ende, en detrimento de uno de los contratantes.
- 12.1.7. Por tanto, el Tribunal concluye que las obras contratadas se desbordaron en el tiempo y en los costos razonablemente previstos por causas imputables principalmente a TRANSORIENTE y por tanto, procederá a identificar los costos totales del proyecto, verificará cuál de las partes los asumió y en qué cuantías.
- 12.1.8. En este orden de ideas, el primer punto al respecto que vale la pena resaltar es que evidentemente el Gasoducto costó más de lo previsto y que los sobrecostos fueron asumidos por ambas partes: Algunos de ellos, los causados hasta el 11 de agosto de 2011, pero correspondientes a tareas que fueron adelantadas por el Consorcio, fueron pagados directamente por TRANSORIENTE; otros, causados hasta esa misma fecha, se reflejaron en cuentas por pagar del Consorcio a sus proveedores que quedaron insolutas a la finalización del contrato y otros más, causados después de la toma de control por TRANSORIENTE y ejecutados por ésta fueron pagados también por ella, conformándose así el costo global del proyecto, de acuerdo con el resumen de conceptos y cifras que se planteará más adelante.
- 12.1.9. Aunque en el Otrosí No. 4 se pactó una suspensión para el hito de terminación mecánica entre el 21 de enero y el 3 de febrero de 2011, lo cierto es que mediante documentos posteriores, particularmente el Otrosí No. 5 en su cláusula 6.01, las partes convinieron en mantener los hitos del Otrosí No. 2, con las reservas precitadas por parte del Consorcio.

12.1.10. En los otrosíes No. 5 y 6, como antes se señaló, se pactaron unas nuevas fechas para los hitos aludidos: En el primero de ellos, 15 de abril y 15 de junio de 2011, respectivamente, y en el segundo, para la terminación del proyecto, el 30 de junio de 2011 (Artículo 11). Sin embargo, en ambos, las partes hicieron expresa reserva de mutuas reclamaciones, por lo que deben entenderse esas fechas más como el reconocimiento de los hechos, que como estipulaciones con fuerza vinculante para las partes.

12.1.11. Cuando se revisa el texto de los Otrosíes aludidos se encuentra con que ambos tienen como Norte el señalamiento de unas nuevas fechas de cumplimiento para determinadas actividades contractuales o para la totalidad de ellas. Adicionalmente a ello, se celebraron allí otros pactos, pero principalmente orientados a darle liquidez al Contratista para facilitar la terminación de las obras (sistema de facturación y de pagos, no descuentos por multas, no retenciones, nuevos recursos, etc.); a establecer mecanismos de injerencia de TRANSORIENTE para los mismos efectos (opción de toma de control, autorización al contratante para solicitar refuerzos o para hacer contacto directo con contratistas, etc.); o para ejercer control más directo el contratante sobre el contratista (convenir una auditoría, establecer formas de pago directos, etc.), todo lo cual sin embargo, era complementario al objetivo principal que –se repite- era el relativo a los tiempos de ejecución y terminación de las obras, objetivo central que como se señaló, ciertamente fue incumplido por el contratista por las razones justificadas arriba mencionadas.

12.1.12. Entonces, la cuestión se circunscribe a las últimas fechas de los Otrosíes aludidos, que serían 20 de enero de 2011 para la terminación mecánica y 20 de abril de 2011 para la terminación definitiva, términos que deberán adicionarse con los mayores tiempos que derivaron de las circunstancias que resultan imputables a TRANSORIENTE según el dictamen pericial técnico.

12.1.13. Dichas afectaciones resultaron en conjunto muy significativas, tal como lo resumió el perito técnico en las respuestas a las solicitudes de aclaración y complementación formuladas por la Convocante, bajo la denominación "3. OTRAS", que por cierto no fue objetada y según la cual aquellas fueron:

<i>"No. Pregunta (Convocante)</i>	<i>Afectación</i>	<i>Días</i>
2.1.7.	<i>Mayor presencia de roca</i>	162
2.3.6.	<i>Ejecución de realineamientos</i>	15
2.2.5.	<i>Mayor cantidad de obras especiales</i>	60
2.4.2.	<i>Interrupciones en el derecho de vía</i>	120

2.5.2. *Aumento de pluviosidad 2011 (sic)<sup>120</sup> 31"*

12.1.14. Esto significa que los plazos originalmente estimados en el contrato y modificados por el Otrosí No. 1 debieron adicionarse en trescientos ochenta y ocho (388) días –que es la sumatoria de las partidas del cuadro anterior- lo cual desbordaría con creces el momento en el cual TRANSORIENTE asumió el control del proyecto, 11 de agosto de 2011. Desde luego, como lo indica el propio perito, esas afectaciones deben leerse considerando las limitaciones que se indicaron para cada uno de los numerales, pero sigue siendo muy significativo el término, que sería superior a un año, lo cual genera un margen también importante para cualesquier otras consideraciones que quisieran hacerse al respecto.

12.1.15. Sobre este particular vale la pena también hacer mención a la respuesta que dio el perito técnico a una de las aclaraciones solicitadas por el Tribunal, cuando señaló:

*"Se evidencia que el CONTRATISTA solicitó un total de 394 días de los cuales 203 días fueron aprobados..."* (Pág. 7).

De esta manera resulta que el Contratista terminó solicitando prórrogas que coinciden con los impactos que midió el perito para las diferentes incidencias que afectaron las obras, pero de aquellas, TRANSORIENTE sólo le concedió doscientos tres (203) días, lo cual continuaría arrojando un déficit de tiempo de ciento ochenta y cinco (185) días, es decir, algo más de seis (6) meses contra los tiempos rigurosamente exigidos por la entidad contratante.

12.1.16. El Tribunal encuentra entonces, que TRANSORIENTE "se aferró" a la modalidad contractual para hacer oídos sordos de las reclamaciones que a lo largo de la ejecución le formuló el Consorcio y que finalmente las pruebas demostraron que eran razonables y válidas.

12.1.17. Entonces, bajo este raciocinio, en el momento de la toma de control, el Contratista se habría encontrado dentro del plazo de ejecución, o por lo menos con derecho a él, por lo que la abrupta terminación habría sido injustificada.

12.1.18. Ahora, en cuanto al impacto por lluvias ocurrido en el año 2011, que según el perito técnico fue de veinticinco (25) días, de ellos habría que descontar las lluvias del mes de febrero, indebida o extemporáneamente reclamadas por el

---

<sup>120</sup> El año correcto citado en la respuesta del perito técnico según la pregunta a la que remite es 2010 y no 2011. En este cuadro el perito no está teniendo en cuenta los 25 días adicionales correspondientes a 2011, que constan en las conclusiones de la misma.

Consorcio, cuenta que dado lo expuesto no resulta trascendente en este momento, pues sólo serviría para desbordar aún más un plazo que no se dio.

12.1.19. En el mismo orden de ideas, los costos del proyecto hasta el 11 de agosto de 2011 se realizaron válidamente con cargo al Contratista, independientemente de quién los hubiera sufragado y deben ser generadores de utilidades para aquel. En cambio los efectuados después de dicha fecha, cuando ya el proyecto estaba bajo el control de TRANSORIENTE y que fueron atendidos por ésta, no pueden tener esta connotación, pues mal podrían generar utilidades obras no ejecutadas.

12.1.20. Según el dictamen pericial correspondiente, en la contabilidad del Consorcio no aparecen partidas pendientes a favor de los consorciados (Respuestas dadas por el perito contable a la Convocada, pregunta No. 30-2), lo cual significa que se les atendieron debidamente sus pagos como proveedores de obras y servicios. En tal condición, consta en dicho experticio que el perito al responder el cuestionario de la Convocada señaló que Cosacol recibió como proveedora del Consorcio y durante la ejecución del proyecto, la suma de \$6.240'142.461, (Pregunta 13) en tanto que Confurca percibió por el mismo concepto la suma de \$14.530'977.754 (Pregunta 14).

En la respuesta a las Preguntas 14, 15 y 16 de la Convocada, se señala que a los integrantes del Consorcio no se le hicieron pagos por concepto de utilidades.

12.1.21. Por tanto y según lo expuesto, los servicios de los integrantes del Consorcio estuvieron remunerados y sólo habrá de corresponderles la utilidad contractualmente pactada sobre los valores de ejecución de la parte del proyecto que estuvo a cargo del Consorcio. El Tribunal no vacila en censurar que los integrantes del Consorcio hayan sido acuosos en el pago de las obligaciones para con ellos mismos, en detrimento de las obligaciones para con otros proveedores con respecto a los cuales quedaron importantes cuentas por pagar lo cual, aunque reprochable, no resulta constitutivo de incumplimiento contractual con respecto a TRANSORIENTE, pero sí aunado a otros hechos, como una forma de afectar la cuantificación del perjuicio.

12.1.22. Respecto a dichas cuentas por pagar "*a personas naturales y jurídicas, asociadas a la ejecución del proyecto Gibraltar-Bucaramanga y distintas a sus consorciados*", el perito contable las cuantificó en \$16.915'499.716,24, partida imputable válidamente a costos del contrato y por tanto, potencialmente generadora del porcentaje de utilidad pactado en el mismo.

12.1.23. En sentido contrario, además de las sumas pagadas por TRANSORIENTE directamente al Consorcio o a terceros por cuenta de éste, después del 11 de agosto de 2011, dicha entidad contratante asumió otros costos para la terminación

de la obra en cuantía de \$7.766'146.516, según la respuesta dada por el perito contable ante el cuestionario de la Convocada y que consta en el literal i de la pregunta No. 33. Por consiguiente, esa partida debe imputarse a costo del proyecto, pero no puede ser generadora de utilidades para el Consorcio por cuanto, se repite, corresponde a obras no ejecutadas por éste.

12.1.24. Como se señaló en el acápite relativo a la cuantificación del perjuicio, el Tribunal reitera que la apreciación de hechos relacionados con los perjuicios y en aplicación de la jurisprudencia aplicable vigente, estima que el Consorcio no puede percibir a plenitud las utilidades contractualmente pactadas, por lo que a éstas habrá de hacérseles una deducción del treinta por ciento (30%), porcentaje adecuado después de hacer un ejercicio de ponderación en la cuantificación del perjuicio.

12.1.25. Desde luego, no habrán de computarse como factor para la liquidación de utilidades las sumas que según la pericia contable constituyeron ingreso para los integrantes del Consorcio por concepto de proveedores del mismo, pues no resulta razonable que éstos pudieran percibir una doble utilidad, por un lado, como contratistas y por el otro, como subcontratistas, ni tampoco conceptos asociados con las condenas a favor de Transoriente por incumplimientos comprobados del Consorcio, que no podrían ser generadores de utilidad.

12.1.26. Una vez liquidada la suma antedicha por el concepto precedente (utilidades) se adicionará en las cuentas por pagar, las cuales representan la diferencia entre ingresos y costos. El resultado será el valor total a favor del Consorcio.

12.1.27. Del anterior valor deberá deducirse la suma total a favor de Transoriente, equivalente a la sumatoria de los perjuicios causados por Reembolso de Cruces de línea, Valor de tubería dañada o faltante y Valor de los acuerdos de pago no atendidos por el Consorcio.

12.1.28. De acuerdo con lo expuesto, el resumen es el siguiente:

Ítem	Concepto	Valor <sup>121</sup>	Soporte
1	Ingresos recibidos por el Consorcio de TRANSORIENTE para la	\$188.899'525.190	Dictamen Contable, Preguntas de Convocada,

---

<sup>121</sup> De acuerdo con lo expuesto por el perito contable, el Tribunal ha tomado como base los datos de la pericia contable, teniendo como base que "el Consorcio Cosacol-Confurca, lleva su contabilidad dando cumplimiento a la Orientación Profesional anteriormente mencionada y que los libros de contabilidad se llevan registrados en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales de Colombia (DIAN) y cuenta con todos los soporte debidamente conservados y archivados" (Respuestas a la pregunta No. 1 de la Convocada). Sobre la contabilidad de TRANSORIENTE no hubo reparo alguno de la Convocante. Estos fueron el principal insumo del perito contable en sus respuestas, en las cuales se apoyará el Tribunal.

	construcción del Gasoducto.		No. 10, 12, 28.1, etc.
2	Pagos hechos por TRANSORIENTE entre el 20 de enero de 2011 y el 11 de agosto de 2011 por encima del precio global fijo pactado.	\$24.838'505.993	Dictamen Contable, Preguntas de Convocada, No. 33, Lit. h).
3	Pagos hechos por TRANSORIENTE a partir del 11 de agosto de 2011 por encima del precio global fijo (después de la toma de control) <sup>122</sup> .	\$7.776'146.516	Dictamen Contable, Preguntas de Convocada, No. 33, Lit. i).
4	Cuentas por pagar del Consorcio a terceros asociadas a la ejecución del Proyecto.	\$16.915'499.716,24	Dictamen Contable, Preguntas de Convocada, No. 28.2.
5	Costo total del Proyecto.	\$238.429'677.415,24	
6	Facturación de Cosacol al Consorcio que se deducirá de los costos para tasar utilidad.	\$6.240'142.461	Dictamen Contable, Preguntas Convocada, No. 13.
7	Facturación de Confurca al Consorcio que se deducirá de los costos para tasar utilidad.	\$14.530'977.754	Dictamen Contable, Preguntas Convocada, No. 14.
8.1.	Reembolso de Cruces de línea <sup>123</sup> .	\$966'403.148	Dictamen Contable, Preguntas Convocada, No. 33, O).
8.2.	Valor de tubería dañada o faltante.	\$939'476.616,30	Dictamen Contable, Preguntas Convocada, No. 34.
8.3.	Valor de los acuerdos de pago no atendidos por el Consorcio.	\$248'977.034	Cdno. de Pruebas No. 27.
9	Cálculo del costo teórico del proyecto para tasar la Utilidad del Consorcio, equivalente a la diferencia entre Costo total del proyecto (Ítem 5) menos los siguientes valores: (i) los contratos con sus integrantes como proveedores (Ítems 6 y 7) y (ii) los correspondientes a las condenas a cargo del Consorcio (Ítems 8.1., 8.2. y 8.3.).	\$215.503'700.401,94	
10	Utilidad del Consorcio calculada como el siete por ciento (7%) sobre el Ítem 9.	\$15.085'259.028,13	

<sup>122</sup> Estos pagos no se tendrán en cuenta para la cuantificación de la utilidad puesto que corresponden a trabajos efectuados con posterioridad a la toma de control del proyecto, por parte de TRANSORIENTE.

<sup>123</sup> Los ítems 8.1., 8.2. y 8.3. no serán tenidos en cuenta para tasar la utilidad del contratista, por lo que se descontarán del costo del proyecto para aplicar el siete por ciento (7%). Así mismo, dichos ítems serán objeto de cruce para calcular las Condenas a favor de Transoriente que serán deducidas para tasar el Saldo Final a favor del contratista.

11	Descuento del treinta por ciento (30%) sobre la Utilidad (Ítem 10) de la utilidad por consideración sobre tasación del perjuicio del Tribunal.	\$4.525'577.708,44	
12	Utilidad Decretada a favor del Consorcio:	\$10.559'681.319,69	
13	<u>Condenas a favor del Consorcio:</u> Ítems 4 + 12.	\$27.475'181.035,80	
14	<u>Condenas a favor de Transoriente:</u> Ítems 8.1., 8.2. y 8.3.	\$2.154'856.798,30	
15	<i>SALDO FINAL A CARGO DE TRANSORIENTE A FAVOR DEL CONSORCIO: Ítems 13 - 14.</i>	\$25.320'324.237,50	
16	Actualización (IPC) (calculada sobre Ítem 15 desde la toma de control, 11 de agosto de 2011 hasta la fecha de expedición del Laudo).	\$2.062'946.516,9	
<b>17</b>	<b><i>Valor de la CONDENA FINAL a favor del Consorcio y a cargo de TRANSORIENTE (Ítems 15 + 16).</i></b>	<b>\$27.383'270.754,40</b>	

## 12.2. REVISIÓN OFICIOSA DE CAUSALES DE ANULACIÓN

En adición a lo ya expuesto en el acápite 6.5., el Tribunal estima necesario efectuar una revisión oficiosa al cabo de la cual comprobó, en beneficio de la seguridad jurídica, que no concurre ninguna de las causales de anulación del presente Laudo Arbitral.

Al respecto, recuérdese que este proceso fue iniciado con anterioridad a la vigencia de la Ley 1563 de 2012, por lo que para esta comprobación, el Tribunal tuvo en cuenta el régimen taxativo contenido en el Artículo 163 del Decreto 1818 de 1998. Así pues, el Tribunal entra a concretar el estudio efectuado:

El pacto arbitral es eficaz y válido (num. 1º<sup>124</sup>): El Tribunal encuentra que ninguna de las partes presentó reparo al respecto, por lo cual insiste sobre las consideraciones efectuadas al decidir sobre su propia competencia.

El Tribunal Arbitral fue debidamente constituido (num. 2º<sup>125</sup>): Aún cuando no hubo controversia alguna respecto de la providencia que declaró la competencia del Tribunal lo

---

<sup>124</sup> "1. La nulidad absoluta del pacto arbitral proveniente de objeto o causa ilícita. Los demás motivos de nulidad absoluta o relativa sólo podrán invocarse cuando hayan sido alegados en el proceso arbitral y no se hayan saneado o convalidado en el transcurso del mismo."

<sup>125</sup> "2. No haberse constituido el Tribunal de Arbitramento en forma legal, siempre que esta causal haya sido alegada de modo expreso en la primera audiencia de trámite."

cual torna improcedente la causal, conviene reiterar que los árbitros que conforman el Tribunal Arbitral fueron designados de mutuo acuerdo por las partes, el cual se instaló también sin reparo alguno.

Las pruebas necesarias fueron decretadas y practicadas (num. 4º<sup>126</sup>): De forma amplia y garantista como en su momento lo reconocieron las partes y el Ministerio Público<sup>127</sup>. Sólo para citar algunos ejemplos, el Tribunal decretó una inspección oficiosa del gasoducto con intervención del perito técnico e incorporó documentos ilustrativos al expediente, acogió las pruebas documentales aportadas por las partes que integran más de sesenta cuadernos, ordenó a los peritos que contestaran en su totalidad los dos cuestionarios presentados por cada una de las partes previo a la posesión de los peritos contable y técnico y dentro del término para pedir aclaraciones y complementaciones al dictamen, oyó a las partes en sus respectivos interrogatorios, adelantó más de treinta (30) diligencias de testimonios, exhibiciones de documentos en poder de las partes y de terceros y múltiples experticios de parte. En todas las pruebas el Tribunal participó activamente –como es su deber- en procura de obtener la verdad procesal.

Adicionalmente, el Auto No. 70, *"por el cual se declara cerrada la etapa probatoria y se corre traslado para alegaciones finales"* se encuentra en firme puesto que no fue recurrido por ninguna de las partes, por lo que no tendría como abrirse paso esta causal.

Laudo Arbitral en tiempo (num. 5º<sup>128</sup>): Tal como se explicó en el numeral 5.6. anterior, el

---

<sup>126</sup> El Tribunal continúa con el estudio de la causal 4ª, puesto que la 3ª causal relativa a la indebida notificación, fue declarada nula: *"4. Cuando sin fundamento legal se dejaren de decretar pruebas oportunamente solicitadas o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos."*

<sup>127</sup> En las Actas No. 29 (parte final) y 30 (Auto No. 70), el Tribunal dejó constancia de no encontrar causal de nulidad alguna sobre lo actuado, así: *"El Tribunal encuentra que la etapa probatoria se encuentra cumplida puesto que fueron recaudadas la totalidad de las pruebas decretadas en los Autos No. 13 y 62, tanto de oficio como a petición de parte, a excepción de las que fueron rechazadas según la motivación respectiva, las desistidas por las partes, así como de las inspecciones judiciales en las instalaciones de las partes de las cuales prescindió el Tribunal mediante providencia en firme (Auto No. 57). También fueron tramitados todos los trasladados de transcripciones de las declaraciones surtidas, así como de las documentales incorporadas en el expediente."*

*El Tribunal encuentra que no hay circunstancia alguna que pueda invalidar lo actuado hasta la fecha, e instó a las partes y al Agente del Ministerio Público para que, de ser el caso pongan en conocimiento del Tribunal cualquier eventual asunto que pueda invalidar lo actuado dentro del trámite arbitral.*

*Una vez consultados, tanto las partes como el Agente del Ministerio Público, éstos manifestaron expresamente su conformidad con lo actuado hasta la fecha, así:*

*El apoderado de la parte convocante sostuvo: No encuentro ninguna causal salvo la discrepancia del Auto anterior que es sólo eso, una discrepancia.*

*El apoderado de la parte convocada manifestó: Ninguna, al contrario ha sido un tribunal garantista y amplio. El Agente del Ministerio Público afirmó: De acuerdo con las partes con que no se advierte causal de nulidad".*

<sup>128</sup> *"5. Haberse proferido el laudo después del vencimiento del término fijado para el proceso arbitral o su prórroga."*

presente Laudo Arbitral se profiere oportunamente y queda tiempo suficiente para resolver las eventuales solicitudes de aclaración y complementación que a bien tengan las partes promover.

Laudo en derecho (num. 6º)<sup>129</sup>: Aún cuando por naturaleza, debe haber por lo menos una parte inconforme con el sentido del Laudo Arbitral, lo aquí considerado y resuelto encuentra respaldo en la aplicación principal y preferente de las normas sustantivas y procesales positivas vigentes como las demás decisiones adoptadas dentro del trámite arbitral, y además de éstos, los fundamentos auxiliares de doctrina y de equidad de que tratan el artículo 230 de la Constitución Política y 304 del Código de Procedimiento Civil. No hubo apartamiento de las normas imperativas y no imperativas aplicables, pues en lo sustancial, el Tribunal se apoyó en el ordenamiento jurídico, y en lo procesal, hubo apoyo en el acervo probatorio con base en las reglas de la sana crítica.

Inexistencia de disposiciones contradictorias y errores aritméticos (num. 7º)<sup>130</sup>: El Tribunal revisó cuidadosamente lo resuelto a fin de que sea coherente y sin perjuicio de ello atenderá las solicitudes que oportunamente presenten las partes al respecto.

Laudo congruente (num. 8º y 9º)<sup>131</sup>: Despues de una revisión exhaustiva, el Tribunal puede sostener que el Laudo Arbitral contiene decisiones congruentes, esto es, pronunciamientos sobre lo pedido, y se abstuvo de emitir decisiones sobre lo no pedido, ni más o diferente de lo pedido. Para mejor proveer, la parte resolutiva del Laudo Arbitral contiene decisiones concretas respecto de las pretensiones y excepciones, dejando constancia expresa de su prosperidad total, parcial o rechazo según el caso.

### 13. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Con miras a resolver sobre las costas y agencias en derecho, el Tribunal considera pertinente destacar que este proceso arbitral se inició antes de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de la Ley 1563 de 2012, esto es, el 28 de marzo de 2012, fecha de presentación de la Convocatoria a Tribunal de Arbitramento.

En este sentido, el artículo 308 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala lo siguiente:

---

<sup>129</sup> "6. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo."

<sup>130</sup> "7. Contener la parte resolutiva del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento."

<sup>131</sup> "8. Haberse recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido y

9. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento".

*"Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.*

*Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior".*

Como consecuencia de lo anterior, a la presente controversia se le debe aplicar el Código Contencioso Administrativo, por lo cual, teniendo en cuenta la presencia de entidades estatales dentro de los sujetos procesales, el régimen aplicable a las costas y agencias en derecho será el contenido en el Código Contencioso Administrativo.

En este sentido, de conformidad con lo dispuesto con el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998<sup>132</sup>, tal como han sido interpretados y aplicados por el Consejo de Estado<sup>133</sup>, la posibilidad de imponer una condena en costas depende de la prueba de una actuación temeraria o abusiva de las partes.

Sobre la base de lo anterior, para resolver, el Tribunal observa que la actuación de las partes en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de su posición, sin que jurídicamente se les pueda reprochar en el manejo de la problemática. Es así como ninguna de las partes actuó con mala fe en la acción o en la defensa, sus planteamientos fueron serios y sustentados, guardaron la altura debida en esta clase de litigios y mantuvieron respecto del juez y de las partes la lealtad debida. Por lo anterior, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas.

Pero, además, destaca el Tribunal que el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, el cual dispone en su numeral 6 lo siguiente: *"En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su*

---

<sup>132</sup> El Artículo 171 Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, preceptúa: *"Artículo 171. Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil".*

<sup>133</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 1999, expediente 10.775: *"En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una valoración de la conducta observada por ella en el proceso (...) Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora"*

“decisión”. Es decir, que cuando prospera la demanda, apenas de manera parcial, el juez puede abstenerse de imponer condena en costa.

Al respecto, el Tribunal considera que si bien es cierto que se impondrá una condena a la parte Convocada, y del mismo modo a la parte Convocante, también lo es que es por un valor sustancialmente inferior del pedido por las partes, lo cual permite al Tribunal entender que no existe una parte absolutamente vencedora ni una parte absolutamente vencida, de tal manera que ello constituye motivo suficiente para que el Tribunal se abstenga de imponer condena en costas.

Sin embargo, conviene agregar que la Convocada no pidió condena en costas ni en su contestación ni dentro de la demanda de reconvención. Así mismo, la Convocante dentro de su escrito de excepciones a la demanda de reconvención tampoco lo hizo.

Pero, además, la conducta leal y proba de las partes durante el trámite arbitral también es motivación para que el Tribunal se abstenga de condenar en costas.

En cuanto a las agencias en derecho, no obstante las mismas consisten en *“los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso”*<sup>134</sup>, el Tribunal se abstendrá de imponerlas por las mismas razones expuestas en relación con las costas, con base en lo dispuesto en el artículo 171 del CCA (modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998) y la citada jurisprudencia del Consejo de Estado.

Finalmente, el Tribunal ordenará que por Presidencia se rinda la cuenta razonada de gastos en las oportunidades y condiciones señaladas en la ley, así como a las partes para que asuman lo que hiciese falta para la protocolización del expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá.

#### 14. DECISIÓN

El Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley y de conformidad con la habilitación conferida por las partes,

##### RESUELVE

- Primero. Declarar no probadas las objeciones parciales por error grave propuestas por la parte convocante contra los dictámenes técnico y contable.
- Segundo. Declarar no probadas las objeciones contra las estimaciones juramentadas de la cuantía de las demandas principal y de reconvención,

---

<sup>134</sup> Artículo 2º, Acuerdo 1887 de 2003 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

sin condena alguna a las partes por las respectivas estimaciones, por las estrictas razones contenidas en la parte motiva.

Tercero. Declarar prósperas las siguientes excepciones de mérito planteadas por la Convocada respecto de la demanda principal:

- i. Inexistencia absoluta de incumplimiento del deber de buena fe por TRANSORIENTE (2.4).
- ii. Ineficacia de la nulidad parcial o ineficacia de las cláusulas (no se invocan presupuestos del art. 899) (2.17).
- iii. Inexistencia de abuso del derecho (2.18).
- iv. Inexistencia de enriquecimiento sin causa (2.19).

Cuarto. Declarar parcialmente prósperas las siguientes excepciones de mérito planteadas por la Convocada respecto de la demanda principal:

- i. Inexistencia de incumplimiento de las obligaciones precontractuales y buena fe de TRANSORIENTE, en cuanto a esta última por lo particularmente expuesto en la parte motiva (1.3.).
- ii. Inexistencia de incumplimiento de las obligaciones contractuales durante ejecución y buena fe de TRANSORIENTE por lo particularmente expuesto en la parte motiva (1.5).
- iii. Transacción (1.10).

Quinto. Declarar no probadas las siguientes excepciones de mérito planteadas por la Convocada respecto de la demanda principal:

- i. Improcedencia de las pretensiones por estar fincadas en la imprevisión pues el objetivo es la revisión del precio (1.1.).
- ii. Superación de la Etapa Precontractual (1.2.).
- iii. Culpa profesional del Consorcio al evaluar información y proyecto (1.4).
- iv. Negligencia, impericia e improvisación del Consorcio en la ejecución (1.6).
- v. Incumplimiento del Consorcio (1.7).
- vi. Riesgo del negocio (1.8).
- vii. Ausencia de daño (1.9).
- viii. Inexistencia de incumplimiento de obligaciones precontractuales por tipo de suelo y suministro de información de la línea regular del proyecto (2.1).
- ix. Negligencia grave del Consorcio por no evaluar información, hacer caso omiso a advertencias y asumir como definitiva la información preliminar (2.2).

- x. Negligencia grave del Consorcio por no evaluar información, hacer caso omiso a advertencias y distribución de riesgos (2.3).
- xi. Culpa profesional en la evaluación de información, características y riesgos (2.5).
- xii. Inexistencia de incumplimiento del deber de información del trazado definitivo e ingeniería de detalle (2.6).
- xiii. Culpa profesional del Consorcio en evaluación y manejo del trazado y contradicción de las pretensiones relacionadas con el trazado (2.7).
- xiv. Mala fe del Consorcio al solicitar incumplimiento de TRANSORIENTE, referido a modificaciones hechas por asuntos ambientales o por solicitud del Consorcio (2.8).
- xv. Ausencia de obligación de entrega de "información espontánea" y transparencia en entrega (2.9).
- xvi. Falta de causa entre los hechos de la ejecución con el retraso (2.10).
- xvii. Inexistencia absoluta de obligaciones imposibles (2.11).
- xviii. Negligencia grave del Consorcio en cumplimiento de hitos (2.12).
- xix. Inexistencia de perjuicio económico del contrato (2.13).
- xx. Culpa del Consorcio en sobrecostos denominados perjuicios (2.14).
- xxi. Ausencia absoluta de causa entre el "desequilibrio contable" y ejecución del proyecto (2.15).
- xxii. Ineptitud de pretensiones 17 y 18 y ausencia de causa en obligación de percibir utilidades (2.16).

Sexto. Declarar que TRANSORIENTE S.A. E.S.P. incumplió el deber precontractual de suministrar información acertada respecto al tipo de suelo sobre el cual se construiría el Gasoducto Gibraltar – Bucaramanga, en el contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009 presentada por el CONSORCIO COSACOL CONFURCA integrado por COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA. (1a).

Séptimo. Declarar que COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA quienes integran el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, no podían desvirtuar la información técnica aportada por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. sobre las características del suelo en el cual se ejecutaría el proyecto, entre el

momento de recibir la oferta para cotizar y la suscripción del acta de inicio (2a).

- Octavo. Declarar que TRANSORIENTE S.A. E.S.P. incumplió el deber precontractual de suministrar información acertada respecto de la línea regular del proyecto sobre el cual se construiría el Gasoducto Gibraltar – Bucaramanga según el contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009 presentada por el CONSORCIO COSACOL CONFURCA (3a).
- Noveno. Declarar que los integrantes del CONSORCIO COSACOL CONFURCA, COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, no podían desvirtuar la información técnica aportada por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. sobre la línea regular del proyecto, entre el momento de recibir la oferta para cotizar y la suscripción del acta de inicio en el contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009 presentada por el CONSORCIO COSACOL CONFURCA (4a).
- Décimo. Declarar que TRANSORIENTE S.A. E.S.P. incumplió el deber precontractual de suministrar la información acertada sobre el trazado, y con ello el diseño definitivo y la ingeniería de detalle del contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009 presentada por el CONSORCIO COSACOL CONFURCA lo que implicó realineamientos en el gasoducto (5a).
- Undécimo. Declarar que los integrantes del CONSORCIO COSACOL CONFURCA, esto es, COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, no podían prever que el diseño definitivo y la ingeniería de detalle aportados por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. para la construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga tuvieran errores, hasta el punto que implicaran realineamientos en el mismo (6a).
- Duodécimo. Declarar que TRANSORIENTE S.A. E.S.P. incumplió el deber contractual de garantizar el derecho de paso para la construcción ininterrumpida del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga obligando al contratista a suspender la ejecución de las obras, desmovilizar y trasladar los frentes de trabajo a otros sectores y realizar cambios en el trazado inicialmente definido por el contratante (8a).

- Decimotercero. Declarar que durante la ejecución del contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009, los integrantes del CONSORCIO COSACOL CONFURCA, esto es, COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, se vieron afectados por hechos imputables a TRANSORIENTE S.A. E.S.P., consistentes en: (1) el hallazgo de roca no informado por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. al CONSORCIO COSACOL CONFURCA; (2) el suministro de información errada sobre supuesta línea regular del proyecto; (3) el diseño defectuoso del trazado suministrado por TRANSORIENTE S.A. E.S.P.; y (4) el incumplimiento de TRANSORIENTE S.A. E.S.P. en el trámite del derecho de vía (10).
- Decimocuarto. Declarar que durante la ejecución del contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009, los integrantes del CONSORCIO COSACOL CONFURCA, esto es, COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, para efectos del cumplimiento de los hitos contractuales y de la entrega final en los plazos previstos, en conjunto con los hechos imputables a TRANSORIENTE S.A. E.S.P., se vieron afectados por hechos ajenos a las partes del contrato, como lo fue la presencia de precipitaciones pluviales por encima de los registros históricos en la zona de ejecución del proyecto, los cuales generaron circunstancias constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito (11).
- Decimoquinto. Declarar que los integrantes del CONSORCIO COSACOL CONFURCA, esto es, COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, ejecutaron el proyecto de buena fe, en los estrictos términos expuestos en la parte motiva (12).
- Decimosexto. Declarar que la ejecución del Contrato de Construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga ha causado grave perjuicio económico a las sociedades COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, como integrantes del CONSORCIO COSACOL-CONFURCA, de acuerdo con los estrictos lineamientos expuestos (14).
- Decimoséptimo. Declarar que TRANSORIENTE S.A. E.S.P. incumplió el Contrato de Construcción del Gasoducto Gibraltar – Bucaramanga celebrado con las sociedades que integran el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, esto es,

COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA (15).

- Decimoctavo. Declarar que el CONSORCIO sufrió un desequilibrio entre los ingresos y costos directos del proyecto como consecuencia de la ejecución del contrato derivado de la aceptación de la Oferta Mercantil de Servicio No. 002 del 1 de septiembre de 2009, el cual se vio reflejado en la contabilidad de acuerdo con los estrictos términos expuestos en las consideraciones (16).
- Decimonoveno. Declarar que los integrantes del CONSORCIO, esto es, COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, dejaron de percibir las utilidades de acuerdo con el AIU del contrato (7%) del valor contable del proyecto porcentaje que habrá de liquidarse teniendo en cuenta el valor final del proyecto, en los estrictos términos contenidos en la parte motiva (17).
- Vigésimo. Condenar a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. a pagar a COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA, quienes integran el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, la suma de *veintisiete mil cuatrocientos setenta y cinco millones ciento ochenta y un mil treinta y cinco pesos con ochenta centavos* (\$27.475'181.035,80), según las estrictas consideraciones de esta decisión.
- Vigésimo primero. Denegar la segunda pretensión principal condenatoria y parcialmente las pretensiones principales condenatorias tercera en su último inciso, cuarta en su último inciso y la sexta en su último inciso en relación con los intereses moratorios pretendidos.
- Vigésimo segundo. Denegar las demás pretensiones y conceptos de la demanda principal, esto es, las pretensiones principales declarativas Séptima, Novena, Décima Tercera, en los estrictos términos contenidos en la parte motiva; Décima Octava, Décima Novena, Vigésima y Subsidiaria de la Vigésima y, las pretensiones principales condenatorias Cuarta, Quinta y Sexta.
- Vigésimo tercero. Declarar prósperas las siguientes excepciones de mérito planteadas por la Convocante respecto de la demanda de reconvención, sin que ello

signifique el enervamiento total de las pretensiones, de acuerdo con las consideraciones contenidas en el Capítulo IX:

- i. Incumplimiento del deber de información y ruptura de la legítima confianza entre los contratantes, bajo las estrictas consideraciones expuestas (2).
- ii. Contrato no cumplido (4).
- iii. Fuerza mayor y caso fortuito (5).
- iv. Cumplimiento de obligaciones contractuales del Consorcio (8).

Vigésimo cuarto. Declarar parcialmente próspera la siguiente excepción de mérito planteadas por la Convocante respecto de la demanda de reconvención, sin que ello signifique el enervamiento total de las pretensiones de acuerdo con las consideraciones contenidas en el Capítulo IX:

- i. Inexistencia de daños ilícitos imputables al Consorcio (9).

Vigésimo quinto. Declarar no probadas las siguientes excepciones de mérito planteadas por la Convocante respecto de la demanda de reconvención:

- i. Mala fe de TRANSORIENTE (1).
- ii. Abuso de la posición dominante (3).
- iii. Culpa exclusiva de la víctima (6).
- iv. Hecho de un tercero (7).

Vigésimo sexto. Declarar que COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA quienes integran el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, se encuentran obligadas a responder solidariamente frente a TRANSORIENTE S.A. E.S.P., por el cumplimiento de las obligaciones relativas al contrato perfeccionado por la aceptación de la Oferta Mercantil para la prestación de los Servicios de construcción del Gasoducto Gibraltar Bucaramanga y por ende, de las condenas que resulten a su cargo en el presente Laudo Arbitral (A.1.).

Vigésimo séptimo. Declarar que COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA quienes integran el CONSORCIO COSACOL CONFURCA construyeron solamente diecinueve (19) de los cincuenta (50) cruces de línea en operación pagados por TRANSORIENTE (H.12.).

Vigésimo octavo. Declarar que COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA quienes integran el CONSORCIO COSACOL CONFURCA se encuentran obligadas a reintegrar a TRANSORIENTE el precio de los treinta y un (31) cruces de línea en operación pagados por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. (H.13.).

Vigésimo noveno. Condenar, en consecuencia de lo anterior, solidariamente a COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA quienes integran el CONSORCIO COSACOL CONFURCA a pagar a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. la suma de *novecientos sesenta y seis millones mil cuatrocientos tres mil ciento cuarenta y ocho pesos (\$966'403.148)* por concepto de reintegro de precio de cruces de línea en operación pagados por TRANSORIENTE S.A. E.S.P. que no fueron construidos por COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA.

Trigésimo. Declarar que COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA quienes integran el CONSORCIO COSACOL CONFURCA dejaron inservible tubería de propiedad de TRANSORIENTE S.A. E.S.P., por valor de *novecientos treinta y nueve millones cuatrocientos setenta y seis mil seiscientos dieciséis con treinta centavos (\$939'476.616,30)* (I.14.).

Trigésimo primero. Condenar, en consecuencia de lo anterior, solidariamente a COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA quienes integran el CONSORCIO COSACOL CONFURCA a pagar a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. la suma de *novecientos treinta y nueve millones cuatrocientos setenta y seis mil seiscientos dieciséis con treinta centavos (\$939'476.616,30)* por concepto de resarcimiento de perjuicios por el daño en la tubería de su propiedad (I.14.1).

Trigésimo segundo. Declarar que COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA, aceptaron reconocer y pagar a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. la suma de *doscientos cuarenta y ocho millones novecientos setenta y siete mil treinta y cuatro pesos*

*(\\$248'977.034) por concepto de variantes constructivas y ambientales y daños a terceros dentro del Derecho de Vía del Gasoducto (J.15.).*

Trigésimo tercero. Condenar, en consecuencia de lo anterior, solidariamente a COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA quienes conforman el CONSORCIO COSACOL CONFURCA a pagar a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. la suma de *doscientos cuarenta y ocho millones novecientos setenta y siete mil treinta y cuatro pesos* (*\\$248'977.034*) por concepto de variantes constructivas y ambientales y daños a terceros dentro del Derecho de Vía del Gasoducto (J.15.1).

Trigésimo cuarto. Declarar que si bien es cierto que los hitos de Terminación Mecánica y de Terminación Definitiva no finalizaron el 20 de enero y 20 de abril de 2011, respectivamente, según lo dispuesto en el Otrosí No. 2, ello no constituye incumplimiento, de acuerdo con las consideraciones del presente Laudo Arbitral. Por consiguiente, rechácese las siete pretensiones condenatorias solidarias acumuladas como consecuenciales de la pretensión declarativa B.2. (B.2).

Trigésimo quinto. Declarar que si bien es cierto que a las fechas de avance parcial establecidas en el Otrosí No. 5 no fueron efectuadas las actividades acordadas, ello no constituye incumplimiento, de acuerdo con las consideraciones del presente Laudo Arbitral. Por consiguiente, rechácese la pretensión condenatoria solidaria acumulada como consecuencial de la pretensión declarativa C.3. (C.3.).

Trigésimo sexto. Declarar que si bien es cierto que los hitos de Terminación Mecánica y de Terminación Definitiva no finalizaron el 15 de abril y 15 de julio de 2011, respectivamente, según lo dispuesto en el Otrosí No. 5, ello no constituye incumplimiento, de acuerdo con las consideraciones del presente Laudo Arbitral. Por consiguiente, rechácese la pretensión condenatoria solidaria acumulada como consecuencial de la pretensión declarativa C.4 (C.4).

Trigésimo séptimo. Declarar que si bien es cierto que el hito de Terminación Mecánica no finalizó el 30 de junio de 2011, respectivamente, según lo dispuesto en el Otrosí No. 6 ello no constituye incumplimiento de acuerdo con las consideraciones del presente Laudo Arbitral (D.5).

Trigésimo octavo. Denegar las demás pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN, esto es, las identificadas así: D.6., D.7., D.8., D.8.1., D.8.2., E.9., E.9.1., F.10., F.10.1., F.10.2., G.11., G.11.1. y G11.2.

Trigésimo noveno. Disponer que como consecuencia de lo hasta aquí resuelto, se crucen las recíprocas pretensiones de condena de acuerdo con las estrictas consideraciones contenidas en el cuadro 12.1.28., como a continuación se ordena.

Cuadragésimo. Condenar, en consecuencia de lo anterior, a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. a pagar a COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA la suma única final de *veintisiete mil trescientos ochenta y tres millones doscientos setenta mil setecientos cincuenta y cuatro pesos con cuarenta centavos* (\$27.383'270.754,40), discriminada de la siguiente forma:

- (i) La suma de *dieciséis mil novecientos quince millones de pesos cuatrocientos noventa y nueve mil setecientos dieciséis pesos con veinticuatro centavos* (\$16.915'499.716,24) por concepto de mayores costos reportados en la contabilidad y desequilibrio entre ingresos y costos directos del proyecto, hasta la concurrencia de las cuentas por pagar del CONSORCIO COSACOL CONFURCA y CONFURCA (1<sup>a</sup> Condena).
- (ii) La suma de *diez mil quinientos cincuenta y nueve millones seiscientos ochenta y un mil trescientos diecinueve pesos con sesenta y nueve centavos* (\$10.559'681.319,69) por concepto de utilidades dejadas de percibir de acuerdo con el AIU contractual (7%) registrados en la contabilidad del proyecto (3<sup>a</sup> Condena).
- (iii) La suma de *dos mil sesenta y dos millones novecientos cuarenta y seis quinientos dieciséis pesos con noventa centavos* (\$2.062'946.516,90) por concepto de actualización según lo expuesto en la parte motiva, hasta la fecha de expedición del presente Laudo Arbitral.

Cuadragésimo primero. Condenar a TRANSORIENTE S.A. E.S.P. a pagar a COSA COLOMBIA S.A.S – COSACOL S.A.S. y CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETTO COMPAÑÍA ANÓNIMA – SUCURSAL COLOMBIA – CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA quienes integran el CONSORCIO COSACOL CONFURCA intereses de mora sobre las condenas a su cargo según lo resuelto en numeral anterior, a la máxima tasa permitida en la

ley, a partir el sexto día siguiente a la ejecutoria de la mencionada providencia, hasta que se verifique el pago efectivo de todas y cada una de esas condenas (7<sup>a</sup> Pretensión Principal Condenatoria).

Cuadragésimo segundo. Sin condena en costas procesales, ni agencias en derecho por lo particularmente expuesto.

Cuadragésimo tercero. Declarar causado el saldo de los honorarios de los Señores Árbitros y del Secretario y ordenar a las partes que expidan oportunamente las constancias y certificados de ley.

Cuadragésimo cuarto. Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo Arbitral con destino a ambas partes con las constancias legales, y copias simples al Ministerio Público y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Cuadragésimo quinto. Ordenar que, en firme el presente Laudo Arbitral, se protocolice este expediente en una notaría del Círculo de Bogotá en la oportunidad de ley, con cargo al rubro de protocolizaciones, para lo cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para éste fin resultare insuficiente y en caso de que resultare mayor se devolverá lo pertinente.

Cuadragésimo sexto. Ordenar que por Presidencia se rinda cuenta razonada a las partes de la suma depositada para gastos de funcionamiento y protocolización en la oportunidad de ley.

La presente decisión fue notificada en estrados a ambas partes y al Agente del Ministerio Público.

GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ  
Presidente

ERNESTO RENGIRO GARCÍA  
Árbitro (con salvamento)

JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ  
Árbitro

Tribunal Arbitral de COSA COLOMBIA S.A.S. -COSACOL S.A.S.- y Constructora Hermanos Furlanetto Compañía Anónima Sucursal Colombia –CONFURCA Sucursal Colombia-, quienes integran el Consorcio COSACOL- CONFURCA vs. Transportadora de Gas del Oriente S.A. E.S.P. -TRANSORIENTE S.A. E.S.P.-

---

DAVID YAYA NARVÁEZ  
Secretario