

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

LAUDO ARBITRAL

VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCIÓN SERVICE S.A.S.

VS.

CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S. -CENIT-,
OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA-

Y

OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A.

RADICACIÓN No. 15592

DIEZ (10) DE DICIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE (2019)

TABLA DE CONTENIDO

A.	LISTA DE ABREVIATURAS USADAS POR EL TRIBUNAL.....	5
B.	ANTECEDENTES Y ASPECTOS PROCESALES	6
1.	Antecedentes del Proceso y Desarrollo del Trámite	6
1.1.	Las Partes y sus Apoderados	6
1.2.	El Pacto Arbitral.....	7
1.3.	El Tribunal Arbitral – Conformación y Trámite Preliminar	8
1.4.	Continuación del Proceso Arbitral.....	9
1.5.	Duración del Proceso y Término para Fallar.....	12
2.	Cuestiones Objeto de la Controversia.....	13
2.1.	La Demanda	13
2.2.	La Contestación de la Demanda - Las Excepciones de Mérito de las Demandadas 18	
3.	Presupuestos Procesales.....	19
4.	La Tacha de Testigos	19
5.	Concepto del Ministerio Público	21
C.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y LOS MEDIOS EXCEPTIVOS PROPUESTOS	24
1.	Consideración Previa	24
2.	Sobre la existencia del Contrato de Prestación Servicios y el Régimen Legal aplicable a la controversia	25
3.	Sobre la fuerza vinculante del Código de Ética de CENIT y su cumplimiento por las partes.....	28
3.1.	Sobre la conducta de Varichem como profesional.....	29
3.2.	Sobre la obligatoriedad del Código de Ética de CENIT para las Partes	30
3.3.	Sobre si hubo o no cumplimiento del Código de Ética por parte de CENIT, ODC y OCENSA 32	
3.3.1.	De la información	34
3.3.2.	Respecto de ECOPETROL.....	38
3.3.3.	La información entregada por Varichem no tenía soporte contractual.....	39
3.3.4.	Varichem sabía qué uso le iba dar CENIT a la información que suministró	40

3.3.5.	De la notificación de algún tipo de limitación, inhabilidad o incompatibilidad para la participación del proceso por parte de CENIT, ODC y COCENSA 41	
3.3.6.	No es dable para Varichem alegar su propia culpa	42
3.3.7.	Conclusión de este aparte	43
3.4.	Sobre si hubo o no cumplimiento del Código de Ética de CENIT por parte de Varichem.....	44
3.4.1.	De la Información Privilegiada.....	45
3.4.2.	Del interés o beneficio para Varichem	48
3.5.	Sobre la conducta de Varichem en relación con el principio de buena fe.....	50
3.6.	Ultimas precisiones	52
3.7.	Conclusión.....	53
4.	Del Código de Ética de CENIT y el principio de moralidad administrativa	53
4.1.	Sobre la infracción del Código de Ética	53
4.2.	Sobre los principios de la función administrativa	58
4.2.1.	Del sometimiento de la conducta de los particulares contratistas a los principios de la actuación administrativa	60
4.2.2.	De la violación de los principios de moralidad y legalidad administrativa por parte de Varichem	61
4.2.3.	Del principio de moralidad	62
5.	Sobre la terminación unilateral del contrato	67
5.1.	Estudio de la comunicación por medio de la cual las convocadas dieron por terminado el contrato.....	67
5.2.	Validez de las cláusulas de terminación unilateral	70
5.2.1.	Principio de normatividad de los contratos.....	71
5.2.3.	Las cláusulas de terminación unilateral como manifestación del postulado de autonomía privada y principio de normatividad	74
5.2.4.	Cláusula de terminación unilateral como cláusula abusiva	84
5.3.	Estudio del ejercicio de la facultad unilateral de terminación del contrato adelantado por las convocadas.....	93
5.4.	Conclusión sobre el incumplimiento contractual que alega la convocante.....	97
D.	CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	99

E.	RESUMEN DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y LAS EXCEPCIONES DE MERITO PROPUESTAS POR LAS CONVOCADAS.....	102
F.	JURAMENTO ESTIMATORIO	104
G.	CONDENA EN COSTAS.....	106
H.	DECISIÓN	108

A. LISTA DE ABREVIATURAS USADAS POR EL TRIBUNAL

CENIT	CENIT Transporte y Logística de Hidrocarburos S.A.S. -CENIT- (Parte Convocada)
Código de Ética de CENIT	Código de Ética de CENIT (versión del año 2013)
El Contrato de Prestación de Servicios	Contrato de prestación de servicios No. 8000001455 suscrito entre CENIT Transporte y Logística de Hidrocarburos S.A.S. -CENIT-, Oleoducto Central S.A. -OCENSA- y Oleoducto de Colombia S.A con Unión Temporal Varichem Lamor conformada por Varichem de Colombia G Environmental Proteccion Service S.A.S. (G.E.P.S. INC) y Lamor Corporation AB del diecisiete (17) de noviembre de dos mil quince (2015)
OCENSA	Oleoducto Central S.A. -OCENSA- (Parte Convocada)
ODC	Oleoducto de Colombia S.A. (Parte Convocada)
Varichem	Varichem de Colombia G Environmental Proteccion Service S.A.S. (G.E.P.S. INC) (Parte Convocante)

B. ANTECEDENTES Y ASPECTOS PROCESALES

1. Antecedentes del Proceso y Desarrollo del Trámite

1.1. Las Partes y sus Apoderados

1. **Parte Demandante:** Es Varichem de Colombia G Environmental Proteccion Service S.A.S. (G.E.P.S. INC), sociedad comercial colombiana, del tipo de sociedades por acciones simplificadas, inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013), bajo el número 01751300 del Libro IX, a la cual le corresponde la matrícula mercantil 723913 y el NIT 830.020.109-0, sociedad con domicilio en Bogotá D.C., representada legalmente por Jaime Alberto Herrera Díaz y en este asunto por Marcel Tangarife Torres, abogado inscrito, titular de la tarjeta profesional número 53.673 del C.S. de la J.
2. **Parte Demandada:** Esta conformada por:
3. Cenit Transporte y Logística de Hidrocarburos S.A.S. – CENIT, representada legalmente por la señora María Paula Camacho Rozo, sociedad comercial colombiana, del tipo de sociedades por acciones simplificadas, inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el quince (15) de junio de dos mil doce (2012), bajo el número 01642915 del Libro IX, a la cual le corresponde la matrícula mercantil 2224959 y el NIT 900.531.210-3, sociedad con domicilio en Bogotá D.C. Esta representada en este trámite por Juan Carlos Paredes López, abogado inscrito, titular de la tarjeta profesional número 290.193 del C. S. de la J.
4. Por otra parte, Oleoducto Central S.A. – OCENSA, representada legalmente por Thomas Rueda Ehrhardt, sociedad comercial colombiana, del tipo de sociedades anónimas, inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), bajo el número 474030 del Libro IX, a la cual le corresponde la matrícula mercantil 626260 y el NIT 800.251.163-0, sociedad con domicilio en Bogotá D.C. Esta representada en este trámite por Carolina López Toncel, abogada inscrita, titular de la tarjeta profesional número 113.122 del C. S. de la J.
5. Y, por último, Oleoducto de Colombia S.A., representada legalmente por la señora Natalia de la Calle Restrepo, sociedad comercial colombiana, del tipo de sociedades anónimas, inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el diecisiete (17) de agosto de dos mil novecientos ochenta y nueve (1989), bajo el número 272491 del Libro IX, a la cual le corresponde la matrícula mercantil 381639 y el NIT 800.068.713-8, sociedad con domicilio en Bogotá D.C. Esta representada en este trámite por Juan Sebastián Melo

Baquero, abogado inscrito, titular de la tarjeta profesional número 290.193 del C. S. de la J.

6. Conjuntamente quienes integran la parte demandada podrán ser llamadas “las demandadas” o “las convocadas”.

1.2. El Pacto Arbitral

7. Entre Cenit Transporte y Logística de Hidrocarburos S.A.S., Oleoducto Central S.A. y Oleoducto de Colombia S.A., como contratantes, y UT Varichem LAMOR, como contratista, se celebró el “*Contrato de Prestación de servicios No. 8000001455*” el diecisiete (17) de noviembre de dos mil quince (2015), en virtud del cual dicha Unión Temporal prestaría a aquellas sus servicios especializados para la administración de planes de contingencia y atención y respuesta de emergencias por derrame de hidrocarburos en las operaciones del puerto petrolero de Coveñas. En adelante, este laudo también podrá referirse al mismo como “el Contrato”. En dicho contrato fue incluida la siguiente estipulación sobre la resolución de controversias:

“29. CLÁUSULA COMPROMISORIA

Toda controversia o diferencia que tenga origen es en este contrato, incluyendo su existencia, validez y disponibilidad, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará a lo establecido en la Ley 1563 de 2012 para el arbitramento institucional y a las siguientes reglas:

a. *El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso de que las partes no pudieren llegar a un acuerdo respecto de la designación de los árbitros, dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la presentación de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, éstos serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes.*

b. *El Tribunal decidirá en Derecho.*

c. *La sede del Tribunal será en Bogotá, Colombia”.*¹

¹ Folio del 107 al 160 del Cuaderno de Pruebas número 2.

1.3. El Tribunal Arbitral – Conformación y Trámite Preliminar

8. El dieciséis (16) de febrero de dos mil dieciocho (2018), la parte convocante, por conducto de su apoderado, formuló ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la convocatoria a este Tribunal y presentó demanda contra Cenit Transporte y Logística de Hidrocarburos S.A.S. – CENIT, Oleoducto Central S.A. OCENSA y Oleoducto de Colombia S.A.²
9. Con escrito del veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018) las partes escogieron de mutuo acuerdo los árbitros de la presente controversia; en consecuencia, el Tribunal fue debidamente integrado dando cumplimiento a las reglas previstas en la Ley y el Pacto Arbitral.
10. La instalación del Tribunal tuvo lugar en audiencia realizada el dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018)³, en dicha audiencia se designó a la Presidente y a la Secretaria, se procedió a reconocer personería a los apoderados de las partes, entre otras decisiones de impulso procesal propias de esta etapa, y mediante auto número dos (2) se inadmitió la demanda presentada disponiendo su correspondiente subsanación.
11. Dicha demanda fue subsanada oportunamente atendiendo la orden impartida por el Tribunal.⁴ En consideración a que los defectos señalados por el Tribunal fueron corregidos, la demanda fue admitida mediante auto número tres (3) del acta número dos (2) de fecha veintisiete (27) de agosto de dos mil dieciocho (2018), notificado personalmente a la parte demandada, al Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a quienes también se les corrió traslado de la demanda y sus anexos por el término de ley⁵.
12. La parte demandada contestó la demanda oportunamente y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, formulando además excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio⁶, de lo cual también se corrió el traslado correspondiente mediante auto número cuatro (4) de fecha catorce (14) de enero de dos mil diecinueve (2019)⁷, el cual se recorrió oportunamente por la parte demandante con escrito del veintidós (22) de enero de dos mil diecinueve (2019)⁸, con petición de pruebas adicionales.

² Folio 1 al 167 del Cuaderno Principal número 1.

³ Acta número 1, Folios 327 al 331 del Cuaderno Principal número 1.

⁴ Folio 344 del Cuaderno Principal número 1.

⁵ Acta número 2, Folios 345 al 348 del Cuaderno Principal número 1.

⁶ Folio 1 al 110, del Cuaderno Principal número 2.

⁷ Acta número 4, Folio 120 al 123 del Cuaderno Principal número 2.

⁸ Folio 152 al 334 Cuaderno Principal número 2.

13. Posteriormente, en audiencia celebrada el veinticinco (25) de enero de dos mil diecinueve (2019)⁹ se adelantó la etapa de conciliación entre las partes, la cual se declaró fracasada, por lo cual se fijaron los gastos y honorarios del presente Tribunal, como se señaló en el auto número catorce (14) de la misma fecha, que fueron consignados por ambas partes, en el término de ley. Como consecuencia de lo anterior, se procedió a surtir la primera audiencia de trámite del proceso.

1.4. Continuación del Proceso Arbitral

14. El Tribunal, en audiencia celebrada el veintiséis (26) de febrero de dos mil diecinueve (2019)¹⁰, se declaró competente para conocer de las controversias surgidas entre Varichem de Colombia G Environmental Proteccion Service S.A.S., de una parte, y, Cenit Transporte y Logística de Hidrocarburos S.A.S. – CENIT, Oleoducto Central S.A. OCENSA y Oleoducto De Colombia S.A., de la otra, que se encuentran cobijadas con la cláusula compromisoria contenida en el Contrato.

15. Los apoderados de las demandadas formularon recurso de reposición en contra de la declaración de competencia del Tribunal, que fue resuelto desfavorablemente con el auto número veintiuno (21) de fecha primero (1º) de marzo de dos mil diecinueve (2019)¹¹.

16. En dicha audiencia, y luego de que cobrara ejecutoria la providencia de asunción de competencia, el Tribunal decretó, de las pruebas solicitadas por ambas partes, las siguientes¹²:

17. De la parte demandante, documentales; dictámenes Periciales en industria del petróleo y transporte de hidrocarburos, así como en informática, en sustitución de las inspecciones judiciales solicitadas; exhibición de documentos a cargo de las demandadas y de ECOPETROL, también en lugar de la inspección judicial originalmente pedida; prueba por Informe a cargo de la Fiscalía General de la Nación; testimonios de Adriana Londoño, Eliane Soto, Fernando Villarreal, Julio Cesar Ortiz; Luisa Fernanda Lafourie; Álvaro Castañeda Caro; Enrique Silva; Hans Delgado; Steven Frasser; Samir Tadeo Quiroz; María Paula Camacho; Oscar Trujillo; Hernando Barrios; Adriana Pinzón; Estefanía Montes; Guillermo Peña; Patricia Jaimes; Astrith Espitia; Diego Echeverri; Andrea del Pilar Álvarez; Fernán Bejarano; María Juliana Albán; Orlando Herrera; Samuel Medina; Sandra Milena Orozco; Álvaro Salcedo, Fredy Díaz, Jaime Bocanegra, Juan Carlos Echeverry; Marina

⁹Acta número 5, Folio 341 al 351 del Cuaderno Principal número 2.

¹⁰Acta número 6, Folio 460 al 472 del Cuaderno Principal número 2.

¹¹Acta número 7, Folio del 480 al 493 del Cuaderno Principal número 2.

¹²Acta número 7, Folio del 480 al 493 del Cuaderno Principal número 2.

Rincón; Fred Larsen; Alex Cadena; Ana María Betancur; Gilberto Nieto; Orlando Mendigaña; Diego Arboleda Byington; Nelson Moyano; Julia Rosa Romero; Halais Osorio; Edwin Peña; Natalia de la Calle; Thomas Rueda y Alberto Consuegra; informe escrito, bajo juramento, a cargo de los representantes legales de las demandadas, en lugar del interrogatorio de parte de los representantes legales de las sociedades demandadas; y, dictamen pericial de parte elaborado por Miguel Ángel Rodríguez Valbuena, contador y perito especializado y experto en la cuantificación y determinación de daños materiales y morales por incumplimiento de contratos, respecto del estimado de los daños sufridos por la demandante.

18. De la parte demandada: documentales, interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad demandante; testimonios de Diego Echeverri; Eric Moncada; Astrith Liliana Espitia; Luis Rodolfo Díaz; Fred Larsen; Jorge Alberto Castiblanco; Samir Tadeo Quiroz; Steven Frasser; Hans Magiollo Delgado Alba; Álvaro Castañeda Caro; Elaine Soto; Jorge Correa; Adriana Londoño; Enrique Silva Hurtado; Julio Cesar Ortiz; Freddy de Jesús Díaz; Lina Nader; Oscar Trujillo; Halaix Osorio; Fernando Flechas; Antonio Miguel Corena Sarmiento; Luisa Fernanda Lafaurie Rivera; Hernando Barrios Calderón; Nelson Moyano, Ana María Betancur Hernández, Thomas Rueda Ehrhardt, María Paula Camacho Rozo y Natalia De La Calle; exhibición de documentos a cargo de la demandante y de ECOPETROL; dictamen pericial en informática, a cargo de un perito experto en la materia, en lugar de la inspección judicial de CENIT que fue pedida por dicha parte; y, prueba por Informe, dirigida a la Fiscalía General de la Nación.

19. En el curso de diecisiete (17) audiencias¹³, se practicaron las pruebas antes señaladas, salvo algunos de los testimonios, el dictamen pericial a cargo de un experto en petróleos y la experticia de contradicción respecto de uno de los dictámenes de parte de las demandadas, que fue anunciada por la demandante, por cuanto tales medios demostrativos fueron desistidos por la parte interesada, lo que fue aceptado por el Tribunal¹⁴. Como perito para el dictamen pericial en informática se designó a Ingeniero Raúl Wexler Pulido Téllez¹⁵, quien presentó su experticia¹⁶, que fue objeto de solicitudes

¹³ Actas números 8 a 24 obrantes en los Cuadernos Principales números 2 y 3.

¹⁴ Auto número 33, Acta número 11, folios 671 a 678 del Cuaderno Principal número 2; Auto número 37, Acta 14, folios 75 a 81 del Cuaderno Principal número 3; Autos número 45 y 48, Acta 16, folios 190 a 202 del Cuaderno Principal número 3; Auto número 49, Acta número 17, folios 278 a 281 del Cuaderno Principal número 3; Auto número 50, Acta número 18, folios 282 a 286 del Cuaderno Principal número 3; Auto número 51, Acta número 19, folios 321 a 326 del Cuaderno Principal número 3; Auto número 52, Acta número 20, folios 328 a 337 del Cuaderno Principal número 3; Auto número 57, Acta número 21, folios 394 a 399 del Cuaderno Principal número 3 y Auto número 59, Acta número 23, folios 427 al 433 del Cuaderno Principal número 3.

¹⁵ Auto número 32, Acta número 10, folios 649 a 664 del Cuaderno Principal número 2.

¹⁶ Folios 492 a 510 del Cuaderno de Pruebas número 19.

de aclaración de la demandante, admitidas por el Tribunal¹⁷, las cuales fueron atendidas¹⁸ y de las cuales se surtió el correspondiente traslado¹⁹.

20. Respecto de los dictámenes periciales de parte anunciados en el punto 8 de las pruebas de la contestación de la demanda, el Tribunal señaló que sólo se pronunciaría cuando los mismos hubieran sido allegados al expediente. En los plazos señalados por el Tribunal, fueron presentadas las experticias de parte anunciadas por la parte demandada, a saber: Dictamen en relación con los procesos de licitación y procesos de selección en el marco de la contratación estatal²⁰; Prueba Pericial Técnica y Comercial respecto a la Información Privilegiada²¹ y Prueba Pericial sobre las metodologías de cálculos de sumas indemnizatorias²², de las cuales se corrió el correspondiente traslado²³. La primera no fue objeto de contradicción por la demandante, respecto de la segunda y tercera la demandante solicitó al Tribunal no considerarlos como prueba y también hizo uso de los mecanismos de contradicción previstos en la Ley²⁴, que desembocaron en el anuncio de una experticia de contradicción y en la citación a interrogatorio de los peritos Deloitte Asesores y Consultores Ltda., por conducto de Francisco O’Bonaga, Felipe Gómez y Diego Álvarez, de una parte, y de María Margarita Zuleta.²⁵ La experticia de contradicción fue desistida por la demandante, como ya quedo atrás referido.
21. Conforme con la solicitud de las partes se surtieron diligencias de interrogatorio de los peritos Miguel Ángel Rodríguez Valbuena²⁶ y de Deloitte Asesores y Consultores Ltda., por conducto de Francisco O’Bonaga, Felipe Gómez y Diego Álvarez, de una parte, y de María Margarita Zuleta.²⁷
22. Terminada la etapa probatoria, como quedó constancia en el Acta 25 del expediente²⁸, se fijó fecha para recibir los alegatos de los apoderados de las partes y para la presentación del concepto del Agente del Ministerio Público²⁹.

¹⁷ Auto número 61, Acta número 23, folios 427 al 433 del Cuaderno Principal número 3.

¹⁸ Folios 544 a 577 del Cuaderno de Pruebas número 19.

¹⁹ Auto número 63, Acta número 24, folios 441 a 442 del Cuaderno Principal número 3.

²⁰ Folios 78 a 443 del Cuaderno de Pruebas número 8.

²¹ Folios 1 a 488 del Cuaderno de Pruebas número 9.

²² Folios 560 a 593 del Cuaderno de Pruebas número 8.

²³ Auto 26, Acta número 8, folios 550 a 555 del Cuaderno Principal número 2 y Auto 30, Acta número 10, folios 649 a 664 del Cuaderno Principal número 2.

²⁴ Memoriales del catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019), folios 3 a 30 y 31 a 56 del Cuaderno Principal número 2.

²⁵ Auto número 53, Acta número 20, folios 328 a 337 del Cuaderno Principal número 3.

²⁶ Acta número 20, folios 328 a 337 del Cuaderno Principal número 3.

²⁷ Acta número 21, folios 394 a 399 del Cuaderno Principal número 3.

²⁸ Folios 446 a 449 del Cuaderno Principal número 3.

²⁹ Auto número 66, Acta número 25, folios 446 a 449 del Cuaderno Principal número 3.

23. En audiencia del treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018)³⁰, las partes expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron los correspondientes escritos.³¹ En el término señalado por el Tribunal, el señor procurador delegado para el trámite emitió su concepto.³² A las argumentaciones de las partes y del Ministerio Público se referirá el Tribunal al analizar y decidir cada una de las pretensiones de las demandas que son de su conocimiento, sus fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios.

24. El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.³³

1.5. Duración del Proceso y Término para Fallar

25. Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite *“al cual se adicionarán los días de suspensión”- e “interrupción por causas legales”* -, sin exceder la suspensión solicitada de consuno por las partes de un *“tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días”*.

26. La primera audiencia de trámite culminó el primero (1º) de marzo de dos mil diecinueve (2019), y por solicitud conjunta de las partes, el Tribunal decretó las siguientes suspensiones del proceso:

ACTA	FECHA DE SUSPENSIÓN	DÍAS
Acta número 8, Auto número 29 del dos (2) de abril de dos mil diecinueve (2019) ³⁴	Desde el dieciocho (18) de abril de dos mil diecinueve (2019) hasta el ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019).	21
Acta número 20, Auto número 55 del diez (10) de junio de dos mil diecinueve (2019) ³⁵	Desde el catorce (14) de junio de dos mil diecinueve (2019) hasta el Primero (1º) de agosto de dos mil diecinueve (2019).	49
Acta número 23, Auto número 62 del seis (6) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) ³⁶	Desde el siete (7) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) hasta el tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019).	27
Acta número 24, Auto número 67 del veintidós (22) de octubre de dos mil diecinueve (2019) ³⁷	Desde el veintitrés (23) de octubre de dos mil diecinueve (2019) hasta el veintinueve (29) de octubre de dos mil diecinueve (2019) y del treinta y uno (31) de octubre de dos	23

³⁰ Acta número 26, folios 450 a 452 del Cuaderno Principal número 3.

³¹ Los de la demandante obran a folios 1 a 509 del Cuaderno Principal número 9 y los de las demandadas obran a folios 1 a 250 del Cuaderno Principal número 5.

³² Folios 251 a 277 del Cuaderno Principal número 5.

³³ Auto número 68, Acta número 26, folios 450 a 452 del Cuaderno Principal número 3.

³⁴ Acta número 8, folios 550 a 555 del Cuaderno Principal número 2.

³⁵ Acta número 20, folios 328 al 337 del Cuaderno Principal número 3.

³⁶ Folio 427 al 433 del Cuaderno Principal número 3.

³⁷ Folios 441 al 442 del Cuaderno Principal número 3.

	mil diecinueve (2019) hasta el quince (15) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).	
TOTAL DE DÍAS DE SUSPENSIÓN		120

27. Con ocasión de esta adición al término del proceso, el plazo del proceso se extendió hasta el treinta (30) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), por lo que el Tribunal se encuentra en la oportunidad para proferir el laudo.

2. Cuestiones Objeto de la Controversia

2.1. La Demanda

28. En la Demanda, Varichem presentó a consideración del Tribunal, las siguientes pretensiones:

“

A. **DECLARATIVAS**

PRIMERA. *Que se declare que el 17 de noviembre de 2015 entre CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S., OLEODUCTO CENTRAL S.A. y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. en condición de Contratantes, por una parte, y por la otra, la Unión Temporal VARICHEM LAMOR conformada por VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCION SERVICE S.A.S GEPS. INC y LAMOR CORPORATION AB en condición de Contratista, se suscribió el “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR” cuyo objeto es la prestación de los servicios especializados para la administración de planes de contingencia y atención y respuesta de emergencias por derrame de hidrocarburos en las operaciones del puerto petrolero de Coveñas.*

SEGUNDA. *Que se declare que al “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR” se le aplican las normas de derecho privado consagradas en el Código de Comercio y demás disposiciones concordantes.*

SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN. *En subsidio de la anterior pretensión que se declare que al “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. -*

OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR” se le aplican los principios y las normas de la contratación administrativa o estatal y sus normas concordantes.

TERCERA. *Que se declare que CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S. - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. incurrieron en incumplimiento del Código de Ética de CENIT, el cual era aplicable al “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR” al no haber hecho uso adecuado de la información que le suministró VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCION SERVICE S.A.S GEPS. INC directamente o a través de ECOPETROL S.A., y que fue utilizada por CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S. para estructurar el proceso de selección del Contratista sin haber contado con la autorización previa y expresa de VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCION SERVICE S.A.S GEPS. INC.*

CUARTA. *Que se declare que VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCION SERVICE S.A.S GEPS. INC no incurrió en una falta a la ética y no violó el Código de Ética de CENIT con ocasión del proceso de selección, adjudicación, suscripción y ejecución del “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR”.*

QUINTA. *Que se declare que CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. vulneraron el derecho al debido proceso, al derecho de defensa y al derecho de contradicción en el marco del “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR” al haber declarado la ocurrencia de una falta a la ética como causal de terminación unilateral del Contrato sin haber adelantado previamente un procedimiento para que las Convocantes pudieran ejercer los derechos mencionados con anterioridad a dicha terminación unilateral del Contrato.*

SEXTA. *Que se declare que CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. no tenían la facultad de declarar la terminación unilateral del “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR” por presuntas faltas al Código de Ética de CENIT.*

SÉPTIMA. Que se declare que CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S., OLEODUCTO CENTRAL S.A. y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. incurrieron en incumplimiento del “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR” al haber declarado su terminación unilateral el 02 de marzo de 2016.

OCTAVA. Que en consecuencia, se declare que CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S., OLEODUCTO CENTRAL S.A. y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. son solidariamente responsables por los perjuicios causados a VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCION SERVICE S.A.S GEPS. INC en su condición de miembro de la Unión Temporal VARICHEM LAMOR.

SUBSIDIARIA DE LA OCTAVA PRETENSIÓN. En subsidio de la anterior pretensión que se declare que CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S. - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. son responsables por los perjuicios causados a VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCION SERVICE S.A.S GEPS. INC, de acuerdo con su participación en el Contrato en su condición de Contratantes (sic), así:

EMPRESA	% DE PARTICIPACIÓN
CENIT	25,623%
ODC	28,363%
OCENSA	46,033%

B. DE CONDENA

PRIMERA. Que como consecuencia del incumplimiento del “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR” por parte de las Convocadas se les condene reconocer y a pagar, a favor de VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCION SERVICE S.A.S GEPS. INC en su condición de miembro de la Unión Temporal VARICHEM LAMOR, dentro de los tres (3) días siguientes al de la ejecutoria del laudo que ponga fin al proceso, todas y cada una de las sumas que resulten probadas en el proceso arbitral, por concepto de perjuicios, los cuales se estiman así:

- **DAÑO EMERGENTE:** SIETE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$7.588.261.000)

- **LUCRO CESANTE:** CINCO MIL SETECIENTOS OCHENTA MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS (\$5.780.796.000)
- **DAÑO REPUTACIONAL:** DOS MIL NOVENTA Y NUEVE MILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL PESOS (\$2.099.148.000)

SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRETENSIÓN DE CONDENA. *Que como consecuencia del incumplimiento del “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR” por parte de las Convocadas se les condene al pago de la suma de TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO MILLONES TRESCIENTOS VEINTIUNMIL QUINIENTOS TREINTA Y DOS PESOS (\$3.825.321.532) que corresponde al sesenta y cinco por ciento (65%) del valor estipulado en la Cláusula 21 - Cláusula Penal del “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR” a favor de VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCION SERVICE S.A.S GEPS. INC en su condición de miembro de la Unión Temporal VARICHEM LAMOR, como estimación anticipada y parcial de los perjuicios sufridos.*

SEGUNDA. *Que se condene a CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. a la actualización de la condena desde la fecha de radicación de esta demanda hasta la fecha del laudo, con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) o cualquier otro índice que el Tribunal considere de recibo.*

TERCERA. *Que sobre las condenas que se impongan a CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A., se calculen los intereses de mora a la máxima tasa autorizada en la ley, a partir de la fecha en que deba hacerse efectivo el pago de dichas condenas hasta la fecha en que efectivamente se realice dicho pago.*

CUARTA. *Que se condene a CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. al pago de las costas y agencias en derecho.”*

29. El Tribunal sintetiza los hechos de la controversia en los que la Demandante encuentra fundamento a sus peticiones, así:

30. El diecisiete (17) de noviembre de dos mil quince (2015), entre las partes de esta controversia se suscribió el “*Contrato de Prestación de Servicios No. 8000001455 Cenit Transporte y Logística de Hidrocarburos S.A.S – Oleoducto Central S.A. – Oleoducto de Colombia S.A. y Ut Varichem Lamor*”, para que esta última prestara sus servicios especializados en la administración de planes de contingencia relacionados con la atención y respuesta de emergencia presentadas por derrames de hidrocarburos en las operaciones que se estaban realizando en el puerto petrolero ubicado en Coveñas por parte de las contratantes.
31. El contrato fue adjudicado, previo concurso abierto, adelantado por las convocadas y, particularmente por CENIT. El treinta (30) de diciembre de dos mil quince (2015) se firmó el acta de inicio de ejecución del Contrato, que empezó a regir desde el primero (1º) de enero de dos mil dieciséis (2016). Sin embargo, entre la fecha de firma del contrato hasta el inicio de la ejecución la UT Varichem Lamor, para el desarrollo de su labor, realizó una serie de inversiones en maquinaria, equipos, contratación de personal, entre otros, que resultaban necesarios para poder cubrir cualquier contingencia que se presentara para el inicio del contrato.
32. El tres (3) de febrero de dos mil dieciséis (2016), de manera sorpresiva para la demandante, las demandadas solicitaron a la contratista la suspensión del contrato, aduciendo que para la época se presentó una baja intempestiva del precio del petróleo a nivel nacional, lo cual afectaba seriamente la ejecución del contrato. La UT Varichem Lamor presentó oposición a tal solicitud, argumentando que el precio del petróleo venía a la baja desde hacía muchos meses, inclusive desde antes de que se abriera el concurso cerrado al cual fue invitada a participar. A pesar de eso, en la misma fecha en que la UT Varichem Lamor se opuso a la suspensión, esto es, diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016), CENIT, como Administrador del Contrato, y sin la concurrencia de las otras empresas contratantes, de manera apresurada decretó la suspensión unilateral Contrato, que la demandante estimó arbitraria por lo que se opuso a la misma y pidió fuera revocada sin que tal petición hubiera sido resuelta.
33. Posteriormente, el dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016), las demandadas remitieron escrito para dar por terminado el contrato de forma unilateral, alegando la comisión de unas presuntas faltas a la ética por parte de funcionarios de los miembros de la UT relacionadas con el supuesto uso de una posible información privilegiada en el proceso de selección del Contratista. Esta situación causó un perjuicio a la demandante, que, considera debe ser indemnizado.

34. Después de la terminación unilateral del contrato, las partes suscribieron un acta de liquidación que fue aceptada parcialmente por lo miembros de la Unión Temporal contratista, con reservas respecto de reclamaciones no resueltas en esa oportunidad.
35. Ulteriormente a estos hechos, tanto las Convocadas como ECOPETROL, matriz de aquellas, han impedido a la demandante participar en procesos de selección para la prestación de servicios en los que ella es especializada, a pesar de que cotidianamente contaban con ella por su experticia en tales actividades, lo que le causó perjuicios materiales y morales, especialmente causándole daño a su reputación profesional y a su buen nombre.

2.2. La Contestación de la Demanda - Las Excepciones de Mérito de las Demandadas

36. Al contestar la Demanda, las sociedades demandadas indicaron que se oponían a todas las pretensiones formuladas por la convocante, y a partir de las oposiciones que anteceden, propusieron las siguientes excepciones:

“1. La terminación del contrato por parte de las Convocadas se ajustó a lo consagrado contractualmente por las partes y, por tanto, a derecho.

2. Inexistencia de una violación al debido proceso, al derecho de defensa y al derecho de contradicción por parte de la Convocadas con ocasión a la terminación unilateral del contrato.

3. Inexistencia de posición dominante de las Convocadas sobre la UT Varichem Lamor.

4. Inexistencia de un uso indebido de la información por parte de las Convocadas que implique una violación al Código de Ética de Cenit.

5. Mala fe de parte de Varichem.

6. Alegación de su propia culpa e incumplimiento del principio “venire contra factum non valet”.

7. Cobro de lo debido.

8. Falta de competencia del Tribunal para conocer la pretensión tercera declarativa y primera de condena (en lo que respecta al daño reputacional y lucro cesante) solicitadas en la Demanda - Transacción.

9. Excepción de contrato no cumplido.”

37. También formuló objeción al juramento estimatorio que efectuó la demandante en su escrito de demanda.

3. Presupuestos Procesales

38. Para el Tribunal los “*presupuestos procesales*”³⁸ concurren en el proceso, como pasa a explicarse.

39. Las partes acreditaron su existencia y representación legal, han comparecido por medio de sus representantes legales y sus apoderados judiciales, ostentan capacidad procesal, facultad dispositiva y, en desarrollo del derecho fundamental de acceso a la justicia, su libertad contractual o de contratación, autonomía privada dispositiva, están autorizadas por el ordenamiento jurídico para acudir al arbitraje en procura de solución de sus controversias contractuales y acordar pacto arbitral³⁹.

40. El Tribunal se instaló en debida forma, asumió competencia, decretó y practicó las pruebas solicitadas, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso y es competente para juzgar en derecho las diferencias contenidas en la demanda, su réplicas y excepciones, por concernir a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, susceptibles de disposición, transacción y de naturaleza patrimonial, derivados de la celebración y ejecución del Contrato de Prestación de Servicios.

41. Tampoco se observa causa de nulidad del proceso y en los diversos momentos en que se efectuó control de legalidad de la actuación ninguno de los intervinientes hizo reparos, ni tampoco el Tribunal estableció la necesidad de sanear la actuación.

4. La Tacha de Testigos

42. Según lo previsto en el artículo 211 del Código General del Proceso, cualquiera de las partes puede tachar el testimonio de las personas cuya objetividad, credibilidad e imparcialidad se encuentren afectadas por razones de parentesco, dependencias, sentimientos o interés respecto de las partes o sus apoderados; la tacha igualmente cabe cuando el testigo no resulte ser objetivo o pueda estar en condiciones que le hagan

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del diecinueve (19) de agosto de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954). M.P. Manuel Barrera Parra.

³⁹ Artículos 116 de la Constitución Política; 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996; 3º de la Ley 1285 de 2009 y Ley 1563 de 2012.

perder su imparcialidad, en virtud de sus antecedentes personales o, en general, por cualquier otra causa.

43. Por la calidad de tercero ajeno a la controversia, pero conocedor los hechos en que funda, su objetividad es sustancial en la declaración que rinde para que el Juez pueda enterarse de todo lo que aquel consta de manera natural, espontánea y libre de sentimientos tendientes a favorecer o desfavorecer a alguno de los extremos de la relación procesal. Por esa causa nuestro estatuto procesal prevé un mecanismo de control frente a situaciones donde pueda verse afectado tal propósito y le permita detallar las determinadas circunstancias que pudiese afectar la imparcialidad del declarante.
44. Por esa misma razón la tacha de un testigo no produce de manera automática la pérdida de valor demostrativo de su declaración, es decir, por el solo hecho de que el testimonio sea tachado ello no implica que el juez deba abstenerse de apreciar dicha declaración.
45. Ha sostenido la Corte que *“hoy, bien se sabe, la sospecha no descalifica de antemano - pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio”*⁴⁰
46. Así entiende este Tribunal que la tacha está dirigida a alertar al juez de eventuales circunstancias en que se encuentra un testigo, que, por su naturaleza (parentesco, la dependencia, la cercanía, la enemistad, el interés en las resultas del proceso, antecedentes de carácter personal o aquellas que puedan afectar su imparcialidad), demandan que el juez examine con alto esmero la prueba que ofrece el testimonio y la valore a sabiendas de que una de las partes considera que el declarante no es objetivo, ni imparcial. Debe, entonces, hacer uso de la sana crítica, en conjunto con los demás medios demostrativos, para verificar si los motivos de sospecha que se hubiesen alegado en realidad incidieron en el testigo tachado.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 180 de diecinueve (19) de septiembre de dos mil uno (2001), expediente 6624. En otra decisión, se dijo al respecto que *“(…) no puede considerarse que un testigo, ligado por vínculos de consanguinidad con una de las partes, ‘va a faltar deliberadamente a la verdad para favorecer a su pariente. Esa declaración si bien debe ser valorada con mayor rigor, dentro de las normas de la sana crítica, puede merecer plena credibilidad y con tanta mayor razón si los hechos que relata están respaldados con otras pruebas o al menos con indicios que la hacen verosímil’; que si las personas allegadas a un litigante pueden tener interés en favorecerlo con sus dichos, no puede olvidarse que ‘suelen presentarse a menudo conflictos judiciales en los que sus hechos determinantes apenas si son conocidos por las personas vinculadas con los querellantes y por eso son solamente ellos los que naturalmente se encuentran en capacidad de transmitirlos a los administradores de justicia’ (…)”*. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil diez (2010), Rad. 2001-00224-01.

47. En el presente asunto, la parte convocante tachó de sospechosa a la testigo María Paula Camacho por su vinculación de vieja data con el Grupo Ecopetrol y, también, por la forma en que atendió los cuestionamientos que le planteó el apoderado de dicha parte, que, a su juicio, fue contradictoria. Por su parte, los apoderados de CENIT y de ODC tacharon el testimonio del testigo Oscar Trujillo Jaramillo, por lo que calificó como “*su estrechísima relación*” con Jorge Castiblanco, funcionario de CENIT, quien participó en los hechos que dan lugar a la controversia y con Jaime Alberto Herrera Díaz, representante legal de la demandante.
48. Hecha la revisión de ambas declaraciones el Tribunal advierte que no existen razones que le permitan descartar los testimonios rendidos; quedó claro el nivel de competencia de ambos testigos por su tiempo de vinculación y cargos que ocuparon en el grupo ECOPETROL; fueron prolíficos en la narración de los hechos que conocieron, y, en general, respondieron las preguntas que le fueron formuladas en forma consistente, sin evidenciar un apego a una versión que evidentemente favoreciera a cualquiera de las partes.
49. En consecuencia, el Tribunal no las desechará y, como se indicó, las valorará con arreglo a la ley en el presente laudo arbitral.

5. Concepto del Ministerio Público

50. Con fecha dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), el Señor Procurador 119 Judicial II Administrativo de Bogotá presentó ante el Tribunal su concepto⁴¹, cuyas conclusiones esenciales pueden resumirse de la siguiente manera:
51. Con base en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, y dada la naturaleza jurídica de las Convocadas como Sociedades de Economía Mixta que desarrollan actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, el Contrato de Prestación de Servicios, objeto de este proceso, no está sujeto al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13 de dicha ley.
52. Según el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, las entidades estatales que cuenten con régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, “*aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con*

⁴¹ Folios 251 a 277 del Cuaderno Principal número 5.

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.

53. Está probado que “...durante la fase previa a la estructuración del Contrato de Prestación de Servicios 8000001455 del 17 de noviembre de 2015, objeto de la controversia, se dieron tratativas entre funcionarios de VARICHEM Y de CENIT, que no se observan enmarcadas en el contexto de una relación oficial o institucional, y a partir de las cuales se estructuraron o consolidaron documentos previos a la celebración del contrato, compartiéndose información e intercambiando comunicaciones, todo lo cual riñe con el principio de moralidad en la administración pública y el Código de Ética de CENIT, pues, no obstante lo anterior, la sociedad demandante fue invitada a participar en el respectivo proceso de selección, habiendo sido favorecida con la adjudicación. Dicho proceder, no se consideran amparado por el ordenamiento legal, en la medida en que prima facie conllevaba al conocimiento previo y privilegiado de la información del contrato, en detrimento no sólo de los demás oferentes invitados, sino, además, del interés público y la moralidad administrativa, dado que la selección no podía ser objetiva”.
54. Con base en lo anterior, considera que el Contrato de Prestación de Servicios tiene causa ilícita, por lo cual “... en términos de los artículos 1741y 1742 del Código Civil y 899 del Código de Comercio, **procede su nulidad absoluta**, la cual debería declararse **o bien la petición de este Ministerio Público o de oficio por el Tribunal**, como en efecto lo señala referido artículo 1742” (las negrillas y subrayado son del texto original). Sobre el particular, cita pronunciamientos de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y arbitrales en los que se señalan como equivalentes la causa ilícita y la desviación de poder.
55. Desde otra perspectiva de análisis afirma que “... la terminación unilateral del contrato también puede provenir de la voluntad las partes, en particular cuando se trata de contratos que no se rigen por la normatividad de contratación estatal...” Al efecto, cita jurisprudencia del Consejo de Estado en la que se sostiene la validez de las cláusulas de terminación unilateral de los contratos.
56. Sin perjuicio de la petición de declaratoria de nulidad absoluta, señala que “... como se observa en el contrato (...) era parte del catálogo contractual la cláusula de terminación unilateral del contrato por parte de las entidades contratantes, misma que estaba sujeta en su ejercicio a un procedimiento y condicionamiento contractual, ajustado a un término y al pago de lo materialmente ejecutado, todo lo cual se observa cumplido en debida forma. Es decir, no habría de declararse la violación del debido proceso contractual, en la

medida en que las contratantes hicieron uso de una cláusula pactada en el contrato, y conforme al procedimiento del propio contrato”.

57. Y complementa: *“En el anterior sentido, no procedería indemnización alguna para la contratista, puesto que la terminación unilateral del contrato no se antoja injurídica, arbitraria o abusiva, más cuando se contemplaron razones de vulneración al principio de moralidad y al Código de Ética de CENIT”.*
58. Sostiene de manera explícita que *“...esta Agencia Fiscal, del modo más respetuoso, concluye que no existen méritos para acceder a las pretensiones de la parte convocante”.*
59. Concluye reiterando su solicitud de *“declaratoria de nulidad absoluta del contrato, por causa ilícita, aspecto sobre el cual se permite solicitar al Honorable Panel Arbitral se sirva decretarlo”*, y señala enseguida que *“... en caso de no acceder a lo anterior, se considera que no se observa que las entidades contratantes hubieran incurrido en irregularidad alguna en el procedimiento de terminación del contrato, por lo que, sin perjuicio e lo solicitado en el aparte anterior, se considera que no existe mérito legal para acceder a las pretensiones de la demanda, por lo que, consecuentemente, se debería disponer en el laudo respectivo, su rechazo”.*

C. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y LOS MEDIOS EXCEPTIVOS PROPUESTOS

1. Consideración Previa

1. Para comenzar, el Tribunal reitera en todas sus partes las consideraciones que dejó expuestas al resolver el recurso de reposición presentado por las Convocadas contra el auto mediante el cual declaró su competencia. Como se recordará, en esa oportunidad se cuestionó, infructuosamente, la competencia del Tribunal en relación con algunas pretensiones de la demanda. Por los motivos entonces expuestos y en los que hoy insiste, el Tribunal es competente para pronunciarse sobre esos pedimentos. En esa medida, el Tribunal no acogerá la excepción propuesta en la contestación de la demanda que denominó *“8. Falta de competencia del tribunal para conocer la pretensión tercera declarativa y primera de condena (en lo que respecta al daño reputacional y lucro cesante) solicitadas en la Demanda – Transacción”*.
2. Por otra parte, y para iniciar el análisis particular del Tribunal sobre el litigio puesto a su consideración, como nota preliminar hay que señalar que, en principio, los contratos estatales tienen como fin satisfacer los intereses del Estado y de la sociedad en general. Uno de estos fines legítimos del Estado es la atención de los derrames de hidrocarburos, con el cual se busca prevenir o mitigar el impacto que esto pueda causar en el medio ambiente.
3. De esta forma, en el presente caso, la Superintendencia de Puertos y Transporte expidió la Circular Externa No. 00000022 del veintiocho (28) de noviembre de dos mil catorce (2014) por la cual requirió a las empresas encargadas de transporte de hidrocarburos que deberían implementar medidas para evitar o mitigar este tipo de contingencias ambientales:

“3. Asimismo los concesionarios, titulares de licencias portuarias o autorizaciones temporales, deberán establecer, implementar y/o exigir de los operadores los elementos y equipos necesarios para optimizar la operación y las acciones de respuestas en caso de presentarse una contingencia”.
4. Lo anterior indica que tanto el concurso cerrado como la suscripción de Contrato de Prestación de Servicios, perseguía un fin legítimo y tenían como objeto la atención de emergencias causadas por derrames en el Puerto de Coveñas, tal como quedó plasmado en el Contrato de Prestación de Servicios, cuyo objeto fue:

“1. OBJETO

Por virtud del presente CONTRATO el CONTRATISTA se obliga a prestar al CONTRATANTE de manera oportuna, diligente, bajo su exclusivo riesgo, por sus propios medios, con plena autonomía técnica, financiera, administrativa y directiva los SERVICIOS DE ADMINISTRACIÓN DE PLANES DE CONTINGENCIA Y, ATENCIÓN Y RESPUESTAS DE EMERGENCIAS POR DERRAME DE HIDROCARBUROS DE FORMA CONJUNTA EN LAS OPERACIONES DEL PUERTO PETROLERO DE COVEÑAS y de acuerdo con el Anexo No. 1 Alcance y Especificaciones Técnicas del Contrato”

5. En consecuencia, es claro que tanto la causa como el objeto del Contrato de Prestación de Servicios, gozan de licitud a la luz de los artículos 1519 y 1524 del Código Civil pues la atención de derrames de hidrocarburos no *“contraviene al derecho público de la nación”*, toda vez que se busca proteger al medio ambiente y, además, esta finalidad no está *“prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público”*, pues, al contrario, los artículos 79 y 80 de la Constitución Política imponen al Estado y las entidades que lo componen el mandato de *“proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica”* y el deber de *“prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental”*.

2. Sobre la existencia del Contrato de Prestación Servicios y el Régimen Legal aplicable a la controversia

6. Las dos primeras pretensiones solicitan, una, la declaración de haberse celebrado el contrato del cual deriva el litigio, y otra, que se declare que el mismo estuvo sometido al derecho privado, así:

“PRIMERA. Que se declare que el 17 de noviembre de 2015 entre CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S., OLEODUCTO CENTRAL S.A. y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. en condición de Contratantes, por una parte, y por la otra, la Unión Temporal VARICHEM LAMOR conformada por VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCION SERVICE S.A.S GEPS. INC y LAMOR CORPORATION AB en condición de Contratista, se suscribió el “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR” cuyo objeto es la prestación de los servicios especializados para la administración de planes de contingencia y atención y respuesta de emergencias por derrame de hidrocarburos en las operaciones del puerto petrolero de Coveñas.

SEGUNDA. Que se declare que al “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR” se le aplican las normas de derecho privado consagradas en el Código de Comercio y demás disposiciones concordantes.

SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN. En subsidio de la anterior pretensión que se declare que al “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR” se le aplican los principios y las normas de la contratación administrativa o estatal y sus normas concordantes”

7. La celebración del contrato es un hecho no controvertido en el proceso, en el cual las convocadas expresamente lo aceptaron. De otra parte, del mismo reposa en el expediente plena prueba documental aportada con la demanda. La pretensión que pide establecer su celebración y existencia por parte del Tribunal, alcanza plena prosperidad.
8. En cuanto al régimen al que está sometido el negocio jurídico, el Tribunal pone de presente que se trata de un contrato de prestación de servicios, cuyas características generales han sido descritos por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. La característica es la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Lo anterior permite concluir inicialmente que el contrato de prestación de servicios debe tener también por objeto funciones administrativas.

b. La autonomía e independencia del contratista, desde le punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial del contrato. Lo anterior significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

c. La vigencia del contrato temporal y, por lo tanto, su duración debe ser sólo por tiempo limitado y el que sea indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido; ello quiere decir que en en el caso que las actividades con él atendidas

demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes para reestructurar su planta de personal y crear los que hagan falta.”

9. La actual sistematización del régimen jurídico de la contratación que llevan a cabo los órganos del Estado en sus distintas manifestaciones, superando el anterior dualismo que distinguía los Contratos Administrativos de los Contratos de Derecho Privado de la Administración, reconoce una sola categoría, el Contrato Estatal. La reforma en la materia se basa en trascendentales propósitos y acarrea por lo mismo muy profunda consecuencias. En lo que interesa al análisis que tiene que realizar el Tribunal, es suficiente recordar que el entramado normativo de la Ley 80 de 1993 tiene como una de sus fuentes de inspiración, el reconocimiento de la robusta disciplina del contrato obtenida por el derecho privado a lo largo de un dilatado desarrollo. En palabras del tratadista colombiano José Luis Benavides:

“La Ley 80 no se limita a reconocer la importancia del derecho privado sino que prescribe que éste es el derecho común de los contratos estatales. El artículo 13 de la Ley, sobre “la normatividad aplicable a los contratos estatales”, lo establece de manera perentoria: “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto, se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”. El derecho público se convirtió así en el derecho aplicable por excepción, y la lógica del contrato se vio profundamente modificada para abrir mayor campo a la comercialidad. El Decreto 679 de 1994, reglamentario de la Ley 80 establece en el artículo 8º que en las materias no reguladas por la Ley “se aplicará la legislación comercial cuando el contrato tenga el carácter de mercantil de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 20, 21 y 22 del Código de comercio. En caso contrario se aplicará la legislación civil”. La aplicación de estos artículos que definen los actos de comercio corrobora la tendencia francesa a la aplicación objetiva del derecho comercial a toda actividad de esta naturaleza sin consideración de la calidad pública o privada de su autor, tendencia reforzada en la Ley 80 a través de la consagración de un principio emblemático del derecho privado: la autonomía de la voluntad.”⁴².

10. El precepto fundamental en la materia es el artículo 13 de la Ley 80, cuyo primer inciso reza “Los contratos que celebren la entidades a que se refiere el artículo 2 del

⁴² José Luis Benavides. El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado. Edt. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición 2010. Página 79.

presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”.

11. Para completar el carácter orgánico u objetivo del régimen de los contratos y, por esa vía, determinar su afiliación a la disciplina del derecho público o del derecho privado, el artículo 2º a que alude la disposición transcrita, enuncia los organismos que tienen la condición de “Entidades Estatales”. Dentro de ellas incluye “...las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%)...”.

12. En consonancia con esos preceptos, el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007 dispone:

“ARTÍCULO 14. DEL RÉGIMEN CONTRACTUAL DE LAS EMPRESAS INDUSTRIALES Y COMERCIALES DEL ESTADO, LAS SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA, SUS FILIALES Y EMPRESAS CON PARTICIPACIÓN MAYORITARIA DEL ESTADO. <Artículo modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento (50%), estarán sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, con excepción de aquellas que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o en mercados regulados, caso en el cual se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 13 de la presente ley. Se exceptúan los contratos de ciencia y tecnología, que se regirán por la Ley 29 de 1990 y las disposiciones normativas existentes”

13. De tal manera, el régimen jurídico del contrato celebrado por tres sociedades de economía mixta, a saber CENIT, ODC y OCENSA en cada una de las cuales el Estado participa con el porcentaje de capital superior a la mitad, es el conformado por las leyes civiles y comerciales aplicables a su materia.

14. Prosperan, por lo mismo, las pretensiones primera y la segunda principal.

3. Sobre la fuerza vinculante del Código de Ética de CENIT y su cumplimiento por las partes

15. La parte Demandante solicita se declaren las siguientes pretensiones:

“TERCERA. Que se declare que CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S. - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. incurrieron en incumplimiento del Código de Ética de CENIT, el cual era aplicable al “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR” al no haber hecho uso adecuado de la información que le suministró VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCION SERVICE S.A.S GEPS. INC directamente o a través de ECOPETROL S.A., y que fue utilizada por CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S. para estructurar el proceso de selección del Contratista sin haber contado con la autorización previa y expresa de VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCION SERVICE S.A.S GEPS. INC.”

“CUARTA. Que se declare que VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCION SERVICE S.A.S GEPS. INC no incurrió en una falta a la ética y no violó el Código de Ética de CENIT con ocasión del proceso de selección, adjudicación, suscripción y ejecución del “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR”

16. Para mayor facilidad metodológica, el Tribunal abordará el estudio de las anteriores pretensiones de manera conjunta, para lo cual analizará: (i) la conducta de Varichem como profesional; (ii) la obligatoriedad del Código de Ética de CENIT para las Partes; (iii) si hubo o no cumplimiento del Código de Ética de CENIT por parte de las convocadas; (iv) si hubo o no cumplimiento del Código de Ética de CENIT por parte de Varichem; (v) la conducta de Varichem a la luz del principio de buena fe; (vi) últimas precisiones y (vii) la conclusión del presente aparte.

3.1. Sobre la conducta de Varichem como profesional

17. Como nota previa el Tribunal resalta que Varichem tanto en su demanda como en el interrogatorio de parte rendido por Jaime Herrera, representante legal de la compañía, ha declarado que es una sociedad profesional, en la atención de derrames de hidrocarburos, calificación que de acuerdo con la doctrina, supone que, *“en primer lugar, ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y normalmente a título oneroso; de otra parte, debe contar con una organización, gracias a la cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de preeminencia, esto es, un “dominio profesional” basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su*

experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás”⁴³.

18. El carácter de profesional de Varichem ampliamente probado en el curso proceso, hace que la calificación de su conducta respecto del cumplimiento del Código de Ética de CENIT deba considerar un especial deber de diligencia que impone a sus *“administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenían, la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad”⁴⁴*. A este propósito es pertinente recordar la distinción que el profesor Le Tourneau hace entre el profesional y el profano, por cuanto el Contrato de Prestación de Servicios fue celebrado por y entre profesionales de su actividad que siendo *“Maestro[s] de su técnica, [los profesionales] conoce[n] los riesgos y peligros, mientras que el adquirente, pobre y profano, no ve sino la apariencia de las cosas”⁴⁵*.
19. Hecha la anterior calificación el Tribunal procederá a evaluar la obligatoriedad del Código de Ética de CENIT para las Partes; el supuesto incumplimiento del mismo que la Convocante enrostra a CENIT, ODC y OCENSA y, por resultar indispensable para el análisis de las demás pretensiones de la demanda, si Varichem dio o no cumplimiento a ese código.

3.2. Sobre la obligatoriedad del Código de Ética de CENIT para las Partes

20. En primer lugar, el Tribunal destaca que, desde la demanda misma, en especial en su pretensión tercera, la Convocante ha reconocido tanto la existencia como la fuerza vinculante del Código de Ética de CENIT.
21. Adicionalmente, el numeral 1 de la cláusula 34 del Contrato de Prestación de Servicios establece que el acatamiento del Código de Ética de CENIT de 2013⁴⁶, vigente a la época, es una obligación para Varichem:

“34. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

⁴³ Laudo Arbitral. Tribunal de Arbitramento de Monómeros Colombo Venezolanos S.A. (EMA) Vs. Lloyds Trust S.A. de veinte (20) de febrero de dos mil tres (2003). Árbitros: Jorge Suescún Melo, Alejandro Venegas Franco, Julio Hernando Yepes Arcila. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

⁴⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-123 de 2006.

⁴⁵ P. Le Tourneau, De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil, Chronique XIX, Dalloz Sirey, 1987, p. 101.

⁴⁶ A pesar que existe un nuevo Código de Ética del año 2018 este no es aplicable al caso, porque el contrato es de 2015 y la terminación se dio en el año 2016. Igualmente, la parte demandada alegó que el procedimiento aplicable es el que se refería a esta última versión del Código de Ética, no obstante, para el año 2016 no había sido modificada la versión del 2013. Folios 432 a 448 del Cuaderno de Pruebas número 3.

El CONTRATISTA se compromete a:

1. Respetar y acatar el Código de Buen Gobierno, la Política de Responsabilidad Social Empresarial del CONTRATANTE y el Código de Ética [...].

22. Ahora bien, el Código de Ética de CENIT en su numeral 1.2. estipula que dicho documento es vinculante tanto para CENIT como para sus contratistas:

“1.2 ¿Quién debe seguir este Código?”

El Código de Ética aplica a todos los empleados, miembros de Junta Directiva de CENIT, contratistas y proveedores”.

23. El Código de Ética de CENIT hizo parte integral del pliego de condiciones entregado a los proponentes del concurso cerrado que sirvió como paso previo a la suscripción del Contrato del 17 de Prestación de Servicios.

24. Así fue reconocido por Jaime Herrera, representante legal de Varichem, quien indicó que se le entregó a dicha sociedad el Código de Ética de CENIT en la etapa precontractual y que la Demandante lo revisó en esa oportunidad:

“DRA. LÓPEZ: Pregunta No. 20. Voy hacer la pregunta haciendo referencia exclusivamente a la carta del 16 de marzo del 2016 que se transcriben los hechos de la demanda e indica, la revisión de las condiciones generales y específicas de la contratación, 5.156 es el hecho de la demanda en la que se transcribe una comunicación de 16 de marzo del 2016 donde el representante legal de la Unión Temporal Varichem... envió a los representantes legales de Cenit, Ocenasa y ODC la carta BRUT00616 dando respuesta al oficio por el cual se dio terminado unilateralmente el contrato.

*En esa oportunidad Varichem indicó: “La revisión de las condiciones generales y específicas de la contratación, el contrato, los anexos y las adendas nos permiten evidenciar otras falencia del proceso respecto a que ninguno de estos documentos el contratante estipulo cuál de los códigos de ética pertenecientes a las 3 empresas es el que se debe aplicar en este caso” Teniendo en cuenta lo manifestado en esa comunicación, **la agradezco que nos indique, sí o no, si Varichem revisó el código de ética de Cenit, adjunto como anexos 7 a la indicación para participar en el proceso de selección una vez fue invitado y participó en el mismos?***

SR. HERRERA: **Sí, sí lo revisó**” (Énfasis del Tribunal)⁴⁷.

25. El Tribunal destaca que en los hechos 5.19.3 y 5.19.5 de la demanda, Varichem confiesa que desde el diez (10) de marzo de dos mil quince (2015) empezó a ejecutar el contrato de ALQUILER EQUIPOS CON OPERARIO Y TRIPULACIÓN PARA RECOLECCIÓN DE HIDROCARBUROS TIPO COMBUSTÓLEO EN EL MAR, DENTRO DEL PLAN DE CONTINGENCIA DEL TERMINAL MARÍTIMO DE COVEÑAS celebrado con CENIT, de lo cual se deriva que con antelación a la suscripción del Contrato de Prestación de Servicios la Parte Convocante conocía el Código de Ética de CENIT⁴⁸. Así pues, está probado que desde la fase precontractual Varichem tenía conocimiento de su existencia y contenido, como pauta o regla de comportamiento.
26. Está probado que, de conformidad con los pliegos de condiciones del concurso cerrado, el Contrato de Prestación de Servicios y el mismo Código de Ética de CENIT, este documento hace parte del negocio jurídico, es vinculante para las partes y era de pleno conocimiento de Varichem desde la etapa precontractual, tal como expresamente lo reconoce en la demanda y en el interrogatorio de parte rendido por el Jaime Herrera representante legal de la compañía y las demandadas en su contestación.

3.3. Sobre si hubo o no cumplimiento del Código de Ética por parte de CENIT, ODC y OCENSA

27. Sostiene la Convocante (Hecho 5.66 de la demanda) que CENIT, ODC y OCENSA incumplieron el Código de Ética toda vez que:

“- VARICHEM actuando de buena fe puso a disposición de las Convocadas su extensa experiencia y conocimiento técnico en los servicios de prevención, atención de emergencias por derrames de hidrocarburos, con la intención que las Convocadas pudieran generar un proceso contractual que les permitiera obtener un servicio a la medida de las necesidades existentes, sin que fuera notificada por parte de alguna de las Convocadas algún tipo de limitación, inhabilidad o incompatibilidad para la participación del proceso.

⁴⁷ Minuto 1:10:35 del registro de audio de la declaración.

⁴⁸ En efecto, en dicho contrato, que corresponde al Contrato de Prestación de Servicios No. 8000000615 del seis (6) de marzo de dos mil quince (2015), en sus cláusulas 26 (Compromiso con la Transparencia) y 40 (Anexos) aparece expresa declaración de Varichem sobre el conocimiento y aceptación del contenido de dicho Código de Ética de CENIT, de una parte, así como su incorporación al Contrato, como Anexo 5. (Folios 245 a 257 del Cuaderno de Pruebas número 14). A folios 260 a 272 del mismo Cuaderno de Pruebas número 14, aparece el Contrato de Prestación de Servicios No. 8000000998 del diez (10) de agosto de dos mil quince (2015), que contiene las mismas declaraciones y anexo en sus cláusulas 26 y 40.

- Ninguna de las empresas Convocadas, pidió autorización a VARICHEM para usar los documentos donde se describe el modelo técnico y económico para la atención de emergencias por derrames de hidrocarburos, con el propósito de usarlos como términos de referencia y condiciones contractuales en la convocatoria cerrada de oferentes para la celebración de Contrato”.

28. Respecto del uso de información el numeral 2.3. del Código de Ética de CENIT establece:

“2.3. Uso adecuado de la información

Reconocemos que la información es un bien intangible de CENIT y por lo tanto protegemos toda la información de la Empresa y la usamos para el logro de los objetivos de nuestro trabajo y la gestión del negocio.

Tendremos especial cuidado con aquella información de CENIT que no está disponible al público, la información privilegiada y la información privada de personas u organizaciones.

Uso adecuadamente la información cuando:

- Entrego información a otros solo para conseguir los objetivos y gestionar el negocio. Celebro un acuerdo de protección, para evitar el uso indebido de información.

- Respeto y hago respetar los acuerdos de protección suscritos con contratistas y proveedores.

- No proporciono información que permita mejorar la posición de negociación frente a contratos, operaciones, y en general cualquier relación con CENIT ni hago uso de información privilegiada para favorecer intereses propios o de terceros. Reconocemos que es ilegal y puede dar lugar a una acción judicial.

- Respeto la privacidad, dignidad y buen nombre de todas las personas. Reúno, uso y proceso la información únicamente con fines comerciales legítimos, con responsabilidad en cumpliendo [sic] de todas las leyes aplicables.

- Actúo de acuerdo con la ley aplicable, las obligaciones contractuales pertinentes y las políticas de manejo de información.

- *Consulto las políticas de protección de la información, información privilegiada y privacidad para obtener orientación y consejos adicionales de acuerdo con los lineamientos de la empresa.*

- *Discuto los temas empresariales en CENIT. No hablo en lugares públicos de estos temas.*

- *Custodio la información relevante del negocio desde mi cargo y me aseguro que se construya memoria empresarial”*

3.3.1. De la información

29. Está plenamente probado y no hay debate sobre el hecho que Varichem proporcionó la información y conocimiento técnico a CENIT *“con la intención que las Convocadas pudieran generar un proceso contractual que les permitiera obtener un servicio a la medida de las necesidades existentes”*.

30. En efecto, en la demanda de Varichem se encuentra en varios hechos, dentro de los cuales conviene resaltar los marcados con los números 5.26⁴⁹, 5.27⁵⁰, 5.29⁵¹ y 5.31⁵²,

⁴⁹ “El 15 de mayo de 2014 el ingeniero Jorge Castiblanco funcionario de CENIT envió a Diego Echeverri funcionario de VARICHEM los costos estimados de acuerdo a la experiencia obtenida con OLEODUCTO DE LOS LLANOS y OLEODUCTO BICENTENARIO -para el PDC unificado de Coveñas, los cuales fueron trabajados en previa reunión sostenida entre ambos funcionarios”.

⁵⁰ “El 17 de junio de 2014, Diego de VARICHEM envió al ingeniero Jorge Castiblanco de CENIT sus modelos de atención de emergencias con un presupuesto y costos para la atención de emergencias en el Municipio de Coveñas con vigencia de cinco (5) años, antes de que se presentara el derrame del 20 de agosto de 2014 (Anexo 26). El contenido del correo es el siguiente:

“Muy buenas tardes ingeniero Jorge.

Anexo al presente correo encontrará la presentación ajustada y con el análisis económico para las 3 opciones considerando un contrato de una vigencia mínima de 5 años.

También le envío el archivo en xls por si necesita realizar algún tipo de análisis numérico. Si lo estima necesario le puedo hacer llegar mañana a primera hora la presentación en formato editable PPT

Saludos y quedo a la espera de su retroalimentación para poder presentar este proyecto a los gerentes de las filiales”.

⁵¹ “El 17 de junio de 2014, Diego Echeverri de VARICHEM responde en los siguientes términos:

“De: Diego Echeverri [mailto:diego.echeverri@varichem.com]

Enviado el: martes, 17 de junio de 2014 6:33 p. m.

Para: 'Jorge Alberto Castiblanco (CENIT)'

CC: Jaime Alberto Herrera D. - Varichem G.E.P.S. (jaime.herrera@varichem.com)

Asunto: RE: Costos PDC unificado Coveñas.xlsx

Muy buenas tardes ingeniero Jorge.

Anexo al presente correo encontrará la presentación ajustada y con el análisis económico para las 3 opciones considerando un contrato de una vigencia mínima de 5 años.

También le envío el archivo en xls por si necesita realizar algún tipo de análisis numérico. Si lo estima necesario le puedo hacer llegar mañana a primera hora la presentación en formato editable PPT

Saludos y quedo a la espera de su retroalimentación para poder presentar este proyecto a los gerentes de las filiales.” (El subrayado en negrillas no es del texto)”.

⁵² “El 23 de julio de 2014, Diego de VARICHEM envió un correo electrónico al ingeniero Jorge de CENIT detallando el presupuesto para el Municipio de Coveñas con cuatro escenarios (Anexo 28):

“Muy buenas noches ingeniero Jorge, de acuerdo a nuestra conversación, este el siguiente es el detalle del presupuesto para un 4 escenario donde se adicionarían recursos adicionales como:

- *Un barco para respuesta a emergencias mucho más grande y con capacidad para almacenar producto a bordo*
- *2 carretes de 250 mts cada uno, de barrera de despliegue extra rápido 1.5m de altura. (14 minutos para el despliegue de cada carrete)*
- *1 camión grúa con capacidad para 7 ton a un radio de giro de 10 mts*

5.41⁵³, 5.50⁵⁴, 5.51⁵⁵, 5.55⁵⁶, que esta compañía participó en la elaboración de documentos base para la estructuración del concurso cerrado que derivó en la celebración del Contrato de Prestación de Servicios.

31. Fue confesado por Jaime Herrera, representante legal de Varichem, que sólo se le entregó la anterior información a Jorge Castiblanco y Fredy Díaz:

*“DRA. LÓPEZ: Pregunta No. 10. **Indíquenos señor Herrera a qué personas distintas de Jorge Castiblanco y Fredy Díaz, remitió Varichem los términos de referencia y presupuestos que concretamente se refiere al plan unificado de atención de contingencias de Coveñas.** Y aclaro lo siguiente: no me estoy refiriendo a los medios referentes a la reunión de ese documento en relación con Tauramena, Casanare ni sobre la presentación de Varichem de los APC o en relación con otro contrato que Varichem hubiera celebrado o ha celebrado con filiales del grupo de Ecopetrol, concretamente me refiero al documento elaborado por ustedes denominado términos de referencia referido al plan unificado de Coveñas, aquí es **distinto, el doctor Castiblanco, usted diría Varichem envió ese documento?**”*

SR. HERRERA: **A nadie más**” (Énfasis del Tribunal)⁵⁷.

En este punto el Tribunal pone de relieve que, como se recordará más adelante, el señor Castiblanco no tenía la representación legal de CENIT y que en ese sentido sus actuaciones no la comprometían.

32. En el hecho 5.157 de la demanda de Varichem se reconoce que la Parte Convocante tuvo una “*etapa de colaboración*” en la que ayudó a elaborar los documentos que sirvieron de base para los términos de referencia que derivaron en la suscripción del Contrato de

Quedo pendiente de que me indique a qué hora del día nos podemos reunir unos 20 minutos para revisar las cifras y ver cuál sería el paso a seguir.

Como se lo comente, el ingeniero Freddy Díaz solo ha recibido de mi parte vía mensaje de texto las cifras globales de este presupuesto teniendo en cuenta las solicitudes de equipo adicional que el realizo.”

En dicho correo electrónico se observa que el presupuesto estimado para los servicios y suministro de equipos estimado por ECOPETROL / CENIT es de \$124.938.850.000 por cinco (5) años. Si se compara esta cifra con el valor ofertado meses después por la UT VARICHEM LAMOR, se observa que este es de \$58.851.100.492,00 y que los términos de referencia son diferentes en su alcance en servicios y equipos a los referenciados en este correo electrónico”.

⁵³ “El 01 de octubre de 2014, Diego Echeverri funcionario de VARICHEM envió a Freddy Díaz funcionario de ECOPETROL los términos de referencia para el Centro de Respuesta de Coveñas versión 2. (...)”.

⁵⁴ “El 22 de enero de 2015, Diego Echeverri funcionario de VARICHEM envió al ingeniero Jorge Castiblanco funcionario de CENIT una propuesta para los términos de referencia con presupuestos de tres y 5 años...”.

⁵⁵ “El 22 de enero de 2015, el ingeniero Jorge Castiblanco funcionario de CENIT le remitió el siguiente correo electrónico a Jaime Herrera de VARICHEM, remitiéndole la tabla de salarios de OCENSA con el propósito de incluirla en el presupuesto que se venía haciendo para el Plan de Contingencias unificado de Coveñas...”.

⁵⁶ “El 28 de enero de 2015, Diego Echeverri funcionario de VARICHEM envió al ingeniero Jorge Castiblanco funcionario de CENIT los siguientes documentos: Especificaciones técnicas, Especificaciones Generales y Presupuesto...”.

⁵⁷ Minuto 35:35 del registro de audio de la declaración.

Prestación de Servicios, aunque afirma que “no corresponden de manera idéntica a los correos cruzados”, así expresamente lo dice la demanda:

“5.157 Los archivos reportados por las Convocadas para dar por terminado el Contrato por la supuesta falta ética no corresponden de manera idéntica a los correos que se cruzaron durante la etapa de colaboración entre ECOPETROL, CENIT y ODL con VARICHEM para estructurar el proyecto del Centro de Respuesta Compartido de Control de Derrames – CRCRD para el Puerto de Coveñas:

i. El archivo de Condiciones Generales es diferente al archivo Condiciones Genéricas establecido en los Documentos del Proceso de Selección - DPS.

ii. El archivo Especificaciones Técnicas CRCRD Coveñas V6.0 Rev JAC 270115.doc tiene diferente nombre al reportado como Especificaciones Técnicas CRCRD Coveñas V6.0 Rev JAC 310315.doc, a la vez que no es idéntico en su contenido, lo que deja establecido que dicho archivo fue modificado en fecha posterior a su envío, por lo cual no puede endilgarse ningún tipo de favorecimiento.

iii. El archivo Análisis detallado Costo por Equipos y factores de financiación y amortización – Feb 2015 (JAC 170215) no aparece en los Documentos del Proceso de Selección – DPS.

iv. Como ya se indicó, el nombre de Diego Echeverri está mal ya que en los dos (2) archivos que se le imputan como los constitutivos de faltas al Código de Ética de CENIT provienen de diego.echeverry

v. De nombre, ninguno de estos archivos aparece en el proceso. Solamente el segundo tiene cierta similitud, pero no son iguales.

vi. Los archivos de ECOPETROL se tomaron para conveniencia del Proyecto de Coveñas y se refiere al meteoamarino, equipamiento para emergencias marinas, componente de capacitación en emergencias marinas. Se redactan nuevos términos de referencia y se le envían a ECOPETROL.

vii. El segundo archivo es parecido por las especificaciones técnicas del servicio, que no cambian.

viii. *ECOPETROL nunca informó a VARICHEM que estos términos de referencia serían enviados a CENIT para un proceso cerrado al que serían invitados. CENIT tampoco informó a VARICHEM de lo anterior.*

ix. *CENIT los recibe y Jorge Castiblanco los comparte con VARICHEM. También los compartió con OCENSA.*

x. *CENIT ya sabía que VARICHEM había trabajado para ECOPETROL, BICENTENARIO y ODL en esta clase de eventos y en la preparación de términos de referencia.*

xi. *El presupuesto de 66 mil millones no hace parte de los Documentos del Proceso de Selección – DPS, ni hay similitud con otra de las ofertas. No se conocía el presupuesto oficial, luego no se podía saber si el archivo se siguió trabajando con algún propósito como el que invocaron las Convocantes”*

33. Igualmente, Jaime Herrera, representante legal de Varichem, en el interrogatorio de parte confesó que dicha compañía había colaborado en la elaboración de los términos de referencia del proceso de selección cerrado que dio paso a la suscripción del Contrato de Prestación de Servicios:

“DRA. LÓPEZ: Pregunta No. 6. Cuénteme una cosa, entonces usted está diciendo que mandó unos documentos denominados términos de referencia para Coveñas, que se lo mandó a Fredy Díaz, que luego remitieron a usted y que ese documento usted le hizo unas modificaciones.

Cuénteme para qué podía ser utilizado ese documento, dado que ustedes conocen el propósito para qué iban a ser utilizado el documento, le pregunto, qué posibilidades o en qué contexto podría ser utilizado un documento denominado Términos de referencia para el puerto de Coveñas, elaborado por ustedes, entregado a Fredy Díaz y luego revertido a ustedes para mayores comentarios.

SR. HERRERA: Obedece a una contratación, puede ser una contratación directa, puede ser una negociación, puede ser cualquier tipo de las maneras que tenía Ecopetrol en ese momento, si lo hacía Ecopetrol o lo hacía Cenit o lo hacía ODL o lo hacía cualquiera de las filiales, simplemente para nosotros estábamos en una etapa de colaboración, si a mí me solicitan cómo sería su modelo en términos de referencia para el terminal de Coveñas después de la atención a las emergencias y por el expertiz⁵⁸ que ustedes

⁵⁸ Adaptación al español del anglicismo «expertise». Así se repetirá en este laudo al citar la declaración del señor Jaime Herrera.

“tienen plásmelos en unos términos de referencia, y eso fue lo que hicimos” (Énfasis del Tribunal)⁵⁹.

34. Lo cual fue reiterado de la siguiente manera:

“DRA. LÓPEZ: Pregunta No. 12. ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que Varichem elaboró o participó en la elaboración de un documento denominado “Análisis detallado, costo por equipo y factores de financiación y amortización para el plan unificado de atención de contingencias del puerto de Coveñas” Independientemente de si el documento estaba o no dentro de los documentos del proceso de selección, le pregunto, ¿si Varichem participó o elaboró en la elaboración de ese documento [...]?”

[...]

*SR. HERRERA: **Sí participamos y formó parte de cada uno de los documentos que nosotros y cada una de las versiones que se solicitaron para poder llegar a definir cuál sería el mejor servicio que se podía llegar a solicitar en el proceso”** (Énfasis del Tribunal)⁶⁰.*

35. En este punto y atendiendo la confesión de Jaime Herrera, representante legal de Varichem, así como lo afirmado en la demanda, el Dictamen Pericial elaborado por Raúl Wexler Pulido Téllez, que desarrolla temas técnicos relacionados con la trazabilidad y contenido de la información se torna innecesario, razón por la cual el Tribunal no se detendrá en su análisis.

3.3.2. Respecto de ECOPETROL

36. En relación con la manifestación hecha por Varichem en la demanda no existe algún tipo de documento o prueba que acredite que, entre ECOPETROL, las Demandadas y Varichem, se hubiese pactado un contrato con el fin de que la Parte Convocante colaborara en la elaboración de los términos de referencia del concurso cerrado.

37. Asimismo, el Tribunal advierte que Varichem no probó y tampoco existe evidencia alguna en el expediente que ECOPETROL le hubiera entregado los archivos (i) CONDICIONES GENERALES CRDRD Coveñas V3 0 Rev JAC 270115.doc, (ii) ESPECIFICACIONES TÉCNICAS CRDRC Coveñas VT Rev JAC 270115.doc, y (iii) Análisis detallado Costo por Equipos y factores de financiación y amortización – Feb 2015 (JAC 170215) a las Convocadas. Lo

⁵⁹ Minuto 35:35 del registro de audio de la declaración.

⁶⁰ Minuto 39:13 y 40:26 del registro de audio de la declaración.

que sí está plenamente probado es el hecho que dicha información fue entregada por Varichem únicamente a Jorge Castiblanco funcionario de CENIT, con lo cual se desvirtúa la afirmación de Varichem contenida en la pretensión tercera que indica que dicha información fuese entregada a las Convocadas “a través de ECOPETROL S.A.”.

38. El Tribunal destaca que varios de los correos electrónicos que Varichem presenta y que están relacionados en los hechos 5.19⁶¹ y subsiguientes de la demanda, en los que intervienen empleados de ECOPETROL, CENIT, ODC y OCENSA distintos a Jorge Castiblanco y funcionarios de Varichem se refieren a temas, contratos y conversaciones ajenas a la “colaboración” en la estructuración de los términos de referencia que dieron origen al Contrato de Prestación de Servicios. Ejemplos de esto son los correos indicados en los hechos 5.39; 5.45; 5.46; 5.49; 5.56 y 5.57.

3.3.3. La información entregada por Varichem no tenía soporte contractual

39. A continuación, el Tribunal tendrá que analizar si existía alguna obligación para las empresas convocadas de pedir autorización a Varichem para usar la información aportada por la Convocante.

40. En primer lugar, no consta en el expediente que existiera algún acuerdo o contrato de uso de información que pudiera vincular a CENIT, ODC u OCENSA con Varichem para ese propósito. Es decir, no está probado que, como lo exige el Código de Ética de CENIT, se haya suscrito “un acuerdo de protección, para evitar el uso indebido de información”. Este hecho se explica entre otros porque no está acreditado que Jorge Castiblanco actuara como representante legal de CENIT ni actuara en desarrollo de ningún tipo de contrato de mandato.

41. La ausencia de soporte contractual fue corroborada por Jaime Herrera, quien manifestó que tampoco celebraron ningún acuerdo con ECOPETROL para la elaboración de los mencionados documentos:

“DRA. LÓPEZ: Pregunta No. 16. Usted lo mencionó pero le voy a ceñir al indicado en el hecho 5.41 de la demanda, en el que se menciona: “01 octubre del 2014 Diego Echeverry funcionario de Varichem envió a Fredy Díaz funcionario de Ecopetrol los términos de referencia para el centro de respuestas de Coveñas versión 2, dicho términos fueron solicitados por Ecopetrol y realizados con base en el contrato que se

⁶¹ El Tribunal destaca que en la demanda se encuentran dos secuencias de hechos marcados con los números 5.19 y ss. La primera secuencia comienza en la página 18 de la demanda. La segunda en la página 39. En este punto el Tribunal se refiere al hecho 5.19 que se encuentra en la página 39 de la demanda.

tenía en ese momento entre la Unión Temporal Varichem Transformar y la gerencia de puertos de Ecopetrol”

*En relación con esa afirmación, le pregunto o aclárenos por favor, cuando usted señala que esos términos de referencia fueron solicitados por Ecopetrol, **indíquenos por favor, ¿si Varichem celebró algún contrato con Ecopetrol para la elaboración de tales documentos?***

SR. HERRERA: **No señora, no hubo ningún contrato**” (Énfasis del Tribunal)⁶².

42. De la misma forma, Jaime Herrera señaló en su interrogatorio de parte que tampoco hubo un acuerdo con CENIT para la elaboración de los documentos: (i) CONDICIONES GENERALES CRDRD Coveñas V3 0 Rev JAC 270115.doc, (ii) ESPECIFICACIONES TÉCNICAS CRDRC Coveñas VT Rev JAC 270115.doc, y (iii) Análisis detallado Costo por Equipos y factores de financiación y amortización – Feb 2015 (JAC 170215) que sirvieron de base para los términos de referencia del concurso cerrado:

“DR. PAREDES: Pregunta No. 2. ¿Diga cómo es cierto, sí o no, que Cenit no contrató a Varichem para la elaboración de los términos de referencia que sirvieron de base para el proceso de selección que terminó con la adjudicación del contrato objeto del presente proceso?

SR. HERRERA: **No**, nos compró” (Énfasis del Tribunal)⁶³.

3.3.4. Varichem sabía qué uso le iba dar CENIT a la información que suministró

43. Varichem sabía que la información que ellos suministraron a CENIT iba ser usada para la elaboración de los términos de referencia, toda vez que en palabras del representante legal de la compañía Jaime Herrera *“a mí me solicitan cómo sería su modelo en términos de referencia para el terminal de Coveñas después de la atención a las emergencias y por el expertiz que ustedes tienen plásmelos en unos términos de referencia, y eso fue lo que hicimos”*⁶⁴.

⁶² Minuto 1:01:53 del registro de audio de la declaración.

⁶³ Minuto 1:13:59 del registro de audio de la declaración.

⁶⁴ Interrogatorio de Parte de Jaime Herrera

3.3.5. De la notificación de algún tipo de limitación, inhabilidad o incompatibilidad para la participación del proceso por parte de CENIT, ODC y COCENSA

44. Por otra parte, sostiene Varichem, que el uso de los documentos elaborados por aquella para la estructuración de los términos de referencia del Contrato de Prestación de Servicios, se dio *“sin que fuera notificada por parte de alguna de las Convocadas algún tipo de limitación, inhabilidad o incompatibilidad para la participación del proceso”*, tal como lo manifestó en la demanda⁶⁵.
45. No existe obligación a cargo de CENIT, ODC u OCENSA de notificarle a los proponentes que incurren en *“algún tipo de limitación, inhabilidad o incompatibilidad para la participación del proceso”*⁶⁶, al contrario, el Código de Ética de CENIT establece que Varichem tenía la obligación de adelantar *“negociaciones honestas y transparentes”*, lo cual le imponía el deber a esta compañía de revelar a las Convocada que incurría en algún tipo de limitación, inhabilidad o incompatibilidad. La obligación era inversa.
46. En segundo lugar, el artículo 863 del Código de Comercio le imponía la obligación a Varichem de *“proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual”*, razón por la cual la Parte Convocante tenía el deber de informar su participación en la elaboración de los términos de referencia, toda vez que, en palabras del Consejo de Estado, *“el deber de informar se impone como consecuencia de la buena fe que debe imperar en las relaciones contractuales y, en concreto, habida cuenta de la función social y económica del contrato [...] En efecto, tales casos son: a) Cuando la información es determinante para la expresión del designio negocial de la otra parte, de tal suerte que de haber conocido o sabido no habría contratado o lo hubiera hecho en condiciones diferentes; b) Cuando una parte le pide una determinada información a la otra; c) Cuando una parte se decide a informar y comunica esta decisión; y d) Cuando hay específicas relaciones de confianza entre las partes”*⁶⁷.
47. En este sentido, el Tribunal recuerda que el artículo 9 del Código Civil es claro al advertir que *“La ignorancia de las leyes no sirve de excusa”*.

⁶⁵ Hecho 5.66 de la Demanda.

⁶⁶ Hecho 5.66 de la Demanda.

⁶⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia, Subsección C. Sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación No. 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043), CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

3.3.6. No es dable para Varichem alegar su propia culpa

48. Jaime Herrera confesó que Varichem en ningún momento presentó queja o reclamación alguna a las Convocadas por el hecho que se hubiera utilizado los documentos elaborados por la compañía en los términos de referencia del concurso cerrado:

“DRA. LÓPEZ: Usted me dice, yo hice unos términos de referencia, luego, se abre un proceso de selección y a usted lo invitan en ese proceso de selección, si usted revisa los términos de referencia, resulta que los términos de referencia son según dijo Diego Echeverry, entre un 80% iguales a los que ustedes habían elaborado, le pregunto, como usted revisa esos términos de referencia, usted hizo algún tipo, presentó algún tipo de queja, solicitud, inquietud, sugerencia o manifestación en cualquier sentido a Cenit por el uso de esos términos de referencia en el proceso de selección?”

SR. HERRERA: **No**” (Énfasis del Tribunal)⁶⁸.

49. Igualmente, Jaime Herrera confesó que Varichem tenía conocimiento que los documentos: (i) CONDICIONES GENERALES CRDRD Coveñas V3 0 Rev JAC 270115.doc y (ii) ESPECIFICACIONES TÉCNICAS CRDRC Coveñas VT Rev JAC 270115.doc, fueron utilizados para la elaboración de los términos de referencia del concurso cerrado que derivó en la adjudicación del Contrato de Prestación de Servicios desde la apertura de la etapa precontractual:

“DR. PAREDES: Pregunta No. 13. Y cuándo se enteró usted que había sido de utilizar, ¿cuándo se enteraron ustedes?”

SR. HERRERA: *En el proceso, en la apertura del proceso.”*⁶⁹

50. Las Condiciones Generales de Contratación del concurso cerrado señalaban taxativamente que no serían elegidas las propuestas presentadas por los proponentes en las cuales hubiesen colaborado con la elaboración de los términos de referencia, tal como se transcribe a continuación:

“[...] serán inelegibles las propuestas presentadas por PROPONENTES que, en calidad de contratistas o integrantes de un contratista hayan realizado o se encuentren realizando, a favor de CENIT, actividades relacionadas con la ejecución del contrato objeto de este proceso de selección (obras, estudios, asesorías, diseños, gerencias de”

⁶⁸ Minuto 38:41 del registro de audio de la declaración.

⁶⁹ Minuto 1:25:20 del registro de audio de la declaración.

proyecto, prestación de servicios de apoyo en la planeación, entre otras) [...]
(Subrayado fuera del original).

51. No obstante, a pesar de que Varichem se percató en la etapa precontractual que se habían usado los documentos elaborados por ellos en la estructuración de los términos de referencia del concurso cerrado no retiró su propuesta y además no se lo reveló a las Convocadas, tal como se deriva del principio de buena fe y de las Condiciones Generales de Contratación.
52. Cabe resaltar que el Código de Ética de CENIT establece que es obligación *“Celebr[ar] un acuerdo de protección, para evitar el uso indebido de información”*, en tal sentido es claro que, independientemente de la forma como resultaron en el poder de CENIT los documentos que sirvieron como base para los términos de referencia, Varichem no celebró acuerdo alguno con CENIT, ODC u OCENSA para que se evitara cualquier tipo de uso indebido de información y además no protestó o no manifestó su desacuerdo respecto de su uso por parte CENIT.
53. Lo anterior, en las palabras de la Corte Suprema de Justicia, implica que Varichem pretende *“invocar -o por lo menos reconocer- su propia falta de diligencia, de la que nadie puede obtener beneficio o provecho alguno (nemo auditur propiam turpitudinem allegans), tanto más si se tiene en cuenta que es un profesional en el ramo, con lo que ello implica en la esfera jurídica, más concretamente en materia de responsabilidad civil contractual”*⁷⁰.

3.3.7. Conclusión de este aparte

54. En conclusión, Varichem: (i) colaboró en la creación de los términos de referencia del concurso cerrado que derivaron en la adjudicación del Contrato de Prestación de Servicios, (ii) no suscribió ningún acuerdo de uso de información con ECOPETROL, CENIT, ODC u OCENSA tal como los prescribe el Código de Ética de esta última compañía, (iii) no existe prueba alguna que dé cuenta de la celebración de un acuerdo de colaboración con CENIT, ODC u OCENSA, (iv) envió la información que sirvió para estructurar el concurso cerrado a Jorge Castiblanco de CENIT, y (v) en la etapa precontractual revisó los términos de referencia del concurso cerrado y no manifestó queja o reclamación alguna a ECOPETROL, CENIT, ODC u OCENSA, por el uso de la información que la demandante elaboró. Por lo que ahora no es procedente que Varichem alegue que se hizo un uso

⁷⁰Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del trece (13) de diciembre de dos mil dos (2002). Expediente No. 6462. MP. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

indebido de la información que esta compañía de manera libre y voluntaria le suministró únicamente a Jorge Castiblanco de CENIT.

55. Por lo anterior, no está probado que ni CENIT ni ODC ni OCENSA han incurrido en violación del Código de Ética de CENIT respecto de los documentos suministrados por Varichem a las Convocadas, hecho por el cual no ha de prosperar la pretensión tercera de la demanda.

3.4. Sobre si hubo o no cumplimiento del Código de Ética de CENIT por parte de Varichem

56. Como nota previa el Tribunal advierte que su competencia se circunscribe a aquellos asuntos relacionados con las diferencias surgidas en relación con el Contrato de Prestación de Servicios y su régimen legal sin que tenga competencia para pronunciarse sobre los temas penales alegados por las Partes. Cabe señalar que la investigación desarrollada por la Fiscalía General de la Nación tiene por objetivo la investigación de conductas delictuosas, aspecto que por razones de orden público desborda la habilitación de los árbitros. La definición del cumplimiento o no del contrato por las partes fundado en nuestra legislación civil y comercial no requiere la previa decisión de la justicia penal, ya que, con independencia del resultado de la investigación adelantada por la Fiscalía, los hechos para definir o no el cumplimiento del contrato por las partes fueron objeto de tramite probatorio de este proceso arbitral como consta en el expediente.
57. Consta en el expediente en los folios 513 y 514 del Cuaderno de Pruebas número 19 que en la actualidad la Fiscalía General de la Nación está llevando a cabo una investigación por hechos relacionados con el Contrato de Prestación de Servicios.
58. Una vez determinada la obligatoriedad del Código de Ética de CENIT para las Partes y su cumplimiento por la Convocadas, el Tribunal proseguirá con la evaluación del cumplimiento del Código de Ética de CENIT por parte de Varichem.
59. El Código de Ética de CENIT establece como obligación de los contratistas *“No proporción[ar] información que permita mejorar la posición de negociación frente a contratos, operaciones, y en general cualquier relación con CENIT ni hago uso de información privilegiada para favorecer intereses propios o de terceros. Reconocemos que es ilegal y puede dar lugar a una acción judicial”*.
60. El Código también define la información privilegiada de la siguiente manera:

“¿Qué entendemos por información privilegiada?”

Es la información que permite mejorar la posición de negociación frente a los contratos, operaciones, relacionamiento y en general cualquier relación de CENIT”.

61. De otro lado, el capítulo 6 del Código de Ética de CENIT establece que:

“Capítulo 6. LEGITIMIDAD EN LAS NEGOCIACIONES DE CENIT

[...]

Actúo con legitimidad cuando:

[...]

- Siempre adelanto negociaciones honestas y transparentes con los grupos de interés y los trato con honestidad y respeto”.

62. Para el análisis de la pretensión cuarta partimos del hecho no debatido de que Varichem “apoyó” la elaboración de los términos de referencia del concurso cerrado que derivó en la celebración del Contrato de Prestación de Servicios. En consecuencia, Varichem contaba con información importante sobre las condiciones del concurso, ya que no solamente conocía los archivos, sino que también había participado activamente en la elaboración de los documentos: (i) Especificaciones Técnicas CRCRD Coveñas V6.0 Rev JAC 270115, (ii) ESPECIFICACIONES TÉCNICAS CRDRC Coveñas VT Rev JAC 270115.doc y (iii) Análisis detallado Costo por Equipos y factores de financiación y amortización – Feb 2015 (JAC 170215).

3.4.1. De la Información Privilegiada

63. El primer aspecto a evaluar es si esa información y conocimiento de su propio “*modelo técnico y económico para la atención de emergencias por derrames de hidrocarburos, con el propósito de usarlos como términos de referencia y condiciones contractuales en la convocatoria cerrada de oferentes para la celebración de Contrato*”⁷¹, “*le “permit[ió] mejorar la posición de negociación frente a los contratos, operaciones, relacionamiento y en general cualquier relación de CENIT*”⁷².

⁷¹ Demanda de Varichem (Hecho 5.66 de la demanda)

⁷² Código de Ética de CENIT.

64. No existe prueba o indicio en el expediente de que la información sobre el “*modelo técnico y económico*” usado en los “*términos de referencia y condiciones contractuales*” o que la información sobre las especificaciones técnicas o el análisis de costos por equipos y factores de amortización o financiación, fuese conocido por los demás proponentes, por lo que es claro que la información conocida por Varichem claramente era “*información privilegiada*”, de conformidad con la definición del Código de Ética.
65. Quedando establecida la calidad de “*información privilegiada*” en poder de Varichem, información que no era conocida por ningún otro de los concursantes, se puede concluir que la posición de Varichem era privilegiada frente a cualquier otro oferente. Entre otros factores de privilegio sin que el Tribunal pueda hacer una lista exhaustiva están: (i) la antelación, porque Varichem tenía conocimiento del interés de contratar al menos desde el año 2014; (ii) por su conocimiento de los requerimientos técnicos; (iii) por su conocimiento de la expectativa frente a los equipos; (iv) por su conocimiento de los fundamentos y características del presupuesto y, (v) ante todo porque su modelo técnico y económico era el modelo adoptado por CENIT para adjudicar el Contrato de Prestación de Servicios.
66. Manifiesta Varichem a lo largo del proceso que la información privilegiada que poseía no fue utilizada en su totalidad o no era “idéntica” a los documentos suministrados por Varichem a Cenit⁷³, por lo que, en gracia de la discusión, se pregunta el Tribunal si ¿era necesario para que se configurara la violación del Código de Ética de CENIT que los

⁷³ Demanda de Varichem:

“5.157 Los archivos reportados por las Convocadas para dar por terminado el Contrato por la supuesta falta ética no corresponden de manera idéntica a los correos que se cruzaron durante la etapa de colaboración entre ECOPEPETROL, CENIT y ODL con VARICHEM para estructurar el proyecto del Centro de Respuesta Compartido de Control de Derrames – CRCRD para el Puerto de Coveñas:

- i. El archivo de Condiciones Generales es diferente al archivo Condiciones Genéricas establecido en los Documentos del Proceso de Selección - DPS.
- ii. El archivo Especificaciones Técnicas CRCRD Coveñas V6.0 Rev JAC 270115.doc tiene diferente nombre al reportado como Especificaciones Técnicas CRCRD Coveñas V6.0 Rev JAC 310315.doc, a la vez que no es idéntico en su contenido, lo que deja establecido que dicho archivo fue modificado en fecha posterior a su envío, por lo cual no puede endilgarse ningún tipo de favorecimiento.
- iii. El archivo Análisis detallado Costo por Equipos y factores de financiación y amortización – Feb 2015 (JAC 170215) no aparece en los Documentos del Proceso de Selección – DPS.
- iv. Como ya se indicó, el nombre de Diego Echeverri está mal ya que en los dos (2) archivos que se le imputan como los constitutivos de faltas al Código de Ética de CENIT provienen de diego.echeverry
- v. De nombre, ninguno de estos archivos aparece en el proceso. Solamente el segundo tiene cierta similitud, pero no son iguales.
- vi. Los archivos de ECOPEPETROL se tomaron para conveniencia del Proyecto de Coveñas y se refiere al meteoamarino, equipamiento para emergencias marinas, componente de capacitación en emergencias marinas. Se redactan nuevos términos de referencia y se le envían a ECOPEPETROL.
- vii. El segundo archivo es parecido por las especificaciones técnicas del servicio, que no cambian.
- viii. ECOPEPETROL nunca informó a VARICHEM que estos términos de referencia serían enviados a CENIT para un proceso cerrado al que serían invitados. CENIT tampoco informó a VARICHEM de lo anterior.
- ix. CENIT los recibe y Jorge Castiblanco los comparte con VARICHEM. También los compartió con OCENSA.
- x. CENIT ya sabía que VARICHEM había trabajado para ECOPEPETROL, BICENTENARIO y ODL en esta clase de eventos y en la preparación de términos de referencia.
- xi. El presupuesto de 66 mil millones no hace parte de los Documentos del Proceso de Selección – DPS, ni hay similitud con otra de las ofertas. No se conocía el presupuesto oficial, luego no se podía saber si el archivo se siguió trabajando con algún propósito como el que invocaron las Convocantes”

términos de referencia publicados por la entidad fueran idénticos a los documentos suministrados por Varichem?

67. La respuesta contundente para el Tribunal es que no. En primer lugar, porque la significación de la injerencia no depende de la cantidad sino de la calidad de la información. De otra parte, sería contrario a la función teleológica de la norma y a la misma hermenéutica jurídica el configurar la tipicidad de la infracción por la coincidencia del ciento por ciento alegada por Varichem. Obviamente el Código de Ética de CENIT no hace una gradación respecto del volumen de información privilegiada con la que se cuenta sino que califica la potencialidad de “*mejorar la posición de negociación frente a los contratos*” y además que su uso sirva “*para favorecer intereses propios o de terceros*”, lo cual es claro en el presente caso, como lo dijo Jaime Herrera en su interrogatorio de parte, de “*aplicar ese expertiz a cada una de las posibles o probables oportunidades que genera el mercado*”, lo cual era lo esperado por Varichem de la colaboración y apoyo en la elaboración de los términos de referencia de CENIT para el proyecto de Coveñas.
68. Varichem pudo obtener, entre otras, las siguientes ventajas respecto de las compañías que competían en el concurso cerrado: (i) Definir la estrategia de abastecimiento, (ii) Contar con más tiempo para estructurar su oferta, (iii) Preparar con anterioridad el modelo de oferta, (iv) Definir el plazo del contrato, (v) Ajustar el costeo de los equipos, (vi) Definir el presupuesto del contrato, (vii) Anticipar la disponibilidad de equipos, (viii) Ajustar el requerimiento de personal a su propia organización⁷⁴.

⁷⁴ Dictamen Pericial (Cuaderno de Pruebas número 9, folios 18 a 20):

“A continuación, las posibles ventajas obtenidas por Varichem al haber intervenido en la elaboración de los diferentes documentos del proceso de selección:

i. Definir la estrategia de abastecimiento, es decir, la forma de satisfacer la necesidad. Varichem definió que debía contratarse un servicio bajo el modelo de un centro integrado en el cual el contratista está a cargo de la prestación de los servicios, el suministro de los equipos, su mantenimiento, las capacitaciones al personal para la atención de emergencias, comunicaciones, entre otras.

Al definir la estrategia Varichem, estableció la dimensión de la necesidad de las Contratantes con el sesgo propio de quien presta el servicio y, en consecuencia, evitando modelos en los cuales por ejemplo la cantidad de personal y equipos es mayor en épocas de mayores vientos y oleaje, y otros modelos en los que hay una revisión y ajuste de equipos, personal y protocolos durante la ejecución del contrato para que estos respondan a necesidades y análisis constante del riesgo de derrames.

Esta definición por parte de un tercero eventual tampoco permitió establecer la usabilidad de los equipos existentes en la operación del puerto de Coveñas y otros equipos de propiedad de las Contratantes.

ii. Varichem estableció la capacidad de respuesta sin justificar la relación con las características de la necesidad y pudo ajustar el requerimiento a su capacidad de oferta y no a las condiciones de la demanda.

iii. Al definir la capacidad y condiciones de respuesta a emergencias por derrame de hidrocarburos, Varichem estableció: (i) los tiempos de respuesta de primera y segunda llamada, condición que pudo ajustar con la distribución de sus centros de respuesta o de almacenamiento de sus propios equipos, sin considerar las restricciones que eso podría imponer sobre la competencia, y (iii) las combinaciones de equipo complementario que se requerían, que se pudo ajustar a su experiencia y capacidad de respuesta.

iv. Varichem tuvo más tiempo para preparar y estructurar su oferta pues pudo hacerlo con 15 meses antes que los demás proponentes. El modelo operativo base de la oferta de Varichem fue preparado desde el 31 de enero de 2014 y la invitación a presentar ofertas, recibida por los demás proponentes, es del 1 de abril de 2015.

v. Varichem pudo lograr una ventaja financiera al definir las condiciones de plazo del contrato, depreciación y carga financiera del equipo complementario de atención de emergencias por derrame de hidrocarburos. Varichem pudo ajustar el costeo en el tiempo de los equipos para que se ajustara a su función de rentabilidad dentro del plazo que finalmente tendría el contrato.

vi. Varichem definió que los equipos complementarios de atención debían ser nuevos. Con esa condición pudo evitar que se presentaran ofertas más beneficiosas para las Contratantes que usaran equipos en buen estado pero que tuvieran horas de uso.

69. Ahora bien, en gracia de la discusión, el Tribunal destaca que independientemente de que el archivo Análisis detallado Costo por Equipos y factores de financiación y amortización – Feb 2015 (JAC 170215) hubiese sido o no utilizado por CENIT en la estructuración de los términos de referencia del concurso cerrado, ello no implica que la Parte Convocante no contara con información que, objetivamente hablando, le otorgara o pudiera otorgar ventajas respecto de los demás oferentes en la etapa precontractual.

3.4.2. Del interés o beneficio para Varichem

70. Ahora bien, teniendo clara la existencia de la “*información privilegiada*” que le proporcionaba a Varichem una mejor posición frente a CENIT en la negociación del Contrato de Prestación de Servicios, debemos preguntarnos qué intereses resultaban beneficiados con esa información.

71. Jaime Herrera, representante legal de Varichem, en su interrogatorio de parte indicó que existía un doble interés respecto de la estructuración de los términos de referencia, por una parte, aumentar el know-how de la compañía, y por otra, el interés comercial de la sociedad de mejorar las posible o probables oportunidades de mercado:

“DRA. LÓPEZ: Pregunta No. 8. Gracias, ¿cuál era el interés que tenía Varichem de brindar apoyo o como usted lo dijo en su declaración, esa colaboración técnica en la estructuración de los documentos del proceso de selección que dio lugar a la adjudicación de este contrato?”

SR. HERRERA: El interés es claro para Varichem de Colombia, nosotros tenemos 2 intereses, uno es aumentar el know-how, somos una compañía de 23 años en la industria colombiana, somos la única compañía con el expertiz que se tenía en ese momento o que se tiene en este momento y adicionalmente, el interés comercial, somos una compañía que generamos 150 empleos y que definitivamente tenemos que

vii. Varichem pudo logra una ventaja al definir el presupuesto del Contrato. Con esa información podía asegurarse de presentar una oferta dentro de los límites presupuestales existentes e incluso propender por que fuera de las más bajas.

viii. Varichem pudo anticipar la disponibilidad de los equipos y la relación y la negociación con el proveedor al definir los proveedores de los equipos requeridos por el Contrato.

ix. Varichem pudo ajustar el requerimiento del personal en el Contrato a sus propias características organizacionales al definir las características y credenciales del personal requerido.

x. Varichem pudo lograr ventaja al definir la necesidad de un sistema organizacional de pronóstico océano-atmosférico como parte de las responsabilidades del contratista. Con esa condición pudo introducir un requerimiento que estaba listo para cumplir y podía ser una barrera la competencia. Esta ventaja pretendía ser mucho mayor pues la intención original era exigir que el potencial contratista tuviera derechos de propiedad intelectual sobre dicho modelo.

xi. Varichem introdujo en los TDR [Términos de Referencia] barreras a la competencia al definir las licencias y registros que debían presentar los proponentes como condición mínima de experiencia. Esta ventaja pretendía ser mucho mayor pues la intención original era asignar un puntaje técnico adicional a quienes presentan estas licencias y registros.”

aplicar ese expertiz a cada una de las posibles o probables oportunidades que genera el mercado” (Énfasis del Tribunal)⁷⁵.

72. La anterior confesión de Jaime Herrera representante legal de la compañía, es prueba que Varichem sabía que la información que proporcionó para la elaboración de los términos de referencia del concurso cerrado, le traería un beneficio económico. O sea, existía un interés propio de Varichem en obtener beneficios de la *“información privilegiada”*, que está probado que tenía en la negociación y suscripción del Contrato de Prestación de Servicios.
73. Del mismo modo, está probado que Varichem tenía un interés económico respecto de la colaboración brindada a CENIT y que esta no se deriva de un mero hecho desinteresado, tal como lo manifestó Jaime Herrera quien dijo *“somos una compañía que generamos 150 empleos y que definitivamente tenemos que aplicar ese expertiz a cada una de las posibles o probables oportunidades que genera el mercado”*.
74. Bajo esta perspectiva Varichem poseía una información relevante, como lo era su participación en los términos de referencia, la cual debió haberla comunicado a CENIT, ODC y OCENSA a efectos de su participación en el concurso cerrado que condujo a la adjudicación a VARICHEM del Contrato de Prestación de Servicios. En tal sentido, el silencio de Varichem tiene consecuencias de cara al Código de Ética de CENIT y al principio de celebración y ejecución de buena fe de los contratos, ya que en palabras de la Consejo de Estado dicha información hubiese sido *“determinante para la expresión del designio negocial de la otra parte, de tal suerte que de haber conocido o sabido no habría contratado o lo hubiera hecho en condiciones diferentes”*.

Finalmente, respecto a la obligación de Varichem de adelantar *“negociaciones honestas y transparentes”* contenida en el Código de Ética de CENIT, a pesar de que la Parte Convocante manifiesta que su negociación con CENIT, ODC y OCENSA fue transparente, es preciso señalar que no lo fue, en la medida en que una vez que Varichem se percató que CENIT había usado los términos de referencia que ayudó a elaborar, no manifestó a las Convocadas que tenía información privilegiada no obstante lo cual participó y fue ganadora en el concurso cerrado.

75. Todo lo cual es clara muestra que no cumplió con la obligación de actuar con legitimidad consagrada en el Código de Ética de CENIT.

⁷⁵ Minuto 31:13 del registro de audio de la declaración.

3.5. Sobre la conducta de Varichem en relación con el principio de buena fe

76. Probados como están de manera objetiva los hechos relativos a la inobservancia por parte de Varichem del Código de Ética de CENIT, es claro que las conclusiones a las que llega el Tribunal en relación con las pretensiones estudiadas, tienen la peculiaridad de que se basan en los hechos de la demanda, en el interrogatorio de parte y en los testigos mismos de Varichem, quien además es la parte actora que pretende que se declare su cumplimiento del Código de Ética.
77. Varichem confiesa: (i) que participó en la elaboración de los documentos que sirvieron para elaborar los términos de referencia (hechos 5.27, 5.29, 5.31 y 5.39, 5.41, 5.42, 5.44, 5.47, 5.48, 5.50, 5.51, 5.52, 5.53, 5.54, 5.55, 5.58 y 5.59), (ii) que los documentos eran parecidos (Hecho 5.157) y (iii) que se dieron cuenta que los documentos fueron utilizados en los términos de referencia y aún así guardaron silencio, y, sin embargo, en la demanda pidió la declaratoria de su cumplimiento.
78. De manera paralela a esta peculiar característica de este proceso se encuentran expresiones como que “VARICHEM actuando de buena fe puso a disposición de las Convocadas” o Varichem “apoyó” o “colaboró”, como si la demanda no fuese presentada por un profesional y avezado comerciante con experiencia y claro conocimiento del marco de su actividad comercial.
79. Pues bien, en sus alegatos Varichem hizo hincapié en el hecho que “*Quedó probada la amplísima experiencia, trayectoria y reconocimiento nacional e internacional de VARICHEM en la prestación de servicios petroleros relacionados con la atención de emergencias por derrames de hidrocarburos, los cuales en el pasado también ha prestado a ECOPELROL, ODC, CENIT y a otras empresas del GRUPO EMPRESARIAL ECOPELROL*”, lo cual fue alegado y probado durante todo el proceso.
80. Por los motivos anteriormente expuestos el Tribunal debe ser enfático advirtiendo que por las características mismas de Varichem y por su acreditada experiencia en el sector de los concursos y licitaciones en materia de hidrocarburos, los criterios para calificar su conducta y su buena fe van más allá del estándar de un ciudadano común y corriente.
81. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que la buena fe exenta de culpa “*se acredita demostrando no solo la conciencia de haber actuado correctamente sino también la presencia de un comportamiento encaminado a verificar la regularidad de la situación*”⁷⁶.Y, es en este aspecto en donde difiere completamente el Tribunal de la

⁷⁶ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-820 de 2012.

postura de Varichem, ya que Varichem presenta una interpretación errada de su comportamiento ante CENIT en relación con el Contrato de Prestación de Servicios.

82. Varichem falla al momento de “*verificar la regularidad de la situación*”⁷⁷ en las distintas instancias contractuales que se le presentan. Falla al revisar y aplicar el Código de Ética a su actuación, falla al no haber revelado el conflicto de intereses que se le presentaba (capítulo 3º del Código de Ética de CENIT) y falla al haberse presentado en el concurso cerrado a sabiendas de su participación en la estructuración de los documentos de dicho concurso sin advertir tal circunstancia. No puede predicarse que bajo estas condiciones existe buena fe exenta de culpa.
83. Ahora bien, la debida diligencia, esperada de Varichem, en su carácter de buen hombre de negocios de comprobada experiencia en el sector implicaba el deber de “*ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad*”, en este sentido recalca “*la Ley 222 de 1995, impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenían, la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad*”⁷⁸. Exigencia y diligencia cuya ausencia es notoria en el presente proceso.
84. Como corolario, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha señalado “*la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, ‘consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia’, es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y ‘por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho’ o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la*

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia. Sentencia C-123 de 2006.

legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido”⁷⁹.

85. Bajo esta perspectiva, el Tribunal no encuentra que sea compatible con el deber de diligencia y la buena fe exenta de culpa, que Varichem, profesional en el campo de la atención de derrames de crudo, participe en la elaboración de los términos de referencia del concurso cerrado para la adjudicación del Contrato de Prestación de Servicios, para luego, sin advertir esa circunstancia, postularse como proponente y considerar que dicha conducta no es cuestionable, esperando que su conducta se juzgue solo de manera subjetiva y no “conforme a derecho” o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido”⁸⁰.

86. Respecto a estos cuestionamientos, para el Tribunal es claro que Varichem no obró con diligencia ni con buena fe exenta de culpa, toda vez que, guardó silencio al momento de percatarse que los archivos: (i) CONDICIONES GENERALES CRDRD Coveñas V3 O Rev JAC 270115.doc y (ii) ESPECIFICACIONES TÉCNICAS CRDRC Coveñas VT Rev JAC 270115.doc, se usaron en la elaboración de los términos de referencia del concurso cerrado, con independencia de la forma en que dicha información llegó a CENIT, pues en palabras de la Corte Constitucional se reitera la buena fe exenta de culpa se certifica “no solo la conciencia de haber actuado correctamente sino también la presencia de un comportamiento encaminado a verificar la regularidad de la situación”.

3.6. Últimas precisiones

87. Finalmente, y con el fin de agotar el análisis de los argumentos sobre la conducta de Varichem se pregunta el Tribunal sí, como lo argumenta la Parte Convocante ¿cambia en algo la calificación de la conducta de Varichem, en el caso de aceptarse que el proceso de contratación empezó en el 2012⁸¹? ¿Este sería un eximente de responsabilidad respecto del incumplimiento del Código de Ética de CENIT por parte de Varichem?

88. En nada cambia la calificación de la conducta de Varichem, todo lo contrario, la agrava, pues esto quiere decir que contó con más de dos años, respecto a sus competidores para mejorar su propuesta.

⁷⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia, Subsección C. Sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación No. 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043), CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Hechos 5.66 de la Demanda

89. Teniendo en cuenta todo lo anterior, es inaceptable para el Tribunal que a pesar de las referidas calidades en el sector de atención de derrames de hidrocarburos y su amplia relación con empresas especializadas en el transporte de petróleo, manifieste que su participación en la elaboración de los términos de referencia del concurso cerrado, que derivó en la celebración del Contrato de Prestación de Servicios, se encuentre ajustada a lo dispuesto en el Código de Ética de CENIT. Del mismo modo, sorprende al Tribunal que de la claridad sobre los hechos que surge de la demanda misma se considere que su conducta estuvo ajustada al Código de Ética de CENIT, *“lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido”*⁸².

3.7. Conclusión

90. Por todo lo anterior, el Tribunal concluye que no han de prosperar las pretensiones tercera y cuarta propuestas por Varichem. En contraste, prosperan las siguientes excepciones propuestas por las Convocadas *“4. Inexistencia de un uso indebido de la información por parte de las Convocadas que implique una violación al Código de Ética de CENIT”* y *“6. Alegación de su propia culpa e incumplimiento del principio ‘venire contra factum non valet’”*.

4. Del Código de Ética de CENIT y el principio de moralidad administrativa

4.1. Sobre la infracción del Código de Ética

91. El Código de Ética cobija las actuaciones de VARICHEM por virtud especialmente de las aceptaciones explícitamente formuladas por los oferentes en el proceso que condujo a celebrar el Contrato de Prestación de Servicios, pues los sujetos puestos en su situación, esto es, la de *“contratistas”*, están comprendidos en el ámbito personal de aplicación del estatuto.

92. Ahora bien, en gracia de la discusión, podría pensarse que por el tiempo en que fueron cumplidas las conductas que, tiempo después, las Convocadas juzgaron inaceptables por constituir violaciones al código, UT VARICHEM LAMOR no tenía la condición de contratista de CENIT, por lo menos en cuanto referible al contrato N° 800000145, aún no suscrito y ni siquiera en proceso formal en marcha para la celebración. En rigor, esa condición de contratista es predicable de VARICHEM solo a partir del diecisiete (17) de noviembre de

⁸² Corte Constitucional, C-820 de 2012

dos mil quince (2015), fecha de suscripción del contrato, mientras que las conductas de sus funcionarios, sin duda imputables a esta persona jurídica, tuvieron lugar con anterioridad. Los documentos “CONDICIONES generales CRCRD Coveñas V3” y “Especificaciones técnicas CRCRD Coveñas V6”, de las que es autor Diego Echeverry, del veintisiete (27) de enero de dos mil quince (2015), y el documento “Análisis Detallado, Costo por Equipos y factores de financiación y amortización”, proveniente de eric.moncada, del diecisiete (17) de febrero del mismo año. Como puntualiza la comunicación que notifica la terminación unilateral del contrato, esas personas “...se han identificado como funcionarios de VARICHEM de COLOMBIA S.A., en el periodo de planeación del contrato”, es decir, que las entidades contratantes aluden a VARICHEM como “contratista” antes de que la empresa adquiriera la condición que, siguiendo el tenor literal del Código de Ética, daría lugar a que este le fuera aplicable.

93. El Tribunal no lo considera así, y juzga que un entendimiento razonable de la norma no puede tener el alcance de someter a las obligaciones éticas que impone el Estatuto solo a quien con plena propiedad pueda ser considerado contratista, sino que, para que la norma tenga sentido y su orientación teleológica se plasme en la realidad, la expresión tiene que ser referida, con todas sus consecuencias, también a quien está en trance de adquirir esa calidad porque participa en las etapas previas a la celebración propiamente tal del contrato. La norma carecería de utilidad si admitiera en quien está participando en un proceso licitatorio los comportamientos que le veda al competidor exitoso que en tal razón adquirirá en pleno rigor la condición de “contratista”. De la misma manera es preciso concluir que aquella persona que no es contratista *stricto sensu* y tampoco está en trance de serlo en virtud de un proceso licitatorio en curso, está sujeto a que su conducta, que a la sazón de la ocurrencia no tiene conexión alguna con un proceso contractual ulterior en cuya virtud llegue a adquirir la condición de parte, deba ser apreciada retrospectivamente a la luz de las implicaciones de esta condición, una vez adquirida. Como se analizará en su momento con mayor detenimiento, las actuaciones de Varichem por el tiempo en que llegó a ser parte del contrato concluido para regir el servicio de administración de planes de contingencia y atención y respuesta a emergencias por derrame de hidrocarburos en las operaciones del puerto petrolero de Coveñas, era apenas un futurible, es decir, la mera posibilidad de desembocar en la contratación de esos servicios, no son indiferentes ni neutras frente a las restricciones, incompatibilidades, limitaciones y conflictos de interés que, tiempo después, van a recaer sobre él cuando adquiera la calidad de parte en el contrato. La relación que es dable establecer entre los dos acontecimientos aparentemente desconectados entre sí, no es psicológica ni causal, sino lógica, y tiene como efecto natural enlazar los hechos antecedentes, previos al comienzo de la etapa precontractual, con la participación,

llegado el momento, en el proceso legal de construcción del contrato con el objetivo de obtener la adjudicación del mismo.

94. De ahí que, en criterio del Tribunal, el Estatuto de Ética sea aplicable al contratista en razón de actuaciones y comportamientos anteriores a la adquisición de esta condición. Surgen también de ese razonamiento la sujeción de VARICHEM al Estatuto y la viabilidad de que sus actuaciones anteriores a la celebración solemne del contrato sean estimables bajo la perspectiva de la figura del “*contratista*”. Además, ya explicó el Tribunal que VARICHEM conoció plenamente el Código de Ética de CENIT con anterioridad a la celebración del Contrato de Prestación de Servicios, no solamente porque hacía parte de los documentos integrantes de la invitación a presentar ofertas que abrieron las Convocadas, sino porque ya VARICHEM había celebrado contratos con CENIT en los que dicho documento era también parte integrante⁸³.
95. Los hechos censurados en el escrito de terminación del contrato, probados como están, constituyen el coronamiento de una cadena de actuaciones que interrelacionan a un funcionario de CENIT con órganos de Varichem capaces de comprometer la responsabilidad de esta empresa, en torno a la concepción y articulación de un programa de atención de emergencias que pudieran surgir por obra de eventuales derrames de crudo en el puerto de Coveñas. Ese nutrido tráfico epistolar entre el señor Jorge Castiblanco, de CENIT, y los señores Diego Echeverri y Jaime Herrera de Varichem, tuvo como objetivo la concepción y estructuración de una plataforma técnica y de servicios idónea para la atención de esas emergencias, con la consiguiente determinación de los acopios logísticos y técnicos necesarios, el dimensionamiento de los recursos humanos y sus modalidades de vinculación, la identificación de las herramientas e instrumentos requeridos, las inversiones y demás particulares hasta concluir en la precisión de los tres aspectos definitivos a que se refieren las comunicaciones de los señores Echeverri, Herrera y Moncada mencionados por CENIT, ODC y OCENSA en la misiva que notifica la terminación del contrato. En resumen, Varichem habría establecido, y en efecto estableció, según indican los tres documentos de mayor relevancia en los mensajes electrónicos enunciados atrás con destino inmediato y único a un funcionario de CENIT, el señor Jorge Castiblanco, los perfiles técnicos y económicos del programa de atención de desastres, que conforman la virtual integridad de los elementos idóneos para estructurar un contrato con ese objeto.

⁸³ Contrato de Prestación de Servicios No. 8000000615 del seis (6) de marzo de dos mil quince (2015) y Contrato de Prestación de Servicios No. 8000000998 del diez (10) de agosto de dos mil quince (2015) (Folios 245 a 257 y 260 a 272 del Cuaderno de Pruebas número 14, respectivamente).

96. Esas conductas, apreciadas en su objetividad en cuanto hechos, encajan sin duda en las normas que describen las obligaciones que el Código de Ética, en especial los capítulos 2.3 y 6, imponen a quienes están sometidos a su cumplimiento. Subraya el Tribunal en este aspecto que el registro de las obligaciones de las personas mencionadas en su calidad de funcionarios de Cenit y de Varichem y por las razones atrás mencionadas al estudiar el concepto de “*contratistas*”, no necesariamente deban ser evaluadas desde un ángulo de intencionalidad particular, ni precisan la caracterización como conductas inequívocamente maliciosas en función de un propósito torticero o de aprovechamiento indebido. El Código de Ética impone la observancia de sus orientaciones por mérito de sí mismas, en protección genérica de los propósitos corporativos, es decir, propios de la organización empresarial con miras, en último término, a la satisfacción de los intereses colectivos que le están confiados. De allí la dimensión de objetividad con que asume las conductas que sea preciso contrastar con sus normas.
97. Con lo anterior quiere poner de presente el Tribunal que las actuaciones de Varichem vinculadas a la configuración de un programa técnico para la administración de contingencias en Coveñas no son en sí mismas reprochables, por cuanto que, como tales, y según el sentido que puede descubrirse en cada una de las interacciones tomadas aisladamente así como en el conjunto de todas ellas, constituyen el aporte de un agente calificado a la conceptualización del método para afrontar un problema, que no difiere de las tareas de consultoría que son habituales en el tráfico empresarial. Es cierto que en el intercambio de comunicaciones entre Varichem y el señor Castiblanco se registra la constancia de los interlocutores de una y otra parte, circuida por el interés de reservar el contenido de sus informaciones para ellos exclusivamente⁸⁴, que no es habitual en los procesos empresariales, cuyo desarrollo normalmente está abierto a distintos agentes internos en cada una de las organizaciones que se relacionan entre sí. Pero, aparte de la sospecha que pueda surgir de ese hecho, no revela el expediente razones que pongan en evidencia propósitos indebidos entre quienes formulan los insumos del programa y sus requerimientos, y quien, como destinatario, los asume en cuanto consejo de un experto.
98. Es que, a juicio del Tribunal lo relevante desde el punto de vista del Código de Ética y desde la perspectiva de los principios jurídicos en juego, no es el hecho de haber sido establecido por el procedimiento que se describió atrás los términos de lo que en el futuro llegó a constituir el objeto de un contrato. Lo es sí, nítidamente y sin atenuaciones que desvirtúen el reproche que proviene del Código de Ética, la circunstancia de haber participado el virtual constructor de la propuesta, Varichem, en el proceso licitatorio,

⁸⁴ Es ilustrativa la cadena de correos electrónicos que se presentó como Anexo 48 de la demanda. (Folios 326 a 330 del Cuaderno de Pruebas número 1).

como si aquellos antecedentes no le hubieran atraído inhibiciones, inhabilidades o conflicto de interés.

99. Varichem bien habría podido formular sus consejos y recomendaciones y, aún establecer los términos y condiciones del contrato, sin que por ello hubiera contrariado norma o principio alguno. La irregularidad no está allí, y por lo mismo no es censurable desde este ángulo el contexto de interacciones entre las dos empresas o, dicho con más precisión, entre Varichem y un funcionario de Cenit. Lo que es contrario al Código de Ética es el hecho de haber participado en la licitación, llevando consigo las ventajas generadoras de desigualdad entre proponentes de que goza quien estructura las características del contrato.
100. En otros términos, para que los acontecimientos configuren una transgresión del Código de Ética, no es necesario que haya existido un concierto *ab initio* entre el autor de las recomendaciones y su destinatario con el ánimo fraudulento de producir un resultado en beneficio del primero, sino que basta el resultado objetivo de beneficio para Varichem al privilegiarlo entre los demás concursantes con las ventajas derivadas de su conocimiento e información asimétrica respecto a los demás agentes del mercado interesados en conseguir para sí la adjudicación del contrato. El Tribunal así lo observa y aprecia las ventajas indebidas acumuladas en favor de Varichem como resultado objetivo del cruce de informaciones efectuado en un momento anterior, independientemente de si estas fueron o no expresión de una conjura, pues la afectación de la regularidad del contrato que llegó a celebrarse proviene del aprovechamiento posterior y no del asesoramiento previo.
101. Así pues, la actuación que se viene comentando configura la noción de “*información privilegiada*” que el Código de Ética en el capítulo 2.3 define como:
- “... la información que permite mejorar la posición de negociación frente a contratos, operaciones, relacionamiento y en general cualquier relación de CENIT, cuyo uso necesariamente es un contravención grave del código e inficiona la legitimidad de la parte que la utilizó en el contrato”.*
102. En resumen, Varichem violó el Código de Ética, no por la adquisición de la información privilegiada obtenida como fruto de la interacción con funcionarios de CENIT manifiesta en el cruce epistolar, sino por la concurrencia al proceso licitatorio del contrato configurado con las especificaciones, condiciones y términos establecidos con destino a CENIT por un funcionario suyo.

4.2. Sobre los principios de la función administrativa

103. El otro ordenamiento invocado por CENIT, ODC y OCENSA, como fundamento fáctico de su decisión de hacer uso de la cláusula de terminación unilateral es el de los principios de moralidad y de igualdad como orientadores necesarios de la función administrativa, que según las convocadas, fueron violentados por las actuaciones de Varichem.
104. Se trata en este aspecto de la apelación a una estructura jurídica general, a diferencia de lo referente al Código de Ética que es normatividad de alcance restringido a los intervinientes en operaciones de CENIT, como regla particular emanada de los órganos de esta entidad. En contraste, los “*principios*”, que se alegan derivan su fuerza imperativa de la propia Constitución Política que los contempla, junto con otras especies normativas de la misma naturaleza, como directrices impuestas a todas las expresiones de la función administrativa del Estado.
105. En cuanto tales, los principios constitucionales son expresión propia del derecho contemporáneo, introducidas en el ordenamiento jurídico --constituido hasta fechas recientes solo preceptos de textura tradicional- con el objeto de permear este, con el imperio y vigencia de influjos axiológicos, en abierta reacción contra la ceguera a los valores propia de las concepciones *ius positivistas* que predominaron en la primera mitad del siglo XX. Su auge y sus características intrínsecas hacen que en un ordenamiento político-jurídico en reciente trance de reformulación como el colombiano (constitución de 1991), registre la presencia de dos clases de normas: los principios y las reglas, expresión esta última que en la ciencia de nuestros días se aplica a los preceptos formulados con la textura habitual de proposición compuesta por la descripción de un antecedente de hecho vinculado a una consecuencia jurídica. Los principios, singularizados por su carácter de fundamentos del ordenamiento, por su estructura general y por la extrema vaguedad de su formulación, frecuentemente se reducen a la mención de un valor que, llegada la oportunidad de aplicarlo, debe ser realizado tanto cuanto sea posible, por lo cual su esencia ha podido ser descrita como la de “*mandato de optimización*” (Robert Alexy).
106. Carecen en su presentación proposicional del señalamiento de un supuesto fáctico en que son aplicables como es propio de las reglas, así como del señalamiento de la consecuencia jurídica que en las reglas debe seguir a la presentación del supuesto, y se limitan como se dijo, a enunciar una estructura axiológica o un propósito que el operador jurídico debe materializar por su cuenta, llegada que sea la necesidad de acatarlos, bajo la inspiración de las circunstancias concretas.

107. El principio no informa sobre *cuándo* debe ser aplicado, ni *qué* debe hacerse cuando se presenta la necesidad de darle cumplimiento. En abierto contraste con las reglas, el principio no se aplica a través de procesos lógicos deductivos, sino que se *concretiza*, es decir, se configura por el operador del derecho en la decisión singular de un caso determinado. Al paso que en las reglas opera la técnica de la subsunción, en los principios opera la hermenéutica.

108. En palabras del Consejo de Estado:

“Sobre el alcance de los principios y su aplicación, es necesario resaltar, siguiendo la doctrina, que la concepción sustancialista del derecho, que ha sido adoptada por el pensamiento jurídico occidental, encuentra su “punto de penetración... en los principios generales del Derecho..., verdaderos principios en sentido ontológico, que informan la institución en que se manifiestan...”. El asunto cobra importancia si se tiene en cuenta que tales principios operan a través de las instituciones jurídicas, de manera que, normalmente, el contenido de aquellos es idéntico al de la idea central de la institución positiva que informan. Los principios, normas e instituciones se relacionan a la manera de círculos concéntricos, siendo su núcleo los principios, como corresponde a su papel constitutivo del orden jurídico. Se trata de una relación dinámica, en la cual el centro termina proyectándose a los demás círculos, pues actúa desenvolviéndose en la vida de la institución por medio de las normas que lo desarrollan; de este modo preside y orienta todo el funcionamiento de la institución de que se trate. Por lo dicho, para aplicar los principios es imprescindible determinar, para el caso concreto, cuál es la institución jurídica comprometida. De acuerdo con lo expuesto, la Sala encuentra que la función pública de planeación urbana es la institución jurídica que, en este caso, es informada por el principio de moralidad administrativa, y dentro cuya esfera se presentaron los hechos que motivaron la demanda” (Sección Tercera. CP. Alier Eduardo Hernández. Diecisiete (17) de junio de dos mil uno (2001). Exp: AP-166)

109. Esta referencia al papel que juegan los principios y al modo como operan, no tiene otro propósito que ilustrar los alcances de la formulación contenida en el artículo 209, el cual enumera los que la Constitución exige que informen la actividad administrativa en cuanto aspecto especializado de la misión del Estado, de la misma manera, como los consignados en el Capítulo primero del Título I establecen aquellos que, individualizados con el nombre de *“principios fundamentales”*, confieren identidad a todo el ordenamiento jurídico y político institucional. El Tribunal lo recuerda simplemente para poner en relieve las cuestiones jurídicas que surgen de la apelación que CENIT, OCENSA Y ODC hicieron a

los principios de moralidad e igualdad como razones de legitimidad de su decisión de hacer uso de la potestad contractualmente pactada de dar por terminado unilateralmente el contrato. A juicio del panel son dos los problemas que surgen de la apelación a los principios:

- Estando los principios dirigidos por el artículo 209 a la actuación administrativa del Estado, es decir, a los órganos de la Rama Administrativa del Poder Público, ¿rigen también las actuaciones de los particulares como es el caso de Varichem?;
- ¿Las actuaciones que se reprochan a Varichem constituyen propiamente violación de los principios de moralidad y legalidad?

4.2.1. Del sometimiento de la conducta de los particulares contratistas a los principios de la actuación administrativa

110. La primera cuestión la despeja con suficiente claridad el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 que ratifica la imperatividad de los principios de la función pública en el campo contractual y extiende su vinculatoriedad a todos los agentes que intervienen en procesos de contratación estatal. De manera tal que los principios del artículo 209 de la Constitución Política, no obstante su formulación directa para los órganos del Estado, cobijan también en razón de la Ley, a los actores de toda índole en los procesos contractuales de la administración pública. Dice la norma:

“Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.” (Subrayado por el Tribunal)

111. Adicionalmente recuerda el Tribunal que el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, dispone con total claridad 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**”*. (Destaca el Tribunal)

4.2.2. De la violación de los principios de moralidad y legalidad administrativa por parte de Varichem

112. Respecto a las orientaciones de conducta que para el caso emanan de los principios de moralidad y legalidad, es necesario explorar el alcance que a los mismos ha dado en aplicaciones concretas la jurisprudencia nacional. Al respecto es forzoso hacer memoria de las enseñanzas jurisprudenciales citadas por las entidades públicas contratantes en la carta de terminación unilateral, que enuncian el alcance de estos principios. Así, sobre el de igualdad, la comunicación reproduce enseñanzas categóricas del Consejo de Estado:

“según lo dispuesto en el artículo 209 Superior, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse, entre otros, conforme al principio de igualdad, que en el campo de la contratación estatal se traduce en el derecho que tienen todos los sujetos interesados en una licitación a estar en idénticas condiciones y a gozar de las mismas oportunidades desde el comienzo del proceso licitatorio hasta la adjudicación o formalización del respectivo contrato. Correlativamente, este principio conlleva para la administración pública el deber de garantizar que las condiciones sean las mismas para todos los competidores, dando solamente preferencia a la oferta que sea más favorable para el interés público. En este sentido, la igualdad entre los licitantes indudablemente constituye una manifestación del principio constitucional de la buena fe (CP art 83), pues le impone a todas las entidades públicas la obligación de obrar con lealtad y honestidad en la selección del contratista.”

113. La doctrina sentada en el párrafo transcrito, plenamente ajustada a los contornos de la conducta cumplida por Varichem en el proceso licitatorio que condujo a la celebración del Contrato de Prestación de Servicios, no da lugar a ninguna duda sobre que la misma constituye violación del principio de igualdad. Atrás se explicó que la concurrencia de VARICHEM LAMOR a dicho proceso, provista del significativo volumen de información sobre todos los supuestos del contrato por celebrar y sobre el cómo y el porqué de sus especificaciones y términos, de sus exigencias técnicas y demás elementos configuradores del contrato en prospecto, establecieron un desequilibrio insuperable frente a los demás concurrentes a la licitación, desnivelados frente a Varichem en su información sobre los aspectos esenciales, lo cual los colocó en condiciones de inferioridad, que es la máxima manifestación posible de la desigualdad.

114. La tacha formulada en el documento de terminación del contrato es, en este aspecto, completamente fundada a juicio del Tribunal.

4.2.3. Del principio de moralidad

115. El principio de moralidad ha sido enfocado de diversas maneras por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado. El Tribunal encuentra útil traer a cuento algunos de los pronunciamientos que han ido perfilando tanto el concepto de moralidad en cuanto principio constitucional, como sus diferencias con el vecino fenómeno jurídico de la acción popular encaminada a restaurar la moralidad administrativa, e igualmente a precisar los rasgos que definen aquél.

116. La sentencia emitida por la Sección Tercera, Subsección B del Consejo de Estado el dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017) (Rad: 2004-00894-01 AP), advierte al respecto:

“Es oportuno afirmar que la definición de moralidad administrativa no ha estado exenta de dificultad en el curso de las acciones judiciales tendientes a su defensa, concepto jurídico indeterminado que da lugar a un amplio margen interpretativo sobre su definición y alcance. Con todo, se ha decantado jurisprudencialmente que, pese a la textura abierta de la previsión constitución de esa garantía, lo moral en materia de administración pública no puede determinarse bajo la concepción subjetiva de quien aprecia los hechos, ni ser objeto de una precisa delimitación o determinación de alcance conceptual restringido; con todo, ello no es óbice para que pueda afirmarse que el principio de legalidad se ha constituido en una herramienta valiosa utilizada por el juez constitucional pues, en todo caso, el análisis de su transgresión no puede ser ajeno al ordenamiento jurídico. Con el objeto de delinear el ámbito material del referido bien jurídico, se ha considerado también que lo moral para la administración es todo aquello que dentro del marco constitucional y legal propenda por el cumplimiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública. Conforme a esos criterios, el concepto de moralidad administrativa se ligó en ocasiones al ejercicio de la función pública fundado en la legalidad y, en otras, a los principios constitucionales que la rigen y en busca de la satisfacción del interés general, sin perder de vista que ello no puede calificarse únicamente como una delimitación del alcance del derecho a las coincidencias entre lo moral y lo legal en sentido estricto, sino también a la luz de los principios y finalidades estatales de modo tal que ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y, específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. En esos términos, la moralidad administrativa también se ha identificado con la idoneidad de la acción estatal para la concreción de los fines que le son propios en sus diversos ámbitos de competencia, lo que aterrizado al ámbito de la contratación estatal corresponde a la necesidad de

que esta persiga ciertamente fines de satisfacción del interés general en las mejores condiciones posibles para los intereses públicos. En reciente sentencia, esta Corporación, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se refirió a esos criterios normativos finalistas como el elemento objetivo que debe estar presente en el análisis de fondo, pero, de manera adicional, consideró que también debe estar presente un elemento subjetivo, que implica un juicio específico sobre la actuación del funcionario, para establecer si incurrió en conductas amañadas, corruptas o arbitrarias (...) el análisis del juez no puede limitarse a la verificación silogística del desacato a un precepto legal o a un principio constitucional, sino que se debe examinar si detrás de esta se esconde una práctica inmoral de los involucrados, entendida por tal aquella encaminada a obtener o brindar un provecho indebido a un particular, mediante conductas que pueden calificarse como deshonestas o desviadas. Sin embargo, entiende la Sala que ese componente subjetivo no debe constituirse en una limitante infranqueable, de modo tal que la actividad del juez constitucional aparezca sometida a la rigurosidad de la prueba del aspecto volitivo del servidor o particular involucrado, como si se tratase de un juicio de responsabilidad personal del agente frente a una conducta dolosa, en el que debe quedar acreditado con absoluta certeza el querer inmoral, esto es, la búsqueda del resultado lesivo a la garantía que se protege. Para la Sala, ese elemento subjetivo debe entenderse en los términos y para los efectos de la acción popular, cuyo objetivo no es juzgar la responsabilidad personal del servidor en los distintos ámbitos en los que esta puede verse comprometida como el fiscal, penal o disciplinario, para lo cual existen procedimientos específicos previstos en el orden jurídico, sino determinar si se ha transgredido o amenazado una garantía colectiva.”

117. En el mismo sentido, la sentencia del Consejo de Estado en sección tercera- subsección A, proferida el treinta (30) de abril de dos mil catorce (2014) con Rad: 2010-00376-02(AP), dice:

“En torno al concepto de moralidad administrativa, la Sección Tercera en múltiples pronunciamientos ha intentado darle concepto, contenido y alcance, para lo cual se ha dicho que existe amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, entre otros, en los siguientes supuestos: cuando la transgresión de la legalidad obedece a finalidades de carácter particular –noción que la aproxima a la desviación de poder –; cuando existen irregularidades y mala fe por parte de la Administración en el ejercicio de potestades públicas ; cuando se desconocen los valores y principios que inspiran la actuación administrativa y que determinan la expedición de las normas correspondientes al tiempo que orientan su adecuada interpretación –concepción que reconoce la importancia axiológica y principialista del ordenamiento, en un

contexto eminentemente jurídico que, por tanto, no coincide con el mero desconocimiento de los parámetros éticos y morales aceptados por los asociados –; cuando se aplique o interprete por parte de una autoridad administrativa un precepto legal o una decisión judicial en un sentido que se aparte de manera ostensible y contraevidente de su correcto entendimiento .

También ha dicho la Sala que los intentos de definir la moralidad administrativa no la limitan sino que simplemente la explican, en vista de que en relación con este tipo de conceptos es el caso concreto el que brinda el espacio para que la norma se aplique y para que se proteja el correspondiente derecho colectivo. La Sala ha precisado así la labor del juez en la determinación de la existencia de una presunta violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa: En ese sentido cabe agregar que el derecho colectivo a la moralidad administrativa no se limita a un examen de la situación a la luz del simple texto legal, sino que debe comprender también una relación de todos aquellos valores, principios y reglas que, teleológicamente, forman parte del propio ordenamiento vigente, en cuanto determinaron y justificaron la expedición de las normas en cuestión, al tiempo que sirven de complemento insustituible para alcanzar la recta inteligencia de las mismas y su verdadero alcance... Así, la moralidad administrativa –como principio rector de la actividad administrativa y como derecho colectivo– se perfila como un estándar de conducta de las autoridades administrativas, de carácter eminentemente normativo, cuyo contenido se integra a partir de los principios, valores y reglas que inspiran, dirigen y condicionan toda actuación administrativa”

118. En pronunciamiento del Consejo de Estado, en Sección Tercera del veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007) (Rad: 2005-00549-01AP) se expuso:

“La doctrina tradicionalmente ha estudiado a la moral para diferenciarla del derecho, de modo que su consideración como precepto jurídico vinculante representa una relativa novedad cuando quiera que se predica de la actuación administrativa. Las escasas manifestaciones no son de ninguna manera unívocas, aunque muchas de ellas insisten en concebirla en el marco de una pluralidad propia de los constitucionalismos modernos, de modo que la moral de un individuo no resulte imponiéndose frente a la del otro. Con ocasión de su protección a través de acciones populares la jurisprudencia de esta Corporación en general y en época más reciente, de manera específica la de la su sección tercera, ha desarrollado una intensa construcción conceptual a partir del análisis de sus relaciones con la legalidad, así como con fenómenos como el de la corrupción, la mala fe, la ética, el recto manejo de bienes y recursos el Estado y la lucha contra propósitos “torcidos o espurios”, entre

otros. La Constitución Política a más de concebir a la moralidad administrativa como un derecho o interés colectivo, lo hace como principio orientador de la función administrativa (artículo 209); del mismo modo es considerada por la ley 489 de 1998 (artículo 3). Este panorama constitucional y legal le da a la moralidad administrativa una doble dimensión: como principio y como derecho, que de ninguna manera significa dos contenidos distintos del mismo fenómeno, sino por el contrario uno solo con una doble manifestación práctica: como principio orienta la producción normativa infra-constitucional e infra-legal a la vez que se configura como precepto interpretativo de obligatoria referencia para el operador jurídico; como derecho (o interés) colectivo en cambio, alcanza una connotación subjetiva toda vez que crea expectativas en la comunidad susceptibles de ser protegidas a través de la acción popular. Cuando una persona interpone una acción popular por considerar que se violó o se está amenazando la moralidad administrativa, se evidencia que ésta tiene la voluntad soportada en la capacidad - poder de perseguir que se le garantice un comportamiento determinado de la administración o del sujeto que ejerza la función administrativa acorde con ella. Su titularidad atribuida a la comunidad es, pues, la principal característica que detenta la moralidad administrativa en su dimensión de derecho o interés colectivo. Consecuentemente, puede decirse que el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa es la expectativa de la comunidad, susceptible de ser alegada por cualquiera de sus miembros, a que la función administrativa se desarrolle conforme a ella entendida como principio. Esta idea comporta necesariamente una consideración de la moralidad administrativa como principio orientador de la función administrativa, pero no para establecer reglas para la actuación administrativa, ni criterios de interpretación de las mismas, sino para la realización de concretas expectativas y exigencias subjetivas. Esta atribución a su titular, que no es exclusiva de los derechos individuales, sino que se extiende también a aquellos colectivos, al entender de la doctrina implica la concurrencia de tres elementos: 1) La existencia de unos bienes jurídicos afectados con la conducta de quien ejerce la función administrativa 2) Una forma clara de afectación y 3) una reacción jurídica necesaria frente a la lesión.

No existen dudas para esta Sección en que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades constituye desarrollo directo e inequívoco de la moralidad administrativa; así lo ha entendido también la Corte Constitucional. Como se dijo antes, cuando esto ocurra, es decir cuando se verifique la violación de una norma (legal) que desarrolle de manera directa el principio de moralidad administrativa, no se hace necesaria una argumentación adicional por parte del juez, como sí debe hacerse cuando no sea tan evidente la afectación a la norma legal o la relación de esta con el precepto constitucional de la moralidad administrativa como principio

que orienta la función administrativa. Emcali violó los bienes jurídicos relacionados con el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa cuando desconoció la presencia de las inhabilidades aludidas que detentaba Internacional de seguridad Ltda y no obstante ello, adjudicó a esta sociedad comercial el contrato y comenzó a ejecutarlo. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-179 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentarías, de la Corte Constitucional.”

119. A modo de síntesis de la progresiva penetración por los órganos jurisdiccionales pertinentes del significado de la moralidad administrativa en el derecho Colombiano, la Corte Constitucional enseña en la sentencia SU-585 del 2017:

“La Constitución Política de 1991 estableció la moralidad administrativa como un principio que guía el ejercicio de la función administrativa (artículo 209, C.P.), al tiempo que la identificó como un derecho o interés colectivo amparable mediante la acción popular (artículo 88, C.P.). En tanto que principio, se trata de un mandato de textura abierta inspirado en el principio de la prevalencia del interés general, que guía el ejercicio de la actividad administrativa hacia el actuar pulcro, probo y honesto, no desde un punto de vista de la subjetividad o consciencia moral de quien ejerce la función administrativa, sino a partir de referentes objetivos tales como la defensa del patrimonio público, del interés general y del ordenamiento jurídico. Como derecho e interés colectivo, la moralidad administrativa es una legitimación respecto de cualquier persona para exigir la fiscalización judicial del adecuado ejercicio de la función administrativa no referido exclusivamente al sometimiento formal al orden jurídico.”

120. La síntesis de la Honorable Corte es consonante con la definición que el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 hace de los compromisos que impone el principio de moralidad a quienes están sujetos a su observancia y desarrollo:

“ARTÍCULO 3o. PRINCIPIOS. *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

(...)

5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.”

121. Todas las consideraciones hechas en distintos apartes de este Laudo que describen la conducta de Varichem en cuanto hace a su participación en el proceso que desembocó en la adjudicación y celebración del Contrato de Prestación de Servicios, obligan a reconocer que su concurrencia al proceso licitatorio en la forma como lo hizo, favorecida por los factores que confirieron a sus pretensiones superioridad de posibilidades con respecto a los demás participantes en el concurso, son contrarios a los estándares de “rectitud”, “lealtad” y “honestidad” en que la Ley radica el contenido del principio de moralidad, y al “actuar pulcro, probo y honesto” que lo caracterizan según la Corte Constitucional.

5. Sobre la terminación unilateral del contrato

5.1. Estudio de la comunicación por medio de la cual las convocadas dieron por terminado el contrato

122. Punto neurálgico de la controversia es el relacionado con la terminación del Contrato de Prestación de Servicios. En efecto, las pretensiones sexta y séptima, con base en las cuales se estructura la pretensión declarativa de responsabilidad civil contractual (octava) y a partir de allí las de condena, tienen como base dicha terminación.

123. Para mayor claridad conviene recordar las pretensiones sexta y séptima de la demanda.

“SEXTA. Que se declare que CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S. – OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. no tenían la facultad de declarar la terminación unilateral del ‘CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S. – OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y VARICHEM LAMOR’ por presuntas faltas al Código de Ética de CENIT”

“SÉPTIMA. Que se declare que CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S. – OLEODUCTO CENTRAL S.A. y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. incurrieron en incumplimiento del ‘CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S. – OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y VARICHEM LAMOR’ al haber declarado su terminación unilateral el 02 de marzo de 2016”

124. Para despachar estas pretensiones debe el Tribunal: (i) examinar la carta de terminación del contrato suscrita por las Convocadas el dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016), para identificar las razones aducidas para tal determinación, en especial la relacionada

con el ejercicio de las cláusulas segunda, párrafo tercero y 26, ordinal 26.285 relativas a la terminación unilateral del acuerdo; (ii) analizar la validez de las cláusulas de terminación unilateral con el propósito de, a pesar de no existir pretensión en ese sentido, averiguar si existe nulidad absoluta que de conformidad con la ley deba declararse oficiosamente, y, con base en ello, definir si las Convocadas tenían o no la facultad de terminar unilateralmente el contrato que la vinculaba con la Convocante; (iii) establecer si se produjo un ejercicio abusivo de la facultad unilateral acordada en el contrato y sí para la terminación del mismo era requerido surtir un “*debido proceso*”; por último, (iv) concluir si la declaración de terminación unilateral constituyó o no incumplimiento del contrato.

125. Está plenamente demostrado⁸⁶ que el dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016) las Convocadas remitieron al señor Jaime Alberto Herrera Díaz, representante legal de la Convocante una comunicación mediante la cual dieron por terminado el Contrato de Prestación de Servicios.

126. En la aludida comunicación se dijo:

“Por medio de la presente les comunicamos que hemos decidido terminar el Contrato de Prestación de Servicios No. 800000145 de fecha 17 de noviembre de 2015 (el “Contrato”), celebrado entre CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S (“Cenit”), Oleoducto Central S.A. (“Ocensa”), OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. (“ODC”) y la Unión Temporal VARICHEM LAMOR, conformada por VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCION SERVICE S.A.S. y LAMOR CORPORATION A.B. (la “Unión Temporal”).

La anterior decisión la hemos tomado con fundamento en lo siguiente:

- *Cláusula 2, párrafo tercero, y Cláusula 26, numeral 26.1, del Contrato. (...)*
- *Violación al Código de Ética de Cenit por (i) Uso Indevido de Información, al haberse contado con información que permitía mejorar la posición de negociación en el proceso de contratación, así como por (ii) Falta a la Legitimidad en las Negociaciones de Cenit, al no haberse adelantado una negociación honesta y transparente como se detalla a continuación:*

⁸⁵ Aunque en la comunicación hay una primera referencia al numeral 26.1 de la cláusula 26, entiende el Tribunal que se refiere realmente al 26.2 que es el que se en líneas posteriores se cita y se transcribe.

⁸⁶ Folios 210 a 213 del Cuaderno de Pruebas número 1.

(...)

- *Violación a los principios de Igualdad y Moralidad, principios estos que rigen la Función Administrativa y por expresa disposición legal, son aplicables a los procesos de contratación que adelanta Cenit” (...)*”.

127. Del tenor literal de la comunicación que se acaba de transcribir se identifican tres consideraciones, expresadas en sendos apartados (viñetas) a saber: (i) la facultad contenida en las cláusulas 2, párrafo tercero y 26, numeral 26.2; (ii) la violación al Código de Ética de Cenit y (iii) la violación de los principios de igualdad y moralidad.

128. Adicionalmente, la comunicación previó el plazo pactado de treinta (30) días para que efectivamente terminara el Contrato de Prestación de Servicios.

129. Para el Tribunal no hay duda sobre el primero de los fundamentos esgrimidos: Las Convocadas hicieron uso de las cláusulas de terminación unilateral pactadas en el Contrato de Prestación de Servicios. En el ordinal siguiente, el Tribunal abordará el estudio de dichas cláusulas.

130. Ahora bien, en relación con la violación al Código de Ética de CENIT y a los principios de igualdad y moralidad, encuentra el Tribunal lo siguiente:

De las expresiones empleadas por las Convocadas en la comunicación que se estudia se desprende con nitidez que el aludido incumplimiento del Código de Ética de CENIT, no se adujo como incumplimiento del Contrato. En efecto, las expresiones “*uso indebido de información al haberse contado con información que permitía mejorar la **posición de negociación en el proceso de contratación***” (destaca el Tribunal) y “*falta de legitimidad en las negociaciones de Cenit al no haberse **adelantado una negociación honesta y transparente...***” (destaca el Tribunal), sitúan claramente la transgresión al Código de Ética de CENIT en la fase previa al perfeccionamiento del contrato, como lo ha constatado ya el Tribunal. Sobre el comportamiento de la Convocante, el Tribunal remite a las consideraciones que quedaron ya expuestas acerca de la participación de la misma en el diseño y elaboración de los documentos que hicieron parte del proceso de selección del contratista, en especial las llamadas Condiciones Generales CRCRD, las especificaciones técnicas CRCRD y el análisis detallado Costo por Equipos y factores de financiación y amortización.

Lo relacionado con la violación a los Principios de Igualdad y de Moralidad, a los que estaban sujetas las Convocadas dada su naturaleza jurídica, según quedó ya explicado

y que tampoco fue esgrimido como “*incumplimiento contractual*”, se relaciona directa y esencialmente con el punto anterior. En efecto, la comprobada inobservancia de los dictados del Código de Ética de CENIT afectó el correcto y transparente devenir del quehacer contractual de las Convocadas y lesionó la igualdad que debe predicarse de los participantes en el proceso que vino a terminar con la celebración del Contrato de Prestación de Servicios.

131. Descartado entonces que las razones relacionadas con la violación del Código de Ética de CENIT y de los Principios de Igualdad y Moralidad se hayan esgrimido como causas de incumplimiento contractual, concluye el Tribunal que tales conductas, que en su momento constataron las Convocadas y se demostraron indubitablemente en este proceso, se adujeron como soporte o motivo para el ejercicio de la facultad unilateral de terminación del contrato.
132. Para el Tribunal, el demostrado comportamiento reprochable de parte de la Convocante, fue lo que condujo a las Convocadas a la decisión de terminar unilateralmente el Contrato de Prestación de Servicios con apoyo en las cláusulas 2 y 26.2 que le otorgaban esa posibilidad.
133. Verificado el comportamiento de la Convocante en la etapa precontractual, y tenido el mismo como motivación que tuvieron las Convocadas para dar por terminado el negocio, se impone verificar la validez de las cláusulas que se esgrimieron en su comunicación del dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

5.2. Validez de las cláusulas de terminación unilateral

134. En rigor este es el punto central de la argumentación de las Convocadas, quienes a lo largo del proceso han sostenido que las que denominan cláusulas de terminación unilateral por conveniencia deben considerarse válidas. En especial en los alegatos de conclusión esgrimieron en apoyo de su idea variados pronunciamientos jurisdiccionales en ese sentido.
135. La parte Convocante, a su turno, ha tenido variadas aproximaciones no coincidentes sobre el punto. Así por ejemplo, en capítulo de la demanda que denominó “SÍNTESIS DE LA CONVOCATORIA”, afirmó que la cláusula que se comenta “*resultó a todas luces leonina*”⁸⁷; por su parte, en el hecho 5.138 sostuvo que la cláusula de terminación unilateral “*a la luz del derecho es ilegítima y se tiene por no escrita*”⁸⁸; y en el escrito

⁸⁷ Folio 5 del Cuaderno Principal número 1.

⁸⁸ Folio 101 y 102 del Cuaderno Principal número 1.

mediante el cual recorrió el traslado de las excepciones manifestó la validez de tales estipulaciones al decir que “VARICHEM no discute la validez de la cláusula de terminación unilateral del contrato, por eso mismo la suscribió”⁸⁹.

136. Debe, pues el Tribunal dejar expresada su postura al respecto, pues a partir de esta se desprenden las demás consecuencias. Insiste el Tribunal en que debe abordar esta temática no obstante no existir pretensión encaminada a la declaración de nulidad, invalidez o ineficacia de las cláusulas, pues de conformidad con la ley está en la obligación de verificar si existen o no posibles nulidades que deban decretarse de oficio.

137. Para este propósito se hará breve referencia al denominado Principio de Normatividad de los contratos y al Postulado de Autonomía Privada como base o referencia conceptual necesaria para el estudio de la validez de las cláusulas de terminación unilateral.

5.2.1. Principio de normatividad de los contratos

138. El artículo 1602 del Código Civil dispone: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

139. Consagra la aludida disposición lo que la doctrina conoce como principio o postulado de normatividad, según el cual el contrato y, en realidad los negocios jurídicos en general, tienen poder de crear normas o reglas de comportamiento que resultan vinculantes y obligatorias. Es el eje vertebral del derecho de contratos.

140. Con todo, la propia norma señala la posibilidad de que dicha fuerza vinculante o poder normativo del contrato cese en determinadas circunstancias. Son ellas el mutuo acuerdo de las partes, figura que ha recibido variadas denominaciones como mutuo disenso, o revocación convencional, distracto, y otras análogas y lo que el texto legal denomina “*causas legales*”, que el Tribunal entiende como aquellas que, de conformidad con la ley, tienen la potencialidad de poner fin al referido poder normativo o vinculante del negocio contractual.

141. Para efectos de resolver la presente controversia, el Tribunal examinará si la manifestación de una sola de las partes en un contrato puede considerarse causa que, de conformidad con la ley, puede dar por terminado el contrato.

⁸⁹ Folio 244 del Cuaderno Principal número 2.

5.2.2. Principio o postulado de autonomía privada

142. Necesario punto de partida para resolver el interrogante planteado lo constituye el denominado Postulado de Autonomía Privada.

143. En general el principio de autonomía privada puede entenderse como la prerrogativa o derecho en virtud del cual el ordenamiento jurídico reconoce a las personas la facultad de establecer normas privadas o reglas obligatorias de comportamiento de carácter privado, para regular sus relaciones jurídicas particulares.

144. En Colombia, el postulado de autonomía privada goza de claro reconocimiento constitucional y legal.

145. Así lo tiene decidido la Corte Constitucional. En sentencia C-385 de 1995, dijo:

“Dentro de un sistema jurídico que, como el nuestro, reconoce —aunque no con carácter absoluto— la autonomía de la voluntad privada, es lo normal que los particulares sometan los efectos de sus actos jurídicos a las cláusulas emanadas del mutuo acuerdo entre ellos, siempre que no contraríen disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público”.

146. Y en la sentencia T-468 del cinco (5) de junio de dos mil tres (2003) la Corte señaló:

“Como previamente lo ha sostenido esta corporación, la autonomía de la voluntad privada goza de sustento constitucional. En efecto, este postulado se deriva de la aplicación de varios derechos constitucionales concurrentes, a saber: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P., art. 14), el derecho a la propiedad privada (C.P., art. 58), la libertad de asociación (C.P., arts. 38 y 39), la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libertad de empresa (C.P., arts. 333 y 334). Estos derechos constitucionales le confieren a los asociados, la potestad de crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas. Precisamente, en el derecho positivo colombiano, se ha construido el postulado de la autonomía de la voluntad privada a partir del contenido normativo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, conforme al cual, ‘Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes ...’”.

147. Desde el punto de vista legislativo, el postulado de autonomía privada está reconocido el artículo 6 del Código Civil, según el cual, *“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden y las buenas costumbres”.*

148. La doctrina es amplia y coincidente. Valgan las siguientes muestras de autorizados expositores:

149. Luigi Ferri en su obra sobre autonomía privada, la concibe de la siguiente manera:

*“Admitiendo el principio de que el negocio es fuente normativa, de que tiene un contenido de normas jurídicas, se da un paso decisivo hacia la solución del problema de la autonomía privada. Esta se convierte en el poder, atribuido por la ley a los particulares, de crear derecho, es decir, de establecer normas jurídicas”.*⁹⁰

150. Fernando Hinestrosa, citando a Renato Scognamiglio sostiene:

*“En fin, se puede concebir dicha autonomía como poder reconocido a los particulares ‘para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos’, autonomía negocial que explica la concurrencia del poder de disposición particular con el poder normativo del ordenamiento y la colaboración entre ellos”.*⁹¹

151. Ospina Fernández y Ospina Acosta sostienen que el postulado que se comenta “... consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos”.⁹²

152. No es del caso que el Tribunal se detenga en un concepto que es muy claro. Por supuesto, la autonomía privada, no es omnímoda. El poder normativo del contrato está subordinado a los principios superiores que imponen el orden público, particularmente en su manifestación positiva conocida como ley imperativa, y las buenas costumbres (art. 16 del Código Civil).

⁹⁰ Ferri, Luigi. La Autonomía Privada. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1969, pág. 42.

⁹¹ Hinestrosa, Fernando. Tratado de las Obligaciones. Tomo II. El Negocio Jurídico Volumen I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2015. Pág. 121. La cita entre comillas empleada por Hinestrosa corresponde a Scognamiglio, Renato, Contributo alla teoria del negocio guiridico. Jovene, Napoli, 1950, p. 90 ss.

³ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Temis. 2005. Pág. 6.

5.2.3. Las cláusulas de terminación unilateral como manifestación del postulado de autonomía privada y principio de normatividad

153. Corresponde ahora, en orden lógico de análisis, examinar las cláusulas de terminación unilateral como manifestación del principio de autonomía privada, y su fuerza vinculante, según el principio de normatividad atrás reseñado.
154. Sea lo primero señalar que no existe disposición legal que prohíba la inclusión de cláusulas de terminación unilateral en los contratos, y no encuentra el Tribunal comprometidos ni el orden público ni las buenas costumbres con su estipulación. Como se hará notar más adelante, la propia ley permite en no pocos eventos la terminación unilateral de los contratos, de donde se sigue que tal proceder no es de suyo reprochable, por lo que, en general, el orden público no está expuesto por una estipulación de ese corte. Otra cosa es que, en determinados casos, una cláusula así pueda ser catalogada de abusiva no obstante su contenido material válido. Sobre este aspecto volverá el Tribunal más adelante.
155. Como quedó dicho, la ley es muy amplia en la permisión de la terminación unilateral de ciertos contratos. Sin pretender el Tribunal ser exhaustivo, entre otras cosas porque el punto no es objeto de debate, baste con recordar que contratos como el mandato, el de seguro, el arrendamiento de vivienda urbana, el suministro sin estipulación de plazo, el transporte de pasajeros, el de cuenta corriente bancaria y otros, pueden terminar por manifestación unilateral de alguna de las partes.
156. La posibilidad de terminación unilateral no es pues nada extraño. Lo que corresponde señalar ahora es si las partes pueden incluir cláusulas de terminación unilateral en eventos en los cuales la ley no dispone, ni prohíbe, nada sobre el particular.
157. La respuesta del Tribunal es positiva. Tanto doctrina como jurisprudencia se inclinan en ese sentido y el fundamento es, por supuesto, el postulado de autonomía privada. Por tanto, una vez acordada la facultad de terminación unilateral ella es “ley para las partes” y tiene fuerza vinculante.
158. Una de las providencias que con mayor detalle ha abordado esta temática es la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil del treinta (30) de agosto de dos mil once (2011)⁹³. Se transcriben los siguientes apartes:

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, treinta (30) de agosto de dos mil once (2011), Magistrado Ponente William Namén-Vargas, Rad. 11001-3103-012-1999-01957-01.

“Desde otra perspectiva, la terminación unilateral, es realidad tendencial inocultable en la contratación, particularmente, en la internacional, electrónica y las relaciones comerciales, así como las de consumo, tanto cuanto más por la sensible evolución, secular transformación, dimensión y entendimiento actual de la autonomía privada en la dinámica del tráfico jurídico y los negocios.

“(…)

“Las razones por las cuales las partes recurren a esta vía son múltiples en el esquema legítimo de la libertad contractual sin reducirse al incumplimiento.

“(…)

*“Se comprende, entonces, la utilidad o función práctica de la figura, esto es, la posibilidad legal o **convencional** de concluir el contrato por decisión exclusiva, única, espontánea y autónoma de una parte, y sin declaración judicial. También su distinción con el acuerdo extintivo. Una cosa es el mutuo acuerdo para terminar el contrato, y otra pactar causas para terminarlo unilateralmente. El contrato termina no por acuerdo, sino por decisión unilateral.” (destaca el Tribunal)*

“(…)

*“En cuanto respecta al **pacto de terminación unilateral** del contrato cuando la ley, costumbre o los usos y prácticas negociales no la establecen, de antaño suele cuestionarse, ya por oponerse a la noción o fuerza normativa del contrato (artículos 1494, 1535, 1602 y 1603, Código Civil; 864 y 871, Código de Comercio), ora por invalidez e ilicitud al someterlo a la condición potestativa consistente en el simple arbitrio o mera voluntad de un contratante (artículo 1535, Código Civil), bien al no enunciarse dentro de las causas legales extintivas, formarse y terminar por acuerdo mutuo de las partes, nunca por decisión de una (artículo 1602, in fine, Código Civil), preverse en forma excepcional, exclusiva y circunscrita a los contratos estatales sin admitir analogía legis o iuris ni aplicación extensiva (artículos 14, 15, 16 y 17, Ley 80 de 1993), resultar abusiva en los restantes (artículo 133.2, Ley 142 de 1994) o, convertirse en mecanismo de ‘justicia privada’, derogatorio de la jurisdicción del Estado autorizada para terminar el contrato.*

“En estrictez, la terminación unilateral presupone la existencia, validez y eficacia del contrato, en nada contradice su noción, fuerza normativa, ni encarna condición potestativa.

“El contrato a partir de su existencia genera efectos vinculantes para las partes, atadas u obligadas al cumplimiento, sea espontáneo, sea forzado, y fenece por decisión exclusiva de una porque la ley concede el derecho o se pacta accidentalia negotii, como las cláusulas resolutorias expresas, con o sin preaviso e, incluso, casos hay, donde la común negativa se ha tomado como dissensus o distrato o concluye en este (Cas. Civ. sentencia de 12 de marzo de 2004). El contrato existe ex ante, engendra efectos, termina ex post sin eficacia retroactiva y solo hacia el futuro. Además, cumplimiento y terminación son distintos. Aquel no queda al simple arbitrio o mera voluntad de una parte, la última se produce por decisión unilateral de una u otra sin afectar las obligaciones cumplidas.

“La falta de enunciación expresa en el Código Civil dentro de los modos extintivos, no es escollo ni argumentación plausible para descartar la terminación unilateral, por cuanto como quedó sentado, la ley la consagra en numerosas hipótesis y contratos de derecho privado, sin concernir solo a los estatales. Inclusive, la figura existe en el derecho privado, antes de su plasmación en la contratación estatal, y no es extraña la locución, pues utiliza el vocablo ‘terminación’ (artículo 870, C. de Co), ‘dar por terminado el contrato’ (art. 973, C. de Co), justas causas ‘para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial’ (art. 1325, C. de Co).

“Tampoco es admisible sostener prima facie, ante sí y por sí, su naturaleza abusiva, extender la presunción al respecto circunscrita a los contratos de servicios públicos bajo condiciones generales (artículo 133.2, Ley 142 de 1994), esta sí destierra la analogía legis, ajena a los paritarios y susceptible de desvanecerse, sin resultar lógica la supuesta configuración antelada de un abuso de derecho ulterior, el cual podrá presentarse al ejercerse en ciertas condiciones, o tenerla a priori como expresión abusiva de la libertad contractual, por contradecir las reglas de experiencia (Cas. Civ. sentencia de 14 de diciembre de 2001, exp. 6230).

“En general, ante la ausencia de prohibición normativa expresa, es ineluctable concluir la validez de estas cláusulas, por obedecer a la libertad contractual de las partes, facultadas para celebrar el acto dispositivo y disponer su terminación, aún sin declaración judicial, previendo el derecho a aniquilarlo, lo cual no significa ni

puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces, como se explica más adelante. (Resalta el Tribunal)

Partiendo de la precedente premisa, la jurisprudencia reconoce validez a las cláusulas de terminación de los contratos bilaterales, onerosos, conmutativos y de ejecución sucesiva (Cas. Civ. sentencia de 3 de septiembre de 1941, LII, 1966, 36 y ss; 23 de febrero de 1961, XCIV, 549), y las relativas a “[l]a condición resolutoria estipulada expresamente por los contratantes [que] resuelve de pleno derecho el contrato sin que se requiera declaración judicial. El artículo 1546 del C.C. se refiere a la condición resolutoria tácita, es decir a la que envuelve todo contrato bilateral, y no a la expresa, o sea a la que libremente hayan estipulado las partes (Cas. Civ. Sentencia de 31 de mayo de 1892, VII, 243).” (Resalta del Tribunal).

159. El Consejo de Estado se ha pronunciado de manera similar. En sentencia del diecinueve (19) julio de dos mil diecisiete (2017), como lo recordó el señor Agente del Ministerio Público en su concepto, la Sección Tercera⁹⁴ señaló:

“Con otras palabras, resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como (...) la terminación unilateral (...) entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraríen el orden público.

Ahora, si esas estipulaciones no contravienen las normas imperativas, las buenas costumbres, el principio de buena fe contractual y no comportan ejercicio abusivo de un derecho, ellas rigen las relaciones derivadas del contrato y su ejercicio no es otra cosa que la utilización de una facultad contractual.

“... el pacto de cláusulas accidentales mediante las cuales se prevé el ejercicio de facultades tales como la terminación unilateral (...) se funda primordialmente en la autonomía dispositiva, su inclusión no comporta el ejercicio de una facultad exorbitante o excepcional al derecho común.

⁹⁴ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad.: 68001-23-31-000-2011-00554-01 (57.394).

“En efecto, resulta alejado de la realidad jurídica sostener que es ilegal la inclusión de tales cláusulas en un contrato del Estado que se rige por el derecho privado puesto que semejante aseveración no tiene en cuenta la elemental consideración, que es del ABC dl derecho privado, que es este las partes pueden regular sus intereses como a bien lo tengan, eso sí sin vulnerar las normas imperativas, las buenas costumbres, la buena fe y sin hacer un ejercicio abusivo del derecho.

“Luego, como semejantes pactos no están prohibidos en el derecho privado, es corolario que pueden ser incluidos en los contratos del Estado que se rigen por este ordenamiento y, entonces, en estos casos, su ejercicio no implica el ejercicio de una potestad exorbitante del Estado sino simplemente el ejercicio de una facultad contractual que de consuno y en pie de igualdad las partes admitieron que pudiera ser ejercida por alguna de ellas”.

160. Más recientemente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del diecinueve (19) de dos mil diecinueve (2019), Consejero Ponente Alberto Montaña Plata, radicación 85001-23-31-001-2008-00076-01(39800), sostuvo sobre el particular:

“La terminación unilateral es un pacto válido entre privados, posibilidad que se basa en el entendimiento cabal de los alcances de la autonomía de la voluntad, que llega al punto de permitirle a la contraparte, cuando una de ellas ha prestado su concurso, para que, sin necesidad de declaratoria judicial, dé por terminado el contrato cuando se cumplan los supuestos que han sido previamente estipulados; esto, sin perjuicio de que la parte afectada pueda luego acudir al juez para discutir las razones que llevaron a realizar la mencionada declaratoria”.

[...]

“Inicialmente, la jurisprudencia consideró que a una entidad regida por el derecho privado no le era dado pactar cláusulas unilaterales, pues no tenía habilitación legal, una línea que dejaba en evidencia la consolidación de una posición jurisprudencial que rechazaba, por falta de competencia, el pacto y ejecución de cláusulas excepcionales, exorbitantes o unilaterales en contratos regidos por el derecho común. No obstante, con posterioridad, en reconocimiento de los efectivos alcances que tiene la autonomía dispositiva o negocial, propia de las normas de derecho privado, la anterior posición ha cedido terreno a otra perspectiva que concluye que en los contratos estatales que no se rigen por la Ley 80 de 1993, “el pacto de cláusulas accidentales mediante las cuales se prevé el ejercicio de facultades tales como la terminación unilateral o la liquidación

unilateral, entre otros se funda primordialmente de la autonomía dispositiva [por lo que] resulta viable que las partes del contrato puedan pactar cláusulas accidentales que impliquen la utilización de mecanismos tales como la cláusula penal, la imposición de multas, la terminación unilateral o la liquidación unilateral del contrato, entre otros, siempre y cuando que esas estipulaciones no vayan en contra de normas imperativas, de las buenas costumbres, del principio de buena fe objetiva, ni mucho menos que comporten un ejercicio abusivo de un derecho, ni contraría el orden público”.

“El cambio de concepción ha significado entonces el pasar de entender que las entidades estatales exceptuadas del Estatuto Contractual no podían pactar cláusulas unilaterales, pues no contaban con la habilitación legal para hacerlo, a un entendimiento que, por el contrario, considera que, al igual que los privados, la habilitación deviene de la propia autonomía contractual.

“De esta manera, cuando una entidad estatal, regida por derecho privado, pacta una cláusula que confiere una facultad unilateral, al igual que ocurre con los privados, no debe entenderse nada diferente a que, en igual sentido, está habilitada para acudir a este tipo de pactos. Lo anterior pues, cada vez será más difícil entender cómo, aunque los privados puedan pactar este tipo de cláusulas, cuando la Administración se comporta como un privado más, ella no pueda celebrar estos mismos acuerdos”.

161. Desde la perspectiva de laudos arbitrales hay también pronunciamientos en este sentido.

162. En el laudo que dirimió el conflicto entre Orange Business Services Colombia S.A. contra Carvajal Propiedades E Inversiones S.A. del nueve (9) de junio de dos mil dieciséis (2016), llevado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se afirmó:

*“En el derecho positivo colombiano es un punto pacífico que el contrato también puede terminar por decisión unilateral de una de las partes, **en ejercicio de un pacto expreso de las mismas**, sin perjuicio de que su legalidad, o sus requisitos de procedibilidad, puedan ser revisados por la jurisdicción.”*

163. En el laudo del dieciocho (18) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) que dirimió las controversias entre Serviport S.A. y Ecopetrol se señaló:

“... la jurisprudencia ha reconocido la validez y eficacia de las cláusulas de terminación unilateral incluso en los contratos estatales, especialmente en los eventos en los que una entidad pública actúe como igual con un contratista particular, sin que por ello se entienda que se está ejerciendo una facultad excepcional o exorbitante o que se estén transgrediendo principios de la contratación administrativa.

“... la cláusula de terminación unilateral discrecional no constituye una condición potestativa habida cuenta de que esta se predica de circunstancias de las que pende el nacimiento de una obligación (suspensiva), y no, de aquellas que extinguen o aniquilan vínculos contractuales (resolutorias)”

164. En el laudo del doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019) que dirimió las controversias surgidas entre Embotelladora Capri Ltda. y Productos Alimenticios Alpina S.A. se afirmó:

“En esa materia -pacto de facultades unilaterales- puede afirmarse en general, sin perjuicio de distintas aproximaciones de que da cuenta el desarrollo histórico de la figura en la contratación privada -incluida la tesis de prohibición que sobre el particular pareció existir en algún momento-, que hoy en día, privilegiando la vigencia y aplicación del principio de la autonomía de la voluntad privada y la libertad contractual, se reconoce y se acepta la posibilidad de estipular facultades unilaterales a favor de los contratantes, por lo que, en esa medida, dichas estipulaciones, en principio, están dotadas de legalidad, son vinculantes para las partes y no son, per se, ineficaces o abusivas, sin perjuicio de la vigencia de conocidos mecanismos de control judicial que en este momento no es necesario referenciar.

“En lo que respecta a la facultad específica de terminación unilateral del contrato, tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que así como hay determinadas relaciones jurídicas en las que la terminación unilateral está expresamente permitida por el legislador, y otras en las que su admisibilidad tiene particular justificación, como en el caso de los contratos de duración indefinida, en los de larga duración y en aquellos en los que la confianza constituye el fundamento de la relación jurídica, no hay ningún tipo de prohibición normativa que se convierta en obstáculo para reconocer, en general, la validez del pacto de las partes en el sentido de otorgarle a aquellas la facultad de terminación del contrato”.

165. También prohijó la validez de las cláusulas de terminación unilateral el laudo que dirimió las controversias entre AUTONAL S.A. y SOFASA S.A. de veinticinco (25) de abril de dos mil diecisiete (2017).

166. Desde el frente doctrinal, hay conclusiones en la misma línea.

167. Pedro Lafont Pianetta:

“Cláusula de terminación unilateral. Es aquella mediante la cual se determinan motivos específicos para el ejercicio de la facultad de terminación, como puede ser la condición económica o presupuestal, la situación de mercado e, incluso, la mera voluntad de una de las partes. En ella también pueden preverse las consecuencias de dicha terminación, que bien puede ser la de no asumir obligación de indemnización cuando no exista responsabilidad o la de ser esta última limitada, según se vio anteriormente. En todo caso, dicha cláusula solamente resulta válida en la medida que no contraríe el orden público y las buenas costumbres ...”⁹⁵ (Destaca el Tribunal)

168. Ospina Fernández y Ospina Acosta:

“LA REVOCACIÓN UNILATERAL DE LAS CONVENCIONES. El precitado principio general que requiere para la revocación de las convenciones y contratos el acuerdo de todos los partícipes en la celebración de estos, sufre dos excepciones, a saber:

“a) En consideración a la naturaleza de ciertas convenciones o contratos, como el mandato (arts. 2189 y ss.), el arrendamiento de servicios (arts. 2047 y ss., 2066 y ss.), la confección de obra material (art. 2056), etc., para cuyo normal desarrollo son indispensables la inteligencia y la confianza entre las partes, la ley concede a cada una de estas el derecho potestativo para revocarlas por su sola voluntad; y b) Lo propio sucede cuando una sola de las partes o todas ellas se han reservado el derecho potestativo mencionado, (...)”⁹⁶

169. Jorge Oviedo Albán:

⁹⁵ Lafont Pianetta Pedro. Manual de Contratos. Tomo I. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 2001, pág. 264.

⁹⁶ Ospina Fernández Guillermo, Ospina Acosta Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Séptima edición. Temis. Bogotá, 2005. Pág. 504.

“Como se indicó en la introducción, cabe reiterar que en principio la legislación colombiana parte del supuesto de que los contratos se terminan, entre otras causas, por acuerdo entre las partes, tal como lo establecen los artículos 1602 y 1625 del Código Civil. Ello no obsta para que el propio Código Civil (CC) y también el de Comercio (Co), en ocasiones admitan la posibilidad de terminación unilateral del contrato. Esto, independientemente de que usen diferentes vocablos como revocación, renuncia, desistimiento, etc. También cabe agregar la posibilidad consagrada en el artículo 47 de la Ley 1480 de 2011, que permite el retracto en todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o proveedor, venta de tiempos compartidos o ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia.

En la doctrina española contemporánea, LUIS DÍEZ-PICAZO ha dicho que es posible admitir la terminación de una relación obligatoria por la voluntad de una de las partes, la cual puede tener su fundamento en la concreta atribución a uno o a ambos interesados, de la facultad de extinguir la relación, bien sea como consecuencia de una expresa disposición legal o en virtud de la concesión hecha a cualquiera de los contratantes por el negocio jurídico constitutivo de las obligaciones. Entre los autores colombianos también hay voces favorables a esta posibilidad, como la de LUIS FELIPE BOTERO-Aristizábal, al destacar que en la legislación nacional no hay prohibición para incluir y ejercer esta facultad. Igualmente, en Chile, en la doctrina se ha contemplado tal posibilidad, como es el caso de RENÉ ABELIUK-MANASEVICH, quien además de referirse a los casos expresamente contemplados en la ley indica que la revocación unilateral del contrato puede ser pactada por las partes, concediendo este derecho a cualquiera de ellas para desvincularse del mismo, ya sea al cumplimiento de algún evento determinado, por su sola voluntad, o previo pago de una indemnización”⁹⁷.

170. En la doctrina internacional Franceso Galgano:

“El contrato puede, sin embargo, permitir a una de las partes o a ambas partes la facultad de disolverlo mediante desistimiento unilateral (art. 1.373), derogando el principio en virtud del cual el contrato no puede disolverse más que por mutuo disenso (art. 1.372-1). Este es un acto unilateral de una parte que no exige, precisamente porque es un acto unilateral, la aceptación de la otra parte: basta que se ponga en su conocimiento; produce el efecto de disolver el contrato, según la regla propia de los actos unilaterales, en el momento mismo en que se comunica. (...)

⁹⁷ Oviedo-Albán, Jorge. La Cláusula de Terminación Unilateral del Contrato. Universitas. Num. 138. 2019.

“Por el contrario, en los contratos de ejecución continua o periódica el desistimiento es posible, aunque se haya iniciado la ejecución del contrato; pero salvo pacto en contrario, no tiene efecto respecto de las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución (art. 1.373-2). Con otras palabras, en los contratos de ejecución continua produce efecto desde que se comunica al otro contratante; en los contratos de ejecución periódica desde el momento de la ejecución de la prestación en curso en el momento de la comunicación del desistimiento. En todo caso, el desistimiento disuelve la relación contractual sin efecto retroactivo: el contrato conserva plena eficacia respecto del tiempo anterior a la fecha de eficacia del desistimiento, y las partes no pueden pretender la restitución de aquello que, hasta tal fecha, hayan prestado”⁹⁸

171. Gustavo Ordoqui Castilla:

*“En principio el contrato no puede depender de una sola voluntad en lo que se refiere a la extinción del vínculo obligacional. (...). El deudor o el acreedor, por principio, no pueden evadirse unilateralmente de sus obligaciones. Pero puede ocurrir que, por ley o por **acuerdo de las partes**, se haya regulado la facultad de rescisión unilateral Como posibilidad de que sea extinguido por este camino el vínculo obligacional”⁹⁹*

172. En fin, doctrina y jurisprudencia admiten la validez de las cláusulas de terminación unilateral. El Tribunal comparte esta apreciación y complementa, contra lo sostenido por la Convocante, que no puede sostenerse que las cláusulas de terminación unilateral deban entenderse como no escritas. En efecto, el fenómeno al que se refirió el apoderado de la Convocante en el hecho 5.138, conocido como ineficacia liminar, *in limine*, o de pleno derecho, requiere necesariamente disposición legal que la consagre. Está prevista por la ley mercantil en el artículo 897 del Código de Comercio, según el cual *“Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”*.

173. Varios ejemplos pueden proponerse de casos en los que la ley resta *in limine*, toda eficacia a un negocio o cláusula. El artículo 150 del estatuto mercantil dispone que se tendrán por no escritas las cláusulas que priven de toda participación en las utilidades a alguno de los socios; el artículo 318 consagra la misma sanción jurídica a las

⁹⁸ Galgano, Francesco. El Negocio Jurídico. Traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Tirant Lo Blanch. Valencia, 1992. Págs. 151 a a53.

⁹⁹ Ordoqui Castilla, Gustavo. Abuso de Derecho. Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Católica del Uruguay, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2010. Pág. 165.

estipulaciones tendientes a exonerar a los administradores de su obligación de rendir cuentas a la junta de socios; otro tanto ocurre, según el artículo 524 del Código de Comercio, respecto de las cláusulas que se acuerden contra lo previsto en la ley en materia de arrendamiento de locales comerciales; el artículo 1031 de esa misma codificación establece que no producirán efectos las cláusulas que en un contrato de transporte dispongan en contrario a las reglas sobre indemnización de perjuicios que regula ese mismo texto.

174. Y muchos otros ejemplos cabría proponer. Lo cierto es que la ineficacia liminar o de pleno solamente puede sostenerse frente a norma legal que así lo consagre. Respecto de las cláusulas de terminación unilateral, no solamente no existe norma alguna en ese sentido, sino que, por el contrario, como quedó explicado, la ley la admite, en virtud del principio de autonomía privada.

175. Ningún vicio jurídico existe frente a las cláusulas que se comentan. Como quedó dicho, su contenido material no contraría norma imperativa ni atenta contra el orden público o las buenas costumbres, motivo por el cual debe descartarse cualquier efecto de nulidad; además no envuelven condiciones puramente potestativas como lo recordaron la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del treinta (30) de agosto de dos mil once (2011) y el laudo de Serviport contra Ecopetrol, atrás citados. Sobre este último punto, se pronunció igualmente y en el mismo sentido, el aludido laudo arbitral que dirimió las diferencias entre AUTONAL y SOFASA.

176. Con apoyo en todo lo dicho concluye el Tribunal que las cláusulas de terminación unilateral de los contratos, son en general válidas, como manifestación del postulado de autonomía privada, y que en ese sentido pueden considerarse viables, de conformidad con la ley, para poner fin a relaciones contractuales. Por tanto, una vez pactadas en legal forma tienen efecto vinculante.

177. Destaca el Tribunal en este punto que el concepto rendido por el señor agente del Ministerio público es del todo coincidente con la posición que quedó ya expuesta.

5.2.4. Cláusula de terminación unilateral como cláusula abusiva

178. Como quiera que la Convocante en la demanda y en sus alegatos de conclusión se ha referido a las cláusulas de terminación unilateral como leoninas y abusivas, y a pesar de que no hay en la demanda pretensión dirigida a obtener declaraciones en ese sentido, considera oportuno el Tribunal examinar las aludidas cláusulas desde esta perspectiva, con el propósito de determinar si existe nulidad que deba ser declarada de oficio.

179. Para comenzar el punto es relevante poner de presente que la circunstancia de que el contenido de las cláusulas de terminación unilateral deba considerarse válido desde el punto de vista material, no descarta que tales cláusulas puedan, en eventos específicos, considerarse abusivas.
180. Comparte el Tribunal que *“una cláusula está conformada no solamente por su **contenido**, que consiste en la regulación o norma convencionalmente acordada acerca de un determinado aspecto del contrato, sino por su **continente**, esto es, la vía o cauce portador del acuerdo. Los dos aspectos, contenido y continente, forman la cláusula o acuerdo específico del correspondiente asunto, y la agregación de todas las cláusulas forman el negocio completo”¹⁰⁰.*
181. No es incompatible, jurídicamente hablando, que una cláusula tenga validez material con que ella pueda considerarse abusiva, en la medida en que tal carácter no proviene de que el contenido material de dicha cláusula contraríe la ley imperativa, el orden público o las buenas costumbres.
182. Así se señaló en el laudo arbitral de veintitrés (23) de febrero de dos mil siete (2007) que dirimió las controversias surgidas entre Punto Celular y Comcel:

“En efecto, la circunstancia de que el contenido material de una estipulación sea válido, no excluye la posibilidad de que se configure una cláusula abusiva, puesto que, según se ha explicado, no es la transgresión a la ley imperativa, el orden público o las buenas costumbres, lo que torna abusiva una cláusula, sino la ventaja marcada que persigue, el notorio desequilibrio que genera, su irrazonabilidad y falta de justificación, así, en abstracto, el contenido material de la cláusula, individualmente considerado, no resulte censurable”.

“Se plantean a continuación ejemplos de contenidos válidos pero que, según las circunstancias, podrían estar en cláusulas calificables de abusivas”.

(...)

“- Cláusulas que permitan al predisponente dar por terminado el contrato en cualquier tiempo y, especialmente, sin necesidad de explicación.”

¹⁰⁰ Laudo arbitral del veintitrés (23) de febrero de dos mil siete (2007). Punto Celular contra Comcel.

“En los eventos mencionados, el contenido mismo de la cláusula, no constituye, per se, motivo de ineficacia. Los ejemplos utilizados dan cuenta de estipulaciones cuyo contenido material no contraría ni las leyes imperativas, ni el orden público ni las buenas costumbres. Con todo, a pesar del contenido material, en abstracto válido, la cláusula podría resultar abusiva, si se dan las condiciones que el Tribunal ya tuvo oportunidad de destacar.”

183. También en el laudo del dieciocho (18) de julio de dos mil cinco (2005) que dirimió las controversias entre Manuel Espinosa y Fiduestado se recalcó la distinción que se comenta:

*“En verdad, **el análisis de una cláusula abusiva resulta completamente diferente del estudio de una cláusula inválida.** El juicio del juzgador no se centra en determinar los presupuestos de validez para declarar la nulidad y sus efectos consecuenciales; sino que entra a establecer los antecedentes, la calidad de las partes y el equilibrio contractual. De esta suerte, independientemente de que una cláusula no esté viciada, puede dejarse sin efectos, por considerarse abusiva.”*
(resalta el Tribunal)

184. Tal distinción también es reconocida por la doctrina. Jorge Suescún señala:

“En efecto debe subrayarse de entrada que el control judicial para prevenir y evitar las estipulaciones abusivas, no tiende – o no tiende necesariamente- a declarar la nulidad de tales estipulaciones, pues usualmente ellas no violan norma imperativa que lleve a su aniquilamiento (...)

“Por ello, la jurisprudencia que nos ocupa (se refiere a la sentencia de la Corte del diecinueve (19) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994)) habla de estipulaciones válidas y eficaces, lo que descarta su nulidad, pero que, sin embargo, son abusivas y, por tanto, irregulares. (...)

“ ...

“Se pone de presente, así, la distinción entre cláusula ilícita y cláusula abusiva, distinción que preconiza la doctrina en los siguientes términos: ‘(...) cláusula ilícita no es lo mismo que cláusula abusiva. La segunda es una cláusula que en sí misma es válida y no es criticable sino porque manifiesta un abuso de la posición o de la fuerza económica en que se encuentra uno de los contratantes, mientras que la cláusula ilícita

es contraria a disposiciones legales o reglamentarias'.(Larroumet, Christian. Teoría General del Contrato. V. I. 1993. Editorial temis P. 341)”¹⁰¹

185. Por tanto, corresponde examinar las cláusulas de terminación unilateral, con base en las cuales las Convocadas dieron por terminado el contrato celebrado con la Convocante, ya no desde su perspectiva de validez material, sino desde la óptica de su eventual condición de abusivas.

186. Para una completa explicación del tema, conviene presentar un breve recuento de lo que son las cláusulas abusivas. Aunque no hay definición legal de aplicación general al respecto¹⁰², la contenida la doctrina y la jurisprudencia han hecho importantes aproximaciones.

187. Pedro Lafont las concibe como “... *aquellas que, con vulneración de las reglas de la igualdad y el equilibrio contractual, son impuestas y otorgan a una de las partes contratantes una serie de atribuciones, o le exoneran otra serie de deberes o responsabilidades, o bien le imponen a la otra parte una serie de obligaciones, cargas o responsabilidades o le eliminan o le reducen seriamente sus derechos, en forma tan desproporcionada e irrazonable que al constituir un abuso en el ejercicio del derecho de contratar, (v. gr. Como sucede con los términos rescisiones, pruebas, variaciones prestacionales, responsabilidades, etc. de carácter abusivo contenidos en dichas cláusulas, etc.) tales cláusulas deben ser objeto de corrección en la forma que permita restablecer el equilibrio contractual, (...)*”¹⁰³

188. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo, en sentencia del dos (2) de febrero de dos mil uno (2001) (expediente 5670), con apoyo en Stiglitz y otros autores, la concibió así:

“En este sentido, la calificación de abusiva, leonina o vejatoria -entre otras denominaciones más enderezadas a relieves el resquebrajamiento o erosión de la justicia contractual- (...) responde, preponderantemente, al hecho de que ella socava el equilibrio prestacional que, en línea de principio, debe existir en todo contrato, (...)

“ ...

¹⁰¹ Suescún Melo, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo II. Segunda edición. Universidad de los Andes. Legis. Bogotá, 2003. Pág. 222

¹⁰² Para las relaciones de consumo el artículo 42 de la Ley 1480 de 2011, define a las cláusulas abusivas como “...aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza”

¹⁰³ Lafont Pianetta, Pedro. Manual de Contratos. Ob. Cit. p. 263.

“De ahí que la doctrina especializada haya calificado como abusiva -y de indiscutida inclusión en las llamadas “listas negras”, contentivas de las estipulaciones que, in radice, se estiman vejatorias-, aquella cláusula que favorece excesiva o desproporcionalmente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”.

189. Complementa la sentencia comentada, señalando las características de las cláusulas abusivas:

“(…) se advierten como características arquetípicas de las cláusulas abusivas – primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes”.

190. Merece destacarse en la perspectiva arbitral el laudo del cuatro (4) de junio de dos mil dos (2002) dictado en el proceso entre Valores y Descuentos Ltda. y Bellsouth S.A. (antes Celumóvil):

“La caracterización, entonces, de la cláusula abusiva, en palabras de Stiglitz, exige la presencia, por lo menos, de los siguientes elementos: “a) Que no haya sido negociada individualmente ...; b) Que al consumidor le sea presentada dicha cláusula ya redactada previamente; c) Que el consumidor no haya podido participar (o influir) en su contenido, y d) Que su contenido constituya una infracción a las exigencias de la buena fe “entendiendo que ello acontece” cuando cause, en detrimento del consumidor, o en beneficio exclusivo del predisponente, un desequilibrio relevante entre los derechos, y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Agrega el tribunal, en reiteración de lo dicho, que “la infracción a las exigencias de la buena fe” supone que está descartada la posibilidad de justificación y/o de razonabilidad de la estipulación, connotaciones estas que, desde luego, y según su nivel de relevancia, diluyen o eliminan los motivos de reproche, enmarcándola en el respeto del importante postulado del derecho de los contratos, y del derecho en general”.

“...

“Pero debe igualmente advertirse, como lo hace con aceptación generalizada la doctrina, acogida para el efecto por el tribunal, que la presencia de estipulaciones

*de perfil en mayor o menor grado cercano a los referentes tipificadores descritos, no se traducen, automáticamente, en descalificación o rechazo jurídico, pues la evaluación que siempre ha de hacerse, en el nivel de agresión del principio de la buena fe entendido en su contenido más amplio, supone la **carencia de razonabilidad y/o de justificación** de la regla incorporada al contrato, además del nivel de impacto que puede derivar del hecho de conocimiento o ignorancia del adherente, sobre la existencia misma de la estipulación. Además, es claro, y también generalmente aceptado, que no se trata de propender ni garantizar la milimetría contractual, por lo que se entiende que sólo en casos de desequilibrios marcados y manifiestos, en detrimento de la posición contractual del adherente y/o en beneficio desproporcionado y exclusivo del predisponente, se justifica abrir espacio a la posibilidad de enjuiciamiento del contenido negocial". (destaca el Tribunal)*

191. Esta concepción del abuso contractual, y, en particular lo atinente a la necesidad de que la cláusula que se examine otorgue ventajas notorias o imponga gravámenes desproporcionados de manera injustificada e irrazonable, se expuso también en el ya referido laudo que dirimió las diferencias entre Punto Celular y Comcel, así:

"Por supuesto, lo "excesivo" de la estipulación, su "injustificación" o "irrazonabilidad", su "desproporción", son asuntos que en cada caso deben ser cuidadosamente evaluadas por el juzgador. No existen, ni podrían existir, definiciones únicas, precisas y generalizables sobre tales características.

"Entonces, lo que, en determinado evento, atendidas sus especificidades, puede ser visto como justificado y razonable, en otro podría tenerse como injustificado. La renuncia a un derecho, por ejemplo, puede tener plena explicación en un determinado caso, dadas sus propias particularidades, pero no tenerla en otro diferente. La asunción de un determinado gravamen puede ser más que razonable en un caso, pero absurdo en otro distinto.

"Así, el juez debe indagar por las condiciones particulares de las partes, por las condiciones de hecho y de derecho que rodearon la celebración del contrato, por las que antecedieron su perfeccionamiento y por las que se produjeron con posterioridad al mismo, y en general, por todas las particularidades propias de cada caso, para concluir con acierto acerca de la configuración o no de una cláusula abusiva.

“Por tanto, debe concluirse que el carácter abusivo de una estipulación no se produce de manera automática y predefinida, ni a su configuración puede llegarse por el mero cotejo mecánico con un listado taxativo. Ello dependerá de la serena y profunda ponderación del juez, con base en las reglas de la sana crítica, y, se reitera, según las características y especificidades propias de cada caso particular.

“De lo anterior se sigue, lógicamente, que una misma cláusula puede ser considerada abusiva en un caso particular y no abusiva en otro. Un mismo contenido podría juzgarse abusivo frente a una parte, pero equilibrado y razonable respecto de otra. Insiste el Tribunal que la calificación de abusiva de una cláusula no responde a criterios puramente objetivos y automáticos, sino que varía en cada caso particular”.

192. Insiste el Tribunal en que la configuración de una cláusula abusiva es una cuestión de hecho. Cada caso debe ser estudiado desde diversas perspectivas para concluir con acierto si se está o no en presencia de una cláusula abusiva.

193. Como se recordó el citado laudo arbitral de Serviport contra Ecopetrol, “[l]a jurisprudencia ha señalado que el abuso del derecho es, en esencia, una *quaestio facti*, es decir, que su reconocimiento por el juez depende de las circunstancias especiales de cada caso en concreto y en especial del acervo probatorio con el cual se ha provisionado el respectivo litigio”.

194. Con base el referente conceptual que acaba de exponerse, corresponde abordar el estudio de las cláusulas de terminación unilateral pactadas en el Contrato de Prestación de Servicios, a efectos de determinar si no obstante la validez de su contenido material, se configuró como cláusula abusiva.

195. Lo anterior reviste particular importancia en la medida en que, de constatarse abuso en la inclusión de las referidas cláusulas, la consecuencia sería la nulidad absoluta de la estipulación¹⁰⁴, en cuyo caso, no obstante la inexistencia de pretensión en ese sentido, debería el Tribunal declararla de oficio por razón del mandato legal contenido en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó el artículo 1742 del Código Civil.

¹⁰⁴ El Tribunal comparte la tesis según la cual, no obstante la validez material de una cláusula abusiva, su inclusión, cuando ha sido impuesta por una de las partes, sin justificación ni razonabilidad, constituye una forma de abuso del derecho, lo cual, por constituir transgresión a la norma imperativa contenida en el ordinal primero del artículo 95 de la Constitución Política, configura la causal consagrada en el ordinal 1º del artículo 899 del Código de Comercio.

196. Para el efecto considera el Tribunal oportuno poner de presente ciertos aspectos particulares del contrato bajo examen.
197. No obra en el expediente prueba alguna de que las cláusulas de terminación unilateral hayan sido impuestas por las Convocadas a la Convocante. Por el contrario, en la cláusula 36.5, cuya validez y veracidad no ha sido puesta en duda a lo largo de este trámite arbitral, las partes dejaron manifestación de que “*expresamente reconocen que el CONTRATO ha sido negociado por ellas de manera libre, consciente y razonable*”. Por supuesto no es lo mismo que una cláusula de terminación unilateral se haya convenido libremente entre las partes a que haya sido producto de la imposición por una de ellas.
198. No obstante estar regido el negocio por las disposiciones del Derecho Privado, el Contrato de Prestación de Servicios, tiene el carácter de contrato estatal, según se explicó con anterioridad. Por tanto, le es predicable la característica de ser *intuitu personae*, según lo dispone el artículo 41 de la Ley 80 de 1993. Para el Tribunal no es lo mismo agregar una cláusula de terminación unilateral en un contrato en el que la consideración personalísima del sujeto con quien se contrata es determinante para la celebración del negocio, que hacerlo en uno en que tal consideración no existe. En los contratos *intuitu personae* resulta fundamental la especial confianza en las calidades del sujeto con quien se contrata.
199. El contrato objeto de debate es de ejecución sucesiva. Sobre el particular no existe duda alguna. Se trata de un contrato de suministro de servicios, lo que, de suyo, ubica al negocio en esta categoría. Para el Tribunal, tal característica, unida a la anterior, es de alta importancia, dado que el asunto de la confianza en las consideraciones personales del sujeto con quien se contrató, debe mantenerse a lo largo de la ejecución contractual, que, en el presente caso, se pactó por 5 años (cláusula 2). El examen del carácter de abusivas de las cláusulas de terminación unilateral puede diferir si el pacto se incorpora a un contrato de ejecución instantánea a si se pacta en uno de ejecución sucesiva.
200. Por razón de la naturaleza jurídica de las Convocadas, según quedó suficientemente explicado, deben estas, en desarrollo de su actividad contractual, dar aplicación a los principios de la función administrativa de que da cuenta el artículo 209 de la Constitución Política, dentro de los que están, los de igualdad y moralidad. Esta circunstancia agrega un perfil particular a las cláusulas de terminación unilateral, en el caso presente.
201. En suma, en el caso bajo examen encuentra el Tribunal que las cláusulas de terminación unilateral, fueron objeto de negociación entre las partes y no impuestas por las Convocadas a la Convocante; están contenidas en un contrato *intuitu personae*, de

ejecución sucesiva y acordado con entidades que en su contratación deben dar aplicación a los principios de moralidad y de igualdad. Esas características, plenamente demostradas, llevan al Tribunal a encontrar motivos que explican y justifican la inclusión de las cláusulas objeto de análisis.

202. Por lo tanto, El Tribunal, dadas las particularidades del presente caso, considera que no están demostradas circunstancias con base en las cuales pueda afirmarse que las cláusulas 2ª, párrafo 3º, y 26, numeral 26.2 del Contrato de Prestación de Servicios, contengan en favor de las Convocadas prerrogativas susceptibles de ser calificadas de irrazonables e injustificadas y que, por tanto, puedan considerarse abusivas. Por lo anterior y como quiera que el contenido material de las aludidas estipulaciones es válido, no encuentra el Tribunal causa de nulidad que deba declarar oficiosamente.
203. Además, el Tribunal pone de presente que aun si las cláusulas fueran abusivas, que no lo son, de cualquier manera no podría oficiosamente declarar la nulidad puesto que, como quedó explicado, el contenido material de las aludidas estipulaciones es válido, razón por la cual de ninguna manera podría aseverarse que una eventual nulidad por razón de abuso contractual, aparece de manifiesto en el contrato, requisito indispensable para la viabilidad de la declaración de oficio de las nulidades absolutas, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó el artículo 1742 del Código Civil.
204. Como consecuencia de todo lo dicho concluye el Tribunal que las Convocadas estaban contractualmente facultadas para dar por terminado el Contrato de Prestación de Servicios. Por tanto, la pretensión sexta de la demanda no está llamada a prosperar.
205. Por último, señala el Tribunal que el hecho de haberse tomado la determinación unilateral de terminación del Contrato de Prestación de Servicios estando suspendido el mismo, no altera las conclusiones a las que se ha llegado. En efecto, para el Tribunal la suspensión previamente decidida por las Convocadas, según consta en el expediente¹⁰⁵, solo tuvo por efecto detener temporalmente el desenvolvimiento del objeto contractual, por las razones en su momento aducidas relacionadas con el comportamiento del precio del petróleo, circunstancia que, contractualmente hablando, en nada limitaba o cercenaba el ejercicio de la facultad de terminación unilateral que se adoptó, como se sabe, con apoyo en hechos descubiertos con posterioridad a la aludida suspensión.

¹⁰⁵ Comunicación: folios 189 a 190 del Cuaderno de Pruebas número 2 y Acta de suspensión, folios 196 a 200.

5.3. Estudio del ejercicio de la facultad unilateral de terminación del contrato adelantado por las convocadas

206. Verificada la validez y el carácter no abusivo de las cláusulas de terminación unilateral contenidas en el Contrato de Prestación de Servicios, corresponde que el Tribunal examine el ejercicio mismo de la facultad otorgada por tal estipulación, puesto que el contenido de la pretensión quinta, en asocio con lo planteado en los alegatos de conclusión de la Convocante, en el sentido de que hubo abuso al darse por terminado el contrato, exigen pronunciamiento específico sobre la cuestión.

207. En efecto, en las conclusiones de sus alegatos finales, la Convocante al afirmar que *“Quedó probado que CENIT, ODC y OCENSA hicieron uso abusivo de la cláusula de terminación unilateral del Contrato”*¹⁰⁶ (resalta el Tribunal), sustenta tal aseveración con la siguiente cita: *“La posición dominante en una relación contractual se refiere a la posibilidad que tiene una persona, por razones de superioridad originadas en causas de variada índole, de dictar fijar los contenidos contractuales en un negocio, sin que importe que quien ostenta tal superioridad negocial tenga o no posición dominante frente al mercado en general.”*¹⁰⁷

208. Para el Tribunal, la Convocante mezcla dos fenómenos diferentes: las cláusulas abusivas y el ejercicio abusivo de una cláusula.

209. Lo relacionado con las cláusulas abusivas quedó ya expuesto. Se constató su validez material y que no hubo abuso en su inclusión en el contrato que vinculó a las partes. Corresponde ahora examinar si en ejercicio de la facultad unilateral de terminación del contrato hubo o no abuso del derecho.

210. La pretensión quinta se formuló así:

“Que se declare que CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S. – OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. vulneraron el derecho al debido proceso, al derecho de defensa y al derecho de contradicción en el marco del contrato de prestación de servicios al haber declarado la ocurrencia de una falta a la ética como causal de terminación unilateral del contrato sin haber adelantado previamente un procedimiento para que las convocantes pudieran ejercer los derechos mencionados con anterioridad ha dicho terminación unilateral del contrato”.

¹⁰⁶ Folio 486 del Cuaderno Principal número 4.

¹⁰⁷ Mismo folio 486 del Cuaderno Principal número 4, pie de página 197.

211. Aunque en la pretensión no hay referencia explícita al abuso del derecho, el Tribunal considera oportuno, a propósito del estudio de aquella, hacer mención de esta figura puesto que, como se dijo, en los alegatos de conclusión la Convocante sostuvo que tal figura había quedado demostrada.
212. Para despachar la pretensión debe el Tribunal recordar que, como está plenamente demostrado, la decisión de las Convocadas de dar por terminado el contrato no fue caprichosa, arbitraria o injustificada. Se acreditó que estuvo motivada por la constatación que en su momento hicieron en relación con el comportamiento de la Convocante frente al Código de Ética, plenamente demostrado a lo largo de este trámite arbitral, consistente en la intervención y participación de aquella en la elaboración de documentos que llegarían a ser parte de la invitación a presentar ofertas para la celebración.
213. Como se verá, el móvil y propósito de quien ejerce una facultad o derecho legal o convencional son determinantes para la configuración o no del abuso de del derecho.
214. En general, pueden identificarse en la doctrina dos criterios sobre configuración de esta figura.
215. Para el denominado criterio subjetivo el abuso supone que el agente actúe con el deliberado propósito de causar un daño con el ejercicio de su derecho, o por lo menos con el conocimiento de que tal ejercicio no reporta un beneficio propio. Lo explica con claridad Ordoqui:

“Para los que sustentan este criterio [el subjetivo], hay abuso del derecho cuando el derecho subjetivo se pone en ejercicio con el sólo ánimo e intención de perjudicar a otro sujeto, o, en cualquier caso, sin que su actuación origine un beneficio propio.

“El acto es abusivo cuando su móvil principal es dañar a otro, aún cuando puedan existir otros fines secundarios.

“RIPERT (ob.cit. No. 93) sostiene que lo importante en el abuso del derecho es la intención de causar daño a un tercero, y entiende que este instituto no está tanto enmarcado dentro del universo de la responsabilidad civil sino que se está más bien ante un deber moral de cumplir y ejecutar los derechos como los concede el orden jurídico.

“...

“Según este enfoque para que exista abuso de derecho se necesita la existencia de una conciencia de que se está actuando no para satisfacer el propio interés sino para perjudicar el ajeno.

“En esta categoría subjetiva se ubica también el criterio que propone determinar el abuso de derecho cuando **se actúa sin un interés serio o legítimo**. Si el derecho subjetivo se toma como el interés jurídicamente protegido (Ihering), el abuso estaría en actuar sin interés.”¹⁰⁸ (las negrillas son del texto original)

216. Por su parte el criterio objetivo, denominado también finalista o funcional explica la figura a partir de la finalidad de los derechos subjetivos y afirma que se configura el abuso cuando el ejercicio del derecho se desvía de tal finalidad. Al respecto afirma el citado autor lo siguiente:

“Cada derecho subjetivo es reconocido y respalda su exigibilidad para realizar un fin o cumplir determinada función (social o económica); lo que importa es el apartamiento del fin económico o social a que responde el derecho.

“(...

“Se debe comparar el **móvil** perseguido por el que ejerce el derecho subjetivo y el fin de la norma por la que éste fue reconocido. Si existe concordancia, el derecho se ejerció normalmente y si hay discordancia, se configura abuso de derecho.”¹⁰⁹ (las negrillas son del texto original)

217. En el mismo sentido Ricardo de Ángel Yagüez,

“... incurre en abuso del derecho el titular del mismo que lo ejercita de forma contraria a su finalidad”¹¹⁰.

218. En cuanto hace al abuso del derecho, específicamente en el ámbito de las cláusulas de terminación unilateral, Ordoqui dice:

¹⁰⁸ Ordoqui Castilla, Gustavo. Ob. Cit. Págs. 54 y 55.

¹⁰⁹ Ibídem, pág. 56.

¹¹⁰ Citado por Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. Derecho Privado. Estudios y Escritos de Derecho Patrimonial. Tomo III, volumen 1. Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2014, pág. 327.

“el derecho de receso, sea de origen legal o convencional, tiene particular relevancia pues de él deriva la extinción del vínculo obligacional existente entre las partes. Pero este derecho, como todo derecho subjetivo, si nos ejerce correctamente, puede prestarse para abusos.

“En esta materia el abuso de derecho se caracteriza por presuponer el ejercicio del derecho sin un motivo legítimo o sin una causa real de justificación.

“Se responde por el ejercicio abusivo del derecho de receso (renuncia, despido), no sólo cuando se actúa de mala fe sino también cuando se actúa sin un motivo justificado. El abuso de derecho, en estos casos, se determina, en términos de JOSSERAND (...) por la falta de justificación, independientemente de la malevolencia”

“...

“De lo expuesto se deduce que el ejercicio del receso unilateral es legítimo siempre que no se realice con exceso, o sea, con abuso del derecho”¹¹¹

219. El Tribunal comparte el criterio funcional, que en rigor no es estrictamente objetivo, y con base en él no observa en el comportamiento de las Convocadas desvío o alejamiento de la finalidad de las cláusulas de terminación unilateral. Por el contrario, se acreditó que el ejercicio de tal facultad se encaminó a su natural finalidad con apoyo en razones serias, atendibles y que en este proceso resultaron demostradas. No quedó probado lo contrario y mucho menos que en el proceder de las Convocadas hubiera existido intención de dañar.

220. Adicionalmente, la terminación unilateral se produjo con observancia del término de preaviso pactado lo cual elimina también, desde esta perspectiva, el abuso del derecho.

221. Ahora bien, la Convocante ha sostenido adicionalmente que tal determinación se adoptó sin que se surtiera un debido proceso y que, por tanto, se conculcó su derecho de defensa y de contradicción.

222. Para decidir este aspecto de la controversia el Tribunal comienza planteando la consideración de que la terminación contractual que en su momento decidieron las

¹¹¹ Ordoqui, Ob cit. Págs.. 323 y 324.

Convocadas, no constituyó, ni podía constituir, determinación de orden punitivo o sancionatorio. No se trató de un castigo o pena, -así no estaba convenido- ni se adujo incumplimiento contractual. Insiste el Tribunal que tal determinación se basó en una facultad contractualmente convenida que nada tiene que ver con imposición de castigos o sanciones contractualmente establecidos. Otra cosa es que dicha decisión se haya basado en la comprobación de conductas reprochables desde la perspectiva ética y que no se compadecían con los principios de igualdad y de moralidad que deben observar las Convocadas en su quehacer contractual.

223. Por esta razón, encuentra el Tribunal que frente a la decisión adoptada no era procedente adelantar un proceso sancionatorio contractual, ni era requerido como lo afirma la Convocante, poner a disposición pruebas, hacer imputación de cargos, traslado para descargos, decretar y practicar pruebas y proceder a alegaciones finales.

224. El llamado procedimiento sancionatorio contractual, regulado en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, está previsto para situaciones que comporten **incumplimiento contractual** y cubre únicamente a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. En el presente caso, ni las Convocadas están sujetas a dicho estatuto, según la excepción de la disposición contenida en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, ni la decisión tuvo como origen el incumplimiento, como quedó ya explicado.

225. Adicionalmente, el debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, se aplica a las "*actuaciones judiciales y administrativas*", cosa ajena a los hechos del caso. La terminación unilateral decidida por las Convocadas, no constituyó, ni podía constituir actuación administrativa y mucho menos judicial. Ahora bien, no desconoce el Tribunal que la jurisprudencia constitucional ha dicho que el debido proceso irradia otras actuaciones, pero siempre en el entendido de que se esté en presencia de una que esté enderezada a la imposición de sanciones, cosa que como se ha dicho, no aconteció en este caso.

226. Así pues, no encuentra el Tribunal de recibo el planteamiento que sobre este particular ha hecho la Convocante. Por tal motivo no prospera la pretensión quinta de la demanda.

5.4. Conclusión sobre el incumplimiento contractual que alega la convocante

227. Corolario de todo lo dicho es que la terminación unilateral que fue decidida por las Convocantes mediante comunicación del dos (2) de marzo de dos mil dieciséis (2016), no

constituyó incumplimiento contractual, razón por la cual no prospera la pretensión séptima de la demanda.

228. Por lo tanto, tampoco prospera la pretensión octava, ni su subsidiaria, en la medida en que éstas son consecuenciales de la séptima, así como tampoco las de condena. En contraste, prosperan las excepciones “1. *La terminación del Contrato por parte de las Convocadas se ajustó a lo consagrado contractualmente por las Partes y, por tanto, a derecho*” y “2. *Inexistencia de una violación al debido proceso, al derecho de defensa y al derecho de contradicción por parte de las Convocadas con ocasión de la terminación unilateral del Contrato*”, propuestas por las Convocadas.

D. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

229. El Tribunal señala que son varias y de fondo las concordancias que encuentra entre sus consideraciones y las expresadas por el señor Agente del Ministerio Público. En los siguientes párrafos se resumen dichas concordancias:
230. Según se ha sostenido a lo largo del laudo, el Contrato de Prestación de Servicios no se encuentra sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, sino por las disposiciones del Derecho Privado.
231. No obstante, las sociedades Convocadas tienen el deber de aplicar en su actividad contractual los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política.
232. Fueron contrarios al principio de moralidad y al Código de Ética de Cenit, los comportamientos llevados a cabo entre ciertos funcionarios de las partes que condujeron a que la Convocante participara en el diseño y estructuración de documentos que hicieron parte del procedimiento de invitación cerrada que terminó con la adjudicación a aquella del Contrato de Prestación de Servicios.
233. Son válidas las cláusulas de terminación unilateral pactadas en el Contrato de Prestación de Servicios.
234. La decisión adoptada por las Convocadas de terminar unilateralmente el contrato (i) fue ajustada a derecho; (ii) no fue abusiva ni arbitraria y (iii) no hubo violación al debido proceso contractual pues la terminación del contrato se fundamentó en cláusula válidamente pactada y conforme al procedimiento del propio contrato.
235. Deben despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda¹¹², y, por ello, no es procedente, en consecuencia, ninguna indemnización a favor de la sociedad Convocante.
236. No obstante estas coincidencias, el Tribunal se aparta del concepto del Ministerio Público en cuanto se refiere a la nulidad absoluta que solicita se declare. En efecto, no encuentra el Tribunal, en el presente caso, reunidos los requisitos necesarios para la configuración de tal nulidad, como se explica a continuación.

¹¹² En este punto el Tribunal entiende que el Procurador se refiere a las pretensiones relacionadas con la terminación del contrato.

237. De conformidad con la ley colombiana, la noción de causa impulsiva se asocia necesariamente a los móviles que, en concreto, llevan a los contratantes a declarar su voluntad. Tal es el alcance del artículo 1524 del Código Civil según el cual se entiende por causa *“el motivo que induce al acto o contrato”*.
238. Sobre esta noción, la causa ilícita, es decir *“la prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público”*, corresponde, según autorizada doctrina, *“a la de los móviles antisociales o inmorales, cuando estos sean determinantes de la celebración de los actos jurídicos”*.¹¹³
239. Para el Tribunal, es necesario que tales móviles, además de determinantes, sean compartidos o conocidos de todos los agentes del correspondiente contrato. *“En efecto, (...) nuestra Corte Suprema de Justicia ha interpretado la definición de la causa, traída por el art. 1524 del Código Civil, no como la del móvil subjetivo y secreto que induce a uno solo de los agentes a la celebración del acto o contrato, sino que ha de entenderse que dicha noción se refiere a ‘los móviles determinantes que han sido conocidos de las partes’, coordinando así la protección del orden social y de la autonomía de la voluntad privada con la seguridad del comercio y con el respeto debido a la buena fe”*¹¹⁴
240. En consecuencia, *“dos son las condiciones que se requieren en el derecho civil colombiano para que los móviles falsos o ilícitos aparejen las sanciones propias de la institución de la causa: a) que tales móviles sean determinantes, es decir, que ‘induzcan a la celebración del acto o contrato’; y b) que se trate de móviles comunes o, al menos, conocidos de todas las partes”*¹¹⁵.
241. Para el Tribunal, no están demostradas las aludidas condiciones. Del acervo probatorio no puede afirmarse, a juicio del Tribunal, que las conductas y propósitos de ciertos funcionarios de las partes, contrarias al Código de Ética de CENIT y al principio de moralidad, hayan sido el móvil determinante para la celebración del contrato¹¹⁶ y menos que tales conductas hayan sido comunes a las dos partes o conocidas por ambas. Las actuaciones de Jorge Castiblanco, de CENIT, no pueden ser vistas como propias de las convocadas, en la medida en que no está probado que tal funcionario hubiera tenido facultad o posibilidad de representar a las mismas.

¹¹³ Ospina Fernández, Guillermo, Ospina Acosta, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 278.

¹¹⁴ Ibídem, Pág. 283

¹¹⁵ Ibídem.

¹¹⁶ En aparte anterior de este laudo, el Tribunal señaló el origen y los motivos que indujeron a las partes a la celebración del contrato.

242. Tampoco encuentra el Tribunal configurada desviación de poder en la celebración del Contrato objeto de la controversia. Según sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018), *“La jurisprudencia y la doctrina clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías”*.
243. No encuentra el Tribunal que el Contrato de Prestación de Servicios objeto de este debate sea ajeno a cualquier interés público o que se haya celebrado por las Convocantes en desarrollo del un interés público diferente de aquél para el cual le fue conferida la competencia para celebrarlo.
244. Por tanto, el Tribunal se abstendrá de declarar la nulidad absoluta del contrato *sub examine*.

E. RESUMEN DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y LAS EXCEPCIONES DE MERITO PROPUESTAS POR LAS CONVOCADAS

245. El Tribunal procederá a hacer un breve recuento de su decisión concreta respecto de las pretensiones de la demanda y las defensas de mérito que plantearon las convocadas.
246. El Tribunal no acogerá la excepción denominada “8. *Falta de competencia del tribunal para conocer la pretensión tercera declarativa y primera de condena (en lo que respecta al daño reputacional y lucro cesante) solicitadas en la Demanda – Transacción*”.
247. De las pretensiones declarativas, prosperan las pretensiones primera y segunda.
248. Por el contrario, del mismo grupo de pretensiones, no se acogen la tercera; la cuarta; la quinta; la sexta; la séptima; la octava; ni la subsidiaria de la octava.
249. Por su carácter de consecuenciales de las anteriores peticiones de la demanda que fracasaron, tampoco prosperan las pretensiones de condena primera; subsidiaria de la primera; segunda, tercera y cuarta.
250. Por el contrario, conforme con sus anteriores consideraciones, encontró el Tribunal precedentes las excepciones de mérito denominadas: “1. *La terminación del Contrato por parte de las Convocadas se ajustó a lo consagrado contractualmente por las Partes y, por tanto, a derecho*” y “2. *Inexistencia de una violación al debido proceso, al derecho de defensa y al derecho de contradicción por parte de las Convocadas con ocasión de la terminación unilateral del Contrato*”, toda vez que quedó demostrado que las Convocadas terminaron unilateralmente el Contrato de Prestación de Servicios de conformidad con lo pactado en las cláusulas 2 y 26, potestad que, como se señaló anteriormente, está justificadas legal, jurisprudencial y doctrinalmente.
251. Respecto de la excepción denominada “4. *Inexistencia de un uso indebido de la información por parte de las Convocadas que implique una violación al Código de Ética de Cenit*”, también determinó el Tribunal su prosperidad habida cuenta que en el análisis de la pretensión tercera declarativa quedó probado que ni CENIT, ni OCENSA, ni ODC hicieron uso indebido de la información suministrada por Varichem a Jorge Castiblanco, funcionario de CENIT.
252. También por haberse demostrado falta de diligencia y de buena fe exenta de culpa de Varichem en lo que se refiere a la entrega de información a CENIT, por intermedio de Jorge Castiblanco funcionario de esta compañía, se declarará la procedencia de la

excepción denominada “6. Alegación de su propia culpa e incumplimiento del principio ‘venire contra factum non valet’”.

253. Ahora bien, en la medida en que han prosperado las excepciones atrás señaladas, que conducen a rechazar las pretensiones de la demanda -salvo las pretensiones 1ª y 2ª relacionadas con la celebración del contrato y su régimen legal aplicable-, el Tribunal se abstendrá de examinar las restantes, de conformidad con el inciso tercero del artículo 282 del Código General del Proceso.

F. JURAMENTO ESTIMATORIO

254. El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, dispone que, si la cantidad estimada bajo juramento excediere en un 50% la que resulte probada, se condenará a la parte a pagar a favor del Consejo Superior de la Judicatura una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la suma estimada y la probada. Dicha sanción será del cinco por ciento (5%) cuando quien estimó los perjuicios no los demuestre.
255. Dos son los supuestos que prevé la norma para la aplicación de la sanción; el primero consiste en que, probado que se debe la indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, su valor sea inferior a la mitad de la suma estimada; y el segundo, que no se demuestre perjuicio alguno. En ambos casos se considera que el litigante ha sido desmedido en su reclamación, bien porque prueba menos de lo que pide o porque no prueba nada de su aspiración y, por ende, debe ser sancionado.
256. Al estudiar el artículo 206 antes mencionado, la Corte Constitucional, en sentencia C-157 de 2013, declaró la constitucionalidad condicionada de su parágrafo único *“bajo el entendido de que tal sanción por falta de demostración de los perjuicios, solo procede cuando la causa de la misma sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”* y consideró que *“existe un escenario hipotético, relativo a una interpretación posible de la norma en el cual se podría sancionar a la parte pese a que su obrar haya sido diligente, cuando la decisión de negar las pretensiones obedece a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado, lo cual resulta desproporcionado”*.
257. La anterior conclusión de la Corte Constitucional guarda relación con la exposición de motivos que dio lugar a la expedición del Código General del Proceso, oportunidad en la que se señaló que la institución que aquí se analiza fue creada con el fin de disuadir a las partes de formular demandas temerarias o altamente infundadas.
258. Así lo ha reconocido además la jurisprudencia, la que, en relación con el tema ha señalado:

“Frente a las sanciones previstas en el juramento estimatorio (artículo 206 de la Ley 1564 de 2012) la Corte ha dicho que estas tienen finalidades legítimas. Dichos objetivos versan sobre el deber de preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas” en el sistema procesal colombiano. Ha dicho además que estas están fundamentadas en la

violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia, que puede ser afectado a través de la inútil, fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia”¹¹⁷

259. De lo anteriormente expuesto, el Tribunal Arbitral concluye que la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso sólo resulta procedente en el evento en que se advierta que la estimación se realizó de manera temeraria. Por lo demás, dicha sanción no será aplicable cuando la decisión de negar o conceder las pretensiones en un menor valor al estimado obedezca a motivos ajenos a la voluntad de la parte, y a pesar de su obrar leal y diligente.

260. Preciado lo anterior, conviene revisar lo acontecido en el presente caso, a fin de determinar si procede o no la sanción que aquí se viene estudiando.

261. En lo que se refiere a la demanda, si bien es cierto las pretensiones de condena no prosperaron por falta de demostración del incumplimiento de las Convocadas, no encuentra el Tribunal acreditada una conducta temeraria de la Parte Convocante, como tampoco se observa descuido, negligencia o incuria en el actuar de su apoderado, que las haga merecedoras de la penalidad.

¹¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-067 del diecisiete (17) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Expediente D-10874.

G. CONDENA EN COSTAS

262. Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, es decir, aquellos que se asignan a la parte victoriosa por la defensa judicial adelantada.

263. Los honorarios y gastos del proceso, que surgen de su carácter arbitral, fueron determinados por el Tribunal y fueron asumidos por ambas partes, en idénticas proporciones, como quedó dicho en el aparte de Antecedentes y Aspectos Procesales de este laudo.

264. Tales honorarios y gastos, junto con lo que fue necesario sufragar por ambas para la elaboración de la experticia técnica en informática, fueron los siguientes:

COSTOS	SUMA DECRETADA	IVA	VALOR TOTAL
Honorarios de los Árbitros	\$696.069.225	\$132.253.153	\$828.322.378
Honorarios de la Secretaria	\$116.011.538	\$22.042.192	\$138.053.730
Gastos de Administración	\$116.011.538	\$22.042.192	\$138.053.730
Otros Gastos	\$10.000.000	\$0	\$10.000.000
Honorarios del Perito en Informática	\$12.000.000	\$2.280.000	\$14.280.000
Gastos del Perito en Informática	\$3.000.000	0	\$3.000.000
TOTAL	\$953.092.301	\$178.617.537	\$1.131.709.838

265. El Tribunal estima como agencias en derecho para efectos de esta condena en costas la suma de doscientos treinta y dos millones (\$232.000.000), equivalente a los honorarios de un árbitro.

266. Como ya fue expresamente señalado por el Tribunal, no prosperaron las pretensiones de la demandante que presentó a consideración del Tribunal, salvo la primera y segunda, sin embargo, las mismas no planteaban un punto de controversia entre las partes. Por el contrario, varias de las excepciones propuestas se han encontrado probadas, enervando de esta manera el resto de pretensiones de la demanda, lo que constituye a Varichem como la parte vencida de este litigio.

267. El numeral 1º del Artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a tal parte vencida. Se insiste que para el Tribunal la prosperidad de las dos primeras pretensiones, que versaron en realidad sobre asuntos jamás disputados, no cambia la conclusión.

268. En mérito de dicha regulación, el Tribunal, condenará a la parte demandante a pagar el ciento por ciento (100%) de las costas del proceso y de las agencias en derecho antes señaladas.
269. Para el efecto, como ya se dijo, el Tribunal tiene en cuenta que fue acreditado en el proceso que Varichem asumió el cincuenta por ciento (50%) de todos los honorarios y gastos, incluido lo relativo al perito informático, lo que equivale a la suma de quinientos sesenta y cinco millones ochocientos cincuenta y cuatro mil novecientos diecinueve pesos (\$565.854.919), por lo que, para pagar las costas y agencias en derecho a su cargo, según se liquidaron en este aparte, deberá descontar lo que ya fue pagado al Tribunal. En consecuencia, Varichem deberá reintegrar a la parte demandada la suma total de setecientos noventa y siete millones ochocientos cincuenta y cuatro mil novecientos diecinueve pesos (\$797.854.919), que se distribuirá entre ellas en partes iguales.

H. DECISIÓN

Con base en las consideraciones que anteceden, este Tribunal Arbitral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Declarar no probada la excepción de la contestación a la demanda denominada “8. Falta de competencia del tribunal para conocer la pretensión tercera declarativa y primera de condena (en lo que respecta al daño reputacional y lucro cesante) solicitadas en la Demanda – Transacción”.

Segundo. Declarar que “el 17 de noviembre de 2015 entre CENIT TRANSPORTE Y LOGÍSTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S., OLEODUCTO CENTRAL S.A. y OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. en condición de Contratantes, por una parte, y por la otra, la Unión Temporal VARICHEM LAMOR conformada por VARICHEM DE COLOMBIA G ENVIRONMENTAL PROTECCION SERVICE S.A.S GEPS. INC y LAMOR CORPORATION AB en condición de Contratista, se suscribió el ‘CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR’ cuyo objeto es la prestación de los servicios especializados para la administración de planes de contingencia y atención y respuesta de emergencias por derrame de hidrocarburos en las operaciones del puerto petrolero de Coveñas”, según lo pedido en la pretensión primera de la demanda.

Tercero. Declarar que “al ‘CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS No. 8000001455 CENIT TRANSPORTE Y LOGISTICA DE HIDROCARBUROS S.A.S. - OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OLEODUCTO DE COLOMBIA S.A. Y UT VARICHEM LAMOR’ se le aplican las normas de derecho privado consagradas en el Código de Comercio y demás disposiciones concordantes”, según lo pedido en la pretensión segunda de la demanda.

Cuarto. Declarar probadas las siguientes excepciones propuestas por las Convocadas: “1. La terminación del Contrato por parte de las Convocadas se ajustó a lo consagrado contractualmente por las Partes y, por tanto, a derecho”; “2. Inexistencia de una violación al debido proceso, al derecho de defensa y al derecho de contradicción por parte de las Convocadas con ocasión de la terminación unilateral del Contrato”; “4. Inexistencia de un uso indebido de la información por parte de las Convocadas que implique una violación al Código de Ética de Cenit”; y, “6. Alegación de su propia culpa e incumplimiento del principio ‘venire contra factum non valet’”.

Quinto. Denegar las pretensiones declarativas tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava y su subsidiaria y, consecencialmente, las pretensiones de condena primera y su subsidiaria, segunda, tercera y cuarta.

Sexto. Abstenerse de examinar las restantes excepciones propuestas por las convocadas, de conformidad con lo señalado en el artículo 282 del Código General del Proceso.

Séptimo. Condenar a Varichem de Colombia G Environmental Proteccion Service S.A.S. (G.E.P.S. INC) a pagar a Cenit Transporte y Logística de Hidrocarburos S.A.S. – CENIT; a Oleoducto Central S.A. – OCENSA y a Oleoducto de Colombia S.A., integrantes de la parte demandada, la suma de setecientos noventa y siete millones ochocientos cincuenta y cuatro mil novecientos diecinueve pesos (\$797.854.919), por concepto de costas del proceso y agencias en derecho, de acuerdo con la liquidación contenida en la parte motiva del laudo, en un plazo no mayor a cinco (5) días desde la ejecutoria del presente laudo.

Octavo. Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios de los árbitros y de la Secretaria del Tribunal, por lo cual se ordena realizar el pago del saldo en poder de la Presidente del Tribunal, junto con el IVA respectivo, y se dispone que las partes deberán expedir y entregar los respectivos certificados de las retenciones practicadas respecto de los honorarios y gastos pagados.

Noveno. Disponer que, en la oportunidad legal, la Presidente del Tribunal rinda las cuentas de las sumas entregadas por las partes para cubrir los honorarios y gastos de este proceso, y, si es del caso, haga la devolución de cualquier saldo que quedare.

Décimo. Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, en la oportunidad correspondiente, y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Undécimo. Disponer que, en firme esta providencia, se archive el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Notifíquese y Cúmplase,

ADRIANA MARÍA POLANIA POLANIA
Presidente

SERGIO MUÑOZ LAVERDE
Árbitro

HERNANDO YEPES ARCILA
Árbitro

MÓNICA RUGELES MARTÍNEZ
Secretaria