

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

PROCESO ARBITRAL PROMOVIDO POR

INVERSIONES E INGENIEROS ORIENTALES LTDA. –
INOR LTDA.

contra:

PRODUCTORA DE PAPELES S.A. -
PROPAL

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, trece (13) de Junio de dos mil cinco (2.005)

Agotado el cumplimiento de las etapas procesales previstas en las normas que regulan el Arbitramento institucional, mediante el presente Laudo Arbitral se desatan las controversias planteadas en la demanda arbitral de INOR LTDA. contra PRODUCTORA DE PAPELES S.A. – PROPAL, y en la demanda de reconvención de ésta contra aquella, sometidas a su decisión en Derecho.

Habiéndose suspendido el Tribunal en varias oportunidades a petición de las partes, prorrogándose así su plazo hasta el día 11 de Agosto de 2.005, el presente Laudo es dictado dentro de la oportunidad establecida en el auto en el cual se declaró competente.

1. ANTECEDENTES

1.1. CLÁUSULA COMPROMISORIA

Mediante documento de fecha 16 de Agosto de 2.000, las partes celebraron un contrato que denominaron “CONTRATO

DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE OUTSORCING DE MANEJO, RECIBO, MOVILIZACIÓN, CARGUE, DESCARGUE DE MATERIA PRIMA BÁSICA, LODOS, CENIZAS Y OTROS, CARGADORES, No. 127-00 PROPAL-INOR". En el mismo, cláusula décimo tercera, pactaron la cláusula compromisoria, de acuerdo a la cual las controversias referentes a la ejecución y liquidación del contrato se resolverían por el procedimiento arbitral, por tres árbitros que fallarían en Derecho, y cuyo funcionamiento, que sería en Cali, se llevaría a cabo de acuerdo a lo previsto en la ley y en el reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

Mediante documento de la misma fecha del anterior, del cual es anexo No. 12 (Contrato de arrendamiento de equipos), las partes establecieron una cláusula compromisoria independiente, de acuerdo a la cual, las controversias se resolverían por el mismo Tribunal que se conforme de acuerdo al contrato de outsourcing, por ser el de arrendamiento un anexo y contrato accesorio de ese.

Posteriormente, mediante documento sin fecha, titulado "ACUERDO DE LAS PARTES PARA MODIFICACIÓN DE CLÁUSULA COMPROMISORIA DEL CONTRATO No. 127-00 TERMINADO DESDE EL DÍA 6 DE OCTUBRE DE 2.002", las partes modificaron la cláusula compromisoria del citado contrato y del anexo No. 128-2000, suscrito el 16 de Agosto de 2.000, en el sentido de designar árbitros para la primera controversia con ocasión del citado contrato y sus anexos. Designación que recayó en los árbitros que están ejerciendo sus funciones en este Tribunal.

1.2. ACTUACIONES PREVIAS DEL TRIBUNAL. COMPETENCIA

El Centro de Conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali recibió la demanda de INOR contra PROPAL el 1 de Diciembre de 2.003, procediendo a la

integración del Tribunal, con los suscritos árbitros designados previamente por las partes. Este se instaló el día 29 de Diciembre de 2.003, designó al secretario, recibió el expediente, y asumiendo provisionalmente competencia inició los trámites preliminares de estudio de la demanda, admisión, traslado, recepción y traslado de la demanda de reconvención, traslado de las excepciones de mérito de ambas partes y audiencia de conciliación, en la cual no hubo acuerdo. Luego, asumió en firme su competencia, fijó en seis (6) meses el término para dictar el Laudo, estableció el valor de los honorarios de los árbitros y el secretario, y de los gastos de administración, los cuales fueron consignados en término por las partes, iniciándose la etapa probatoria.

1.3. RESUMEN DE LA DEMANDA DE INOR, CONTESTACION Y EXCEPCIONES DE MÉRITO DE PROPAL.

Se resumirán las diferencias, pretensiones y hechos, colocando a continuación de cada uno, o de la agrupación que se haga de los que se refieren al mismo tema, las manifestaciones que al respecto hace PROPAL en su contestación. Al final se resumirán las excepciones de PROPAL contra la demanda de INOR.

1.3.1. Diferencias:

En el capítulo IV de la demanda, se refiere INOR a la diferencia con PROPAL, sometida a este Tribunal, manifestando que ella "... surge como consecuencia de la terminación injusta y unilateral que hiciera PROPAL S.A. del contrato de prestación de servicios, outsourcing, de manejo, recibo, movilización, cargue, descargue de materias primas básicas, lodos y otros, celebrado el 15 de Agosto del año 2.000".

PRONUNCIAMIENTO DE PROPAL: Manifiesta que el contrato fue terminado con justa causa " ... como queda

demostrado en la contestación de la demanda y en la demanda de reconvención”.

1.3.2. Pretensiones:

PRIMERA PRINCIPAL, PRIMERA Y SEGUNDA SUBSIDIARIAS: Solicita que se declare totalmente inexistente el otrosí “supuestamente” firmado el 31 de Enero de 2.002, identificado con el No. 127-00, por medio del cual se reformó el contrato del 15 de Agosto de 2.000, y en consecuencia, se declare que dicho otrosí no nació a la vida jurídica y le es inoponible a INOR, por cuanto su representante legal no estaba autorizado por la Junta de Socios para celebrar dicho convenio, de acuerdo a lo previsto en los estatutos sociales, sobre limitaciones de cuantía. Subsidiariamente (PRIMERA SUBSIDIARIA) solicita que dicho otrosí sea declarado absolutamente nulo, por iguales razones, y como SEGUNDA SUBSIDIARIA, que se le declare totalmente ineficaz y en consecuencia inoponible a INOR, por falta de presupuestos legales en su tramitación.

PRONUNCIAMIENTO DE PROPAL: Después de oponerse a todas las pretensiones en general, se opone a la primera principal, en particular, y a sus dos subsidiarias, aduciendo que el representante legal de INOR sí estaba facultado para suscribir el citado otrosí. Manifiesta que en caso de decretarse la nulidad del otrosí, INOR debería ser condenado a restituir a PROPAL los valores pactados en exceso en el otro sí, en relación con el contrato principal que se estaba modificando. Petición que ampara en lo previsto en el art. 1746 del C. Civil.

SEGUNDA Y TERCERA PRINCIPALES: Solicita que se declare como único contrato válido entre las partes el principal, o sea el suscrito el 15 de Agosto de 2.000, con vigencia de cinco años, y que INOR cumplió a cabalidad con todas las obligaciones legales y contractuales, derivadas de dicho contrato.

PRONUNCIAMIENTO DE PROPAL: Se opone a la segunda principal por cuanto el otrosí es un anexo del contrato principal, que tuvo por objeto modificar la cláusula compromisoria del contrato 127-00 “todos firmados por los representantes legales de ambas partes”. A la tercera principal se opone por el incumplimiento reiterado y grave de sus obligaciones, por parte de INOR, lo cual dio lugar a la terminación del contrato, por justa causa.

CUARTA, QUINTA, SEXTA, SÉPTIMA Y OCTAVA PRINCIPALES: Solicita que se declare que PROPAL dio por terminado el contrato de fecha 15 de Agosto de 2.000, en forma unilateral e injusta, por lo cual deberá ser condenada a indemnizar a INOR los daños y perjuicios causados con tal conducta, los cuales se refieren al daño emergente y al lucro cesante. El primero desde la fecha en que se declaró terminado el contrato, el 6 de Septiembre de 2.002, hasta aquella en que legalmente se hubiese terminado, o sea el 15 de Agosto de 2.005, y por concepto del segundo, por la rentabilidad dejada de percibir por INOR, por no haber recibido de PROPAL el valor pactado. Sumas que deberán tener intereses moratorios, desde la fecha de ejecutoria del Laudo hasta que sean pagados efectivamente. Igualmente solicita que se condene a PROPAL al pago de las costas y agencias en Derecho del presente proceso Arbitral.

PRONUNCIAMIENTO DE PROPAL: Se opone, alegando la causa justa de la terminación del contrato, lo cual no generaría ningún perjuicio. Manifiesta que la expectativa de tres años de indemnización tampoco es válida, toda vez que el mismo contrato contempla la posibilidad de darlo por terminado con seis meses de anticipación, si se termina a partir del tercer año de su vigencia. Por lo tanto la expectativa indemnizatoria sería a lo sumo de seis meses y no del resto de la vigencia del contrato. Se opone igualmente a los intereses de mora, por no haber bases para calcularla, no habiendo dinero a pagar, y a la condena en costas y

agencias en Derecho, por ser INOR la que ha iniciado la acción, que califica de temeraria.

1.3.3. Hechos:

PRIMERO AL NOVENO: Resume INOR la constitución y objeto social de ella y de PROPAL, para referirse luego a la licitación que en Marzo de 2.000 abrió PROPAL para contratar “una firma especializada para el manejo de materias primas, desechos sólidos, el suministro, mantenimiento y operación de los equipos utilizados en el manejo de materias primas, producto terminado y desechos sólidos en las plantas No. 1 y No. 2 de PROPAL”, señalando como fecha de cierre el 18 de Abril de 2.000. En los pliegos licitatorios se precisaron las cantidades de carga que debieran ser movilizadas, estimados por años, costos por tonelada transportada y equipo que debería utilizarse.

Dice que INOR se presentó a la licitación, basando su propuesta económica, fundamentalmente, en el volumen de materiales para movilizar, lo cual generaría ingresos grandes. Además, dice que se justificó una propuesta considerablemente baja, en atención a que PROPAL ofreció dar en comodato el equipo que el contratista requeriría para la prestación del servicio. INOR fue declarada como adjudicataria de la licitación, habiéndose firmado el correspondiente contrato, distinguido con el No. 127-00 del 15 de Agosto de 2.000, en cuantía indeterminada pero con un estimado de \$2.160.657.000.00, por año, pactándose tarifas unitarias por tonelada manejada y por metro cúbico movilizado. Recalca INOR los motivos que la llevaron a licitar en la forma que se ha explicado, y termina diciendo que la realidad fue muy diferente, por el cambio de las condiciones, por parte de PROPAL, “... lo cual nos indica la falta de transparencia en las ofertas de contratación por parte de PROPAL”.

PRONUNCIAMIENTO DE PROPAL: Acepta PROPAL los hechos referentes a la existencia y objeto social de las partes. En cuanto al objeto de la licitación dice que esas actividades las venía desarrollando PROPAL desde el inicio de su existencia, sin ningún inconveniente y resultados óptimos, y que el motivo de la licitación y contratación de terceros fue el de economías de escala y especialización en la ejecución de labores. Dice que con esa experiencia se hicieron los estimados de carga, costos y equipos, que aparecen en los pliegos licitatorios. Acepta como cierto que INOR se presentó como compañía experta en los temas objeto de la licitación, pero que en el desarrollo del contrato evidenció desconocimiento e ineptitud en los trabajos encomendados.

Continúa expresando que no le constan los cálculos y expectativas de INOR para licitar, y reitera los incumplimiento de dicha sociedad, manifestando desconocimiento de las labores contratadas y de sus costos, habiendo solicitado en ocho oportunidades reajustes al contrato, sin soporte jurídico alguno. Además no tuvo los equipos requeridos ni la capacidad para operar y mantener los que PROPAL le entregó en arrendamiento. Respecto a los equipos dice que no es cierto que PROPAL haya mencionado en la oferta licitatoria ningún comodato. Por el contrario, se refirió a la venta de los equipos, y posteriormente, de mutuo acuerdo, las partes pactaron el arrendamiento de los mismos, por un precio irrisorio, “que en la práctica ... equivalía a un comodato solo en beneficio de INOR”, que en lugar de haber sido de \$642.290.000 mes, fue de solo \$6.000.000 por mes. Concluye diciendo que la oferta de PROPAL era clara, y que INOR en la suya incluyó unos precios bajos, con el objeto de sacar a los demás licitantes y ganarse la licitación, violando así lo dispuesto en el art. 863 del C. de C., sobre la buena fe exenta de culpa, en el período precontractual. En cuanto a la etapa contractual, dice que desde el inicio del mismo “INOR presentó deficiencias en el servicio por falta de coordinación y por falta de equipo disponible”.

DÉCIMO AL DOCE: Se refiere al contrato de arrendamiento de equipos (No. 128-00), por \$6.000.000.00 mensuales y por el mismo término de cinco años del contrato principal, es decir el 127-00 de prestación de servicios outsourcing. Recalca la obligación de INOR para con PROPAL, de asumir por su cuenta y riesgo, con total autonomía, equipos y personal propios, el objeto del contrato, “para satisfacer en forma oportuna y eficiente las necesidades de tal servicio para la producción de papeles de PROPAL”. A continuación hace un recuento de los anexos del contrato principal, diciendo que contenían “... las especificaciones, ciclos, cantidades de carga estimadas por año, costos por tonelada transportada y por equipo utilizado, las especificaciones de cada material y las cantidades de carga a movilizar sin garantizar cantidades mínimas”. Termina manifestando que las partes designaron como coordinadores administrativos a Luis F. Lesmes, por PROPAL y a René Paredes, por INOR.

PRONUNCIAMIENTO DE PROPAL: Manifiesta que es cierto lo del contrato de arrendamiento de maquinarias, pero no que se hubiera cambiado lo ofertado. Dice que las partes estuvieron de acuerdo, y firmaron, un contrato de comodato disfrazado de arrendamiento, para favorecer a INOR con el precio. Dice que si ese contrato de arrendamiento no formaba parte de la licitación era simplemente porque las partes resolvieron al final darle esa modalidad, por las razones y precio ya explicados. Acepta el hecho 11, relativo a la obligación de INOR de cumplir frente al contrato con autonomía, equipos y personal propios, y acepta además la existencia de los anexos del contrato, agregando que regulaban también lo referente a “seguridad industrial, garantía y el arrendamiento de equipos”. Termina afirmando que el hecho doce es una confesión de que PROPAL nunca garantizó cantidades mínimas.

TRECE Y CATORCE: Se refieren a los límites económicos establecidos en los estatutos de INOR para que el gerente se pudiera obligar, y al agotamiento de la autorización de la

Junta de Socios para tal efecto, lo cual se produjo al firmar el contrato principal de servicios de outsourcing y el de arrendamiento de los equipos.

PRONUNCIAMIENTO DE PROPAL: Si bien la limitación estatutaria del gerente de INOR era cierta, la autorización que le dio la Junta de Socios (Acta 79 del 7 de Junio de 2.000) era suficiente no solamente para suscribir el contrato de servicios de outsourcing y el de arrendamiento de los equipos, sino todos los demás que se desprendieran del mismo, como se colige de su texto, en el cual se indica específicamente la autorización para “llevar a cabo las negociaciones referidas y firmar los respectivos contratos por las cuantías que sea necesario, por el tiempo requerido y poder comprometerse con las garantías que requiera la negociación incondicionalmente”. Concluye diciendo que, de no ser ciertas esas atribuciones, el Gerente y los demás directivos responderían solidariamente con su patrimonio, de acuerdo con la ley.

QUINCE AL DIECICETE: En estos hechos se queja INOR de las dificultades que tuvo para ejecutar los contratos celebrados con PROPAL, por lo que califica las conductas y actuaciones de mala fe de ésta, lo cual se le puso de manifiesto al Presidente de PROPAL, en carta del 17 de Agosto de 2.001. Las quejas de la citada carta se refieren a que INOR no había podido tener la autonomía administrativa pactada en los contratos, no había contado con maquinaria eficiente, por el mal estado de los equipos que PROPAL le arrendó, y sobre los cuales en la fecha de la comunicación no se habían recibido las actas de entrega, y no se le habían dado sitios adecuados para reuniones con el personal. Dice que el mal estado de los equipos y el menor volumen de carga a movilizar, se tradujeron en un sobrecosto operativo para INOR, perdiéndose economías de escala, por los bajos volúmenes de trabajo. Situación que dio lugar a que solicitara a PROPAL el reconocimiento de las pérdidas sufridas, por razones de justicia y para buscar el restablecimiento del

equilibrio contractual. Peticiones de reajuste que PROPAL reconoció en las oportunidades que INOR se lo exigió, “conciente PROPAL de sus malas actuaciones y ante la justa petición de INOR”.

PRONUNCIAMIENTO DE PROPAL: Dice que los problemas de INOR se generaron por su propia ineptitud, que dieron lugar a “reiterados incumplimientos y fallas, pese a los llamados de atención de PROPAL, nunca corrigió”. INOR se convirtió entonces en un lastre para PROPAL, al que solo causó “perjuicios, ineficiencias y sobrecostos”. Manifiesta que lo expuesto por INOR en su carta a PROPAL del 17 de Agosto de 2.001 es una falseada distorsión de la realidad, y esa carta fue una reacción a la que le envió PROPAL a INOR el 26 de Junio de 2.001, conminándolo a rectificar su desempeño y advirtiéndole que debería firmar un otrosí, en el que se establecieran tarifas fijas por mes, e índices mínimos de cumplimiento. Dice que INOR sí tuvo autonomía administrativa para desarrollar su contrato de outsourcing, y que la mala situación de los equipos era imputable a INOR. Respecto a éstos dice que INOR siempre supo que no eran nuevos, sino los mismos que venía utilizando PROPAL cuando hacía directamente las tareas encomendadas luego a INOR. Dice que la buena fe de PROPAL se manifestó en la permanente colaboración que le dio a INOR, “supliendo sus deficiencias aún a mayores costos, por la necesidad de proteger de una parada prolongada su proceso industrial” y que no es cierto que la carga a movilizar fuera menor. Lo cierto, dice, es que siempre estuvo disponible un volumen parecido al que se movilizaba cuando PROPAL hacía las mismas labores, pero INOR ahora no estaba en capacidad de movilizarlas, por su ineptitud e ineficiencia. Finalmente reconoce que INOR le hizo ocho solicitudes escritas de revisión del contrato, pero que en ningún momento PROPAL reconoció desequilibrio alguno en el mismo. Dice que las sumas que le entregó a INOR o los pagos que hizo de obligaciones que a aquella correspondían, fueron concesiones que PROPAL le hizo en forma “paciente,

tolerante e indulgente”, para ayudar a hacer viable su operación. Manifiesta que la única modificación que se hizo al contrato fue con el otrosí del 20 de enero de 2.002, en el cual se estableció un honorario fijo de trescientos diez millones de pesos, independientemente del tonelaje que moviera. Además, el otrosí establecía para la terminación del contrato un preaviso de un mes; modificación que justifica diciendo que “... se requería también incluir en el otrosí, la posibilidad de terminación unilateral con preaviso, dada la naturaleza del servicio encomendado a INOR y la imposibilidad de ambas partes de terminar la prestación del servicio en término inferior a un mes, sin causar enormes perjuicios para las dos partes”. Dice que INOR no mejoró su desempeño después del otrosí, por lo cual se decidió terminar el contrato “ ... siendo las deficiencias de INOR tantas y tan variadas, tipificaban los 3 eventos descritos como causales de resolución en el contrato”. Finalmente dice que PROPAL accedió a que INOR se presentara en la licitación en que se adjudicaría de nuevo el contrato de outsourcing que se acababa de terminar, pero no ganó “porque la propuesta no fue la mejor y la calificación técnica que obtuvo fue muy pobre”.

HECHO DIECIOCHO: Relata la terminación del contrato, por parte de PROPAL, comunicada a INOR por carta del 6 de Septiembre de 2.002, fundamentada en la cláusula octava del “supuesto” otrosí, que permitía la terminación anticipada y unilateral, con una antelación no menor a treinta días, y sin indemnización alguna. Dice que en la carta hay una serie de quejas sobre el desempeño de INOR, lo cual contiene una intención oculta de contrademandar a INOR, por los supuestos perjuicios invocados.

PRONUNCIAMIENTO DE PROPAL: Se opone a este hecho, diciendo que no había desequilibrio contractual y recalcando las deficiencias de INOR en la prestación de los servicios contratados. Dice que el contrato se dio por terminado en la comunicación aludida en el hecho, y que los cargos hechos a

INOR en la carta de terminación no son meras quejas sobre presuntos incumplimientos, sino fundamento y motivo para la terminación del contrato. Dice que tampoco es cierta la sorpresa de la carta de terminación, por cuanto PROPAL estuvo seis meses detrás de los representantes de INOR, tratando de que firmaran el otrosí, para ver si así se corregían sus deficiencias. Dice que la prueba de que la conducta de PROPAL fue siempre transparente, de que nunca hubo desequilibrio contractual y que INOR no sufrió perjuicio alguno, es que éste pudo entrar a concursar en la nueva licitación.

HECHOS DIECINUEVE Y VEINTE: Se refieren de nuevo al tema del otrosí suscrito entre las partes el 30 de enero de 2.002, reiterando que fue firmado por el gerente de INOR sin las debidas autorizaciones y bajo la presión de ser un documento necesario para continuar con el desarrollo del contrato, pero, dice que el propósito de dicho documento era el de permitir la terminación anticipada del contrato, sin indemnizaciones, conteniendo además en la cláusula once una descripción más extensa y minuciosa de las obligaciones de INOR.

PRONUNCIAMIENTO DE PROPAL: No acepta el desconocimiento del otrosí por parte de INOR, por cuanto sus dueños y ejecutivos sabían del mismo, y además la sociedad facturó con posterioridad al otrosí, de acuerdo a sus nuevos términos. Reitera los argumentos expuestos más atrás, en otros hechos, sobre la suficiencia de las autorizaciones del representante legal de INOR, para suscribirlo. Dice que ese otrosí no introdujo en la cláusula once ninguna modificación sustancial al contrato original, pero que sí se establecieron indicadores de gestión, como anexos 1 y 2, “so pena de dar por terminado el contrato por incumplimiento de obligaciones”. Termina con una extensa argumentación sobre la transparencia de la terminación del contrato, y la licitación que se abrió en la misma época, en la cual se repiten los argumentos aducidos en hechos anteriores.

HECHOS VEINTIUNO AL VEINTICINCO: Relatan estos hechos las supuestas maniobras de mala fe de PROPAL para sacar a INOR en la nueva licitación, calificándola con fundamento en precios aumentados en relación con los contenidos en la propuesta de éste. Indica las actuaciones de PROPAL que desvirtuaron los presupuestos de la contratación inicial, agravando la situación de INOR, y cita como ejemplo labores adicionales de limpieza, sin darle para ello equipos adicionales, y se refiere a cada una de las fallas denunciadas por PROPAL en el servicio de INOR, contenidas en la carta en que da por terminado el contrato, advirtiendo que ello no es materia de controversia del Tribunal.

Hace un recuento del mal estado de la maquinaria y los sobrecostos de su mantenimiento, del desequilibrio económico presentado desde el inicio del contrato, de la supuesta falta de calificación del personal de INOR, cuando la realidad era que se trataba del mismo personal que le había trabajado a PROPAL en iguales labores, de las inconsistencias de las cifras de PROPAL para sustentar los bajos volúmenes movilizados por INOR y del hecho de no haberse informado en su momento algunas anomalías invocadas por PROPAL en su carta. Relata de nuevo la forma como PROPAL indujo a INOR a presentarse a la nueva licitación, y termina insistiendo de nuevo en el mal estado de los equipos entregados a INOR.

PRONUNCIAMIENTO DE PROPAL: Rechaza las acusaciones de mala fe. Defiende el procedimiento de la licitación y dice que el precio evaluado no fue inflado, sino que fue el resultado de sumar el factor fijo con un componente variable contenido en la licitación. Dice que tampoco es cierto que PROPAL haya desvirtuado los presupuestos de contratación del contrato de outsourcing, y que lo que hizo fue hacer concesiones a INOR desde el principio de la relación, cuando comenzaron a evidenciarse sus deficiencias. Tampoco es cierto que la obligación de

limpiar los carros bagaceros fuera nueva, en relación con lo licitado, y sobre la terminación unilateral del contrato reitera que fue con justa causa, fundamentada en los graves y reiterados incumplimientos de INOR. En cuanto al pronunciamiento de INOR sobre lo que denomina “quejas” de PROPAL, que para éste son hechos ciertos y susceptibles de ser probados, dice que sí existieron diferencias en el movimiento de carga, que los equipos no fueron cuidados por INOR, y que PROPAL a lo largo del proceso hizo pagos por cuenta de INOR, que nunca fueron reembolsados, en cuantía de \$1.216.552.822, que deberán compensarse en el caso de haber alguna condena contra PROPAL.

En cuanto a las deficiencias del personal dice que se refieren es al personal directivo, en el cual no hubo manejo efectivo de los recursos humanos, presentándose varias renunciaciones de ellos, a lo largo del contrato. Dice que no es cierto que a INOR nunca se la haya llamado la atención, lo cual se hizo verbalmente y por escrito, sin que se hayan corregido las deficiencias. Defiende de nuevo el procedimiento licitatorio y la terminación del contrato con INOR, reiterando la argumentación contenida en hechos anteriores.

1.3.4. Excepciones de mérito propuestas por PROPAL al contestar la demanda de INOR.

Propuso PROPAL las siguientes excepciones, en cada una de las cuales se resume su argumento justificativo:

PRIMERA: CARENCIA DE ACCIÓN, DE CAUSA Y DE DERECHO.

Dice que se propone porque al ser ciertos los motivos de terminación del contrato, probados su violación e incumplimiento, no hay fundamentos fácticos para pedir indemnización alguna por su terminación.

SEGUNDA: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

No hay obligación porque la terminación unilateral se ajustó a Derecho.

TERCERA: PAGO DE LO NO DEBIDO.

Al liquidarse el contrato se pagó todo, quedando algunas sumas no pagadas o compensadas, a cargo de INOR.

CUARTA: COMPENSACIÓN.

En el caso hipotético de ser PROPAL condenada, pide compensar a cargo de INOR la suma de diez mil millones de pesos, que ésta le debe a aquella.

QUINTA: CONTRATO NO CUMPLIDO Y JUSTA CAUSA DE TERMINACIÓN.

INOR incumplió en forma múltiple y reiterada, constituyéndose así la justa causa para la terminación del contrato, lo cual se prueba con los documentos que obran en la demanda principal y la de reconvención.

SEXTA: VALIDEZ DEL OTROSÍ SUSCRITO POR LAS PARTES.

El otrosí no adolece de vicio alguno. El gerente que lo firmó tenía plenas facultades para ello, y fue ratificado por la conducta inequívoca de INOR, de cumplirlo.

SÉPTIMA: BUENA FE POR PARTE DE PROPAL EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

PROPAL siempre obró “con seriedad, transparencia y buena fe”, cumpliendo con todas sus obligaciones y apoyando a INOR “... al punto de que, sin que existiera ninguna razón para revisar el contrato, accedió a pagar sumas en exceso de lo debido, sin deberlo”.

OCTAVA: FALTA DE CAUSA PARA PEDIR.

El contrato se terminó por la negligencia y grave descuido de INOR. Por lo tanto se hizo con justa causa, y por ello no hay razón para reclamar indemnización por esa terminación.

NOVENA: INNOMINADA.

La que encuentre probada el Tribunal.

En el memorial de excepciones no se pidieron pruebas, por lo cual el Tribunal se atenderá a las que fueron pedidas en las oportunidades legalmente pertinentes, y decretadas a lo largo del proceso. La parte contraria, INOR, describió en tiempo las excepciones, se pronunció sobre cada una de ellas, oponiéndose, y tampoco solicitó pruebas específicas sobre ellas.

1.4. RESUMEN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE PROPAL, CONTESTACION Y EXCEPCIONES DE MÉRITO DE INOR.

Al igual que en la demanda principal, se resumirán las diferencias, pretensiones y hechos de la de reconvencción, colocando a continuación de cada uno, o de la agrupación que se haga de los que se refieren al mismo tema, las manifestaciones que al respecto hace INOR en su contestación. Al final se resumirán las excepciones de INOR contra la demanda de reconvencción de PROPAL.

1.4.1.Pretensiones:

PRIMERA A QUINTA: Solicita que se declare que INOR incumplió las obligaciones derivadas del contrato de outsourcing de servicios, No. 127-00, celebrado con PROPAL, modificado por otrosí, No. 018-2002-01 del 30 de enero de 2.002, y como consecuencia se le condene a pagar los perjuicios causados a PROPAL con dicho incumplimiento, traducidos los mismos en daño emergente y lucro cesante. El daño emergente, correspondiente a los gastos que hizo PROPAL, originados en el “deterioro de equipos arrendados, manejo del bagazo, manejo del carbón, manejo de piedra caliza, manejo de residuos sólidos y lodos y gastos de administración correspondientes a esos valores”, además de la “cuantía que se determine en el proceso, por disminución

en la producción de pulpa para la fabricación de papel no fabricada por incumplimiento de las obligaciones de la sociedad demandada en reconvención”. El lucro cesante, correspondiente a intereses sobre la suma en que se traduzca el daño emergente, “desde la fecha en que se hizo el respectivo gasto o se causó el perjuicio hasta la fecha del laudo que ponga fin a este litigio”.

SEXTA: Solicita que se condene a INOR a pagar las siguientes sumas que le adeuda, más su actualización con base en el IPC:

- a) \$922.204.229, por pagos en exceso de la remuneración pactada.
- b) \$409.221.505, por suministro de combustible, lubricantes, repuestos “y otros”.
- c) \$26.790.000, “por reembolso de compensación pagada por una supuesta no entrega del equipo NF de planta 2.
- d) \$52.886.400, “por reembolso de compensación pagada por una supuesta no entrega del equipo #27 de planta 2.
- e) \$32.049.000, “por reembolso de compensación pagada por una supuesta no entrega del equipo NF de planta 2”.
- f) \$19.615.000, por reembolso de pago hecho por PROPAL, por cuenta de INOR, “por arrendamiento de equipos de terceros para el movimiento de polvillo”.
- g) \$4.234.140, por suministro, a INOR, de “filtros, llantas, mangueras y otros repuestos”.
- h) \$42.820.505, por arrendamiento de volquetas, pagados por cuenta de INOR.
- i) \$84.525.560, por pago por cuenta de INOR, como indemnizaciones laborales de sus trabajadores.

SÉPTIMA: Solicita que se condene a INOR al pago de la multa estipulada en la cláusula 10.1 del contrato, “equivalente al 20% del valor estimado anual del contrato, porcentaje que se liquidará sobre el último año de vigencia del contrato, en el período comprendido entre el 07 de Octubre de 2.001 y el 06 de Octubre de 2.002, o sea la suma de \$411.332.954”.

OCTAVA Y NOVENA: Solicita se condene a INOR al pago de intereses de mora sobre las sumas a que se le condene, a la tasa máxima fijada en la ley, desde la fecha del Laudo y hasta que tales sumas sean canceladas. Igualmente pide condena para INOR, en costas y agencias en Derecho.

PRONUNCIAMIENTO DE INOR SOBRE TODAS LAS PRETENSIONES: Se opone a todas las pretensiones, sin más argumentación, y solicita se condene al demandante al pago de las costas y agencias en derecho.

1.4.2. Hechos:

HECHOS i, ii, iii: Contienen un relato sobre la demanda de INOR y la constitución del Tribunal de Arbitramento. Manifiesta que fue INOR la que incumplió, y explica la metodología de los hechos, por capítulos, de acuerdo a su naturaleza, en los cuales se sustentan dichos incumplimientos.

PRONUNCIAMIENTO DE INOR: Manifiesta que éstos no son hechos sino afirmaciones que carecen de interés para el trámite del proceso.

HECHOS CAPÍTULO I (UNO AL VEINTIDÓS), REFERENTES A LA FASE PRECONTRACTUAL Y A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO: Hace un relato de la licitación para el servicio de outsourcing, explicando los motivos del mismo, que se resumen en la búsqueda de economías de escala y especialización de labor. Explica todo el procedimiento para la fabricación de papel, por tener que ver sobre el objeto de la licitación, todo lo cual INOR declaró conocer, al participar en la misma. Se refiere luego al contrato de servicios de outsourcing, del 15 de Agosto de 2.000, enumera todos sus anexos, y sobre el No. 11 dice que se pactó para que cualquier adición u otrosí sobre trabajos adicionales fuera suscrito por los representantes legales, sin que se necesitara aprobación o consentimiento adicional.

Analiza el anexo 12, referente al contrato de arrendamiento de equipos. Equipos que eran parte de los que se podrían necesitar para la ejecución del servicio, por lo cual INOR tenía la obligación de mantener disponibilidad de éstos y otros equipos, en forma permanente, y darles un mantenimiento adecuado, toda vez que ellos fueron entregados a INOR en buen estado de funcionamiento.

PRONUNCIAMIENTO DE INOR: Es cierto que INOR licitó y aceptó conocer el objeto de la misma, formulando propuesta, cumpliendo con los requisitos técnicos en forma real y no “aparente” como lo afirma PROPAL. Igualmente acepta que entre las partes se suscribió el contrato de servicios de outsourcing, y aclara que la posibilidad pactada de modificar el contrato con la fórmula de otrosí, se estableció solamente para trabajos adicionales o suprimidos, pero no para modificaciones sustanciales al objeto del contrato, lo cual, en sentido contrario, significa que para modificaciones sustanciales las partes tendrían que cumplir con sus respectivas disposiciones estatutarias.

Dice que se firmó el contrato de arrendamiento de equipos, pero que este no es accesorio del principal, por cuanto “los contratos de arrendamiento y comodato, en su esencia, en su naturaleza jurídica, son contratos principales, cuya vigencia y vida jurídica no dependen de uno principal”. En cuanto a los equipos objeto del contrato de arriendo, aclara que por negligencia de PROPAL las actas de entrega de los equipos se hicieron a los ocho meses de comenzar la ejecución del contrato. Por lo tanto, la fecha del acta presentada como prueba, no es la cierta. Dice que los equipos entregados eran obsoletos y que PROPAL no hizo en ellos la inversión que se requería para ponerlos en buen estado de funcionamiento.

HECHOS CAPÍTULO II (VEINTITRÉS AL VEINTINUEVE), REFERENTES A LAS ACTIVIDADES QUE INOR SE COMPROMETIÓ A EJECUTAR A FAVOR DE PROPAL: Se refieren a la descripción que se hace de cada una de las

actividades que debía cumplir INOR, y los problemas que se generarían por deficiencias en la ejecución de las mismas, “problemas que efectivamente ocurrieron por culpa de INOR mientras ejecutó el contrato”, dividiendo y desarrollando cada tema en cuanto al manejo del bagazo, del carbón, la alimentación de piedra caliza, la limpieza de las lagunas de sedimentación, el manejo de residuos sólidos, el transporte de residuos en volquetas hasta el patio de residuos, y el transporte de polvillo y lodos de efluentes a las calderas.

PRONUNCIAMIENTO DE INOR: Manifiesta que se atiene “única y exclusivamente” a lo licitado y contratado.

HECHOS CAPÍTULO III (TREINTA AL CUARENTA Y OCHO), REFERENTES A LOS PAGOS EN EXCESO DEL PRECIO PACTADO EN EL CONTRATO 127-00 Y MODIFICACIÓN DEL CONTRATO ORIGINAL CON EL OTROSÍ NO. 018-2002-01: Recalca nuevamente las plenas facultades del representante legal de INOR para suscribir el otrosí al contrato principal. Respecto a este, explica la forma en que se pactó el valor del contrato, y dice que entre Agosto y Diciembre de 2.000 PROPAL pagó un valor adicional al mismo, por \$230.273.275, y de Enero a Diciembre de 2.001 por \$681.273.275, por culpa y negligencia de INOR, en relación con sus obligaciones contractuales de volúmenes de carga. Dice que no obstante esos pagos, INOR siguió incumpliendo y causando perjuicios a PROPAL, “Por ello el día 26 de Julio de 2.001 PROPAL se vio precisada a presentar reclamación escrita a INOR, por esos eventos, conminándola a cumplir el contrato y rectificar su pobre desempeño, para poder incluir mediante un otrosí, como una obligación contractual un valor fijo mes, mayor al pactado en el contrato en ese momento” (hecho 35). Se refiere luego al otrosí, suscrito el 30 de enero de 2.002, explicando que el mismo modificó el objeto del contrato, reiterando las obligaciones de INOR, estableció un valor fijo mensual de trescientos diez millones de pesos, y adicionó la cláusula

once con la obligación, que ya constaba en el anexo 12, de asumir los costos del mantenimiento de los equipos.

Manifiesta que al inicio del contrato PROPAL facilitó el alistamiento de los equipos, en sus propios talleres, haciendo grandes inversiones en ello, con el fin de entregarlos al arrendatario, INOR, en buen estado de funcionamiento. Dice que PROPAL no siguió invirtiendo en el mantenimiento de los cargadores puesto que estos por el mal trato del arrendatario fueron abandonados por éste, convirtiéndolos en fuente de repuestos. Dice que el 26 de Octubre de 2.001 INOR pidió que no le siguieran descontando el costo de los repuestos y propuso, sin modificar el contrato, que se le pagara otra tarifa más alta, y además ofreció comprar cuatro cargadores nuevos, para ejecutar el contrato. Descuentos que se referían a lo que PROPAL pagaba a terceros, por cuenta de INOR, para suplir la ineficiencia de éste. INOR se aprovechaba de la necesidad de PROPAL de evitar que su operación colapsara, “para obtener absurdas ventajas de su situación de contratista incrustado en el corazón mismo de la operación de PROPAL” (Hecho 42). Relata cómo entre Febrero y Diciembre de 2.001 PROPAL pagó a INOR por equipo entregado y no usado, “sumas que PROPAL no adeudaba”. Dice que en comunicación del 26 de Agosto de 2.001, INOR le manifestó a PROPAL, con soporte de cifras, que no podía continuar sosteniendo las pérdidas del negocio, y estaba de acuerdo en sacar una nueva licitación, para compararse con los precios del mercado. En esa comunicación INOR le planteó pérdidas por \$406.521.000, cuando en realidad deberían ser de \$333.847.000, suma inferior a la que en ese momento le debía a PROPAL por concepto de repuestos y suministros varios. Relata de nuevo los pormenores del otrosí, suscrito en Enero de 2.002, en el cual se pasó a una tarifa fija mensual que representaba un incremento del 42.8% frente a la suma que establecía el contrato.

PRONUNCIAMIENTO DE INOR: Dice que es cierto que las modificaciones al contrato serían válidas sin autorizaciones

nuevas para los gerentes, pero por trabajos adicionales o suprimidos, pero sujetas a las facultades del Gerente, el cual, en el caso INOR, suscribió el otrosí por fuera de sus límites estatutarios. En cuanto a la remuneración y objeto del contrato, se atiene al mismo. Dice que no es cierto que por negligencia de INOR no se hubiera cumplido con las obligaciones de volúmenes de carga movilizada, y que si PROPAL pagó sumas adicionales, con ello se prueba el desequilibrio contractual, y la idoneidad de INOR, por cuanto, en caso contrario, no le hubiera entregado dichos recursos. Niega que INOR haya incurrido en reiteradas fallas e incumplimientos y que se le haya causado perjuicio a la operación de PROPAL. Dice que solamente hubo una reclamación contra INOR, en Agosto 17 (no dice el año, pero el Tribunal asume que es del 2001, después de revisar las pruebas documentarias), pero que PROPAL acogió las explicaciones de INOR, cambiando a los coordinadores de la operación.

Sobre la reparación de equipos en los talleres de PROPAL, dice que fueron entregados en mal estado de funcionamiento, y que INOR tuvo que invertir una suma grande en ello, sin que hubiera sido suficiente.

Sobre las solicitudes de pagos adicionales, manifiesta que el desequilibrio económico sufrido por INOR era tan cierto, que al terminarse el contrato y contratar a CONCIVILES, el mismo se ajustó en más de seis mil millones de pesos. Sobre los pagos hechos por PROPAL por cuenta de INOR, dice que se aceptaban sin discusión, para permitir que las labores se desarrollaran sin contratiempos, y que no es cierto lo de las presiones indebidas de INOR para obtener lo que PROPAL califica de absurdas ventajas (hecho 42), ya que se trataba solamente de exigencias para restablecer el equilibrio contractual. Manifiesta no ser cierto que INOR no le haya reintegrado a PROPAL lo pagado por este en el 2.001.

Sobre el sondeo de mercado mediante la licitación, dice que ese fue el argumento de PROPAL para justificarla, ante las reiteradas reclamaciones de INOR por las pérdidas que venía sufriendo por la ejecución del contrato. Por lo tanto dice que INOR fue engañada por PROPAL, quien de “buena fe aceptó esa alternativa para obtener el ajuste del contrato”. Niega que las cifras sobre pérdidas hayan sido falseadas. Sobre la suma pendiente por pagar a PROPAL, por más de cuatrocientos millones, manifiesta que nunca se le había comunicado a INOR que debía ese dinero, obligación que deberá probarse. Termina afirmando que el reajuste contemplado en el otrosí es un reconocimiento del desequilibrio contractual, pero que ese reajuste fue insuficiente, como se prueba con el valor del contrato suscrito luego con CONCIVILES.

HECHOS CAPÍTULO IV (CUARENTA Y NUEVE AL CIENTO TREINTA Y SIETE) REFERENTES AL INCUMPLIMIENTO Y FALLAS DE INOR EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO: Relata la forma como INOR incurrió en permanentes y reiterados incumplimientos a lo largo del contrato, convirtiéndose en un “lastre para la empresa contratante”. Manifiesta que INOR conocía muy bien que los equipos no eran nuevos, por haber hecho oferta de compra por \$476.621.650, y haber manifestado por escrito su conocimiento de la vejez de los equipos y la dificultad y costo de sus repuestos y mantenimiento. Equipos que fueron devueltos por INOR, a los dos años, convertidos en chatarra.

Recalca que INOR tuvo incumplimientos casi a diario (hecho 55), convirtiéndose en obstáculo para el normal desenvolvimiento de las operaciones en las dos plantas de PROPAL. Manifiesta que hay “una profusa colección de cartas enviadas por INOR pregonando su sentido de compromiso, lealtad, responsabilidad, esfuerzo y demás alabanzas a su servicio, desempeño y actitud positiva para mejorar ...”, y para pedir que se revisara el contrato. Pero los funcionarios de PROPAL “no se preocupaban por responder y controvertir los quejosos escritos de auto alabanza de INOR”,

por estar ocupados contrarrestando ineficiencias y minimizando los perjuicios que INOR le causaba a PROPAL. La ineficiencia de INOR llevó a la renuncia de varios de sus funcionarios.

En cuanto al incumplimiento y fallas relativos al manejo del bagazo, hace un recuento de los problemas causados, incluyendo parálisis en la planta de desmedulado, en ambas plantas, y consecuentemente en la producción de pulpa y de papel, en episodios que van desde el 22 de octubre de 2.000 hasta el 4 de octubre de 2.002, en planta uno, y del 26 de Febrero de 2.001 al 13 de Septiembre de 2.002, en planta dos, de acuerdo a los cuadros que presenta en los hechos 60 y 70. Sobre las parálisis de la planta de pulpa, en planta uno, entre el 9 de diciembre de 2.000 y el 30 de Septiembre de 2.002, en un total de diez episodios, hay un cuadro de tiempos de parada, en el hecho 61. Y continúa así el relato, con cuadros ilustrativos sobre la forma como el desempeño de INOR causó paradas e incumplimiento a lo largo de todo el contrato, y en todo el proceso productivo, lo cual está fundamentado con las correspondientes bitácoras. Igual sucede con los incumplimientos en las labores de descargue de bagazo, manejo de carbón, de piedra caliza, manejo de residuos sólidos, limpieza de lagunas de sedimentación, daños ocasionados a la planta de PROPAL, incumplimientos de seguridad industrial, etc., todo pormenorizado en múltiples cuadros y detalladas explicaciones técnicas.

Las fallas relatadas y pormenorizadas llevaron a que se hiciera una licitación, dándole a INOR la oportunidad de participar, con la condición de que “considerara que sí podía cumplir en forma adecuada con el servicio requerido por PROPAL, con el compromiso de INOR de mejorar el servicio en curso, pues hasta la fecha había demostrado graves fallas e incumplimientos en la ejecución del contrato” (hecho 114). La licitación no la ganó INOR, por no ser la mejor oferta y porque “las acciones para mejorar ofrecidas por INOR no

garantizaban que efectivamente haría bien el servicio, pues la operación de INOR era cada vez más deficiente” (hecho 115).

Relata el hecho 116, que “motivada por los incumplimientos detallados en los hechos anteriores”, PROPAL declaró terminado el contrato, de acuerdo a la cláusula 8 del otrosí, modificatoria de la octava del contrato original, y con el preaviso de un mes pactado en dicho otrosí, decisión que fue comunicada a INOR el 6 de Septiembre de 2.002, y en la que “contractualmente se expone que el motivo de la decisión son los reiterativos incumplimientos contractuales de INOR” (hecho 117). A continuación, en los hechos siguientes, se refiere a la cláusula penal del 20% del valor anual estimado del contrato, y al cobro de los perjuicios, detallándolos y cuantificándolos, para llegar a las cifras reclamadas en las ya resumidas pretensiones de la demanda.

PRONUNCIAMIENTO DE INOR: Se opone a todas las pretensiones que se refieren a incumplimientos, manifestando que deberán ser probados. Igualmente se atiene a los textos del contrato y a los de las comunicaciones citadas. Dice que las renunciaciones de algunos funcionarios de INOR nada tuvieron que ver con el desarrollo del contrato con PROPAL.

Niega enfáticamente los supuestos hechos repetitivos de incumplimiento, manifestando que solamente se les hizo una reclamación por escrito, la cual terminó resolviéndose con el cambio de unos funcionarios de PROPAL.

En cuanto a la licitación dice que INOR participó engañado, en la creencia de que se estaba haciendo para sondear los precios y condiciones del mercado, y dice que la invitación a licitar es de por sí una prueba en contra de lo afirmado por PROPAL sobre las deficiencias e incumplimientos continuos, y los supuestos perjuicios causados a PROPAL, por cuanto si ello fuera cierto, no se le hubiera llamado a participar. En cuanto a la causal invocada para terminar el contrato, dice que hay contradicción de PROPAL, por cuanto trata de

ampararse en dos causales, la de terminación anticipada y la de los incumplimientos, optando en la demanda por esta última. Posición que califica de abusiva y de mala fe. Además, dice que si lo que se invoca es el incumplimiento, PROPAL solamente puede reclamar el porcentaje del valor pagado en el último año del contrato. Sobre los valores y cuantificaciones dice que son acomodaticios, o no son hechos sino pretensiones, y deberán probarse.

1.4.3. Excepciones de mérito propuestas por INOR al contestar la demanda de PROPAL:

Propuso INOR las siguientes excepciones, en cada una de las cuales se resume su argumento justificativo:

PRIMERA: INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.
Se está ante una inepta demanda, por cuanto hay pretensiones indebidamente acumuladas: Los contratos de servicios de outsourcing y de arrendamiento de equipos, son principales e independientes. Por lo tanto no se puede pedir que se declare incumplido el uno, y que el otro, que es esencialmente autónomo, siga la suerte de aquel. No puede haber confusión en las condenas por perjuicios del uno y del otro.

En cuanto a las solicitudes de pago de sumas de dinero, que presuntamente INOR le quedó a deber a PROPAL, se trata de un cobro por la vía ejecutiva, para lo cual no es competente la justicia arbitral.

Acumula indebidamente la condena al pago de una cláusula penal, con los intereses de mora.

SEGUNDA: INEXISTENCIA DE LA CAUSA INVOCADA DE INCUMPLIMIENTO PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO.

Nunca existieron los supuestos incumplimientos, diarios y permanentes a lo largo del contrato. Prueba de ello es que

solo ahora, ante la demanda de INOR, PROPAL le reclama por esos incumplimientos, lo cual no es lógico si hubiera existido el perjuicio permanente para la operación de PROPAL, caso en el cual lo hubieran podido dar por terminado con un preaviso de tres días. Como no había incumplimientos, se inventaron lo del otrosí, con su propia causal de terminación sin lugar a indemnizaciones, y la invocaron para dar por terminado el contrato.

TERCERA: FALTA DE CARENCIA (sic) DE DERECHO PARA ACCIONAR.

PROPAL nunca reclamó perjuicios, durante la vida del contrato, lo cual solo viene a conocerse ahora, con la demanda de reconvención. Es decir que los perjuicios nunca existieron. Por lo tanto no hay hechos que puedan ser subsumidos por las normas legales y que pudieran dar lugar a una condena por perjuicios. Además, arbitrariamente se están cobrando perjuicios, cláusula penal e intereses.

CUARTA: CUMPLIMIENTO ESTRICTO DE LAS OBLIGACIONES POR PARTE DE INOR LTDA.

Los dos contratos, el de prestación de servicio y el de arrendamiento, fueron cumplidos por INOR. Así se prueba con el reajuste del valor del contrato, la invitación a participar en la nueva licitación, y no haber recibido durante la vigencia del contrato sino una sola queja, contestada satisfactoriamente el 17 de Agosto de 2.001.

QUINTA: MALA FE POR PARTE DE PROPAL S.A.

Se manifiesta desde la elaboración de los valores establecidos para la licitación, la oferta del comodato, que después se volvió arriendo de los equipos, el mal estado de la maquinaria entregada y la deficiente inversión en su alistamiento. Además, en la cuantificación de las pretensiones de la demanda de reconvención, que coincide con lo reclamado por INOR, y en lo manifestado en las excepciones de PROPAL, en el sentido de que INOR le debía a PROPAL

diez mil millones de pesos, suma que a la postre redujo a la indicada anteriormente.

SEXTA: COMPENSACIÓN.

En el caso de haber condenas contra INOR, por la demanda de reconvención, deberán compensarse con las sumas a que se condene PROPAL, por la demanda principal.

En el memorial de excepciones no se pidieron pruebas, por lo cual el Tribunal se atenderá a las que fueron pedidas en las oportunidades legalmente pertinentes, y decretadas a lo largo del proceso. La parte contraria, PROPAL, describió en tiempo las excepciones, se pronunció sobre cada una de ellas, oponiéndose, y tampoco solicitó pruebas específicas sobre ellas.

1.5. MEDIOS DE PRUEBA

Se emplearon los medios de prueba referidos a continuación. Las partes habían solicitado en sus demandas que se practicaran algunas inspecciones judiciales, las cuales fueron inicialmente aplazadas por el Tribunal, y finalmente, al declarar concluida la etapa probatoria y citar para alegatos de conclusión, fueron descartadas por no ser necesarias, ya que habían sido suplidas ampliamente con las demás pruebas. De oficio se decretó una inspección a PROPAL, con el fin de verificar todo el proceso productivo, y su relación con las pretensiones y hechos de las demandas. Prueba que fue decretada mediante auto No. 42 de fecha 28 de Enero de 2.005, y practicado el día 21 de Febrero de 2.005. Esta prueba fue declarada nula mediante auto No. 49 del día 1 de Marzo de 2.005, y no se consideró necesario repetirla. En dicho auto se decretó la nulidad de otras actuaciones del proceso, en un período de varias semanas, debiendo repetirse algunas pruebas y traslados, con todo lo cual quedaron subsanadas las causales de la nulidad.

1.5.1. Documentos:

Se presentó abundante prueba documentaria, tanto en los memoriales de las partes como en las diferentes audiencias, todo dentro de las limitaciones de tiempo, modo y lugar establecidas en la ley, habiéndose pronunciado el Tribunal sobre su incorporación o no al expediente, previo traslado a las partes, de cada uno de los documentos allegados al proceso. Todos y cada uno de los documentos han sido estudiados y analizados por el Tribunal, dándoles el valor probatorio que a cada uno corresponde, con el fin de dictar el presente Laudo Arbitral. Dentro de la abundante prueba documentaria, el tribunal destaca las siguientes, a las cuales se alude a lo largo del presente Laudo Arbitral: pliego de condiciones para la licitación, No. CN-05-622 C-99, abierta el 15 de Julio de 1.999 y con cierre el 31 de Agosto de ese mismo año; contrato de fecha 16 de agosto de 2000, titulado “Contrato de prestación de servicios de outsourcing de manejo, recibo, movilización, cargue, y descargue de materias primas básicas, lodos, cenizas y otros, cargadores”, “No 127-00 PROPAL-INOR”, y todos sus anexos, especialmente el que contiene el contrato de arrendamiento de maquinaria y equipos (Anexo No. 12); otrosí, autenticado por las partes el 30 y el 31 de Enero de 2.002, referente al contrato de outsourcing de servicios; oficio de fecha 6 de Septiembre de 2.002, en la cual PROPAL le comunica a INOR la terminación del contrato; comunicaciones cruzadas entre las partes antes de la terminación del contrato, referentes al cumplimiento y desarrollo del mismo; actas de reuniones y bitácoras sobre el desarrollo del contrato; cartas cruzadas entre las partes, a raíz de la terminación del contrato y, en general, documentos presentados con las demandas y sus contestaciones y los presentados por algunos declarantes y testigos.

Sobre las pruebas documentales, debe referirse el tribunal en forma expresa a las que se presentaron por el testigo Diógenes Lasso Moncaleano, en la audiencia del 16 de Junio de 2.004 (folios 65-100 del cuaderno No. 8), y a las cuales se

opuso INOR, por considerar que se trataba de fotos y documentos sin firma ni fecha. Respecto al valor probatorio de las fotografías tomadas a la maquinaria que fue dada en arrendamiento a INOR por uno de los testigos que compareció a declarar a petición de PROPAL, la doctrina ha dicho que

“Las fotografías que reflejan la imagen de terceros o de cosas carecen de reglamentación expresa en la ley procesal colombiana, particularmente cuando su origen es privado. En este evento es indispensable que su autor la reconozca en los términos del art. 277 del Código de Procedimiento Civil”.¹

Si la fotografía, explica Parra Quijano, representa una cosa y de ella es autora una de las partes, su apreciación depende de que la otra parte, contra la cual se hace valer, la acepte expresamente, porque para este caso resulta aplicable el art. 269 del Código de Procedimiento Civil, “ya que en ese objeto no existe ninguna manifestación de individualidad de la persona en contra de la cual se opone”.

Cuando la fotografía refleje la imagen de la parte contra la cual se hace valer, si esta no la acepta expresamente a modo de confesión, vale con respecto a ella el reconocimiento tácito que para la reproducción mecánica de la imagen consagró el inciso 2º del numeral 3º del art. 252 del Código de Procedimiento Civil. De modo que en la actualidad, por virtud de esta precisión expresa de la ley, no hay lugar a la tesis de la asimilación de la fotografía a un documento firmado o manuscrito.²

Según la doctrina anterior, y examinados los arts. allí citados, lo que dice el art. 277 es que:

¹ PARRA QUIJANO, Jairo, que a su vez cita a Ramírez Gómez, Tratado de la Prueba Judicial, los Documentos, Tomo III, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1987, pág. 167.

² RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando, La Prueba Documental, Teoría General, Ed. Señal Editora, 4ª. Edición, pág. 159.

“Los documentos emanados de terceros sólo se estimarán por el juez: 1. Si siendo de naturaleza dispositiva o simplemente representativa son auténticos de conformidad con el art. 252; 2. si siendo simplemente declarativos, su contenido se ha ratificado mediante las formalidades establecidas para la prueba de testigos, caso en el cual se apreciarán en la misma forma que los testimonios.”

Se concluye, por consiguiente, que las fotografías aportadas por un tercero, rechazadas como lo fueron por la parte demandante en el momento en que se llevaron al proceso, y que por otros medios no han sido reconocidas, no tienen ningún valor probatorio. Y más enfático el art. 269 expresa que:

“Los instrumentos no firmados ni manuscritos por la parte a quien se opone, sólo tendrán valor si fueren aceptados expresamente por ella o sus causahabientes”.

Tampoco por este aspecto tienen valor las fotografías, lo cual lleva al tribunal a concluir en la tesis obvia de que no serán tenidas en cuenta en el análisis del acervo probatorio.

En cuanto a otras pruebas, se pidieron oficiosamente documentos a las partes y a las compañías aseguradoras que expidieron las pólizas de seguros durante la vigencia del contrato entre PROPAL e INOR, todo lo cual fue allegado oportunamente al Tribunal, el cual, surtido el traslado correspondiente, las considerará, dándoles el valor que estime procedente, a la luz de la ley y de lo que es materia del presente proceso arbitral.

1.5.2. Declaraciones de parte:

Los representantes legales de INOR y de PROPAL comparecieron a rendir sus respectivas declaraciones, a instancia de las partes, habiendo sido además interrogados por el Tribunal, en varias audiencias.

1.5.3. Testimonios:

Hubo abundante prueba testimonial, en su mayoría solicitada por las partes, aunque el Tribunal también citó de oficio a algunas personas. Sobre los testigos de las partes el Tribunal considera que no todos merecen la misma credibilidad, por su relación directa con las partes, que los movió a tratar de favorecerlas, en algunos casos con manifiesta parcialidad. Por lo tanto el tribunal solamente tendrá en cuenta los testimonios que se citarán a lo largo de estas páginas, para fundamentar o reforzar algunas de las conclusiones del Laudo. En esta misma providencia se resolverá sobre las tachas por sospecha presentadas por INOR contra algunos de los testigos citados a petición de su contraparte. Cabe anotar que las partes renunciaron a la citación de algunos de sus testigos, de lo cual se dejó constancia en las actas de las reuniones donde se decidió sobre ello. Al igual que en las declaraciones de parte, aquí también ejerció el Tribunal su derecho de interrogar a la mayoría de los testigos.

1.5.4. Dictámenes periciales:

Se rindieron dictámenes periciales de las siguientes especialidades, todos ellos a solicitud de las partes y de decretadas de oficio por el Tribunal, y con la complementación que hizo el Tribunal a algunos de los cuestionarios que se les propusieron:

- a) Perito Financiero. Prueba solicitada por ambas partes: se refiere primero a las empresas que son parte del presente proceso arbitral, y al contrato de outsourcing, en sus períodos previo, contractual y posterior a su terminación. Entra luego al análisis de los cuestionarios que cada parte le propuso, y finalmente establece las cifras del daño emergente y del lucro cesante. Sus conclusiones principales son las siguientes: en cuanto a las preguntas formuladas por INOR, concluye que en la forma como se celebró el contrato, PROPAL “asumió un

alto riesgo y creó el marco para causarse perjuicios” (pag. 45 del dictamen), por cuanto el contrato comenzó con un margen de contribución negativo, sin fondos suficientes para atender gastos fijos y mantenimiento, delegando la responsabilidad en sus procesos productivos y estableciendo en documento aparte (reunión de comunicación de la adjudicación), que “se considera afectada la producción después de 5 horas de parada”, plazo vencido el cual, PROPAL podía contratar los servicios con otras empresas y cargárselos a INOR. Concluye igualmente que no hubo tiempos perdidos por culpa de INOR, a la luz de las estadísticas que sobre ello se manejaban en PROPAL, por lo cual no hay registros contables de costos por tiempos perdidos, como tampoco por daño emergente o lucro cesante, esto último porque no es técnicamente registrable en la contabilidad. Finalmente, establece el daño emergente en la suma de \$80.938.564, a título de indemnización por la ruptura del contrato; suma correspondiente a lo cancelado por PROPAL por concepto de indemnizaciones laborales originadas en la terminación del contrato por parte de PROPAL. En cuanto al lucro cesante, calcula los resultados que hubiera obtenido INOR, año por año, hasta la fecha que se había pactado para la terminación del contrato, en Agosto de 2.005, colocando además a dichos valores un rendimiento mensual del 12%, y tomando como base un precio de \$2.663 por tonelada, de acuerdo a lo que se contrató con Conciviles en Octubre de 2.002.

En las aclaraciones, ampliaciones y adiciones que hace en memorial de fecha 7 de Febrero de 2.005, solicitadas oportunamente por INOR, dice el perito: en cuanto al cálculo que se le pidió del lucro cesante, considerando el valor de los ingresos totales de INOR, sin tener en cuenta costos y gastos, y hasta la fecha pactada contractualmente como duración del contrato, dice que se ratifica en el cálculo que había hecho en su dictamen, con parámetros diferentes a los que ahora se le piden, pero efectúa el cálculo como lo pidió el apoderado de INOR, el cual daría la suma de \$11.943 millones de pesos.

En cuanto al cálculo que se pidió por INOR, de los ingresos totales, en el mismo período del cálculo referido en el párrafo anterior, pero tomando como base el valor contratado por PROPAL con CONCIVILES, por la misma operación, establece la suma de \$16.826. millones.

Finalmente, el Tribunal decretó como prueba de oficio, el cálculo de los perjuicios de INOR, tomando como base los parámetros fijados por PROPAL en la segunda licitación, es decir la del mes de Agosto de 2.002. El perito financiero rindió su dictamen el día 4 de Marzo de 2.005, estableciendo perjuicios que discriminó así: por daño emergente la suma de \$0, y por lucro cesante la suma de \$2.991,1 millones.

- b) Perito Contadora. Prueba solicitada por ambas partes: explicó que solo podía validar la información registrada contablemente, y con base en ella hacer sus pronunciamientos. Sobre el cálculo del daño emergente y el lucro cesante, dice que todos los datos contables necesarios para ello, le fueron suministrados al perito financiero. Sus conclusiones principales son las siguientes: Sobre la maquinaria entregada a INOR en arrendamiento, dice que al reintegrarse, a la finalización del contrato, registraba un detrimento patrimonial de \$1.613.380.000.00, aclarando que esto es lo que dicen las cifras contables, pero que el detrimento de los equipos y sus causas son temas del perito en maquinaria. Sobre pérdidas por utilidades no realizadas, sobrecostos, utilización de insumos en exceso, pérdida por pulpa no producida, carbón consumido en exceso, etc., en PROPAL por la operación de INOR, y algunas facturas pagadas en exceso a INOR, dice que ese tema no es objeto de registro contable o no pudo ser validado por ser consecuencias del desarrollo contractual que no confluye a la contabilidad, caso este último de los desechos sólidos y líquidos que se generan en la producción. En cambio valida algunos registros, como por ejemplo pagos de volquetas para retiro de lodos, en varios períodos, pagos por buldózer,

arrendamiento de equipos diferentes a cargadores, alquiler de cargadores, combustibles, compra de repuestos para el alistamiento de los equipos entregados a INOR, etc.. Lo anterior a título de ejemplo, por lo detallado del experticio.

En las aclaraciones, ampliaciones y adiciones que hace en memorial de fecha 14 de Enero de 2.005, solicitadas oportunamente por ambas partes y por el Tribunal, dice la perito:

Desde el punto de vista contable, los reembolsos pedidos a INOR se contabilizaron como costos de producción de PROPAL, razón por la cual, desde ese punto de vista no puede validar que se trate de cuentas por cobrar a INOR, y que en caso de ser condenado INOR a pagarlas, tendría que asumir los IVA correspondientes. En cuanto a valores reclamados por PROPAL como pagos en exceso a INOR, en cuantía de \$1.816.180.394, solo pudo ser validado en cuantía de \$278.068.999; lo demás no pudo ser validado, por cuanto no confluye a la contabilidad (desechos sólidos y líquidos que genera la producción). Verificó además que PROPAL le pagó a INOR lo pactado en el otrosí, hasta la terminación del contrato, y estableció la imposibilidad contable para calcular los pagos a INOR, de no existir el otrosí del contrato. Convalidó la nota contable de Diciembre de 2.001, en la cual se ajusta en libros el valor de los equipos, con base a avalúo pericial. Igualmente convalida el registro de una pérdida en libros por \$957.179.729, al momento de vender a Conciviles los equipos que tenía alquilados a INOR. Finalmente manifiesta que en los informes de gestión del representante legal de PROPAL a sus accionistas, en los períodos 2.000 a 2.002 no se mencionan pérdidas o sobrecostos por el contrato de INOR, ni en los informes de auditoría de tales períodos se mencionan “pérdidas, contingentes, derechos u obligaciones ocasionados por el mal manejo en la ejecución del contrato ... firmado con INOR”. Tampoco hay mención alguna al tema, en cartas de la Presidencia de PROPAL a la Revisoría Fiscal, en ese mismo período. Establece que el

total de carbón consumido en exceso fue de \$1.627.271; el fuel oil consumido en exceso fue de \$18.444.910, sin que exista en la contabilidad prueba de que en dichos consumos en exceso estén los valores a que se refieren las partes en sus memoriales. En cuanto a la utilidad dejada de recibir por pulpa no producida, dice que eso no se puede establecer contablemente.

Mediante auto No. 42 del 14 de Enero de 2.005, el Tribunal decretó algunas pruebas de oficio, entre ellas, le pidió a la perito contadora que estableciera los valores en pesos de los posibles perjuicios causados a PROPAL por parte de INOR, de acuerdo a las cantidades, volúmenes y otras medidas contenidas en el informe del perito papelerero. La citada contadora establece que los perjuicios suman \$2.223.746.355, por papel, carbón, fuel oil, vapor, soda, energía, biomasa, soda cáustica y fibra. Igualmente calcula los perjuicios por pérdidas de tiempo en las dos plantas de desmedulado. Manifiesta la imposibilidad de hacer algunos cálculos, por falta de parámetros en el experticio del perito papelerero.

- c) Perito experto papelerero. Prueba solicitada por PROPAL: Se refirió al material usado para su dictamen, el cual incluyó documentos recibidos de las partes, inspecciones a las diferentes partes de las plantas de PROPAL, entrevistas con funcionarios y empleados, planos y manuales de calderas y de los diferentes procesos productivos, estadísticas relacionadas con manejo de materiales, y fotos. A continuación hace un análisis sobre el significado de algunas palabras técnicas y una breve descripción del proceso productivo de PROPAL. El dictamen es bastante detallado y acompañado de numerosos cuadros, relacionados en su mayoría con los tiempos de paro en las labores de INOR y sus consecuencias para PROPAL, estableciendo en cada caso las fuentes de sus conclusiones. Señala, entre otras, las siguientes fallas por parte de INOR, habiéndose presentado éstas casi a diario, y sumando varios cientos a lo largo del

desarrollo del contrato: múltiples variaciones de carga del alimentador, por no utilización de equipos suficientes por parte de INOR, generándose mala calidad de pulpa y altos consumos de químicos; represamientos en las labores de descargue del bagazo de los carros, obligando a PROPAL a consumir carbón adicional; falta de alimentación de las calderas, con lodos, afectando la generación de vapor demandada y la disponibilidad de combustibles; demoras en la alimentación de carbón y de polvillo a las calderas, con iguales consecuencias a las de la falta de alimentación de lodos; falta de alimentación permanente de piedra caliza, en el horno de cal, por falta de cargadores suficientes por parte de INOR, ocasionando problemas en el proceso de producción de cal viva, etc.. Presenta además unos cuadros con tiempos de paros por los incumplimiento de INOR, en los diferentes procesos productivos, los cuales son en su mayoría de menos de cuarenta (40) minutos, y solamente en dos episodios, entre varios cientos, sube a ciento veinte (120) minutos: El 30 de Mayo de 2.001 (hecho 60. Parálisis planta de desmedulado) y el 12 de mayo de 2.002 (hecho 85. Falta de alimentación del horno de cal). Sus conclusiones principales están resumidas en un cuadro al final del dictamen, en el cual se establecen doce (12) grupos de incumplimientos, de los catorce (14) analizados, correspondiente a igual número de hechos sometidos a su análisis. Tales perjuicios se refieren a papel dejado de producir, en 461,3472 toneladas; carbón adicional, por 21.097,09 toneladas; fuel oil consumido adicionalmente, por 1.768 galones; mayor vapor utilizado, por 1.193, 712 mlb.; soda cáustica comprada, por 27,1872 toneladas; energía comprada, por 2.25 MW-h., y pérdidas en fibra, por 13.2 toneladas.

En las aclaraciones, ampliaciones y adiciones que hace en memorial de fecha 30 de Noviembre de 2.004, solicitadas oportunamente por ambas partes, dice el perito:

En una planta como PROPAL, el tiempo de paradas sería entre el 3 y el 8% del tiempo disponible, considerando imprevistos diferentes a incumplimientos de contratistas o hechos de la naturaleza. Todas las paradas afectan la producción de pulpa.

Los perjuicios causados por el deficiente manejo de INOR, de bagazo y carbón, en 48 eventos, son de 1.193,712 Mlb vapor, 8,8272 toneladas de soda, 13,2 toneladas de fibra y 140,5872 toneladas de papel, todo lo cual debería ser cuantificado por el perito financiero. Además establece otros perjuicios que denomina “normalización”, dentro de los cuales está el papel dejado de vender.

Establece mediante un cuadro comparativo el tiempo perdido por la deficiente alimentación de bagazo por parte de INOR y el de paradas no programadas, lo cual significó 312,68 toneladas de papel dejadas de vender, y 13,678 toneladas de carbón consumidas en exceso.

Anexa un gran número de cuadros, para fundamentar las anteriores y otras respuestas, relacionadas todas con las consecuencias de los incumplimientos de INOR, en la línea de producción de PROPAL.

- d) Perito experto en alce y transporte. Prueba solicitada por INOR: Comienza por precisar la metodología de su análisis, partiendo de la base de que su dictamen deberá referirse a si las operaciones de INOR fueron “acordes” con las condiciones técnicas, ambientales y de suministro, señaladas en el pliego de condiciones para la licitación y en el contrato de outsourcing. Después de aclarar que no está en condiciones de dictaminar si esas operaciones fueron “acordes”, en el sentido gramatical de esta palabra, manifiesta que analizará el grado de “conformidad” de tales operaciones, en cuanto a sus condiciones técnicas y de suministro, y a las ambientales, apoyándose para ello en datos suministrados por los otros peritos, especialmente los expertos en los temas

ambientales y de maquinaria. En cuanto a las condiciones de manejo y calidad de la operación, mide los resultados de la operación tomando como base hechos y datos, partiendo de las obligaciones contractuales y anotando que solamente a partir del otrosí, al final del contrato, se establecieron unos parámetros para medir los desempeños de INOR. La medición la hace el perito tomando los datos estadísticos de PROPAL anteriores al contrato y comparándolos con los exigidos en el contrato y los realmente realizados por INOR, presentando esto en varios cuadros comparativos.

En las aclaraciones, ampliaciones y adiciones que hace en memorial de fecha 12 de Diciembre de 2.004, solicitadas oportunamente por PROPAL, dice el perito que revisó todos los manuales y hojas de vida de la maquinaria, asesorándose para ello del perito experto en esa materia. En cuanto a las informaciones estadísticas, dice que utilizó las fuentes entregadas por el mismo PROPAL.

- e) Perito experto en temas ambientales. Prueba solicitada por PROPAL: Se refiere inicialmente a las dificultades para responder los cuestionarios propuestos, por la falta de información de que dispuso, comenzando por las deficiencias del contrato en materia ambiental, por cuanto nunca se definieron los procedimientos ambientales que INOR debería seguir en desarrollo del contrato. Tampoco existen registros que permitan conocer el estado de las instalaciones de PROPAL, donde debía desarrollarse el contrato de INOR, en la época de ejecución de dicho contrato. Sus conclusiones principales, en los temas que pudieron ser corroborados con datos anteriores y coincidentes con la ejecución del contrato, se resumen en que no hubo variaciones antes del contrato, cuando PROPAL ejecutaba directamente las labores y durante dicho contrato con INOR.

En las aclaraciones, ampliaciones y adiciones que hace en memorial de fecha 17 de Enero de 2.005, solicitadas oportunamente por INOR y por el Tribunal, dice el perito que

PROPAL cumplió con las exigencias ambientales, de acuerdo a la ley y a lo ordenado por las autoridades, pero para el manejo de residuos sólidos, no existía el plan cuando se inició el contrato con INOR. No hay documentos que prueben que se siguió un plan ambiental durante la vigencia del contrato entre PROPAL e INOR. Agrega que: “La ausencia de monitoreo, medidas y seguimientos de las labores, se puede interpretar como ausencia de un plan de manejo adecuado”. Finaliza estableciendo la imposibilidad de determinar si INOR hizo o no un manejo ambiental adecuado, por las razones que acaban de explicarse, y en cuanto a la situación anterior al contrato con INOR, dice que PROPAL cumplió con las exigencias de las normas en ese entonces vigentes, las cuales no contemplaban los planes de manejo ambiental.

- f) Perito experto en maquinaria. Prueba solicitada por PROPAL: Hace una relación de los documentos y objetos valorados para su experticio, y dice que INOR nunca le aportó los programas de mantenimiento de los equipos que le entregó PROPAL. A continuación describe el trabajo que debían realizar los equipos y el mantenimiento que ha debido dárseles, para concluir que los equipos se deterioraron en manos de INOR, por falta de dichos mantenimientos. Hace luego una evaluación de uno por uno de los equipos y termina haciendo un avalúo de los mismos, al momento de ser entregados a INOR y al momento en que estos fueron devueltos, mostrando el detrimento de su valor en este último momento, y el costo de su reparación.

En las aclaraciones, ampliaciones y adiciones que hace en memorial de fecha 17 de Enero de 2.005, solicitadas oportunamente por las partes, dice el perito que no pudo verificar en forma directa el estado de la maquinaria, sino que lo hizo como experto, a través de la historia documentada de la misma. INOR nunca le suministró prueba alguna del cronograma de mantenimientos. Existe un detrimento patrimonial en el valor de los equipos, por el deterioro

imputable a INOR, comparado al devolvérselos a PROPAL, una vez terminado el contrato.

Mediante auto No. 41 del 21 de Enero de 2.005, el Tribunal ordenó al perito experto en maquinaria que ampliara la parte de sus aclaraciones, referentes al deterioro patrimonial imputado al mal manejo de INOR, con el fin de diferenciar entre el deterioro por uso normal y por el mal uso de los equipos. El citado perito respondió las aclaraciones solicitadas por el Tribunal.

Los dictámenes referentes al tema financiero y al tema de movimiento de materia prima fueron objetados por error grave, sobre lo cual el Tribunal se pronunciará posteriormente, en esta misma providencia.

1.5.5. Indicios:

De conformidad con lo previsto en los arts. 248 a 250 del C. de P.C., el Tribunal, partiendo de hechos probados y de la apreciación de la conducta procesal de las partes, deducirá y calificará los indicios que servirán de medio de prueba. Siendo este un medio de prueba importante en el presente Proceso Arbitral, como se verá en las motivaciones y conclusiones del presente Laudo Arbitral.

1.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Agotado el período probatorio, descartadas por innecesarias las pruebas de inspección judicial que habían sido aplazadas en el auto de pruebas, y no habiendo pruebas por practicar ni trámites pendientes para su contradicción, ni de ninguna otra naturaleza, el Tribunal citó para audiencia de alegaciones finales, la cual se efectuó el día 2 de Mayo de 2.005. En dicha oportunidad cada una de las partes presentó verbalmente su alegato en el tiempo reglamentario, e igualmente cada una de ellas entregó al Tribunal un resumen de las mismas. Dijeron las partes en sus alegatos:

La parte convocante, INOR, hizo un recuento de la forma como se desarrollaron los contratos, para insistir en el cumplimiento de sus obligaciones, y a la mala fe de PROPAL en todo el desarrollo de la relación contractual, la cual, dijo, debía tener consecuencias jurídicas contra ésta. Se refirió a los vicios del otrosí del contrato de outsourcing, respaldándose con abundante doctrina, y finalmente insistió en las pretensiones de la demanda. Refiriéndose a la demanda de reconvención, manifestó que adolece de graves defectos. Entre los que mencionó, se destaca la imposibilidad de adelantar un solo proceso arbitral en razón de dos contratos diferentes, como son los de outsourcing y de alquiler de maquinarias, especialmente si todos los hechos y pruebas se dirigen a supuestos incumplimientos del primero.

La parte convocada y demandante en reconvención, PROPAL, hizo un recuento de los incumplimientos de INOR a lo largo de la relación contractual, y de los perjuicios que por ello se le habían causado a PROPAL. Sobre el otrosí del contrato de outsourcing de servicios, manifestó que su validez estaba respaldada por la aceptación voluntaria de INOR, expresada principalmente por su conducta al desarrollar el contrato con dicho otrosí, citando para ello abundante doctrina sobre la teoría de los actos propios. Se refirió también a la falta de prueba de los perjuicios demandados por INOR contra PROPAL, haciendo una crítica puntual a lo dictaminado por el perito financiero. Finalmente insistió en las pretensiones de su demanda de reconvención.

2. LAS OBJECIONES POR ERRORES GRAVES DE VARIAS PRUEBAS PERICIALES

2.1. ANTECEDENTES.

Se han objetado por error grave los dictámenes periciales presentados por el perito financiero y el experto en alce y

transporte; objeciones presentadas por la parte convocada y demandante en reconvención, PROPAL S.A., con los siguientes argumentos:

2.1.1. Objeción del dictamen del perito financiero.

Fundamenta la objeción analizando cuatro aspectos:

El primero, “ originado en la incongruencia entre el dictamen del perito financiero y el objeto de la prueba pericial decretada por el Tribunal” (pags. 1 a 43 del dictamen). Fundamenta el error en el hecho de referirse el perito a temas no sujetos a su dictamen. En efecto, dice que el perito ha debido limitarse a “Examinar las estadísticas de consumo de materias primas, bagazo y producción del año inmediatamente anterior a la celebración del contrato y el consumo de bagazo y producción durante la vigencia del nuevo contrato, en las mismas condiciones ambientales y de equipo existentes en la ejecución del contrato con INOR LTDA.”. A pesar de lo anterior, dice que el perito se tomó atribuciones no asignadas por el Tribunal, dictaminando, además equivocadamente, sobre diecinueve temas no incluidos en el objeto del dictamen, los cuales cita en literales de la “a” la “s”, y que se relacionan con errores de PROPAL en las condiciones de la licitación para el contrato de outsourcing; concepto y cálculo de margen de contribución y margen operacional de INOR, con base en los costos variables de otro licitante; adjudicación y firma del contrato PROPAL – INOR; desarrollo del contrato desde Agosto 2.000 hasta Septiembre 2.002; desequilibrio financiero del contrato; licitación y contrato con CONCIVILES, etc.. Además, dice que el perito se refiere a los documentos del punto 7.2. de la demanda, que no fueron objeto del dictamen, por cuanto el Tribunal ordenó que se allegaran al expediente, para examinarlos directamente, en lugar de hacerlo en la inspección judicial que quedó aplazada.

El segundo aspecto analizado en el memorial de objeciones se refiere a puntos no ordenados por el Tribunal, es decir los mismos que cita en el primer punto, pero analizándolos en detalle, para demostrar que, además de haber contestado el perito lo que no se le preguntó, sus respuestas también están afectadas con error grave, el cual, en síntesis, fundamenta en la ignorancia del perito en temas diferentes al suyo, como el de fabricación de papel, que lo lleva a concluir erróneamente sobre asuntos de esa especialidad; a darle a determinados documentos importancia que no tienen, como sucede con el acta del 8 de abril de 2.000 (pags. 16 y 17), la cual no forma parte del contrato simplemente por no estar suscrita por los representantes legales de las partes sino por técnicos de ambas, y no se refiere a 5 horas de paro en la planta sino a los cargadores específicamente, ni ser el punto de inicio del contrato; no consideración de los costos de PROPAL, con la afirmación errónea de que no existían, al hacer el análisis financiero de la licitación y de sus propuestas; error en el concepto del perito sobre el margen de contribución, por no hacerlo con base en la propuesta de INOR sino de otro licitante; error en el cálculo de los efectos causados en la contribución marginal, por el cambio de tarifas en la ejecución del contrato; error en las conclusiones a que llega (pag. 23) sobre la forma como PROPAL manejó la licitación, período Febrero 1.999 a Agosto de 2.000; error sobre opiniones técnicas sobre el desarrollo del contrato, en el cual el perito dice que PROPAL no le hizo a INOR la debida inducción en la cultura de su proceso industrial; error al dictaminar sobre desequilibrios financieros, por no haberse alterado las condiciones económicas del contrato, sino que existe, probado en el proceso, un incumplimiento continuo de INOR de sus obligaciones contractuales; error al referirse al mal estado de la maquinaria (calidad de los equipos) entregados a INOR, contra lo afirmado por el perito experto en maquinaria; error en las conclusiones sobre los resultados operacionales de PROPAL en el período 2.000 a 2.003, en los cuales se demuestra que esa compañía no sufrió problemas de operación, ni de producción, ni de ventas; errores en el

resumen del desarrollo del contrato en el período Agosto a Septiembre de 2.002, en cuanto a sus apreciaciones y afirmaciones sobre no corrección de errores en el desarrollo del contrato, supuesta intención de PROPAL de conocer precios del mercado a través de una licitación, incumplimientos de PROPAL sobre volúmenes previstos en el contrato y confiabilidad de equipos suministrados a INOR, etc..

El tercero de los aspectos analizados en el memorial de objeciones, se refiere a los puntos solicitados por PROPAL, contenidos en las páginas 44 a 50 del dictamen. Comienza por recordar que el Tribunal designó, además de otros peritos, uno experto en fabricación de papel, con la tarea de dictaminar sobre los paros en las plantas de PROPAL, los daños por ello ocasionados, y sus efectos en la fabricación de papel, y un perito financiero, para calcular los costos del papel dejado de producir, y demás daños, con base en la información suministrada por el perito papelerero, pero en la práctica el financiero terminó dictaminando sobre el tema del papelerero, sin tener conocimientos sobre la materia. Además, dice que éste "...se abstuvo de hacer una valoración de los perjuicios establecidos por el perito papelerero, que era la función que debió cumplir por orden del Tribunal de Arbitramento". A continuación se refiere específicamente a los puntos que objeta por error grave, hechos 60 a 63 y 68 a 70 de la demanda de reconvención (pags. 44 a 46), rechazando uno a uno los comentarios del perito y sus conclusiones, en las que dice que en lo que respecta a los hechos 60 a 63 no hubo daño emergente asignable a INOR, por no existir sobre ello ningún dato contable, y sobre los hechos 68 a 70, por haber error en la afirmación de que INOR alimentaba el digestor. Sobre lo primero dice que no todo perjuicio va a la contabilidad, como sucede por ejemplo con los perjuicios causados por un incendio, los cuales no se contabilizan como daños emergentes o lucros cesantes, sino que para establecerlos se nombran peritos para que, con los demás elementos de juicio, hagan los cálculos correspondientes.

Dice que al valorar los perjuicios se abstuvo de considerar los que había dictaminado el perito papelero, razón por la cual se constituye un error grave, concepto que mantiene respecto a otros hechos que analiza a continuación, y sobre los cuales no se detiene el Tribunal en el presente resumen, por referirse a los mismo temas ya estudiados.

El cuarto y último aspecto analizado en el memorial de la objetante, se refiere al tema del daño emergente y el lucro cesante, solicitados por INOR. Fundamenta el error grave en haber tomado el perito parámetros de otro contrato con otra sociedad (contrato de PROPAL con CONCVILES), la cual ofreció recursos muy superiores a los de INOR, para calcular con ese parámetro el lucro cesante de INOR. En cuanto al daño emergente, lo circunscribe en forma simplista a unas indemnizaciones laborales, sin tener en cuenta la depreciación del activo ni el aumento del pasivo, "... es decir que patrimonialmente la disminución ocurrida fue solo consecuencia de la indemnización mencionada". Igualmente considera que hay error grave por haber llevado los cálculos en un horizonte de cinco años, sin tener en cuenta que PROPAL podía terminar antes el contrato, en los términos del mismo.

Finaliza el memorial de sustentación de la objeción por error grave, con las pruebas de la misma, solicitando se tengan en cuenta las siguientes, que obran el expediente: "los registros de bitácora determinados en la demanda de reconvenición, así como las pruebas testimoniales decretadas a solicitud de PROPAL, los documentos presentados por PROPAL y la prueba pericial del perito papelero y de la perito contadora". Solicita que se decrete una prueba pericial con otro perito financiero que "... valore los perjuicios que fueron determinados en el dictamen del perito papelero, y que a la suma así calculada le aplique el índice de precios al consumidor y la traiga a valor presente.". Además, aunque no lo anuncia en la petición de pruebas, aporta la objetante un estudio contratado por PROPAL sobre los dictámenes

financiero y del experto en alce y transporte, elaborado por la firma "Economía y Negocios Ltda.. Miguel Londoño Barona & Asociados. Consultores.

Posteriormente, en memoriales en los cuales describe el traslado de la ampliación y complementación del dictamen de este mismo perito, ratifica su objeción, ampliando las explicaciones referentes a los puntos que se acaban de resumir, así:

En primer lugar se refiere a la presentación extemporánea del dictamen, manifestando que por esa razón la ampliación del dictamen no deberá ser tenida en cuenta por el Tribunal.

Luego se refiere al cálculo del perito sobre el lucro cesante, manifestando que hay contradicción entre lo que determinó como tal en el primer dictamen y lo que calcula en la ampliación, teniendo en cuenta solamente la petición que le hizo INOR, y no su carácter de experto financiero. A continuación hace una crítica del cálculo hecho por el perito, en este tema del lucro cesante, para deducir que el error grave consiste en la creación de una fuente de enriquecimiento sin causa a favor de INOR, y objeta el mismo punto por haberse hecho el cálculo con flujos de caja positivos, cuando la realidad de los balances de INOR demuestra que en el mismo período eran negativos. Finalmente se refiere a las diferencias en las cifras del lucro cesante entre el dictamen rendido a petición de INOR y el último, referente a la prueba de oficio decretada por el Tribunal, manifestando que son excluyentes, además de que no se tuvieron en cuenta los costos, todo lo cual constituye un error grave del dictamen.

Finalmente, solicita una prueba adicional a las ya pedidas en el primer memorial de objeción, consistente en el nombramiento de un perito contador financiero, con el fin de que dictamine sobre pérdidas acumuladas a finales de 2.002 y si el flujo de caja neto de INOR, en esa misma época es

positivo o negativo. Respecto a esta prueba y a otra en el mismo sentido, el Tribunal se pronunció (Auto No. 54 de fecha 31 de Marzo de 2.005), negando la prueba por improcedente, por cuanto todos esos datos están contenidos o se infieren fácilmente de lo demás dictámenes, especialmente el de la perito contadora. En esa misma oportunidad el Tribunal manifestó que sobre las demás pruebas y las objeciones mismas, se pronunciaría en el Laudo Arbitral.

2.1.2. Objeción del dictamen del perito experto en alce y transporte.

Comienza el escrito de objeción explicando el error en que incurrió el perito al cambiar el objeto del contrato de outsourcing, que era el de prestar INOR un servicio ininterrumpido de movimiento de materia prima y residuos, "... que requiere PROPAL en su operación, en forma ininterrumpida, garantizando satisfacer en forma oportuna e íntegramente las necesidades del servicio de PROPAL...", por lo que el perito definió como "... a través del manejo y movilización de las diferentes materiales por INOR, permitir que PROPAL operara en su proceso de producción, de una forma continua, durante todo el año y dentro de condiciones normales en sus plantas No. 1 y No. 2", siendo para la objetante una diferencia que conlleva al error grave, por cambiar el objeto del contrato, que era "el servicio ininterrumpido de INOR en el movimiento de materias primas y residuos", por el establecido por el perito, de "la operación normal de PROPAL". Cambiado el objeto del contrato, dice también la objetante, "Decide entonces el perito, según él indica, aportar una serie de elementos de juicio, resultantes de su estudio, que considera permitirán a los Árbitros juzgar si hubo o no la conformidad cuya verificación fue pedida en la prueba". Establece en concreto los siguientes errores: en cuanto a la maquinaria y equipo (pag 2 del dictamen) se remite a lo dicho por el perito experto en maquinaria, debiendo haber comparado lo que dijo el contrato, con la

realidad, o sea, entre otras cosas, el estado en que INOR devolvió los equipos, las fallas constantes del mismo, por mal mantenimiento, el defectuoso cumplimiento de INOR en la alimentación de bagazo y carbón, etc.; en cuanto a volúmenes de materia primas y materiales, el perito hace cuadros comparativos entre lo que movía PROPAL, y lo que aparece en el contrato y o que realmente movió INOR, como si el objeto del contrato fuera un volumen de carga, y no un servicio ininterrumpido, lo cual no constituye indicadores para concluir si la ejecución contractual de INOR estuvo o no acorde con lo pactado contractualmente, lo cual es un error grave; en cuanto a las especificaciones técnicas del contrato, éste describe lo relativo al bagazo, carbón, residuos sólidos, y caliza, en ambas plantas, con base en lo cual elaboró el perito unos cuadros comparativos para medir el desempeño de INOR, afirmando que en PROPAL no había datos, siendo que la obligación de reportes era de INOR. Continúa así el memorial de objeciones, refiriéndose a los errores graves del perito por circunstancias parecidas a las ya analizadas, y además a la falta de consulta de bitácoras, afirmaciones del perito sin soporte alguno, e incumplimiento de obligaciones contractuales de INOR, respecto a los siguientes temas, entre otros: inventario de bagazo al cierre de cada mes (pag. 22), indicadores de variabilidad en la alimentación de bagazo (pag. 23), tiempo perdido en la planta de desmedulado, por falta de alimentación de bagazo, eficiencia en el descargue de bagazo, tiempo perdido por falta de carbón, consumo de fuel oil y carbón en planta 2, daños de calderas por clinckers, tiempo perdido por falta de alimentación de caliza y pulpa, soda cáustica extra, consumo de Cl_2 y de H_2O_2 , y aspectos ambientales.

Como pruebas se remite a las bitácoras que obran en el expediente y a las que aporta, así como a las pruebas testimoniales pedidas por PROPAL y los dictámenes de los peritos papelero y contadora.

Además, al igual que en la objeción del dictamen pericial del perito financiero, pero aquí diciéndolo en forma expresa, aporta la objetante un estudio contratado por PROPAL con la firma “Economía y Negocios Ltda. Miguel Londoño Barona & Asociados. Consultores”, “... profesionales de reconocida solvencia moral y profesional, quienes con independencia y objetividad, no obstante ser solicitado su informe por PROPAL, han rendido el mismo haciendo alusión al dictamen que se objeta”.

2.2. DECISIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LAS OBJECIONES POR ERROR GRAVE.

Pronunciamiento sobre las pruebas: Comienza el Tribunal por referirse a la petición de pruebas solicitadas en ambas objeciones, manifestando que han sido tenidas en cuenta para sus decisiones sobre éstas, excepto la designación de otro perito, que fue rechazada previamente por auto No. 54 de fecha 31 de Marzo de 2.005, y salvo también el estudio contratado por PROPAL sobre los dictámenes financiero y del experto en alce y transporte, elaborado por la firma “Economía y Negocios Ltda. Miguel Londoño Barona & Asociados. Consultores”, suscrito por el Sr. Miguel Londoño Barona, Gerente, y por el Sr. Francisco Gálvis Hurtado, Profesional Asociado. Respecto a esta prueba, observa el Tribunal que, en cuanto al Sr. Miguel Londoño Barona, se trata del mismo perito que se declaró impedido por parentesco y amistad cercana con el Presidente de PROPAL. Impedimento que manifestó verbalmente al árbitro encargado de contactarlo antes de su nombramiento, y de lo cual se informó a las dos partes del proceso, que eran quienes debían hacer de común acuerdo la designación de peritos, siendo esa circunstancia tenida por suficiente para prescindir de su nombramiento. Además observa el Tribunal (pag. 244 del cuaderno No. 15), que una aliada estratégica de esa firma es hermana del Presidente de PROPAL, circunstancia que es de público conocimiento en esta ciudad, y que sería suficiente

para desechar dicha prueba, por la manifiesta parcialidad que se pone en evidencia. Por lo tanto, no solo se rechaza esta prueba sino que el Tribunal manifiesta su extrañeza por su inclusión en este trámite, a sabiendas, por parte de PROPAL, de las dos circunstancias de parcialidad ya anotadas, y por parte del profesional ya citado, quien habiéndose declarado impedido para ser imparcial cuando se le ofreció el cargo de perito financiero, no lo hizo para ser parcial, cuando PROPAL lo contrató para analizar el estudio del perito que fue designado en su lugar.

2.2.1. En cuanto a la objeción por error grave del dictamen del perito financiero:

Para que exista el error grave, es necesario que este sea manifiesto, por haberse cambiado su objeto (p.e., cambio del cuestionario propuesto o de las sociedades sobre las cuales se dirige) o por cambiar sus cualidades o atributos por otros ajenos a su naturaleza (p.e., calcular los perjuicios del contrato de transporte de personal de PROPAL, en lugar del de movimiento de materias primas).

Dijo la Corte Suprema de Justicia:³

“...cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el ejercicio intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador ...”.

En el caso que nos ocupa, el perito respondió la totalidad del cuestionario, y tuvo en cuenta no solo los documentos internos de las partes sino también las cifras económicas y macroeconómicas del negocio papelerero, analizadas en cuadros y gráficos, en donde se mostraron las distintas variables económicas del contrato, a través de todas sus etapas, referidas a todo el proceso de producción de papel.

³ Auto de 8 de Septiembre de 1.993, Magistrado Dr. Esteban Jaramillo S., Revista Jurisprudencia y Doctrina, Nov. 1.993, pag. 1071.

Como quien dice que el perito no se limitó a establecer cálculos aritméticos simples de lo que se le pidió, sino que hizo un estudio muy completo del negocio, para entender lo que estaba haciendo, y finalmente hacer el cálculo del daño emergente y el lucro cesante.

Se refiere el Tribunal a los tres grandes aspectos de la objeción, atrás resumidos:

El primero y el Segundo, sobre la extralimitación del perito, al analizar asuntos no sometidos a su conocimiento, y sobre los cuales no tenía conocimientos técnico, como los referentes a la etapa precontractual, y a la post contractual (contrato con CONCIVILES), el Tribunal considera que, si bien no son objeto expreso de preguntas, si sientan las bases para entender debidamente el negocio y referirse con propiedad a lo que se le preguntó. La falta de conocimientos técnicos del perito en asuntos no financieros, es una aseveración cierta. De ahí que el Tribunal hubiera designado otros peritos, quienes se han complementado entre si, e inclusive se coordinaron al preparar sus informes, todos los cuales son analizados por el Tribunal, en el presente Laudo Arbitral. Por lo tanto el Tribunal desestimaré estos motivos invocados como objeción.

Los aspectos tercero y cuarto de la objeción se refieren a que el perito financiero invadió la órbita del perito experto en fabricación de papel, y sus cálculos de perjuicios no tuvieron en cuenta los establecidos por este último perito. Además, manifiesta la objetante que el perito no puede pretender cuantificar perjuicios con base solamente en la contabilidad de la compañía. Al respecto, el Tribunal, de oficio, ordenó a la perito contadora que avaluara los perjuicios determinados por el perito experto en fabricación de papel, lo cual echa de menos la objetante, y, además, observando con rigor el dictamen objetado, encuentra que, aunque puede haber apreciaciones que no comparta, ello no daría lugar a que se

deseche la totalidad del dictamen, en razón de la objeción presentada.

En cuanto a las objeciones que presenta en el memorial en que descorre el traslado de la ampliación del dictamen, el Tribunal las desestima por las siguientes razones:

La referente al nuevo cálculo del lucro cesante, por ser un razonamiento matemático que hace a solicitud de INOR, con la aclaración de que el correcto para él es el que presentó en el primer dictamen. Aclaración en virtud de la cual el Tribunal, en caso necesario, tendría en cuenta es el primero, y no el ejercicio matemático que hizo en el segundo, para dar por contestada la pregunta que se le estaba haciendo.

En cuanto a los flujos de caja, si eran positivos o negativos puede mirarse fácilmente en los balances y anexos que obran en el expediente, y en el mismo informe del perito. Tema que, al igual que el referido en el párrafo anterior, está contenido en el dictamen de la perito contadora y en los balances anexos.

En cuanto a las observaciones que se le hacen a la prueba de oficio consistente en el cálculo de los perjuicios de INOR, con base a los parámetros establecidos por PROPAL en la segunda licitación, el Tribunal encuentra que los cálculos del perito responden a lo preguntado por el Tribunal, y que los parámetros que toma en cuenta para sus cálculos están debidamente sustentados. En efecto, lo que hizo el Tribunal fue partir de la base de que el contrato entre las partes venía siendo deficitario para el contratista. PROPAL fijó entonces unas nuevas condiciones y sacó nuevamente a licitación el servicio, para lo cual llamó a INOR, siendo esas condiciones vinculantes, por estar dirigidas a persona determinada (arts. 846 y 860 del Código de Comercio). INOR se presentó a licitar, aceptando esas nuevas condiciones, pero el ganador resultó ser otro. Por lo tanto, la única forma justa y viable de calcular cómo se habría desarrollado el contrato hasta la

finalización de su término inicialmente pactado, era la de calcular su continuidad hipotética en las citadas condiciones. Los otros cálculos serán desechados: el del parámetro de CONCIVILES, por ser un tercero, y la posibilidad de calcular con base al contrato que se estaba cumpliendo, por tener flujos de caja negativos desde el principio, que llevarían a una cifra negativa de perjuicios. Flujos negativos que era precisamente lo que se pretendía remediar con el nuevo contrato.

Es natural que la parte objetante no comparta algunos puntos del dictamen, como tampoco los compartió la parte que no objetó, y que por ello solicitó aclaraciones y adiciones a algunos puntos del mismo. El Tribunal tampoco comparte algunas de las apreciaciones del perito, que, en su afán de analizar en detalle el negocio de PROPAL, emitió algunos conceptos más propios de los árbitros que de él, o realizó cálculos tomando como parámetro el contrato suscrito con CONCIVILES, que es un tercero en este proceso; aspectos que no han limitado las posibilidades del Tribunal, de ordenar cálculos diferentes, teniendo ya unas bases completas para hacerlo, con fundamento en éste y en los demás dictámenes periciales, e inclusive auxiliado por los demás peritos, que son sus auxiliares. Pero todos estos disentimientos no son más que apreciaciones diferentes sobre un mismo tema, debidamente sustentado por el perito, con sus propios puntos de vista, expuestos, hay que reconocerlo, con mucha profundidad.

En fin, lo anterior, sumado a la idoneidad profesional del perito, y a la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, tal como lo exigen los arts. 237 num. 6 y 241 del C.P.C., son razones suficientes para que el Tribunal declare que no hay lugar a error grave, quedando por lo tanto en firme el dictamen practicado dentro del proceso arbitral, a solicitud de las partes, y en lo ordenado de oficio por el Tribunal.

2.2.2. En cuanto a la objeción por error grave del dictamen del

perito experto en alce y transporte:

Valen aquí las mismas apreciaciones introductorias tenidas en cuenta para resolver la objeción contra el dictamen del perito financiero.

Ya en particular, la objeción la fundamenta en que el perito cambió el objeto del contrato, que era “el servicio ininterrumpido de INOR en el movimiento de materias primas y residuos”, por otro creado por el perito, de “la operación normal de PROPAL”. “... Decide entonces el perito, según él indica, aportar una serie de elementos de juicio, resultantes de su estudio, que considera permitirán a los Árbitros juzgar si hubo o no la conformidad cuya verificación fue pedida en la prueba”. Para ello, dice que el perito ignoró lo dictaminado por otros expertos, como los peritos expertos en maquinaria y en producción de papel, para llegar a conclusiones que no se atienen a la realidad de las obligaciones contraídas por INOR en virtud del contrato.

Considera el Tribunal que lo que la objetante considera un cambio del objeto del contrato es solo una forma de expresión o de semántica del perito, el cual a lo largo de sus análisis se refiere al tema del contrato que fue sometido a su análisis. Por otra parte, y en cuanto a sus conclusiones supuestamente contrarias a la realidad, por no haber tenido en cuenta el dictamen de otros expertos, como el perito papelerero, son solamente conjeturas de la objetante, sobre conclusiones que estima no la favorecen.

Vale aquí también el mismo razonamiento del Tribunal, expuesto al decidir sobre la objeción por error grave del dictamen financiero: “... todos estos disentimientos no son mas que apreciaciones diferentes sobre un mismo tema, debidamente sustentado por el perito, con sus propios puntos de vista, expuestos, hay que reconocerlo, con mucha profundidad.”

“En fin, lo anterior, sumado a la idoneidad profesional del perito, y a la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, tal como lo exigen los arts. 237 num. 6 y 241 del C.P.C., son razones suficientes para que el Tribunal declare que no hay lugar a error grave, quedando por lo tanto en firme el dictamen practicado dentro del proceso arbitral.”

3. DECISIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE LA TACHA DE VARIOS TESTIGOS

3.1. ANTECEDENTES

INOR tachó por sospechosos los testimonios rendidos por los señores Gabriel Fernando Giraldo y Moisés Castillo, ambos citados a solicitud de PROPAL. Las tachas se hicieron, en las respectivas audiencias y los motivos, respecto a ambos, se resumen en el hecho de ser ambas personas empleadas de PROPAL, relación de dependencia que pondría en duda la veracidad de lo que dijeron en sus testimonios.

3.2. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Siendo ambas tachas iguales en cuanto a la motivación, se decide en forma uniforme para ambos casos.

De acuerdo a lo previsto en los arts. 217 y 218 del C.P.C., procede el Tribunal al análisis de los motivos y pruebas de la tacha de los testigos, por sospecha.

No hay ninguna duda de que los dos testigos son empleados de PROPAL. Es más: muchos de los testigos, ninguno tachado por lo mismo, son empleados de esa misma sociedad, que es parte del presente proceso arbitral.

Gabriel Fernando Giraldo Valencia se desempeñó como coordinador general del contrato con INOR, en la planta 2,

durante la vigencia del contrato, y su testimonio, además de ser sobre hechos que le constaban directamente, no dice nada diferente a lo que manifestaron otros testigos, también empleados de PROPAL, quienes declararon sobre los incumplimientos de INOR. Este testigo dio cuenta de incumplimientos de INOR, con detalles propios de quien conocía el tema, y aportó al Tribunal datos nuevos, sobre la forma en que PROPAL suplía las deficiencias de equipos de INOR. Apartes del testimonio se citarán en el análisis de los hechos que se hacen más adelante por el Tribunal.

En cuanto a Moisés Castillo Llanos, también es empleado de PROPAL, y durante el contrato con INOR se desempeñó como gerente de potencia y recuperación, planta 2. Su testimonio se refirió a lo que él manejó durante el tiempo del contrato con INOR: el suministro deficiente por INOR, de carbón y mezcla, y al manejo de las cenizas. Apartes del testimonio se citarán en el análisis de los hechos que se hace más adelante por el Tribunal.

Como ya se dijo, fueron muchos los funcionarios de una y otra parte, especialmente de PROPAL, que se presentaron a rendir testimonio. En los que estamos analizando, y en los demás, hay partes que aportan datos al Tribunal, y otras que son manifiestamente parcializadas, lo cual sucede inclusive en los dos testimonios a que nos estamos refiriendo. Pero no hay lugar a declarar como sospechosos a unos y a otros no, además de que los aquí tachados han aportado luces al Tribunal sobre hechos muy puntuales, propios de sus conocimientos. Es decir que los apartes de dichos testimonios en los que se puede ver parcialidad, no son suficientes, para desestimar otros apartes, como los que se acaban aludir a título de ejemplo, por ser útiles para el esclarecimiento de la verdad. Por estas razones, no se admiten las tachas de sospecha sobre los citados testigos.

4. MOTIVACION DEL LAUDO Y CONCLUSIONES

DEL TRIBUNAL

Agotada la etapa probatoria y establecido el cumplimiento de todos los presupuestos procesales, frente a lo cual se está en la posibilidad de emitir el pronunciamiento de fondo, entra el tribunal al análisis de las demandas y las pruebas, a la luz del derecho y de sus herramientas auxiliares, para dirimir los conflictos que se le han planteado. Para ello se referirá primero a los hechos de ambas demandas, agrupándolos por sus temas comunes, para determinar cuáles han quedado probados, entrando luego a lo particular de cada una de las pretensiones y excepciones de mérito, en las demandas principal y de reconvención, dirimiendo así todos y cada uno de los conflictos que le fueron planteados.

4.1. HECHOS PROBADOS, AGRUPADOS POR TEMAS COMUNES EN AMBAS DEMANDAS Y EN SUS RESPECTIVAS CONTESTACIONES.

Se referirá el Tribunal a los hechos que sustentan las pretensiones de ambas demandas, dejando de lado los que no desembocan en éstas. Análisis que hará a la luz de las pruebas, de acuerdo a la valoración a que se refiere el punto 1.5. del presente Laudo Arbitral.

4.1.1. Hechos referentes a la etapa precontractual (hechos 1 al 9 de la demanda de INOR, y 1 al 9 de la de PROPAL).

4.1.1.1. El manejo de las materias primas básicas, lodos, cenizas y otros, antes de la relación contractual con INOR.

Antes de Julio de 2.000, esas actividades las venía desarrollando el mismo PROPAL, con sus propios recursos, humanos, económicos y de infraestructura de equipos, y era considerada una actividad esencial para su producción papelera.

4.1.1.2. Licitación de Agosto del año 2.000. Propuestas de los licitantes, adjudicación a INOR.

PROPAL decidió contratar “un tercero experto” que le prestara los servicios a que se refiere el punto anterior, buscando con ello “mayor eficiencia, economía de escala y especialización en la labor Así podría PROPAL dedicarse a su objeto fundamental: la fabricación de papel”⁴. Se establecieron los términos para la licitación, y a ella se presentaron varios licitantes, entre ellos INOR, los cuales fueron visitados y evaluados por PROPAL, la cual finalmente adjudicó el contrato a INOR, en consideración a ser la más conveniente y la más barata para PROPAL⁵.

Durante la etapa de la licitación, PROPAL cambió las condiciones de volúmenes y de precios ofrecidos⁶, llegándose entonces a la firma del contrato con un margen de contribución negativo. Circunstancia que rechaza PROPAL, aduciendo que el precio evaluado no fue inflado, sino que fue el resultado de sumar el factor fijo con un componente variable contenido en la licitación.⁷

Dice además el perito financiero que INOR no hizo en su propuesta cálculo alguno de costos, y que PROPAL tampoco lo hizo, a pesar de tener los parámetros que le daban los demás licitantes, lo cual dio lugar a que el contrato tuviera un margen negativo, desde antes de comenzar a desarrollarse.

PROPAL hizo más atractiva su licitación, con su obligación de entregar al ganador el mismo personal y equipo con que se venían desarrollando las actividades licitadas.

Sobre el por qué de esa contratación, que se presentaba desde el principio con desequilibrios económicos y aparente desconocimiento del tema por parte del contratista INOR, dijo el Sr. Munir Bultaif, (Cuaderno No. 9) socio principal de dicha sociedad:

⁴ Hecho No. 33 de la contestación de la demanda de INOR.

⁵ Hecho 9 de la demanda de PROPAL.

⁶ Dictamen perito financiero, pags. 21 y s.s..

⁷ Ver contestación de la demanda por PROPAL, referencia al hecho 3.16.

....Jefe de Compra y parece que él era el que estaba dirigiendo en ese tiempo el contrato; me llamó una tarde sin conocerlo, se me presentó por teléfono y me dijo, yo soy fulano, alguna gente me dijo que usted tiene una empresa de transporte y aquí se está moviendo el personal, por qué no licita con un Outsourcing que quiere PROPAL para el manejo de cargadores y de toda su materia prima, yo le manifestaba que no tenía de verdad experiencia en manejo de bagazo, de lodos, de todo eso, pero que miramos haber que podía hacer. PROPAL invitó a INOR para que participara en la licitación, pero nunca en esa época INOR iba a PROPAL a preguntarle por contrato, ni por Outsourcing, ni nada sino que estaba solo manejando los buses.....

...

.... En eso entró la operación con todo el personal de PROPAL incluyendo mecánicos, incluyendo operarios de cargadores, en INOR vimos que no teníamos ninguna dificultad porque era el mismo personal pues que problema iba a haber, ahí entramos a operar nosotros.

Por su parte el Presidente de PROPAL, dijo en su declaración de parte:

.... Efectivamente se hicieron y se hizo una visita digamos para comprobar lo de INOR, en ese momento yo tengo que decir casi pues que montaron un show muy bien, mostraron pues una serie de cargadores, una serie de gente trabajando, cargadores que después jamás aparecieron en la operación, o sea realmente lo que nos mostraron..... yo creo que en ese momento lograron de alguna forma, no quiero usar de pronto la palabra engañar, pero sí confundir a nuestra gente demostrando de que si tenían digamos la capacidad para hacer eso a pesar de que no tenían un contrato realmente parecidos, pero que digamos en su negocios de construcción pues habían tenido movimientos de tierra y otras cosas que les podría servir para hacer esto; y en base a eso, se hizo la adjudicación del contrato, o sea yo creo que en ese momento pues digamos de alguna forma convencieron al equipo de trabajo que fue a verlos, de que podrían, pero la demostración durante la ejecución, fue totalmente lo contrario.

...

..... no es que hubiera existido un desequilibrio en el contrato, sino que no sabían hacer las cosas y por eso

realmente tenían un desconocimiento del negocio y por eso era que realmente no podían salir adelante.

El perito financiero manifestó que PROPAL incurrió en una serie de falencias, al momento de evaluar las propuestas y adjudicar la licitación, entre las cuales estaba la falta de gerencia para ese proceso. Dijo el perito, entre otras cosas ⁸:

... Por falta de gerencia el resultado de la licitación no tuvo el análisis financiero juicioso que obligaban los mismos resultados de dicha licitación y por los riesgos que podía ocasionársele a PROPAL y al mismo proveedor.

Inquietudes e interrogantes han debido plantearse cuando uno de los proponentes ofrece un precio que es el 41.4% del promedio de los otros dos. Ello tenía que tener una explicación y justificación y del análisis a las respuestas se desprendían elementos que evitarían la forma riesgosa (financieramente) en que posteriormente se manejó la contratación.

...

Para el Tribunal, el equilibrio contractual no es un tema propio de una sola de las partes, sino de ambas, por lo cual PROPAL ha debido hacer el estudio de costos que no le presentó INOR, y que daba lugar a que la propuesta fuera más barata que las demás. Cálculo que era lógico que supliera PROPAL, por su interés en el contrato, y que además debía conocer por haber desarrollado esas labores con anterioridad. Esta omisión de ambas partes, así como el interés de PROPAL en hacer el contrato con quien solo tenía con ellos la experiencia del outsourcing del transporte del personal, sentaron las bases para las vicisitudes que se presentaron posteriormente en el desarrollo contractual, tal como lo dictaminó el perito financiero.

Con base en lo anterior, el Tribunal infiere que PROPAL propuso a INOR participar en la licitación, con suficiente conocimiento de la inexperiencia de éste en el tema, y con la promesa de ayudarlo a cumplir; y que INOR aceptó creyendo en la supervisión y apoyo de

⁸ Dictamen perito financiero, pag. 18.

PROPAL, lo cual, como se verá a continuación, se pactó contractualmente, y creyendo igualmente que se le respetarían los términos tenidos en cuenta para licitar, lo cual no siempre ocurrió. Sobre este tema volverá el Tribunal más adelante, al referirse al tema de la buena fe, pero anticipa que en esta materia la buena fe con que debió haber actuado PROPAL es la buena fe exenta de culpa.

4.1.2. Hechos referentes a la etapa contractual (hechos 10 al 17 de la demanda de INOR, y 10 al 115 de la demanda de PROPAL).

4.1.2.1. El outsourcing de servicios y el arrendamiento de maquinaria.

Entre las partes se suscribió el contrato 127-00 del 15 y 17 de Agosto de 2.000 (fechas de reconocimiento de firmas del mismo documento), titulado: “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS OUTSORCING DE MANEJO, RECIBO, MOVILIZACIÓN, CARGUE Y DESCARGUE DE MATERIAS PRIMAS BÁSICAS, LODOS, CENIZAS Y OTROS – CARGADORES- No. 127-00 (PROPAL-INOR)”, el cual fue adicionado con un otrosí del 30 y 31 de Enero de 2.002 (fechas de autenticación de las firmas), distinguido con el No. 018-20020-01. Este contrato tenía varios anexos, entre ellos el No. 12, con un contrato de ARRENDAMIENTO a INOR de los EQUIPOS con los cuales PROPAL venía desarrollando las labores que en ese momento contrataba con aquel.

Veamos las características propias de cada contrato. Al otrosí se referirá el Laudo más adelante, siguiendo el orden cronológico del desarrollo de la relación contractual. Resumen que se hace con base en los contratos que obran en el expediente:

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS OUTSORCING DE MANEJO, RECIBO, MOVILIZACIÓN, CARGUE Y DESCARGUE DE MATERIAS PRIMAS

BASICAS, LODOS, CENIZAS Y OTROS –CARGADORES- NO. 127-00 (PROPAL- INOR).

OBJETO: El establecido en el título del contrato, con autonomía de INOR, satisfaciendo los requerimientos de PROPAL, en forma ininterrumpida, de acuerdo a especificaciones contenidas en el contrato y sus anexos. **ESPECIFICACIONES CICLOS Y CANTIDADES ESTIMADAS**, constan en el anexo 2, y no hay garantías mínimas en las cantidades de carga.

CUANTIA: Valor indeterminado. Se establecen tarifas unitarias por tonelada. El valor final para pagar será el que corresponda a las cantidades efectivamente manejadas por INOR.

PLAZO: Cinco (5) años contados a partir del 16 de Agosto de 2000, con vencimiento el 16 de Agosto de 2005. Pudiéndose dar por terminado, unilateralmente, durante su vigencia, con preaviso de seis meses.

POLIZAS Y GARANTIAS: INOR se obliga a constituir a favor de PROPAL, pólizas de: **CUMPLIMIENTO** que garantice la correcta ejecución de sus obligaciones contractuales por un valor equivalente a mil seiscientos sesenta y dos (1662) veces el salario mínimo legal mensual, con duración de cinco (5) años, más dos (2) meses. **OBLIGACIONES LABORALES Y PRESTACIONES SOCIALES**, por un valor equivalente a dos mil cuatrocientas noventa y tres (2493) veces el salario mínimo legal mensual, con duración de cuatro (4) años, más dos (2) meses. **RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL** por un valor equivalente a mil seiscientos sesenta y dos (1.662) veces el salario mínimo legal mensual, con duración de cinco (5) años más dos (2) meses. La vigencia y sus prórrogas serían vigiladas por PROPAL, quien podría retener pagos mientras las pólizas no estuvieran vigentes.

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: PROPAL podrá dar por resuelto unilateralmente el contrato dando aviso escrito con tres (3) días de antelación, de su determinación a INOR en uno cualquiera de los casos siguientes:

- a) Suspensión total o parcial del servicio sin justa causa.
- b) Ejecución del servicio sin sujeción a las especificaciones pactadas y luego de haber solicitado a INOR enmendarlo o reiniciarlo.
- c) Incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones a cargo de INOR.

CLAUSULA PENAL E INDEMNIZACIÓN: Por incumplimiento de INOR, de una de las obligaciones contractuales, el 20% del valor estimado anual del contrato, a título de pena, y además los perjuicios que pudiesen ocasionarse como consecuencia del incumplimiento. INOR renuncia a los requerimientos privados y judiciales exigidos por la Ley, para la constitución en mora. PROPAL puede deducir, retener o compensar a INOR las sumas de perjuicios.

OBLIGACIONES DE LAS PARTES:

DE INOR: Se obliga a la prestación oportuna del servicio, en la forma pactada en el contrato. Se puntualizan las obligaciones, dentro de las cuales están las de conservación de los equipos; mantener un cargador disponible en cada planta, para casos de necesidad; “Informar de inmediato a PROPAL cualquier falla que pueda afectar la operación de PROPAL, prevenirla y corregirla diligentemente con sumo cuidado y diligencia”, y “Atender de inmediato, en cualquier hora o día el requerimiento escrito formulado por PROPAL y asumir el costo en que PROPAL incurra para suplir el servicio, si transcurridas seis (6) horas desde el requerimiento INOR no ha atendido el problema anunciado, que afecte la producción de PROPAL.” (hemos subrayado).

DE PROPAL: Se obliga únicamente al pago de los servicios que se hayan prestado “en la forma y plazo acordados”, y a

recibir, al final del contrato, los equipos y áreas que se le hubieren entregado a INOR.

ARBITRAMIENTO: Se pactó para toda controversia, con tres árbitros y laudo en Derecho, tal como se indicó en el punto 1.1. del Laudo.

(Hasta aquí el resumen del contrato)

**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE EQUIPOS
(ANEXO # 12 DEL CONTRATO DE SERVICIOS
OUTSOURCING No.127-00).**

OBJETO: La entrega de PROPAL a INOR de equipos para desarrollar el contrato de outsourcing de servicios que se acaba de analizar, no siendo éste el único equipo que el contratista deberá destinar para esos propósitos, equipo que se relaciona y cuyas hojas de vida se acompañan al contrato (anexos 2 y 3).

CANON DE ARRENDAMIENTO: SEIS MILLONES DE PESOS (\$6.000.000.00) mensuales, el cual se pagará deduciéndolo mensualmente del canon pactado por los servicios del contrato de outsourcing. Suma reajutable anualmente con el IPC.

DURACIÓN DEL CONTRATO: Subordinada a la vigencia y prórrogas del Contrato de Servicios Outsourcing, “si por alguna razón se termina el contrato No. 127-00, este arrendamiento se entenderá terminado en la misma fecha y hora que aquel; quedando exoneradas las partes de hacer desahucios o avisos de terminación respecto de éste pues se entenderán cumplidos si se hacen respecto del contrato principal al cual es este accesorio”.

ESTADO Y MANTENIMIENTO DE LOS BIENES: Se declara que están “en buenas condiciones de operación y funcionamiento, según consta para cada equipo en la

correspondiente acta de entrega, suscritas por INOR". Su mantenimiento y conservación serán a cargo de INOR.

CLAUSULA PENAL: diez (10%) del valor anual del contrato, a título de pena derivada de dicho incumplimiento.

CLAUSULA COMPROMISORIA: Las controversias se resolverán por el mismo Tribunal que se conforme de acuerdo al contrato de outsourcing, por ser el de arrendamiento un anexo y contrato "accesorio" de ese.
(Hasta aquí el resumen del contrato).

Observa el Tribunal lo siguiente, en relación con los contratos que se acaban de resumir, teniendo presente las pretensiones y hechos de las demandas, y además el acervo probatorio que obra en el expediente:

4.1.2.2. La independencia o no de los contratos, y sus consecuencias jurídicas.

En cuanto a si los contratos son independientes o no, observa el Tribunal que cada uno, el de outsourcing de servicios y su anexo No. 12, que contiene el de arrendamiento de equipos, tienen sus propias partes (que coinciden en ambos), obligaciones, precio, cláusula penal y cláusula compromisoria.

Para el Tribunal es claro que ambos contratos son principales, de acuerdo a lo previsto en el Código Civil, art. 1.499, que establece que los contratos son principales cuando subsisten por si mismos y accesorios cuando tienen por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella. En el presente caso no se puede predicar de ninguno de ellos que sea de garantía del otro, como sucedería p.e. con la prenda o la hipoteca. Por lo tanto los contratos son jurídicamente principales, aunque las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, condicionaron la existencia del de arrendamiento a la del de outsourcing, sin que ello pueda significar la desnaturalización de la independencia de éste, y viceversa.

En síntesis, el Tribunal considera que los dos contratos, el de outsourcing de servicios y el de arrendamiento de equipos son jurídicamente independientes.

4.1.2.3. La acumulación de incumplimientos y de sus indemnizaciones, tratándose de contratos de tracto sucesivo.

Los contratos analizados son de tracto sucesivo de acuerdo, a la elaboración doctrinaria, lo cual tiene especial importancia para la valoración de los incumplimientos por parte de INOR, alegados por PROPAL en su contestación y excepciones contra la demanda principal, y en su demanda de reconvención, en cuanto a que no podría hablarse propiamente de incumplimientos, como lo ha venido haciendo PROPAL a lo largo del proceso, sino de cumplimientos defectuosos. En el caso de los contratos de ejecución instantánea, su incumplimiento se conoce desde el derecho Romano como el “non adimpleti contractus”, mientras que en los de tracto sucesivo su cumplimiento defectuoso se conoce como el “non rite adimpleti contractus”. La diferencia entre el incumplimiento de obligaciones en contratos de ejecución instantánea y el cumplimiento defectuoso en contratos de tracto sucesivo es perfectamente clara: en el primero la prestación se deja de cumplir, lo cual genera unos perjuicios que quedan ahí a la vista, hasta que el acreedor o un tercero las supla o hasta que se verifiquen, para la cuantificación de los perjuicios que se generen, siendo por lo tanto fácilmente determinables y avaluables, inclusive sin mediar una constitución en mora, la cual en estos casos puede renunciarse. En el segundo, se cumple defectuosamente, pero se cumple, y al ser las obligaciones continuas en el tiempo, el cumplimiento de la prestación siguiente borra los actos o hechos susceptibles de haber causado el perjuicio, por lo cual es necesario que antes de entrar a suplir las deficiencias dejadas por el deudor, y antes de seguir con la prestación siguiente a cargo de éste, constituir la prueba del

cumplimiento defectuoso y valorar el daño. En el caso que nos ocupa, se cumplieron frecuentemente las prestaciones a cargo de INOR, aunque en forma retardada, con el apoyo de PROPAL, en virtud de su obligación contractual de suplir las deficiencias, si INOR no lo hacía después de seis horas de habersele requerido por escrito, establecida en la cláusula 11.1, literales “s” y “u” del otrosí del contrato de outsourcing. Es decir que, considerando por separado cada uno de los más de cuatrocientos cincuenta (450) episodios que PROPAL denomina incumplimientos y que para el Tribunal son cumplimientos defectuosos, ellos no constituyeron hechos definitivos, por cuanto fueron cumplidos, la mayoría con la ayuda del mismo PROPAL, quien no constituyó en mora a INOR en cada uno de esos episodios, y, si contractualmente no estaba obligado a hacerlo, tampoco lo requirió, ni hizo acto formal de constatación alguna, que permitiera establecer y cuantificar los perjuicios causados por cada deficiencia. Servicios que en todos los casos le fueron pagados a INOR, en virtud de la obligación contractual de PROPAL de pagar los servicios prestados en la oportunidad y plazo acordados ⁹. Como quien dice que al pagar cada prestación supuestamente defectuosa, PROPAL aceptó que la prestación finalmente se cumplió. Esto, sin contar que, de haber ocurrido perjuicios en todos o en algunos de los múltiples y casi diarios episodios de cumplimientos defectuosos, PROPAL también tenía la posibilidad de cruzar el valor de los perjuicios con las sumas que le debiera a INOR ¹⁰, lo cual nunca hizo.

Por otra parte, el no requerimiento, ni constitución en mora en cada uno de los cumplimientos defectuosos, y la continuación con la prestación siguiente, y así sucesivamente por más de cuatrocientos cincuenta (450) veces, lleva a concluir, necesariamente, que no había intención de reclamar perjuicios, una vez superado cada incidente, de lo cual se deduce que cada situación de defectuoso cumplimiento fue

⁹ Cláusula 11.1 de los ordinales “s” y “u” del otrosí del contrato de outsourcing.

¹⁰ Cláusula 11.1 de los ordinales “s” y “u” del otrosí del contrato de outsourcing.

purgada. Tema sobre el cual volverá el Tribunal más adelante.

Al respecto dice la doctrina:

Cardenal Fernández, Jesús:¹¹

Es necesaria la constitución en mora en caso de violación de una obligación continua, o de ejecución de un contrato de ejecución sucesiva?.

...

La respuesta, se dice en la doctrina francesa, depende de la caracterización que se dé a la situación creada por la “deficiencia” del deudor. En otras palabras: ¿se ha producido un retraso en la ejecución, o constituye ello una verdadera inexecución?. De esta caracterización depende el que sea o no de aplicación la exigencia de constituir al deudor en mora. (pags. 162 y 163)

Todo retardo en la ejecución, indica PERROT ..., no es necesariamente una demora en el sentido técnico del vocablo, y se exige frecuentemente que, para que el retraso produzca consecuencias jurídicas, sea objeto de una constatación por medio de un requerimiento o acto equivalente que valga a constituir en mora. (pag. 154).

... el autor de la falta no debe reparar más que las consecuencias dañosas posteriores a la constitución en mora. El Tribunal, para fijar la condena, solo debe contemplar el perjuicio posterior, desde la constitución en mora.

De esta forma, se dice, la constitución en mora, en los casos en que ella se exige – no se exige ... cuando resulta inútil por constituir el retraso un incumplimiento definitivo -, condiciona, si no el nacimiento del derecho a la reparación, que es anterior a ella, sí ciertamente el momento a partir del cual los daños y perjuicios son debidos y el período que habrá de tenerse en cuenta para calcularlos. De ello resulta que el tiempo comprendido entre el nacimiento del daño y la constitución en mora es considerado como no existente. (Pag. 155).

El principio general consiste en que el deudor de una suma de dinero o de cualquier otra (sic) prestación, no está obligado a indemnizar los daños y perjuicios por el simple

¹¹ Cardenal Fernández, Jesús:¹¹ EL TIEMPO EN EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES. Madrid, Edit. Montecorvo, 1.979.

retraso en cumplir su obligación. Solo queda obligado si se ha constituido en mora y por el período de tiempo que a la misma subsigue. (pag. 156).

Dice la C.S.J.¹²:

...

Para que la inexecución de la obligación principal o su ejecución defectuosa o retardada, dé al contratante que cumplió, la acción de resarcimiento de perjuicios y por lo tanto la de resolución o cumplimiento, se requiere que el demandado haya sido constituido en mora, como lo estatuye el artículo 1615 del Código Civil, para cuyo efecto deberá observarse lo establecido por el artículo 1608 ibídem.

Según esta norma el deudor estará en mora cuando ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor, salvo que la obligación sea a término o que sólo pueda ser cumplida dentro de cierto término, puesto que en este caso se aplica el principio dies interpellat pro homine, o sea que se presume que tal deudor ha sido prevenido desde el momento de la celebración del contrato, que si no satisface su compromiso dentro del plazo estipulado se hace responsable de los respectivos perjuicios”.

Por su parte, dice la ley:

C.C., art. 1615:

Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora. ...

C.C., art. 1.608:

El deudor está en mora:

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

...

C. de Co., art. 879.

El finiquito de una cuenta hará presumir el pago de las anteriores, cuando el comerciante que lo ha dado arregla sus cuentas en períodos fijos.

¹² Sentencia de Sept. 24 de 1.982, Magistrado Héctor Gómez Uribe

Normas que serían concordantes con el inciso segundo del art. 1.163 del mismo código, el cual establece que el recibo por concepto de intereses del mutuo, hará presumir el pago de los anteriores, preceptiva que se repite en el Código Civil, al tratar la misma materia.

En resumen, no puede hablarse de incumplimientos en contratos como los que nos ocupan, que por ser de tracto sucesivo, se refieren a prestaciones continuas en el tiempo de duración del mismo, y esos cumplimientos defectuosos fueron subsanados y pagados por PROPAL, en desarrollo de sus propias obligaciones contractuales, sin que hubiera mediado ningún requerimiento a INOR, al presentarse cada defecto, para cobrarle perjuicios a partir de ese requerimiento o comunicación y hasta que fuera subsanado por PROPAL, en cada caso. Y los que no hubieran sido subsanados por PROPAL, tampoco podrían ser objeto de reclamo, por cuanto, al tener éste la obligación de suplir las deficiencias de INOR, no podría escudarse en su omisión, por cuanto sería como alegar su propia culpa para cobrarle perjuicios. Y si se vieran las obligaciones a cargo de INOR como aquellas a que se refiere la citada doctrina de la C.S.J., de que solo podían ser cumplidas dentro de cierto término, que sería el de cada necesidad del servicio por parte de PROPAL, de todas formas existía también la obligación de ésta, de vigilar el servicio prestado, de reconvenir a INOR por escrito y oportunamente y de suplir el servicio, precisamente para evitar los perjuicios, como se desprende de las cláusulas 11.1 del contrato de outsourcing. Además, de acuerdo al art. 879. del C. de C., el finiquito de cada cuenta daba por aprobado el de las anteriores. Por lo tanto, al ocurrir sucesivamente más de cuatrocientos cincuenta (450) episodios, los cuales fueron pagados como oportuna y satisfactoriamente prestados, de acuerdo a lo estipulado en el contrato de outsourcing¹³, se debe entender que con cada episodio y pago siguiente se produjo un finiquito de cuentas y una renuncia a cobrar los perjuicios del anterior, lo que además se desprende de las declaraciones de parte y testimonios, y en donde se manifiesta que en ningún momento se pensó en terminar el contrato por

¹³ Cláusula 11.1 del otrosí del contrato de outsourcing.

incumplimientos, y que siempre se trató fue de ayudar a INOR a cumplir; punto éste sobre el que volverá el Tribunal al referirse al tratar el tema la terminación de la relación contractual. Y por si todo lo anterior fuera poco, PROPAL nunca cruzó ningún perjuicio contra las sumas que le debía a INOR, cosa que podía hacer en virtud del contrato, cláusula 11.1.

Queda establecida entonces la relación contractual entre las partes, regida por un contrato de outsourcing de servicios, y un contrato de arrendamiento de equipos, que tenía por causa el primero. Contratos ambos que eran de tracto sucesivo. Sobre el otrosí del primero se pronunciará el Tribunal más adelante. Los contratos se suscribieron entre ambas partes cumpliendo todos los requisitos de existencia y validez, tema que no fue puesto en duda en el proceso.

Veamos ahora como se desarrolló la relación contractual, en lo que respecta a los incumplimientos alegados en este proceso arbitral y la conducta asumida por PROPAL ante dicha situación.

4.1.2.4. Los incumplimientos de obligaciones derivadas de la relación contractual.

INOR se quejó a PROPAL en ocho oportunidades¹⁴, alegando desequilibrio contractual y solicitando su restablecimiento, a lo cual PROPAL, sin reconocer expresamente la existencia de desequilibrio, accedió a hacer algunos reajustes, que a la postre fueron insuficientes.

De acuerdo a la demanda de reconvención, a los testigos y a lo dictaminado por el perito experto en fabricación de papel, INOR tuvo incumplimientos contractuales casi a diario, y en múltiples oportunidades en los mismos días, sumando múltiples incumplimientos, en los 25 meses que duró la relación contractual entre las partes.

¹⁴ Hecho 3.17 de la demanda de INOR, y pronunciamiento de PROPAL en la contestación.

Las obligaciones a cargo de INOR quedaron compartidas con PROPAL, al establecerse la obligación de que éste supervigilara el desarrollo de las labores contratadas, y que, en las eventualidades pactadas las supliera, cargando sus costos a INOR, para evitar la parálisis de la producción¹⁵. De ahí que el contrato se siguiera desarrollando a pesar de los más de cuatrocientos cincuenta (450) cumplimientos defectuosos alegados en el proceso, y sin que PROPAL hubiera tenido nunca la intención de terminarlo, por haber tenido siempre la oportunidad de suplir las deficiencias de INOR, es decir compartiendo su responsabilidad, para evitar los perjuicios, como bien lo explican los testigos, todos funcionarios de PROPAL, entre ellos los señores Castillo y Giraldo, ambos tachado de sospechosos por INOR, y sobre lo cual se pronunció el Tribunal en este mismo Laudo. Dijeron los citados testigos:

Gabriel Fernando Giraldo Valencia, (página 219 del cuaderno No. 8), funcionario de PROPAL y quien se desempeñó como coordinador general del contrato con INOR, en la planta 2, durante la vigencia del contrato. Este testigo dio cuenta de incumplimientos de INOR, con detalles propios de quien conocía el tema, y aportó al Tribunal datos nuevos, sobre la forma en que PROPAL suplía las deficiencias de equipos de INOR. Al respecto, dijo:

“Si, había una cláusula dentro del contrato 127, que eran las obligaciones del contratista; en uno de sus puntos no recuerdo si era el 1, no se, por allí hay un punto que dice: Que si después de pasadas 6 horas de varado un equipo que se necesite para la operación normal de la planta, PROPAL podía contratar en alquiler con cargo a INOR un equipo similar para restablecer el funcionamiento; entonces, nosotros comenzamos pues diría yo que casi a hacer uso de ese punto, pero previamente yo le consultaba al señor Guillermo Márquez, él me autorizaba por teléfono, el Coordinador de Planta 2 de INOR también le consultaba a don Guillermo y había una comunicación muy fluida a través de unos equipos de AVANTEL que ellos tenían; entonces, continuamente se daba el alquiler de equipo para reemplazar los equipos que lógicamente se encontraban varados, hay inclusive pues cartas donde es el mismo señor Guillermo Márquez quién dice que hay que alquilar, yo también en ocasiones llamé al señor Hernando Lozano y él también me

¹⁵ Cláusulas 11.1 del otrosí del contrato de outsourcing de servicios.

autorizó para alquilar estos equipos; solamente que nadie quería trabajar con ellos, desafortunadamente los contratistas decían que si iba facturado a INOR no lo hacían, y ahora que recuerdo, ahí también eso mismo sucedía con los repuestos, porque era que los proveedores que vendían repuestos decían que si es para INOR nosotros no le fiamos a ellos; entonces en el caso de los cargadores alquilados, nosotros habíamos y cuando digo nosotros, me refiero también al señor Alvaro Chicaiza en Planta 1, hacíamos todos los procedimientos legales internos de PROPAL como era avisarle al administrador del contrato Ingeniero Luis Fernando Lesmes, se le avisaba a don Guillermo Márquez era el Gerente de INOR, se hacía la requisición a compras y se procedía a solucionar el problema. De estos cargadores alquilados, pues yo lo que tengo que decir es que PROPAL fue muy benévolo con INOR, ya que por 2 equipos que ellos tenían varados, 1 en Planta 1 y otros en Planta 2, PROPAL comenzó a pagar 10 horas diarias de alquiler mientras ellos reparaban esos cargadores durante un tiempo determinado.”

Otro testigo, Moisés Castillo Llanos, (folio 184 del cuaderno No. 8), también empleado de PROPAL, y quien durante el contrato con INOR se desempeñó como gerente de potencia y recuperación, planta 2, se refirió a lo que él manejó durante el tiempo del contrato con INOR: el suministro deficiente por INOR, de carbón y mezcla, y al manejo de las cenizas. El testigo fue enfático en afirmar que, a pesar de los incumplimientos de INOR, PROPAL nunca quiso terminar el contrato. Dijo:

“ ... la intención mía y de mi negocio nunca fue demostrar las deficiencias de un contratista sino de mantener la planta operando, o sea, en algún momento para nosotros el contratista era un socio que tenía que trabajar con nosotros mancomunadamente para lograr los objetivos de la empresa, entonces como tal, no se trataba de buscar respaldos escritos de cada uno de los eventos porque jamás llegamos a tener un pensamiento de atacar ni de que el contratista no funcionara, para nosotros era importantísimo que el contratista funcionara y funcionara bien, por eso hacíamos muchas comunicaciones verbales buscando a las personas que manejaban el contrato dentro de la planta...”

Sobre el mismo tema dijo el testigo Yesid Rodrigo Garzón Torres, ingeniero al servicio de PROPAL (folio 414 cuaderno No. 8):

Creo que de alguna manera sí debimos haber tomado acciones inmediatas, pero también la situación era decir esto tiene que funcionar, era una política o una directriz de la compañía decir esto tiene que funcionar, tenemos que dar todo el apoyo necesario, si los equipos tienen problemas veamos cómo los podemos ayudar, había personal automotriz experto de PROPAL viendo cómo nos podía apoyar y yo creo que la idea para que esto no se prolongara tanto, era diversas maneras de buscar un medio para que esto funcionara mejor con esta firma.

El Presidente de PROPAL dijo, en su declaración de parte, lo siguiente (folio No. 93 del Cuaderno No. 6):

PREGUNTA DEL APODERADO DE INOR: Si la ejecución del contrato era tan grave ¿por qué soportó PROPAL un contrato durante dos años?

RESPONDIÓ: Ahí le tengo que decir que yo no lo sé, lo hemos debido cancelar mucho antes; o sea mirando retroactivamente, uno está metido en la operación y dice vamos a seguir adelante, le dábamos todas las ayudas del mundo a ver si realmente podían salir, hasta que finalmente dijimos, esto ya es imposible; y fue cuando se tomó la decisión de terminarlo.

...

PREGUNTA DEL TRIBUNAL: ... por qué no se dispararon las alarmas o cobraron perjuicios o terminaron el contrato en la operación que estaba causando perjuicios serios a PROPAL, en la operación 2 ó en la 50, en la 150 ó en la 300, sino que esperaron a la 400 y pico para declarar terminado el contrato.

RESPONDIÓ: Bueno tal vez esperamos hasta la 400 y pico para dar por terminado el contrato, el hecho es que nosotros estábamos muy preocupados y por eso fue que nosotros le dijimos a INOR que de hecho el de continuar con ellos nosotros necesitábamos firmar un Otrosí donde claramente se pudiera medir la gestión y que hubieran unos indicadores de gestión y donde tuviéramos también la alternativa de terminar el contrato con un mes de anticipación aún sin justa

causa. Entonces, realmente nosotros no quisimos inicialmente a pesar que desde el principio arrancamos con problemas dar por terminado inmediatamente el contrato sino que yo creo que se puede demostrar en muchas de las actuaciones de PROPAL, era tratar de salir adelante digamos ayudarle a INOR a salir adelante con el trabajo que tenía que hacer, con el contrato que tenía que hacer, se le prestaron innumerables ayudas, apoyos financieros, creo que en el expediente consta todos los anticipos que le entregamos para que realmente pudieran subsistir en la operación porque cada rato iban y nos decían, no es que si nos dan esto o esto otro nosotros podemos salir adelante y nosotros como que creímos en eso pero infortunadamente pues al final no fue así

Dijo el Sr. Munir Bultaif, socio principal de INOR (folio 100 cuaderno No. 9):

.....Pregunta ¿por qué no habíamos salido antes?, porque no había forma, porque le decíamos al señor Javier Moreno vea seguimos perdiendo plata y él nos dijo varias veces inclusive con esos desayunos tempranos por la mañana, PROPAL no está interesada señores de que nadie se quiebre aquí, ni que nadie no gane dinero, necesitamos gente que trabaje perfectamente bien y a usted le voy a resolver el problema, entonces, siempre nosotros confiamos en eso.....

Lo anterior, en relación con el contrato de outsourcing de servicios. Pero las quejas de incumplimientos también se extendieron a lo que hacía referencia a su anexo 12, el contrato de arrendamiento de equipos, sobre lo cual PROPAL acusó a INOR de darle un pésimo mantenimiento a los equipos arrendados, lo que ocasionó paradas constantes del mismo, y su deterioro a tal punto que al final del contrato PROPAL sufrió una pérdida enorme por el estado del equipo. Estas circunstancias han quedado igualmente demostradas en los múltiples testimonios rendidos dentro del proceso.

El perito experto en maquinarias dictaminó que con lo que se le pagaba a INOR éste podía dar a la maquinaria un mantenimiento adecuado. Sin embargo, PROPAL consideró siempre que el contrato

de arrendamiento de la maquinaria era una parte, un anexo totalmente dependiente, del contrato de outsourcing de servicios, razón por la cual las múltiples exoneraciones de responsabilidad que expidió a favor de INOR por los cumplimientos defectuosos, y que se relacionarán más adelante, se deben entender también como exoneraciones por cumplimientos defectuosos del contrato de arrendamiento de maquinaria.

En síntesis: La relación contractual se desarrolló, hasta el momento de su terminación unilateral por parte de PROPAL, a pesar de los más de cuatrocientos cincuenta (450) cumplimientos defectuosos de INOR, alegados por aquella, y al deficiente mantenimiento de los equipos entregados en arrendamiento a INOR, por cuanto las partes nunca tuvieron la intención de darlo por terminado y, antes por el contrario, PROPAL suplió muchos de los cumplimientos defectuosos, los pagó y finiquitó así legalmente las cuentas anteriores a cada uno de los mismos.

4.1.2.4. El otrosí del contrato de outsourcing.

Con fechas 30 y 31 de Enero de 2.002 las partes suscribieron un otrosí al contrato de outsourcing de servicios, el cual se resume así:

Título: OTRO SI. No. 018-2002-01 AL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIO OUTSORCING DE MANEJO, RECIBO, MOVILIZACIÓN, CARGUE Y DESCARGUE DE MATERIAS PRIMAS BASICAS, LODOS, CENIZAS Y OTROS –CARGADORES- NO. 127-00 (PROPAL- INOR).

Tuvo por fin modificar las siguientes cláusulas del contrato de outsourcing, referentes al objeto, valor, terminación y obligaciones a cargo de INOR:

OBJETO: Además del objeto contenido en el contrato principal, aquí se agregó la planeación, programación, dirección y control de las operaciones de las actividades contenidas en el título, y la adecuación de patios de escombros y otros en plantas 1 y 2.

VALOR DEL CONTRATO: Pasó de ser una suma variable, que estaba sujeta a cantidades movidas, a la suma fija mensual de TRECIENTOS DIEZ MILLONES DE PÉSOS (\$310.000.000.00).

TERMINACIÓN UNILATERAL: Se adicionó la cláusula 8, modificando el preaviso de 3 días a un mes de anticipación de la fecha del aviso de terminación, sin lugar a ningún tipo de indemnizaciones.

OBLIGACIONES DE LAS PARTES:

A CARGO DE INOR: se agregaron algunas obligaciones referentes al mantenimiento de la maquinaria y se agregaron algunos indicadores de gestión, para medir a INOR. Las demás se dejaron igual.

DE PROPAL: No hubo modificaciones.
(Hasta aquí el resumen del otrosí)

Análisis de la validez del otrosí: En cuanto a la validez o no del otrosí del contrato de outsourcing¹⁶, éste modificó el objeto, el precio y las causales de terminación del contrato. El objeto, adicionando la obligación de planeación, programación, dirección y control de las operaciones, que no estaban en el contrato original¹⁷. El precio, pasando de ser una suma variable a una fija. Las causales de terminación del contrato, estableciendo la posibilidad de darlo por terminado unilateralmente por PROPAL, sin indemnización alguna y con un preaviso de treinta días, en lugar de tres, y sin lugar a indemnizaciones.

Para INOR el otrosí es inexistente, o absolutamente nulo, ineficaz, e inoponible y por lo tanto el único contrato válido es el de outsourcing de servicios, firmado el 15 y el 17 de Agosto de 2.000. Esto, por cuanto las facultades otorgadas al

¹⁶ Pretensión primera de la demanda principal y sus subsidiarias.

¹⁷ Ver cláusula 1ª. del otrosí; documento visible a folio 62 del Cuaderno No. 1.

Gerente por la Junta de socios¹⁸, se habían agotado con la firma del primero. Para PROPAL, las facultades del Gerente eran las mismas que se le habían otorgado en el acta citada.

Además de todo lo hasta aquí analizado, es importante hacer un examen un poco más detenido de este otrosí y cuáles serían las consecuencias de su consagración en este contrato de outsourcing.

Respecto a la validez y los efectos del otrosí, vale la pena hacer una referencia puntual por su importancia dentro del conjunto de derechos y obligaciones que trae este contrato de outsourcing. En principio, la doctrina estudia las cláusulas de **no-responsabilidad** contractual para decir que “las partes pueden modificarla, bien sea para hacerla más gravosa, bien para limitarla, atenuarla o eliminarla total o parcialmente, puesto que dicha responsabilidad es una consecuencia de la convención y esta puede por sí misma regularla y establecer los efectos del incumplimiento de las obligaciones que de ella nacieron”¹⁹. En Colombia, esa facultad de las partes se ha hecho derivar del art. 1604 del Código Civil.

Con todo, notables autores dicen entre nosotros que al analizar a espacio el apasionante tema de la anterior afirmación, pues son tantas, tan respetables y tan fundadas las reservas y las derogaciones que a ella le hace, que más bien sería lo cierto afirmar que no existe la supuesta diferencia que se pretende hacer con las cláusulas de responsabilidad delictual, irrenunciables según la más firme opinión jurídica por su carácter de orden público. En efecto, al enumerarse las principales objeciones que autores modernos le formulan a la tesis de la discutible validez, se destacan algunas como: a) El pacto de no responsabilidad no puede dejar al acreedor sujeto al arbitrio del deudor, puesto

¹⁸ Acta No. 79, del tomo II, pruebas 1.2.2. contratos de Outsourcing, folios 436 a 438.

¹⁹ Alvaro Pérez Vives, Teoría General de las Obligaciones, Primera Parte, vol. II, No. 156, ed. Universidad Nacional, 1951

que si así fuera, éste se habría comprometido de modo puramente potestativo y ya se sabe que una condición de esta naturaleza tornaría inválida la obligación (art. 1535); b) la cláusula de no-responsabilidad no debe implicar en forma alguna una violación del principio de que los contratos deben celebrarse de buena fe (art. 1603), ni debe conducir, por vías indirectas, a la plena ineficacia de la responsabilidad pactada; c) por iguales razones y con un criterio de protección a los débiles, son rechazadas las cláusulas que impliquen irresponsabilidad por los daños eventuales.

En fin, hay algunas otras objeciones en la larga lista, pero en este punto el tribunal quiere hacer énfasis en una sola. En la que no es susceptible de variadas interpretaciones, porque hay norma expresa que la prohíbe pues de aceptarse sería tanto como absolver por anticipado pactos que atentan contra la moral y la ley y por que hay otros argumentos, que en el caso del otrosí, conducen a establecer que es nula de nulidad absoluta la cláusula que lleva consigo la condonación del dolo futuro que al decir del art. 1522 del Código Civil, “no vale”, o lo que es igual, es nula por objeto ilícito. Y por qué es nula?: lo es por que el Código Civil consagra en el art. 1502 los requisitos para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad y, entre ellos, el 3º expresa que esa declaración o acto debe recaer sobre un objeto lícito. Más adelante el art. 1740 estatuye: “es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según la especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa”. A continuación el art. 1741 expresa que la nulidad producida por objeto o causa ilícitos y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos “... son nulidades absolutas...”. También el Código de Comercio repite la norma en el art.899: “... será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos... 2º cuando tenga causa o objeto ilícitos”.

La doctrina nacional, desde don Fernando Vélez se ha ocupado de este tema y al efecto ha dicho que esa condonación del dolo futuro equivaldría a que un individuo pudiese autorizar a otro para que lo engañara intencionalmente, y semejante pacto que formaría la violación aún de preceptos morales, es inadmisibles²⁰. En igual sentido, autores tan notables como Alessandri y Somarriva han dicho que la condonación del dolo futuro no vale, y comentan: “respecto de las estipulaciones relativas al dolo, se puede sentar como principio general que las estipulaciones mediante las cuales se exime de responsabilidad a una persona por el dolo que pueda cometer en el futuro son nulas de nulidad absoluta por ilicitud de objeto. Se trata de actos prohibidos por la ley y hay objeto ilícito en la ejecución de todo acto prohibido por la ley. Haber autorizado pactos semejantes habría sido autorizar la comisión de delitos”²¹.

El Código Civil define el dolo en el art. 63: “Es la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, concepto este muy amplio que en doctrina ha sido desarrollado mirándolo por distintos aspectos, por ejemplo, en el llamado **fraude** que suele suceder en la ejecución de las obligaciones cuando una persona se vale de procedimientos ilícitos para burlar al acreedor y poder intencionalmente dejarlas de cumplir, o para ponerse en estado de incumplimiento que perjudique al acreedor. Son los procedimientos de que se vale una de las partes que celebra el contrato para hacer imposible su cumplimiento y perjudicar al acreedor. Este dolo incide en la ejecución del contrato y según el Código Civil agrava la responsabilidad del deudor, obligándolo a indemnizar aún los perjuicios imprevistos, siendo que según la regla general sólo se indemnizan los previstos²².

²⁰ Fernando Vélez, Estudios sobre el Derecho Civil Colombiano, Tomo VI, No. 83, Imprenta París-América

²¹ Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Fuentes de las Obligaciones, No. 188.

²² Alessandri Arturo, Curso de Derecho Civil, Tomo IV, Fuentes de las Obligaciones No. 188

La nulidad absoluta, a diferencia de la relativa, puede ser declarada por el juez aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato. Es lo que dice el art. 2º de la ley 50 de 1936 y agrega que esa nulidad, cuando proviene de objeto y causa ilícitos no puede sanearse por ratificación de las partes. Esta nulidad puede ser también parcial en la forma como desde 1923 lo exponía la Corte en sentencia de 1º de diciembre:

“Cuando el contrato cuya nulidad se demanda tiene varias cláusulas que pueden subsistir unas independientemente de las otras, como si fuesen contratos diferentes, la nulidad de algunas de esas cláusulas o contratos no implica necesariamente la nulidad de las otras, así como la validez de algunas no implica tampoco la validez de las demás”.

El principio fue traído al Código de Comercio en el art. 902:

“La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, sólo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad”.

Reza la cláusula 8ª del otrosí:

*“**Terminación unilateral.** En cualquier tiempo durante la vigencia inicial o en cualquiera de sus prórrogas PROPAL podrá dar por terminado unilateralmente el contrato mediante aviso escrito dado con un (1) mes de anticipación de fecha efectiva de terminación sin que haya lugar a ningún tipo de indemnizaciones”.*

La modificación introducida al contrato original mediante esta cláusula desfigura profunda y fundamentalmente la que se había establecido en el numeral 10 impropriamente denominada “de resolución del contrato”, pues aquí se estipulaban como causales de terminación las siguientes: a) La suspensión total o parcial del servicio sin justa causa; b) la

ejecución del servicio sin sujeción a las especificaciones pactadas y luego de haber solicitado a INOR enmendarlo o reiniciarlo; c) por incumplimiento de una cualquiera de las obligaciones que con este contrato asume INOR.

Estas obligaciones pactadas en el contrato original, no es verdad como lo alega PROPAL que no fueron cumplidas por INOR, pues lo que hubo allí fue un defectuoso cumplimiento que en el orden de las responsabilidades civiles tiene efectos diferentes al incumplimiento como tal. Pero si hubiesen sido incumplidas, ya PROPAL absolvió a INOR de dichos incumplimientos en las oportunidades que serán analizadas más adelante. Queda por consiguiente, demostrado de bulto que haber hecho PROPAL uso de la facultad de dar por terminado el contrato de manera unilateral y sin indemnización, como lo pretende, viola elementales principios de buena fe. Aquí se incurrió por PROPAL en un típico caso de condonación de dolo futuro poniendo a INOR en situación de absoluta desventaja y desprovisto de acciones a su favor para enmendar el acto excesivo. Mas conviene agregar: el art. 871 del Código de Comercio dice:

“Los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre y la equidad natural”.

Es el mismo principio consagrado en el art. 1603 del Código Civil.

Conviene de todas formas anotar que la expresión **otrosí** tiene la connotación gramatical y jurídica de “**además de eso**”. Y mirada desde esta definición, habrá de concluirse que ese otrosí, es parte integrante del contrato original, si bien identificable y separable como un algo nuevo en cuanto agrega múltiples y más gravosas cláusulas a cargo de INOR, pero especialmente y en forma paralela, también otras

exclusivamente a favor de PROPAL como aquella de facultarlo para dar por terminado el contrato en forma unilateral, autónoma y discrecionalmente. Y más todavía, sin incurrir en la obligación de indemnizar perjuicios, lo cual rompe a todas luces con normas **de la equidad natural** de que habla el art. 871. Sólo en la esfera del Derecho Administrativo se conocen las llamadas **cláusulas excepcionales** pactadas en exclusivo favor de los entes estatales según los arts. 14 y ss. de la ley 80 de 1993.

El otrosí que nos ocupa no fue una idea sana, espontánea que haya surgido en beneficio recíproco de las partes, lo cual hubiera estado en consonancia con la buena fe contractual y la equidad natural. Del estudio sistemático que se ha hecho del clausulado contractual y de la conducta observada por PROPAL, se descubre el propósito oculto de un aprovechamiento de la indemnidad económica obtenida mediante la referida cláusula que exime de una eventual carga de indemnizar por el acto arbitrario que ya, por todos los indicios y pruebas directas, estaba fraguado, y lo cual no es, repetimos, conforme a la buena fe, a una buena fe simple, una buena fe probidad que es la definida en el art. 768 del Código Civil, también llamada buena fe conciencia porque se apoya en la sola falta de malicia, llamada igualmente “la buena fe del carbonero”. Actitud que está todavía aún más lejos de lo que es la buena fe exenta de culpa, como categoría máxima por ser creadora de derechos al demandar una actitud diligente y cuidadosa de parte del agente. La consagra el art. 863 del Código de Comercio. Es que “el derecho –como una facultad de obrar- requiere la presencia de un elemento básico para su legal ejercicio: la buena fe. Concebida esta como convicción o conciencia de no perjudicar a otro, de no defraudar la ley, como honesta y leal concertación y cumplimiento de los negocios jurídicos”, contrapunto de la cual es precisamente la mala fe como “el procedimiento falto de sinceridad, con malicia, con dolo, con

engaño, con intención de obrar en provecho propio y en perjuicio del interés ajeno”²³.

Naturalmente que la buena fe, aún la exenta de culpa, se presume. Quien alegue la mala fe debe probarla (art.835 Código de Comercio). De allí que partiendo de estos principios, la valoración de la buena fe es cuestión fáctica, ha dicho la Corte:

“Pero, se repite que, salva esta cuestión legal (la presunción de mala fe por error de derecho) que la doctrina moderna tiende a desechar por contraria a la realidad y a los dictados de justicia, la valoración de la buena o mala fe en la conducta de las personas es siempre una cuestión de hecho que, a falta de una prueba directa como lo sería la confesión de parte, generalmente implica el examen de los indicios que deja su exteriorización, circunstancias estas que determinan la necesidad de atribuir esta cuestión al fuero discrecional de los jueces de instancia, hasta el punto de que el criterio de estos al respecto no puede ser revisado en casación, sino en los casos en que abiertamente pugne con la evidencia procesal”²⁴.

De todos los análisis que el tribunal ha realizado le ha dado pie para concluir que PROPAL no obró de buena fe a lo largo del desarrollo del contrato y menos al concebir el otrosí y hacerlo firmar, con lo cual vino a obtener la condonación del dolo futuro que produjo la nulidad absoluta de la cláusula del otrosí que lo eximía de responsabilidad y le permitía dar por terminado el contrato de manera discrecional, lo que significa de contera que las otras cláusulas de dicho otrosí son plenamente válidas, aplicando la preceptiva del art. 902 del Código de Comercio.

4.1.2.5. Documento privado de PROPAL que certifica las tareas de INOR y su cumplimiento.

A folio 49 del cuaderno 1.8 aparece un documento aportado por PROPAL como anexo de su demanda de reconvención, el cual dice:

²³ Atilio Aníbal Alterini, Enciclopedia Omeba, vol XVIII.

²⁴ Corte, sent. julio 4 de 1968.

“A quien pueda interesar

*Mediante la presente certificamos que la empresa **Inversiones e Ingenieros Orientales Ltda.** con nit 890.319.994 es proveedor activo en la especialidad de Movimiento de Materias Primas y Desechos Sólidos en PROPAL Planta 1 y 2 desde hace dos años aproximadamente, cumpliendo plenamente con las expectativas de nuestra Compañía, confiables en el servicio y serios en el manejo de relaciones comerciales.*

Sin otro particular, se firma en Yumbo el día 24 de abril del año 2002”.

*Firma: **Josefina Ramos Rondón**
Gerente de Servicios y Repuestos”*

*Hay un sello que dice:
Industria de Papeles S.A.*

El documento transcrito es de carácter privado, confesorio y su valor probatorio y obligatorio, lo mismo que la forma y oportunidad para aportarlo al proceso, están reglamentados a partir del art. 251 del C. de P.C.

Sobre esta clase de documentos la doctrina de los autores nacionales es casi unánime y al efecto, siguiendo de cerca la obra “La Prueba Documental, Teoría General”, de José Fernando Ramírez Gómez, ed. Señal Editora 4ª. edición, se ha dicho que el alcance probatorio de los documentos privados depende de su autenticidad al tenor de lo preceptuado por el art. 279 del C.P.C. que, partiendo de esta condición, asimila su eficacia a la de los documentos públicos. De manera que entre las partes y sus causahabientes el documento privado auténtico ofrece plena prueba de las declaraciones en él vertidas...

No empero, continúa diciendo el autor, a que las presunciones de autenticidad se remiten a la firma (se trata de la identificación del autor), mas no del contenido que tiene

que ver con la veracidad..., lo claro es que implícitamente la presunción de autenticidad de la firma conlleva al reconocimiento de la veracidad del contenido, porque como desde antaño lo ha sostenido la Corte en doctrina que hoy conserva vigencia, “se entiende que nadie autentica con su firma un escrito si no se ha informado plenamente de su contenido”.

En cuanto a las varias clases de autenticidad que existen, el art. 252 del C.P.C. trae la que se ha llamado **autenticidad por reconocimiento tácito** (art. 252-3) que se origina en la conducta procesal de la parte contra la cual se aduce el documento y por quien se dice suscrito o manuscrito. Aquí la autenticidad concommita con el proceso, llega cuando precluye la oportunidad de la tacha de falsedad (se subraya) o para la manifestación del art. 289 del C.P.C. cuando se trata de sucesores.

Pero hay algo aún más significativo y es cuando se trata del reconocimiento implícito definido en el art. 276 del C.P.C. que hace la parte que allegue al proceso un documento privado, en original o en copia, porque con esa actitud suya lo que está es reconociendo su autenticidad y no podrá por consiguiente impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad.

En relación con la forma y oportunidad de la aducción de la prueba documental, el art. 174 del C. de P.C. estatuye que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y una de las formas de allegarlas es la señalada en el art. 268 cuando expresa que las partes deberán aportar el original de los documentos privados cuando estuviere en su poder, norma esta complementada en el art. 183 que dispone como requisito, entre otros, para apreciarse las pruebas por el juez, si se trata de la documental, que se acompañe a los escritos de demanda o contestación..., hipótesis esta última que es la correspondiente a la examinada. Y una vez arriada, vienen

luego otras disposiciones a darle los efectos de un reconocimiento para ambas partes, originado en la conducta procesal de la parte contra la cual se aduce el documento: “La parte que aporte al proceso un documento privado, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad”. (art. 276)

La impugnación de que allí se trata, se ha entendido “como el derecho subjetivo que asiste a las personas para pedir el otorgamiento de la tutela legal contra actos jurídicos cumplidos con desviación de las directrices legales” (La Prueba Documental, pag. No. 174). Ahora bien: la tacha procede si se hace en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta y, en los demás casos, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia (art. 289)

Antes se habló de la fuerza probatoria y obligatoria del documento auténtico, pero es que además de lo dicho, ya la doctrina de notables autores como Rocha (De la Prueba en Derecho, Ed. Lerner, 1967, pág. 285) habían dicho que la regla general es que un documento auténtico, sea desde el principio como las escrituras públicas, o sea que adquieran luego autenticidad como los privados, merced a cualquier forma de reconocimiento, envuelven confesiones en contra de quien los suscribe y aún de sus sucesores a título singular o universal. (se subraya) Y agrega que sobre este tema de la confesión envuelta en documentos, puede verse la doctrina de la Corte Suprema en fallo de fecha de agosto 3 de 1954.

Al respecto se lee allí:

“La confesión preestablecida en un documento escrito no es prueba distinta del documento mismo; porque tales documentos no son otra cosa que confesiones escritas o preestablecidas en cuanto contengan declaraciones de las partes que las confeccionan para

reconocer la existencia de obligaciones a su cargo. Por lo mismo, a esas confesiones les es aplicable lo estatuido sobre la fuerza probatoria de los documentos escritos respecto de terceros”.

En pocas palabras, siendo que en el caso del documento estudiado se expresa una confesión proveniente de **PROPAL**, la doctrina desarrollada alrededor de la prueba de confesión le es aplicable, aún aquella regla que hablando del fundamento de su especial fuerza de convicción, ha sentado el principio de que en el sistema legal formal se le tiene como *regina probationum o probatio probatissima*. Ello se debe, como lo dice Rocha, a una evidente observación social: “que el hombre no miente para perjudicarse. La mentira, la disculpa, el disimulo, suele aducirse en provecho propio, no en daño. El hombre no se siente impulsado a reconocer como verdaderos aquellos hechos que puedan ocasionarle consecuencias perjudiciales para su patrimonio material o moral. Sí, pues, reconoce como ciertos, hechos que le perjudican, se le puede tomar la palabra y tenerlos como verdaderos. La confesión civil proporciona al juez un criterio seguro y tranquilo para fallar. No así en lo penal, porque la ley le exige verificar su credibilidad” (pág. 213).

Hasta aquí el análisis del documento, mediante el cual PROPAL confesó que INOR sí había cumplido con sus obligaciones contractuales. Documento con el cual INOR quedó expresamente exonerado de los cumplimientos defectuosos en el desarrollo del contrato, los cuales de todas maneras había suplido oportunamente PROPAL y los había pagado oportunamente.

4.1.2.6. La licitación de Agosto de 2.000.

PROPAL sacó nuevamente a licitación los servicios que venía prestando INOR, el cual aceptó el procedimiento, en la creencia de que se trataba de una investigación de mercados, para fijar el precio justo, que permitiera continuar con el contrato (Testimonio del Sr.

Bultaif), pero según PROPAL la licitación era para escoger al mejor proponente, que podía ser el mismo INOR.

Se invita a INOR a participar, se le hace una propuesta dirigida a persona determinada (así participen otros en las mismas condiciones), como sucedió con la primera licitación, lo cual tiene las consecuencias vinculantes previstas en los artículos 846 y 860 del Código de Comercio. Al respecto, dijo el perito financiero:

En Diciembre de 2.001, INOR conoce que habrá una nueva licitación. Se crea la expectativa que a través de ella se podrán conocer los precios del Mercado.

En Marzo 18 de 2.002, la Gerencia de Servicios y Repuestos invita a INOR a la nueva licitación que cerrará el 18 de Abril del mismo año.

INOR participa en la licitación, entregándola en Abril 2.002.

INOR podía o no ser ganador de esa nueva licitación. Si la ganaba, el contrato ya no seguiría en los términos de pérdida o flujos negativos de caja, presentados desde su iniciación, sino en los propuestos en la nueva licitación. Si no ganaba, como finalmente sucedió, se terminaría la relación contractual originada en los contratos de outsourcing y de arrendamiento de maquinaria. Finalmente la licitación se le adjudicó a CONCIVILES, con un reajuste del precio mayor en un 39.1% en relación con el promedio que se le había pagado en el último año a INOR²⁵.

4.1.3. Hechos referentes a la terminación de la relación contractual (hechos 18 al 25 de la demanda de INOR, y 116 a 137 de la demanda de PROPAL).

Mediante carta de fecha 6 de Septiembre de 2.002, PROPAL le comunicó a INOR la terminación del contrato de outsourcing, invocando para ello la cláusula 8ª. del otrosí de dicho contrato, la cual le daba la oportunidad de hacerlo con una anticipación de 30

²⁵ Ver dictamen del perito financiero, punto 7.

días, a diferencia del contrato principal, cuya cláusula establecía un término de 3 días. También permitía terminarlo sin lugar a pago de indemnización alguna, tema ya analizado ampliamente. PROPAL invocó además como causales de terminación los incumplimientos de INOR y enumeró algunos de ellos. Sobre esta comunicación y sobre las circunstancias mismas de la terminación del contrato, EL TRIBUNAL HACE LAS SIGUIENTES CONSIDERACIONES:

- a) PROPAL invocó la causal del otrosí para dar por terminado el contrato, y a través de todo el proceso ha manifestado que las razones fueron los incumplimientos y perjuicios causados por INOR en todo el desarrollo del contrato, siendo por lo tanto esta causal contenida en el contrato inicial la verdadera para su terminación, y no la que invoca, que es la del otrosí, de acuerdo a la cual no tendría que dar explicación alguna y tendría un plazo de treinta días para permitir la continuidad de la prestación del servicio, como lo manifestó el presidente de PROPAL en su declaración. La carta de terminación del contrato, en la que relaciona incumplimientos, la contestación de la demanda de INOR, las excepciones de mérito que propone, y la demanda de reconvención, están todos dirigidos a probar que la terminación del contrato tuvo como causa o motivo los múltiples incumplimientos de INOR, documentándolos en más de cuatrocientos cincuenta en los 25 meses de la relación contractual. Eso sí, el plazo para que INOR saliera y entrara su reemplazo, sería el del otrosí, de 30 días, suficientes para que PROPAL no se perjudicara. Lo dijo así el Presidente de PROPAL, en su declaración de parte:

Porque a pesar de que lo pudiéramos hacer con tres días, lo consideramos en el momento. Hacer el cambio en la operación era una cosa relativamente complicada, o sea no es una cosa de decir vea es que váyanse ustedes y vengán los otros, entonces si consideramos y por eso quisimos tomarnos esos treinta días para poder hacer digamos el ensamble que había que hacer en la operación entre la salida de INOR y la entrada de la otra firma.

b) Al invocar PROPAL los incumplimientos (o cumplimientos defectuosos) de INOR, para terminar el contrato, no podía referirse a todos ellos con algunos ejemplos, colocando a su contraparte en la imposible tarea de refutar los que no se le invocaron oportunamente, en cada episodio, como motivo de terminación de la relación contractual y que, sacados a relucir en este proceso, sumaron más de cuatrocientos cincuenta (450). El Tribunal considera que ni siquiera podrían alegarse los enumerados en la carta de terminación, en el supuesto de que ellos hubieran constituido la verdadera causa de la terminación, por cuanto se trataba de prestaciones suplidas por PROPAL y pagadas por éste, en contratos de tracto sucesivo, como ya se explicó atrás; pero ve además que aquellos, y los demás cumplimientos defectuosos alegados en el proceso, fueron exonerados por el mismo PROPAL, mediante los siguientes actos:

1. Con el pago que hizo PROPAL de cada uno de los más de cuatrocientos cincuenta (450) cumplimientos defectuosos, lo cual, de acuerdo al mismo contrato (cláusulas 11.1 ordinales “s” y “u” del otrosí) significaba que cada una de esas prestaciones había sido cumplida a tiempo y satisfactoriamente, y que no había necesidad de retenerle pagos posteriores, para efectuar compensación alguna por perjuicios generados por tales defectos.

2. Con las obligaciones contractuales de PROPAL (Cláusulas 11.1 y 11.2 del otrosí del contrato de outsourcing) que establecían su obligación de suplir las deficiencias de INOR, pasadas seis (6) horas de las mismas, previo requerimiento escrito a INOR, cargando a éste los costos y evitando así la parálisis de la producción de PROPAL. Cabe aquí anotar que nunca se dieron los requerimientos puntuales y escritos en los más de cuatrocientos cincuenta (450) incumplimientos, y nunca transcurrieron seis (6) horas, antes de que PROPAL acudiera en ayuda de INOR, solucionando (cumpliendo) cada defecto en las prestaciones de aquel. La prueba está en el detallado informe del perito experto en

fabricación de papel, el cual ilustra con cuadros de tiempos perdidos, y en la ausencia probatoria de los más de cuatrocientos cincuenta requerimientos escritos dirigidos puntualmente a INOR, uno por cada incumplimiento alegado, y en la oportunidad de cada uno de ellos.

3. Con la no constitución en mora, ni trámite equivalente, después de cada cumplimiento defectuoso y antes de entrar a suplir las deficiencias del siguiente, y así sucesivamente durante casi quinientas (500) veces, lo cual se requería por ser contratos de tracto sucesivo.

4. Con el otrosí del contrato, que pretendió hacer una especie de borrón y cuenta nueva sobre el cumplimiento del mismo. Circunstancia que exoneraba los incumplimientos, o más propiamente cumplimientos defectuosos, anteriores a ese otro si, como fue el propósito aparente del mismo.

5. El documento de cumplimiento que PROPAL le expidió a INOR el 24 de Abril de 2.002, poco antes de dar por terminado el contrato;²⁶ que fue aportado como prueba por el mismo PROPAL.

6. Con un hecho posterior a la terminación del contrato, como fue la reclamación que PROPAL le hizo a la aseguradora, limitando los perjuicios laborales a la suma de \$84.525.560.00, correspondiente a las indemnizaciones pagadas por cuenta de INOR, suma que coincide con la establecida por el perito financiero como el total del daño emergente, dejando por fuera la reclamación de los eventos asegurados con la póliza de cumplimiento, que tenía la obligación de tener al día.

4.1.4. Hechos relativos a la etapa pos contractual.

²⁶ Visible a folio 49 del cuaderno 1.8 y analizado en el punto 4.1.2.5. del Laudo.

4.1.4.1. La reclamación de PROPAL a la compañía de seguros.

Como complemento del mismo tema, ya tratado, el Tribunal hace adicionalmente la siguiente observación de que terminado el contrato, PROPAL hizo reclamación a las Compañías de Seguros, con la póliza laboral, en la que estimó y limitó sus perjuicios, y se abstuvo de hacer otras reclamaciones, tales como los derivados de los incumplimientos alegados como terminación del contrato. Circunstancia que le ocultó al Tribunal, el cual solo vino a darse cuenta de ello, parcialmente con la declaración de parte del Presidente de PROPAL, y más concretamente cuando decretó de oficio la prueba de dirigirse a las compañías de Seguros, para ver cómo se habían producido las reclamaciones de PROPAL, una vez terminado los contratos²⁷. La aseguradora no pagó la reclamación laboral, por errores de PROPAL en su trámite, pero tampoco será condenado INOR a reembolsarle dicha suma, por cuanto no la debe, por ser el resultado de una conducta provocada por el mismo PROPAL, al dar por terminado el contrato sin justificación válida, y al no cumplir con los requisitos de la póliza que había tomado INOR, en beneficio de PROPAL.

4.1.4.2. Las conversaciones entre las partes, una vez terminada

la relación contractual y antes de iniciarse el presente proceso arbitral.

No pasa por alto el Tribunal la advertencia que le había hecho PROPAL a INOR, cuando le reclamó perjuicios por la terminación unilateral y anticipada del contrato, en el sentido de que si lo demandaba por esos perjuicios, PROPAL también lo demandaría por los perjuicios derivados de los incumplimientos, más de cuatrocientos cincuenta (450), los cuales efectivamente sumó en este proceso, queriendo hacer

²⁷ Ver auto No. 41 del 21 de enero de 2.005, correspondiente al Acta 21 de Enero 21 de 2.005.

así más gravosa la situación de INOR. Perjuicios además que, lejos de ser probados, quedaron desvirtuados con su falta de trascendencia, reflejada en la prueba decretada de oficio por el Tribunal, en la cual la perito contadora manifestó que en ninguno de los libros, documentos y correspondencia de PROPAL aparecía acreditado que tan solo se hubiera mencionado a INOR o a perjuicios causados por el desarrollo contractual a que hace referencia este proceso. A este respecto dijo el Presidente de PROPAL:

.....nuestro estilo es ganarnos la plata trabajando seriamente; yo le dije pero eso si, si ustedes llegan a demandarnos nosotros vamos a contra demandar inmediatamente que fue lo que hicimos, porque realmente nosotros creemos que este es un proceso demasiado desgastante y desgastante para la compañía y yo seguramente no hubiera tomado la iniciativa de hacer si el señor Bultaif no se hubiera puesto en esto, realmente creo que no tiene mucho sentido.

Circunstancias estas que se suman a las pruebas sobre la falta de buena fe de PROPAL en sus relaciones contractuales.

4.2. LAS CLÁUSULAS COMPROMISORIAS Y LAS DEMANDAS QUE SE PROPUSIERON EN ESTE ARBITRAMIENTO.

La cláusula compromisoria es un verdadero negocio jurídico. Un pacto que es ley para las partes y que el Tribunal debe respetar, salvo que dicha cláusula, o su invocación, tengan vicios adjetivos o sustantivos que hagan imposible hacerlo. Respecto a estas características de la cláusula compromisoria, dice la doctrina:

Dice Jorge Hernán Gil Echeverri:²⁸

.....

²⁸ NUEVO REGIMEN DE ARBITRAMIENTO, Cámara de Comercio de Bogotá, año, pag. 32.

El pacto arbitral, cualquiera que sea su modalidad, constituye un verdadero negocio jurídico en su modalidad de contrato. Por esta razón, la ley califica a la cláusula compromisoria de pacto y al compromiso de negocio jurídico. Con razón la Corte ha dicho que el arbitraje privado “emerge del llamado negocio jurídico compromisorio que en el ordenamiento positivo vigente en el país puede asumir la forma de un verdadero compromiso o apenas de una cláusula compromisoria.....” (SALA CIVIL. Sentencia de Junio 17 de 1997. Exp. 4781).

.....

...NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA

La cláusula compromisoria es un verdadero contrato como lo acepta la doctrina nacional.

El doctor Martínez Neira, en forma brillante, concluyó: “La cláusula compromisoria participa de la naturaleza jurídica del pacto arbitral, es un verdadero contrato que se erige como ley de las partes y para los propios árbitros ...” (Las transformaciones del derecho mercantil moderno. Díké. P. 350).

INOR ha invocado para este trámite arbitral la cláusula compromisoria del contrato de outsourcing de servicios y la modificación que le hicieron las partes para integrar el presente Tribunal. Dichas cláusulas fueron leídas en la primera audiencia de trámite (art. 147 del Dec. 1818 de 1.998), quedando claro para el Tribunal que la reforma se remitía expresamente a las cláusulas compromisorias de los dos contratos, el de outsourcing de servicios y el anexo que contiene el de arrendamiento.

Dice la cláusula compromisoria del contrato de outsourcing de servicios (folio 5 Cuaderno No. 1):

ARBITRAMENTO: Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución y liquidación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Cali Colombia, el cual se sujetará a lo dispuesto en la Ley de acuerdo a las siguientes reglas:

- a. *El Tribunal estará integrado por tres árbitros.*

- b. *La organización interna del Tribunal se sujetará a las normas previstas para el efecto por el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali.*
- c. *El Tribunal decidirá en Derecho.*
- d. *El Tribunal funcionará en Cali, en el Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio.*
- e. *Las costas que genere el arbitramento estarán a cargo de la parte vencida.*
- f. *El lugar de las notificaciones será*

Dice la cláusula compromisoria del contrato de arrendamiento de equipos (Folio 59 Cuaderno No. 1):

“ CLAUSULA COMPROMISORIA: Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, su ejecución y liquidación se resolverá por el mismo Tribunal de Arbitramento ante la Cámara de Comercio de Cali, regulado con las mismas condiciones del arbitramento establecido para el contrato No. 128-00, del cual este contrato es accesorio y anexo”

Las anteriores cláusulas fueron modificadas por las partes, solamente, en cuanto a la designación de los árbitros.

Esta modificación de las cláusulas compromisorias consta en documento separado, que se ha presentado a este proceso arbitral, e identifica claramente las partes y los contratos que está modificando, cumpliendo así lo previsto en la ley, la cual dispone:

Decreto 1818 de 1.998.

Art. 120.- La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato al que se refiere. (Artículo 4º. Del Decreto 2279/89).

Como quien dice que la relación contractual se regía por dos cláusulas compromisorias: la del contrato de outsourcing y la del contrato de arrendamiento, la cual remitía a la cláusula

compromisoria de aquel, para que el mismo Tribunal conociera de las diferencias surgidas en el desarrollo de éste.

Al haber dos cláusulas compromisorias, independientemente de si los contratos eran o no independientes, estas debían invocarse, para referirse a las pretensiones del contrato de arrendamiento, y está acreditado que ello se hizo, desde las ya citadas oportunidades de la demanda de INOR y la lectura de dichas cláusulas, la del contrato de outsourcing y la modificación que se extendía también a la del de arrendamiento, lo cual se hizo en la primera audiencia de trámite.

El Tribunal aceptó la demanda de reconvención y ha realizado un gran esfuerzo de interpretación para suplir las deficiencias de técnica procesal de la misma, en donde no se diferenciaron claramente las pretensiones relacionadas con cada contrato (o con cada actividad, siguiendo el punto de vista de PROPAL, que ha considerado que el contrato es uno solo). Sin embargo ve que ellas no se excluyen entre sí, y que pueden ser objeto de decisión de fondo en forma independiente, como se verá más adelante. Por lo tanto las pretensiones de ambos contratos son susceptibles de ser acumuladas, como lo establece el C.P.C., que dice;

Art. 157. Modificado D.E. 2282/89, art. 1º., num. 88.

Procedencia de la acumulación. Podrán acumularse dos o más procesos especiales de igual procedimiento o dos o más ordinarios, a petición de quien sea parte en cualquiera de ellos, siempre que se encuentren en la misma instancia:

1. Cuando las pretensiones formuladas habrían podido acumularse en la misma demanda.

2. Cuando el demandado sea el mismo y las excepciones propuestas se fundamenten en los mismos hechos, salvo que aquéllas tengan el carácter de previas.

...

Art. 82.- Modificado. D.E. 2282/89 Art. 1º., num. 34.

Acumulación de pretensiones. El demandante podrá acumular en una misma demanda varias pretensiones

contra el demandado, aunque no sean conexas, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 1. que el juez sea competente para conocer de todas; sin embargo, podrán acumularse pretensiones de menor cuantía a otras de mayor cuantía.*
- 2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.*
- 3. Que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.*

....

Respecto a la demanda de reconvención en los procesos arbitrales dice la doctrina:

Rafael H. Gamboa Serrano.²⁹

...

La demanda de reconvención

Noción

Consiste en una demanda que el demandado dirige contra el demandante, con base en una pretensión propia, conexas con la del demandante; también se llama contrademanda.

Admisibilidad

Se trata de dos demandas separadas pero relacionadas, que de haberse propuesto por separado, serían acumulables, conforme a las reglas generales sobre acumulación, las cuales deben cumplirse para que sea admisible la reconvención.

El Tribunal decidirá de fondo sobre ambas demandas, la principal y la de reconvención, por las razones expuestas.

4.3. LA BUENA FE CONTRACTUAL.

Para cerrar este análisis de la demanda, y en virtud de estar cuestionada en la demanda la buena fe contractual a cargo de PROPAL, el Tribunal manifiesta al respecto lo siguiente, precisando que no halló lugar a hacer el mismo ejercicio en contra de INOR, por encontrar exonerados (e inclusive

²⁹ EL PROCESO ARBITRAL EN COLOMBIA. (Bogotá, Publicaciones Universidad Javeriana, año 1.992 y página 180).

suplidos por el mismo PROPAL) sus cumplimientos defectuosos, en la forma y oportunidades atrás indicadas.

Se refiere INOR a la mala fe de PROPAL, en los siguientes hechos:

3.15.1, 3.20, 3.21, 3.23, 3.24 y 3.25

La Constitución (art. 83), la ley civil (arts. 768, 769 y 1.603 del C.C.) y la ley comercial (arts. 835, 863 y 871 del C. de C.), se refieren a la buena fe con que las partes deben actuar en sus relaciones contractuales, inclusive desde la etapa precontractual. Dicen la ley y la doctrina:

Constitución Nacional:

PRESUNCIÓN DE LA BUENA FE

Art. 83.- Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fé, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas.

Código Civil:

BUENA FE

Art. 768.- La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio.

Así, en los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato.

Un justo error en materia de hecho, no se opone a la buena fe.

Pero el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.

PRESUNCIÓN DE BUENA FE

Art. 769.- *La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse.*

EJECUCIÓN CONTRACTUAL DE BUENA FE

Art. 1.603.- *Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella.*

Código de Comercio, Arts. 835, 863 y 871:

Art. 835.- *Se presumirá la buena fe, aun la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.*

Art. 863.- *Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.*

Art. 871.- *Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.*

Se observa que PROPAL tuvo las siguientes actuaciones, algunas de las cuales están o han cruzado la línea divisoria entre la buena y la mala fe contractual, y que analizadas en su conjunto son plena prueba para desvirtuar su buena fe. Relación que saca el Tribunal del acervo probatorio, especialmente de las pruebas indiciarias:

Primero, el otrosí en que se le permitía continuar con el contrato, pero en realidad el propósito determinante para PROPAL fue el de incluir la cláusula octava, que ya fue analizada ampliamente y donde el Tribunal concluyó que era absolutamente nula. Esta intención se desprende, entre otros hechos, de la declaración rendida por el Presidente de PROPAL:

*... el hecho es que nosotros estábamos muy preocupados y por eso fue que nosotros le dijimos a INOR que de hecho el de continuar con ellos nosotros necesitábamos firmar un Otrosí donde claramente se pudiera medir la gestión y que hubieran unos indicadores de gestión y donde tuviéramos también la alternativa de terminar el contrato con un mes de anticipación aún sin justa causa. Entonces, realmente nosotros no quisimos inicialmente a pesar que desde el principio arrancamos con problemas dar por terminado inmediatamente el contrato sino que yo creo que se puede demostrar en muchas de las actuaciones de PROPAL, era tratar de salir adelante digamos ayudarle a INOR a salir adelante con el trabajo que tenía que hacer, con el contrato que tenía que hacer, se le prestaron innumerables ayudas, apoyos financieros, creo que en el expediente consta todos los anticipos que le entregamos para que realmente pudieran subsistir en la operación porque cada rato iban y nos decían, no es que si nos dan esto o esto otro nosotros podemos salir adelante y nosotros como que creímos en eso pero infortunadamente pues al final no fue así
.....*

Segundo, con la terminación unilateral de la relación contractual, invocando subsidiariamente perjuicios que ya había exonerado en múltiples oportunidades, ya particularizadas y analizadas en este Laudo.³⁰

Tercero, con un hecho posterior a la etapa contractual y previo a la convocatoria de este Tribunal de Arbitramento, como es la advertencia del Presidente de PROPAL al representante legal de INOR, en el sentido de que si lo demandaban, aquella contestaría con la que a la postre se convirtió en la demanda de reconvención presentada a este proceso arbitral, Dijo el Presidente de PROPAL:

..... yo le dije pero eso si, si ustedes llegan a demandarnos nosotros vamos a contra demandar inmediatamente que fue lo que hicimos, porque realmente nosotros creemos que este es un proceso

³⁰ Ver punto 4.1.3., lit b, del Laudo

demasiado desgastante y desgastante para la compañía y yo seguramente no hubiera tomado la iniciativa de hacer si el señor Bultaif no se hubiera puesto en esto, realmente creo que no tiene mucho sentido.

Cuarto, con la carta de terminación de la relación contractual, donde utiliza el otrosí y a la vez el contrato originario, indistintamente, para dar por terminado el contrato: el primero, para valerse de la indemnidad económica, y el segundo para pretender justificar por sus causales el hecho de la terminación, en el evento de que lo primero no le prosperara.

Quinto, las modificaciones de volúmenes y precios licitados, en la misma etapa precontractual. Desconociendo así obligaciones precontractuales clarísimas, como son los parámetros con los cuales se licitó.

Sexto, la última licitación, de Agosto del 2.002, convocada cuando se estaba desarrollando el contrato con INOR, a la cual se le invitó, a pesar de los alegados continuos incumplimientos, de lo cual se desprende, la intención de oír otras propuestas y escoger a un tercero, como finalmente sucedió.

Séptimo, el desconocimiento del documento de cumplimiento, de fecha 25 de Abril de 2.004 (Folio 49 Cuaderno No. 1.8), mediante el cual PROPAL, poco antes de dar por terminada la relación contractual, absolvió a INOR de los cumplimientos defectuosos, que ahora ha pretendido reclamar en este proceso, con claro abuso del derecho.

Octavo, al haber limitado su reclamación de perjuicios derivados del contrato, al monto de las conciliaciones laborales, tal como lo presentó a las compañías de seguros, en tanto que pretendía cobrarle ahora a INOR, otros perjuicios derivados de eventos diferentes.

Noveno, con la objeción por error grave contra los dictámenes de los peritos financiero y experto en movimiento de materia prima, en los que presentó como prueba un dictamen de un perito que previamente se había declarado impedido para ser auxiliar del Tribunal, por relación de parentesco con el Presidente de esa sociedad. Perito que además tiene como “aliada estratégica” a una de las hermanas del mismo funcionario. Objeción que fue despachada desfavorablemente en este mismo Laudo.

Décimo, con el conocimiento que PROPAL tenía de la situación económica de INOR, por cuanto los flujos de caja de la relación contractual fueron siempre negativos, y justificar la terminación del contrato como una decisión para que INOR no siguiera teniendo pérdidas. Situación en virtud de la cual, de acuerdo al Presidente de PROPAL, se le había hecho un favor a INOR al darle por terminado el contrato. Al respecto, dijo textualmente dicho funcionario:

... ellos digamos desde el principio prácticamente dijeron que es que ellos tenían pérdidas, que hay como cinco cartas digamos donde dicen, no es que nosotros venmos teniendo pérdidas en este contrato; entre otras cosas, yo si fuera INOR estaría muy contento de que me hubieran cancelado el contrato porque dejo de perder plata. O sea uno no entiende pues porqué están yendo detrás de perjuicios en esto. ...

Undécimo, con la excepción que propuso contra la demanda de INOR, señalando una cuantía de perjuicios a cargo de éste, por diez mil millones de pesos, que no sustenta ni prueba en ese memorial, ni en la demanda de reconvención, ni en ningún otro, ni en ninguna parte del proceso.

En conclusión, por todo lo dicho y además por las circunstancias que rodearon el negocio en todas sus etapas, brotan espontáneamente actos indiciarios que contradicen la buena fe contractual en muchos de los actos ejecutados por PROPAL.

A la luz de lo analizado sobre la mala fe de PROPAL, el Tribunal no solamente encuentra probadas las que invocó INOR en su demanda, sino que tendrá las demás circunstancias de mala fe detectadas y analizadas, como indicios en contra de PROPAL, con las correspondientes consecuencias jurídicas que se indicarán al estudiar la culpa, a continuación, en el tema de la responsabilidad civil contractual.

4.4. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL.

El Tribunal ha establecido la existencia y la naturaleza de los contratos de outsourcing de servicios y de arrendamiento de maquinaria, a que se refieren las cláusulas compromisorias invocadas en el presente proceso arbitral, circunstancia que permite entrar al tema del asidero jurídico de las pretensiones de responsabilidad civil contractual que se han demandado las partes recíprocamente, sin que sea necesario detenernos a establecer si el contrato de outsourcing de servicios era o no lo que las partes pactaron, como lo ha cuestionado INOR en el presente proceso, especialmente en su alegato de conclusión, asunto que no cambiaría el desenlace del presente proceso arbitral. Baste entonces con recordar que en los dos contratos había obligaciones recíprocas que se resumen así: en el de outsourcing de servicios, por parte de INOR, de prestar un servicio continuo relacionado en el mismo título del contrato, y por parte de PROPAL de vigilar el servicio prestado, suplir sus deficiencias dentro de unos parámetros que generalmente se cumplieron, y pagar por los servicios prestados “en la forma y plazo acordados”. En el de arrendamiento de maquinaria, por parte de PROPAL de entregar a INOR unos equipos para que pudiera desarrollar el contrato de outsourcing de servicios, y por parte de INOR de recibir los equipos, darles adecuado mantenimiento y el uso para el cual se le entregaron, y pagar un canon de arrendamiento por los mismos.

Como ya se analizó, los dos contratos, aunque principales estaban íntimamente relacionados, por voluntad de las mismas partes, quienes así lo hicieron constar en el de arrendamiento. Por lo tanto, considera el Tribunal que las exoneraciones de responsabilidad por parte de PROPAL y a favor de INOR, enumeradas atrás, cobijaban las obligaciones de los dos contratos, lo cual se deduce fácilmente de la lectura de las mismas. Por lo tanto, el tema de la responsabilidad civil se circunscribe a la que le cabría a PROPAL por las reclamaciones presentadas por INOR.

El tema está regulado en el libro. 4, T.XII del Código Civil, que se refiere a la responsabilidad civil contractual y al efecto de las obligaciones contractuales. La responsabilidad civil contractual la define así la doctrina:

MARTINEZ Raave Gilberto. la Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1988 y Pags. 33; 38; 541 y 570:

“ Por Responsabilidad Jurídica Civil Contractual se ha entendido la obligación de indemnizar que tiene la persona que le causa daños a otra por el incumplimiento de una obligación que surge de un contrato, convenio o convención celebrado entre causante y perjudicado”.

La responsabilidad civil contractual exige que, para tener derecho a indemnización de perjuicios, el acreedor (en este caso INOR), pruebe: la existencia del contrato, la culpa del deudor, el daño sufrido y la relación de causalidad entre la culpa y el daño.

La relación contractual, contratos de outsourcing de servicios y de arrendamiento de maquinaria, ya se encuentra probada, y el Tribunal determinó la naturaleza y características de la misma.

EL DAÑO

El daño es la pérdida de valor patrimonial del acreedor, por el incumplimiento del contrato. En el caso que nos ocupa, el demandante lo ha traducido en daño emergente (perjuicio o pérdida por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato), lucro cesante (derecho a percibir lo que hacia el futuro ha debido reportarle el contrato, de no haberse incumplido, o por haberse cumplido defectuosamente), pérdida de good Will, daño moral, etc.

Dice Javier Tamayo Jaramillo:³¹

Daño indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima.

...
El daño será indemnizable cuando se lesionan las facultades jurídicas para exigir o recibir el beneficio que ha sido suprimido.

En el caso de la demanda principal, de INOR contra PROPAL, hubo un daño para el primero, por la terminación unilateral e injusta de la relación contractual, por parte de éste, tal como quedó probado dentro del proceso, el cual se traduce en el hecho de no haber podido llevar el contrato hasta su término de duración original y con flujos de caja que fueran positivos y le permitieran el restablecimiento del equilibrio contractual tantas veces reclamado. Daño cuya cuantificación se establecerá más adelante.

LA CULPA.

En la demanda principal, ha quedado probada la terminación unilateral de la relación contractual, por parte de PROPAL, como igualmente han quedado probadas sus faltas a los principios de la buena fe contractual. Por el contrario, en cuanto a los cumplimientos defectuosos de INOR, fueron exonerados por PROPAL, en las

³¹ De la Responsabilidad Civil, Tomo II, Bogotá, ed. Temis, 1.986, pags. 5 y 9.

oportunidades analizadas, habiendo por consiguiente desaparecido su posible culpa en razón de tales fallas. Habría entonces que ver en que clase de culpa incurrió PROPAL al dar por terminada la relación contractual, en forma unilateral e injusta, como presupuesto para llegar a declarar la correspondiente responsabilidad contractual y a sus efectos económicos.

Sobre la culpa dicen la doctrina y la ley:

JURISPRUDENCIA.- ... “Noción de la culpa. Es definida la culpa por la doctrina en los siguientes términos: “Hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poderlos evitar”.

La culpa, pues se presenta en dos casos:

- a) Cuando el autor conoce los daños que pueden ocasionarse con un acto suyo pero confió imprudentemente en evitarlos. Esta es la llamada culpa consciente y es desde luego la más grave. Así cuando alguien conociendo los defectos de una máquina, antes de proceder a su reparación la emplea en una actividad en la esperanza de no perjudicar a otro, es responsable de culpa o negligencia consciente en razón del daño causado.*
- b) Cuando el autor no prevé el daño que pueda causarse con un acto suyo, pero hubiera podido preverlo, dado su desarrollo mental y conocimiento de los hechos. Aquí se trata de una negligencia o culpa inconsciente. En el ejemplo anterior el no conocer los defectos de una máquina hace al autor responsable de culpa inconsciente, pues una persona prudente debe examinar continuamente los instrumentos que emplea en una determinada actividad.*

Conforme a esta definición, la culpa se condiciona a la existencia de un factor psicológico consistente en no haber previsto un resultado dañoso pudiéndose haber previsto, o en haberlo previsto y haber confiado en poder evitarlo.

¿Qué criterio o pauta debe seguirse para saber si una persona ha incurrido en culpa, es decir, si ha obrado negligentemente?

Si se aplica un criterio meramente subjetivo hay que estudiar, en cada caso concreto, el estado mental y social del autor del daño.

La aplicación de un criterio meramente subjetivo ha sido desechada unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas. La culpa no es posible determinarla según el estado de cada persona; es necesario un criterio objetivo o abstracto. Este criterio abstracto aprecia la culpa teniendo en cuenta el modo de obrar de un hombre prudente y diligente considerado como arquetipo.

De lo expuesto se deduce que la capacidad de prever no se relaciona con los conocimientos individuales de cada persona, sino con los conocimientos que son exigidos en el estado actual de la civilización para desempeñar determinados oficios o profesiones...³².

Art. 63 del C.C.: *La ley distingue tres especies de culpa y descuido:*

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

Dice Alessandri³³:

...En cuanto a la graduación de la culpa: en materia contractual, la culpa admite graduaciones; se

³² CSJ, Sent. Jun. 2/58.

³³ ALESSANDRI, Arturo. Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago de Chile, imprenta Universal, 1987, pags. 47 y 48.

distinguen la culpa lata o grave, la culpa leve y la Culpa levísima.

Por lo tanto, no toda culpa del deudor lo hará incurrir en responsabilidad. Ello dependerá de la clase de culpa de que sea responsable y sólo habrá lugar a su responsabilidad si no ha empleado la diligencia o cuidado a que el contrato lo obligaba. Así, al deudor que es responsable de culpa lata en la conservación de una cosa sólo se le podrá hacer efectiva su responsabilidad si ha obrado con aquella falta de cuidado que aún las personas negligentes y poco prudentes suelen emplear en sus negocios propios, porque fue a lo que se obligó; pero de ninguna manera por no haber empleado en esa conservación aquella esmerada diligencia que constituye la suma diligencia o cuidado.

En materia delictual y cuasidelictual, en cambio, la culpa no admite graduación; toda falta de diligencia o cuidado, por levísima que sea, engendra responsabilidad. In lege Aquilia et levissima culpa venit.

En el caso concreto, y de acuerdo a la clasificación del art. 63 del C.C., a la jurisprudencia y a la doctrina citadas, nos estaríamos refiriendo a la culpa leve, originada en la negligencia o culpa inconciente de PROPAL, quien mantuvo una relación contractual de desequilibrio, dándola por terminada en forma unilateral e injusta, después de licitar en mejores términos de equilibrio y adjudicar a un tercero por el 40% más de lo que le pagaba a INOR, produciéndole a éste un daño, en la forma como se analiza al referirse el Laudo a los perjuicios indemnizables.

Dijo el Tribunal que la relación contractual estuvo desde el principio en desequilibrio, entre otras razones, porque INOR no presentó en la primera licitación su análisis de costos, y PROPAL, teniendo la obligación y la forma de hacerlos, tampoco suplió esa deficiencia de INOR. Por otra parte, INOR ha debido tomar la iniciativa de terminar el contrato o pedir su revisión, omisión con la cual aceptó la continuidad de la relación comercial en desequilibrio. Circunstancias éstas que

atenuarían la culpa de PROPAL, o que darían lugar a una responsabilidad compartida. Esa permanencia en el contrato por parte de INOR es una conducta que, en su alegato de conclusión, la apoderada de PROPAL, refiriéndose al otrosí del contrato de outsourcing, califica como de aceptación de los términos en que estaba planteada la relación contractual (teoría de los actos propios). Esas circunstancias podrían dar lugar a la aplicación de los principios jurídicos de culpas compartidas, a los cuales se refieren así la ley y la doctrina:

Art. 2357 del Código Civil:

La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”

Normalmente, las circunstancias descritas llevarían a establecer una responsabilidad compartida por igual entre las partes. Sin embargo observa el Tribunal la conducta reiterativa de PROPAL referente a sus actos de mala fe contractual, ante lo cual el Tribunal no encuentra equivalencia de culpas, especialmente si se mira la exoneración que en múltiples ocasiones hizo PROPAL a INOR, liberándolo de su posible culpa, lo cual no le permitiría al Tribunal hacer compartir la culpa. Además, los actos de mala fe, como aquellos en que incurrió reiteradamente PROPAL, son castigados a la luz del derecho, por ser ofensivos contra la dignidad misma de los Tribunales de Justicia. Como dijo la Corte:

Los tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es el dolo o mala fe cometidos por el demandante, de acuerdo con la máxima: “Nemo auditur suam turpitudinem allegans”, pues ello, según advierten los autores, “es contrario a la moral y a la dignidad de la magistratura”.

...

Éstas aplicaciones no deben considerarse como casos aislados, sino como derivaciones de una regla más general vigente en nuestro derecho, cual es la de que a nadie se le permite beneficiarse de su propio dolo”. (CSJ, Sent. Jun. 23/58).

Por las razones anteriores, el Tribunal condenará a PROPAL por la totalidad del daño infringido a INOR con su conducta conciente y culposa, aunque condenará a INOR a compartir con PROPAL un porcentaje de las condenas en costas y agencias en derecho, en consideración a sus actos de negligencia comercial, traducidos en su omisión de elaborar debidamente su propuesta para la primera licitación, en la cual omitió sus costos, y al haber mantenido durante tanto tiempo la situación de desequilibrio, sin acudir a la justicia arbitral, o a los medios jurídicos de que podía disponer, con el fin de solicitar la revisión de los contratos o su terminación, o cualquier otro medio para hacer cesar la situación que puso en peligro la estabilidad o viabilidad de su propia empresa. Conducta que no se acredita dentro de las exoneraciones que se le hicieron y que, a la luz de la graduación de la culpa, sería una culpa leve.

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO Y LA CULPA.

En cuanto a la demanda principal, ha quedado probado el daño sufrido por INOR, la culpa de PROPAL, y también la relación de causalidad entre ellos, por ser el daño una consecuencia necesaria de las actuaciones de PROPAL, algunas de ellas alejadas de la buena fe contractual, referentes a la forma y oportunidad en que dio por terminado unilateralmente el contrato que los vinculaba.

Además, como se trata de una relación contractual con obligaciones de resultado, es a PROPAL a quien le corresponde desvirtuar el carácter de causa injusta de terminación de la relación contractual que alega INOR, y los consecuentes perjuicios causados, lo cual no hizo.

4.5. CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL.

Con base en el análisis que se acaba de hacer, el Tribunal saca las siguientes conclusiones, las cuales tendrá en cuenta al decidir sobre las demandas:

I. Entre las partes rigieron dos contratos, convencionalmente ligados entre sí: el de outsourcing de servicios, y el de arrendamiento de la maquinaria de PROPAL, para que INOR pudiera desarrollar el de outsourcing. Estos contratos fueron de tracto sucesivo, por lo cual no podía hablarse de incumplimientos del mismo, sino de cumplimientos defectuosos, y de acuerdo a la ley y la doctrina han debido cuantificarse en cada episodio, previa constitución en mora, o trámite equivalente, al estar renunciado aquel. Lo que no se hizo.

II. La cláusula octava del otrosí es nula por objeto ilícito consistente en la condonación del dolo futuro, lo cual está prohibido en la ley.

III. INOR cumplió defectuosamente los contratos, lo cual ocurrió, en forma permanente, desde el inicio hasta la terminación de los mismos, pero PROPAL lo exoneró de responsabilidad por tales incumplimientos. Además, PROPAL suplió permanentemente los defectos en la prestación del servicio, cumpliendo así con sus obligaciones contractuales, contenidas en la cláusula 11.1 del otrosí del contrato de outsourcing, y en muchos casos cargándole el costo a INOR, de acuerdo también a lo convenido contractualmente.

IV. INOR alegó en ocho oportunidades, durante el contrato, la existencia del desequilibrio contractual, lo cual fue rechazado por PROPAL, quien, a pesar de ello, accedió a hacer unos reajustes de precio, que fueron insuficientes, a firmar un otrosí con cambios de condiciones que a la postre fueron a favor de PROPAL, y a sacar una nueva licitación, a la cual invitó a INOR, y que fue adjudicada a otro proponente. Etapas en todas las cuales tuvo a INOR pendiente del esperado restablecimiento del equilibrio contractual. Estas circunstancias denotan un abuso de PROPAL de su posición dominante sobre INOR. Concepto que ha desarrollado la ley en los casos de promoción de la competencia, y en la protección de las minorías societarias, pero que bien puede aplicarse en las relaciones contractuales que, como la que nos ocupa, evidencian el uso de la posición de superioridad económica y de poder de contratación, de una empresa, sobre otra que tiene en todas las etapas contractuales la expectativa de mantener la relación comercial, confiando en la

constante promesa de mejorarle el contrato. Situación que constituye además un claro abuso del derecho, hoy aceptado en las relaciones contractuales, por reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ³⁴.

V. PROPAL nunca le reclamó perjuicios a INOR y decidió sumárselos al final, desconociendo la normatividad, jurisprudencia y doctrina sobre contratos de tracto sucesivo, sobre finiquitos de cuentas, y, lo que es peor, las propias exoneraciones que en varias oportunidades hizo a favor de INOR.

VI. A INOR le cabe parte de la responsabilidad en el desequilibrio contractual que presentó siempre el contrato, y los consecuentes perjuicios a cargo de PROPAL, por cuanto tuvo la posibilidad de prever sus costos al momento de la primera licitación, o pedir por vía arbitral el restablecimiento del equilibrio contractual o la revisión del contrato, o dar por terminada la relación contractual en las primeras etapas de la misma. Sin embargo la mala fe permanente de PROPAL hace imposible aplicar las normas sobre culpas compartidas, como se analizó atrás.

VII. Se encuentra probado, a cargo de INOR y a favor de PROPAL, el derecho a recibir el valor por concepto de reembolsos de reintegros, establecidos pericialmente.

Por las razones anteriores, el Tribunal encuentra que la terminación de la relación contractual por parte de PROPAL, además de unilateral, fue indebida e injusta, como lo manifiesta INOR en su demanda, y que no existen perjuicios a cargo de INOR y a favor de PROPAL, como los reclamó éste en su demanda de reconvención.

4.6. DECISIONES SOBRE LA DEMANDA PRINCIPAL, DE INOR LTDA. CONTRA PROPAL S.A..

Analizadas las pretensiones y hechos de la demanda de INOR, y establecida la posición del Tribunal frente a aquellos,

³⁴ C.S.J., Sent. del 19 de Oct. 1.994 y Sent. del 8 de Junio de 1.999.

entra a decidir sobre las excepciones de mérito propuestas por PROPAL contra dicha demanda:

PRIMERA: CARENCIA DE ACCIÓN, DE CAUSA Y DE DERECHO.

Dice PROPAL que se propone porque al ser ciertos los motivos de terminación del contrato, probados su violación e incumplimiento, no hay fundamentos fácticos para pedir indemnización alguna por su terminación.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL: No prospera esta excepción, por cuanto el Tribunal ha encontrado que, a pesar de que INOR cumplió defectuosamente muchas de sus obligaciones, PROPAL lo exoneró expresamente de las mismas.

SEGUNDA: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN.

Dice PROPAL, que no hay obligación de indemnizar, porque la terminación unilateral se ajustó a Derecho.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL: No prospera, por cuanto el Tribunal considera que la terminación unilateral fue indebida e injusta y por lo tanto no se ajustó a Derecho.

TERCERA: PAGO DE LO NO DEBIDO.

Dice PROPAL que al liquidarse el contrato se pagó todo, quedando algunas sumas no pagadas o compensadas, a cargo de INOR.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL: Prospera esta excepción, pero solamente en cuanto a las sumas pagadas por PROPAL por cuenta de INOR a lo largo del contrato, las cuales se ordenará compensar, por tratarse simplemente de un reintegro, de acuerdo a las cifras establecidas por la perito contadora. Para el cálculo se tendrá en cuenta lo que se

dispone en este mismo Laudo Arbitral sobre la pretensión sexta de la demanda de reconvencción.

CUARTA: COMPENSACIÓN.

Dice PROPAL que en el caso hipotético de ser condenada, pide compensar a cargo de INOR la suma de diez mil millones de pesos, que ésta le debe a aquella.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL: No prospera en la forma y cuantía pedidas, por no estar probada esa suma en el proceso y ni siquiera indicarse su origen, ni ser mencionada en la demanda de reconvencción. Sin embargo se hará por la suma cierta susceptible de compensar, tal como se determinará más adelante, y como se estableció al referirnos a la tercera excepción de PROPAL.

QUINTA: CONTRATO NO CUMPLIDO Y JUSTA CAUSA DE TERMINACIÓN.

Dice PROPAL que INOR incumplió en forma múltiple y reiterada, constituyéndose así la justa causa para la terminación del contrato, lo cual se prueba con los documentos que obran en la demanda principal y la de reconvencción.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL: No prospera, por cuanto también se encuentra probada la manifestación de PROPAL de que INOR sí cumplió con sus obligaciones y las exoneraciones de PROPAL en cuanto a tales incumplimientos.

SEXTA: VALIDEZ DEL OTROSÍ SUSCRITO POR LAS PARTES.

Dice PROPAL que el otrosí no adolece de vicio alguno. El gerente que lo firmó tenía plenas facultades para ello, y fue ratificado por la conducta inequívoca de INOR, de cumplirlo.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL: Prospera parcialmente, salvo la cláusula octava del otrosí, que el Tribunal halló nula por objeto ilícito.

SÉPTIMA: BUENA FE POR PARTE DE PROPAL EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.

Dice PROPAL que siempre obró “con seriedad, transparencia y buena fe”, cumpliendo con todas sus obligaciones y apoyando a INOR “... al punto de que, sin que existiera ninguna razón para revisar el contrato, accedió a pagar sumas en exceso de lo debido, sin deberlo”.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL: Esta excepción no prospera, por estar desvirtuada la buena fe de PROPAL.

OCTAVA: FALTA DE CAUSA PARA PEDIR.

Dice PROPAL que el contrato se terminó por la negligencia y grave descuido de INOR. Por lo tanto se hizo con justa causa, y por ello no hay razón para reclamar indemnización por esa terminación.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL: No prospera, por las razones ya indicadas al negar las otras excepciones, especialmente la primera.

NOVENA: INNOMINADA.

No encuentra probada el Tribunal ninguna otra excepción.

En consecuencia, el Tribunal accederá a las pretensiones de INOR relacionadas con la indemnización de perjuicios, y desechará otras, así:

La primera principal, primera y segunda subsidiarias de aquella, en que solicita se declare la inexistencia, nulidad, invalidez, ineficacia e inoponibilidad del otrosí del contrato de

outsourcing, por falta de autorización del Gerente de INOR al firmar el documento que contiene el otrosí, no se despachará favorablemente en la forma en que está pedida. Sin embargo el Tribunal declarará de oficio la nulidad absoluta de la cláusula octava del otrosí, de acuerdo a lo que le permite el art. 1742 del C. Civil, y lo hará por las razones atrás indicadas.

La segunda principal, en que solicita que se declare como único contrato válido entre las partes el principal, o sea el suscrito el 15 de Agosto de 2.000, con vigencia de cinco años, no se despacha favorablemente, por cuanto se encontró válido el otrosí, salvo la cláusula octava que se declarará nula. Aclara el Tribunal que también existió el contrato de arrendamiento de maquinaria, que aparece como anexo del de outsourcing.

La tercera principal, se despachará favorablemente, por cuanto PROPAL exoneró los cumplimientos defectuosos de INOR, especialmente en el documento de cumplimiento que le expidió (folio 49 Cuaderno No. 1.8).

La cuarta, quinta, sexta, séptima y octava principales, contienen las solicitudes de las siguientes declaraciones: que PROPAL dio por terminado el contrato de fecha 15 de Agosto de 2.000, en forma unilateral e injusta, por lo cual deberá ser condenada a indemnizar a INOR los daños y perjuicios causados con tal conducta, los cuales se refieren al daño emergente y al lucro cesante. El primero desde la fecha en que se declaró terminado el contrato, el 6 de Septiembre de 2.002, hasta aquella en que legalmente se hubiese terminado, o sea el 15 de Agosto de 2.005, y por concepto del segundo, por la rentabilidad dejada de percibir por INOR, por no haber recibido de PROPAL el valor pactado. Sumas que deberán tener intereses moratorios, desde la fecha de ejecutoria del Laudo hasta que sean pagados efectivamente. Igualmente solicita que se condene a PROPAL al pago de las costas y agencias en Derecho del presente proceso Arbitral. Pide que se condene a PROPAL a indemnizarle a

INOR los daños y perjuicios causados (daño emergente y lucro cesante), que resultaren probados dentro del proceso.

El Tribunal considera que hay razón para acceder parcialmente a ello, así:

En cuanto al daño emergente, el único probado en el proceso y dictaminado por el perito financiero, es lo pagado por PROPAL, por cuenta de INOR, por concepto de indemnizaciones del personal de éste, a la terminación del contrato, o sea la suma de \$84.525.560.00, que coincide con lo reclamado por PROPAL a la Compañía de Seguros, por el mismo concepto, y no le fue reembolsada, por defectos en la reclamación. El Tribunal considera que esa suma no fue cancelada por INOR. No se hizo la erogación, y al hacerlo PROPAL en virtud de una terminación unilateral e injusta del contrato, debe ser condenada a perder dicha suma, que de haber continuado el contrato con INOR, o de haberse terminado debidamente, no se hubiera causado. Por lo tanto, el daño emergente existiría de haber pagado INOR esa suma y de estar reclamando su reembolso por parte de PROPAL. Pero al haber hecho éste el pago, en desarrollo de su propia conducta culposa, INOR no está obligado a reintegrársela y por lo tanto no existe el daño emergente para INOR.

El lucro cesante se liquidará en los términos en que INOR hubiera continuado prestando esos mismos servicios, de haber resultado favorecido con la licitación adjudicada a otro proponente el 20 de Agosto de 2.002, es decir, calculando el valor del contrato en la forma como el mismo PROPAL propuso que se continuara, y como INOR aceptó hacerlo, al presentarse a la licitación, en que se tuvieron en cuenta las condiciones de precios del mercado. La forma como se hizo la oferta, dirigida a personas determinadas, en especial a INOR que fue expresamente invitada a licitar, hace que ella sea vinculante (art. 860 del C. de C.) y que el Tribunal pueda con toda tranquilidad optar por ese parámetro para establecer el cálculo del lucro cesante, que de hacerse con base en el contrato que se venía desarrollando, daría una cifra negativa, como lo fueron siempre sus flujos de caja. Cálculo que llevaría a la injusticia de dejar a INOR

sin resarcimiento alguno. Para la liquidación se tendrá en cuenta la prueba de oficio que en este mismo sentido ordenó al perito financiero hacer el cálculo correspondiente, al cual se harán las compensaciones por las condenas que más adelante habrá contra INOR, por sumas de dinero que PROPAL canceló por su cuenta, y que no le fueron reintegradas. Igualmente se accederá a los intereses moratorios pedidos, a la tasa máxima permitida en la ley, desde la ejecutoria del Laudo y hasta que el pago se produzca, y a la condena en costas y honorarios profesionales, en la proporción que más adelante establecerá el Laudo.

4.7. DECISIONES SOBRE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE PROPAL S.A. CONTRA INOR LTDA.

Analizados las pretensiones y hechos de la demanda de reconvencción de PROPAL, y establecida la posición del Tribunal frente a aquellos, entra a decidir sobre las excepciones de mérito propuestas por INOR contra dicha demanda:

PRIMERA: INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.

Dice INOR que se está ante una inepta demanda, por cuanto hay pretensiones indebidamente acumuladas: Los contratos de servicios de outsourcing y de arrendamiento de equipos, son principales e independientes. Por lo tanto no se puede pedir que se declare incumplido el uno, y que el otro, que es esencialmente autónomo, siga la suerte de aquel. No puede haber confusión en las condenas por perjuicios del uno y del otro.

Refiriéndose a las solicitudes de pago de sumas de dinero, que presuntamente INOR le quedó a deber a PROPAL, dice el excepcionante que se trata de un cobro por la vía ejecutiva, para lo cual no es competente la justicia arbitral.

Dice finalmente que se acumula indebidamente la condena al pago de una cláusula penal, con los intereses de mora.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL: Esta pretensión no prospera. Las pretensiones se acumularon debidamente, por tratarse de contratos entre las mismas partes, por la misma causa, susceptibles de ser probados con iguales medios, y además por tratarse de controversias a que hacen relación cláusulas compromisorias acreditadas en este proceso arbitral.

En referencia a la imposibilidad de ejecutar por este medio obligaciones, es claro que las pretensiones no buscan ejecución sino declaración.

En cuanto a la acumulación de pena e intereses de mora, no es necesario hacer pronunciamiento alguno, por cuanto no se accederá a la pretensión indemnizatoria de PROPAL.

SEGUNDA: INEXISTENCIA DE LA CAUSA INVOCADA DE INCUMPLIMIENTO PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO.

Dice INOR que nunca existieron los supuestos incumplimientos, diarios y permanentes a lo largo del contrato. Prueba de ello es que solo ahora, ante la demanda de INOR, PROPAL le reclama por esos incumplimientos, lo cual no es lógico si hubiera existido el perjuicio permanente para la operación de PROPAL, caso en el cual lo habrían podido dar por terminado con un preaviso de tres días. Como no había incumplimientos, dice INOR que se “inventaron” lo del otrosí, con su propia causal de terminación sin lugar a indemnizaciones, y la invocaron para dar por terminado el contrato.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL: Esta excepción prospera, por cuanto PROPAL exoneró los cumplimientos defectuosos de INOR, en especial con la expedición del documento de cumplimiento de fecha 25 de Abril de 2.004, poco antes de darle por terminado el contrato, manifestando que había cumplido a cabalidad con las obligaciones del mismo.

TERCERA: FALTA DE CARENCIA (sic) DE DERECHO PARA ACCIONAR.

Dice que PROPAL nunca reclamó perjuicios durante la vida del contrato, hecho que solo viene a conocerse ahora, con la demanda de reconvención. Es decir que los perjuicios nunca existieron. Por lo tanto no hay hechos que puedan ser subsumidos por las normas legales y que pudieran dar lugar a una condena por perjuicios. Además, arbitrariamente se están cobrando perjuicios, cláusula penal e intereses.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL: No prospera. Observa el Tribunal que no le asiste razón al excepcionante, por cuanto todo el mundo tiene derecho a accionar, así no prospere su petición a las pretensiones invocadas.

CUARTA: CUMPLIMIENTO ESTRICTO DE LAS OBLIGACIONES POR PARTE DE INOR LTDA.

Dice INOR que los dos contratos, el de prestación de servicio y el de arrendamiento, fueron cumplidos por ella. Así se prueba con el reajuste del valor del contrato, la invitación a participar en la nueva licitación, y no haber recibido durante la vigencia del contrato sino una sola queja, contestada satisfactoriamente el 17 de Agosto de 2.001.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL: Prospera. Por las mismas razones expresadas al resolver la excepción segunda.

QUINTA: MALA FE POR PARTE DE PROPAL S.A.

Manifiesta INOR que desde la elaboración de los valores establecidos para la licitación, la oferta del comodato, que después se volvió arriendo de los equipos, el mal estado de la maquinaria entregada y la deficiente inversión en su alistamiento, son circunstancias de mala fe. Además, en la cuantificación de las pretensiones de la demanda de reconvención, que coincide con lo reclamado por INOR, y en

lo manifestado en las excepciones de PROPAL, en el sentido de que INOR le debía a PROPAL diez mil millones de pesos, suma que a la postre redujo a la indicada en su demanda.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL: Esta excepción prospera, no solamente por las razones que esgrime el excepcionante, sino por las que ha encontrado el Tribunal como múltiples actos de mala fe contractual por parte de PROPAL, y que ya fueron analizadas, en la forma como se dijo en dicho análisis.

SEXTA: COMPENSACIÓN.

En el caso de haber condenas contra INOR, por la demanda de reconvención, deberán compensarse con las sumas a que se condene PROPAL, por la demanda principal.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL: Esta excepción prospera y las compensaciones se ordenarán más adelante.

En consecuencia, el Tribunal procederá así en relación con las pretensiones de PROPAL:

PRIMERA a QUINTA, en que solicita que se declare que INOR incumplió las obligaciones derivadas del contrato de outsourcing (con su otrosí) y como consecuencia se le condene a pagar los perjuicios causados a PROPAL con dicho incumplimiento, traducidos los mismos en daño emergente y lucro cesante, no están llamadas a prosperar, por no haberse reclamado oportunamente cada cumplimiento defectuoso, como correspondía hacerlo en un contrato de tracto sucesivo y por haber exonerado expresamente a INOR por tales cumplimientos defectuosos, en las múltiples oportunidades ya analizadas.

SEXTA, en que solicita que se condene a INOR a pagar las sumas que le adeuda, más su actualización con base en el IPC, está llamada a prosperar, solamente a la luz del dictamen de la perito contadora, y se ordenará a INOR que

pague a PROPAL las siguientes sumas, por los conceptos que se anotan, las cuales se actualizarán al IPC a la fecha del presente Laudo Arbitral:

De los \$922.204.229.00, por “pago en exceso de la remuneración pactada como precio del servicio contratado”, a que se refiere el literal “a” de la citada pretensión sexta, la perito contadora estableció que existe contablemente la suma de \$278.068.999.00, la cual a valor presente del día de hoy da la suma de \$372.816.716.

De los \$409.221.505.00, “por concepto de suministro de combustibles, lubricantes, repuestos y otros, a que se refiere el literal “b”, la perito contadora estableció que existe contablemente dicha suma, la cual a valor presente el día de hoy da la suma de \$509.641.430.00.

De los \$26.790.000.00, “por reembolso de compensación pagada por una supuesta no entrega del equipo NF de planta 2, a que se refiere el literal “c”, la perito contadora estableció que existe contablemente dicha suma, la cual a valor presente el día de hoy da la suma de \$35.918.279.00.

De los \$52.886.400.00, “por reembolso de compensación pagada por una supuesta no entrega del equipo #27 de planta 2, a que se refiere el literal “d”, la perito contadora estableció que existe contablemente dicha suma, la cual a valor presente el día de hoy da la suma de \$70.906.624.00.

De los \$32.049.000.00 “por reembolso de compensación pagada por una supuesta no entrega del equipo NF de planta 2”, a que se refiere el literal “e”, la perito contadora estableció que existe contablemente dicha suma, la cual a valor presente el día de hoy da la suma de \$43.030.740.00.

Los \$19.615.000.00, a que se refiere el literal “f”, por concepto de reembolso por arrendamientos de equipos pagados por PROPAL para el movimiento de polvillo, no pudieron ser

validados por la perito contadora. Por lo tanto no se ordenará su compensación.

De los \$4.234.140.00, a que se refiere el literal “g”, “por concepto de suministro a la sociedad demandada en reconvencción de filtros, llantas, manqueras y otros repuestos”, la perito contadora estableció que existe contablemente dicha suma, la cual a valor presente el día de hoy da la suma de \$5.374.089.00.

De los \$42.820.140.00, por arrendamiento de volquetas, a que se refiere el literal “h”, la perito contadora estableció que existe contablemente la suma de \$19.311.380.00, la cual a valor presente el día de hoy da la suma de \$23.000.129.00.

De los \$84.525.560.00, “por concepto del pago que PROPAL hizo por cuenta de la sociedad demandada en reconvencción de indemnizaciones laborales a sus trabajadores”, a que se refiere el literal “i”, la perito contadora estableció que existe contablemente dicha suma, pero no se ordenará su compensación, por las razones anotadas al resolver las pretensiones cuarta a octava principales de la demanda de INOR, en el presente Laudo Arbitral.

Estas sumas se han indexado a la fecha de este Laudo Arbitral, con el IPC, el cual no se aplicó el de todo el año, sino lo correspondiente a los meses siguientes a la fecha de su registro contable. Con esta liquidación y actualización se dan por concedidas las compensaciones solicitadas por PROPAL en la correspondiente excepción de mérito contra la demanda principal, por ser las únicas sumas de dinero que la perito contadora ha certificado que se encuentran en la contabilidad de PROPAL, como sumas de dinero a cargo de INOR.

SÉPTIMA, en que solicita se condene a INOR al pago de la multa estipulada en la cláusula 10.1 del contrato, no está llamada a prosperar, por la misma razón invocada respecto al primer grupo de pretensiones.

OCTAVA Y NOVENA, en que solicita se condene a INOR al pago de intereses de mora sobre las sumas a que se le condene, está llamada a prosperar en cuanto a los dineros cuya compensación se ha ordenado.

5. ANÁLISIS DEL PRESENTE LAUDO, FRENTE A LAS CAUSALES DEL RECURSO DE ANULACIÓN ESTABLECIDAS EN LA LEY.

Terminada la motivación del laudo y las conclusiones del Tribunal y antes de entrar a las liquidaciones en concreto y a la parte resolutive, se hace un breve análisis de las causales de anulación del laudo (art. 163 del Decreto 1818 de 1.998), para verificar que no se está ante ninguna de ellas:

1. El pacto arbitral no adolece de objeto o causa ilícita, lo cual se desprende del análisis que se hizo del contrato que lo contiene y de la cláusula arbitral misma. En el proceso no se invocaron otros motivos de nulidad.
2. El Tribunal se constituyó en forma legal, sin que en la primera audiencia de trámite, ni en ninguna otra, se hubiere manifestado lo contrario. Además, el Tribunal se integró por voluntad de las partes y conforme lo acordaron ellas, por lo cual mal podrían alegar contra tal circunstancia.
3. Todas las pruebas, a petición de las partes y de oficio, fueron evacuadas, salvo las que expresamente se renunciaron y las que el Tribunal declaró improcedentes, por haber otras pruebas sobre los mismos temas y por cuanto ellas no tenían incidencia en las decisiones del Tribunal. Las partes no hicieron reclamo alguno al respecto, en la oportunidad en que se cerró el período probatorio y se citó para alegatos de conclusión.

4. El término para dictar el Laudo fue de doce (12) meses, de acuerdo a la prórroga del término inicial que consta en el acta No. 16 del 16 de septiembre de 2.004. Término que tuvo varias suspensiones, así: del 23 de Junio al 23 de Julio de 2.004 (acta No. 10 del 16 de Junio de 2.004), y del 4 de Diciembre de 2.004 al 17 de Enero de 2.005 (acta No. 19 del 22 de Noviembre de 2.004).

Por lo tanto el presente laudo se dicta antes del vencimiento del término que se tiene para ello.

5. El Laudo se produce en Derecho, tal como fue pactado en la cláusula compromisoria, lo cual se desprende de sus fundamentos.
6. En la parte resolutive del presente Laudo Arbitral, tendrá el Tribunal especial cuidado de que no se generen errores aritméticos y disposiciones contradictorias. Para ello se atenderá a las cifras contenidas en los dictámenes periciales y en lo que se dispondrá sobre compensaciones entre las partes y las correspondientes actualizaciones con el IPC.
7. El Tribunal ha hecho su análisis teniendo en cuenta cada una de las pretensiones de las demandas y sus recíprocas contestaciones y excepciones de mérito, con el fin de evitar un fallo mínima, ultra o extra petita. De ahí que en este mismo capítulo haya hecho referencia a cada una de las pretensiones, los hechos relacionados con las mismas, y los medios de defensa utilizados por las partes.

6. LIQUIDACION EN CONCRETO DE CONDENAS, COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

- 6.1. Parámetros para el cálculo de las condenas.

Para efectos de las condenas que se liquidarán a continuación, el Tribunal establece que el valor total de costas del proceso es la suma de \$342.040.046.oo, que corresponden a honorarios y gastos del Tribunal (\$253.798.378.oo), y los Ivas correspondientes (\$36.034.028.oo), honorarios de los peritos (\$52.000.000.oo), y la suma pagada por INOR a la Cámara de Comercio de Cali, al solicitar la convocatoria del tribunal, y su Iva correspondiente (\$207.640.oo).

De los honorarios de los peritos, PROPAL pagó la cantidad de \$29.000.000.oo e INOR la cantidad de \$23.000.000.oo, para un total de \$52.000.000.oo.

Las agencias en Derecho las establece el Tribunal en la suma de \$91.945.530.oo, correspondiente a la mitad de la totalidad de los honorarios de los árbitros.

Las condenas en costas y en agencias en Derecho se distribuirán así, de acuerdo a lo dispuesto en la parte motiva del Laudo: El 80% a cargo de PROPAL, y el 20% a cargo de INOR.

6.2. A cargo de PROPAL:

6.2.1. Por daño emergente: No hay condena, por las razones expuestas en la parte motiva y en las decisiones sobre las demandas.

6.2.2. Por lucro cesante:	\$2.991.100.000.oo
6.2.4. Por costas del proceso:	\$ 273.632.037.oo
6.2.5. Por agencias en Derecho:	\$ 73.553.224.oo
6.2.6. Menos lo pagado por	
Propal a los peritos:	<u>\$ 29.000.000.oo</u>
Total:	\$3.309.285.261.oo

6.3. A cargo de INOR:

6.3.1. Por costas del proceso: \$ 68.408.009.oo

6.3.2. Por agencias en Derecho:	\$ 18.389.106.00
6.3.3. Por reintegro a PROPAL (excepciones de mérito contra la demanda de INOR, concretadas en la pretensión sexta de la demanda de reconvención):	\$1.160.784.610.00
6.3.4. Menos lo pagado por INOR a los peritos y a la Cámara de Comercio	\$ 23.207.640,00
Total:.....	\$1.224.374.085.00

6.4. Suma neta a pagar, una vez efectuadas las compensaciones, por parte de PROPAL: \$2.084.911.176.00

7. DECISIÓN

En virtud de las consideraciones anteriores, este Tribunal de Arbitramento, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, dicta el siguiente

LAUDO ARBITRAL:

PRIMERO: EN CUANTO A LA DEMANDA DE INOR LTDA. CONTRA PROPAL:

El Tribunal declara oficiosamente la nulidad absoluta, por objeto ilícito, de la cláusula octava del otrosí (autenticado por las partes el 30 y 31 de Enero de 2.002) del contrato de outsourcing de servicios No. 127-00 PROPAL-INOR.

Se declaran probadas las siguientes excepciones de mérito propuestas por PROPAL:

Tercera excepción, pago de lo no debido, se declara probada pero únicamente en cuanto a las sumas pagadas por PROPAL por cuenta de INOR, de acuerdo a lo que se liquidará más adelante.

Cuarta excepción, compensación, se declara no probada en la forma y cuantía pedidas, pero se concederá por las sumas pagadas por PROPAL por cuenta de INOR, de acuerdo a lo que se liquidará más adelante.

Sexta excepción, validez del otrosí, prospera parcialmente, por cuanto la cláusula octava del mismo se declara oficiosamente como absolutamente nula.

El Tribunal no encontró probadas las excepciones primera (carencia de acción, de causa y de derecho), segunda (inexistencia de la obligación), quinta (contrato no cumplido y justa causa de terminación), séptima (buena fe por parte de PROPAL en la ejecución del contrato), octava (falta de causa para pedir) y novena (innominada).

En consecuencia, se aceptan las siguientes pretensiones:

Tercera principal, en que solicita que se declare que INOR cumplió a cabalidad con sus obligaciones legales y contractuales.

Cuarta principal, en que solicita que se declare que PROPAL dio por terminado en forma injusta y unilateral el contrato de prestación de servicios de outsourcing de fecha 15 de agosto de 2.000.

La quinta principal, en que solicita condenas en daño emergente y lucro cesante a cargo de PROPAL, en razón de la terminación unilateral del contrato de outsourcing de servicios, se acepta parcialmente, por cuanto el Tribunal declara que no existe daño emergente.

La sexta principal, en que solicita la forma de liquidar el daño emergente y el lucro cesante, en razón de la terminación unilateral del contrato de outsourcing de servicios, se acepta parcialmente, excluyendo el daño emergente, y concediendo el lucro cesante, calculado en la forma ordenada de oficio al perito financiero, de acuerdo a las sumas que se establecerán más adelante.

La séptima principal, en que solicita condena a intereses de mora a partir de la ejecutoria del laudo, a la tasa máxima establecida en la ley.

La octava principal, en que solicita se condene a PROPAL al pago de costas y honorarios, se acepta parcialmente, por cuanto se establece que INOR participará en el 20% de dichas condenas.

Se niegan las siguientes pretensiones:

Primera principal, que pide la declaratoria de inexistencia e inoponibilidad del otrosí del contrato de outsourcing.

Primera subsidiaria de la primera principal, que solicita la nulidad absoluta del otrosí del contrato de outsourcing de servicios, por insuficiencia de las facultades del gerente de INOR. No obstante lo anterior, el Tribunal, oficiosamente ha declarado la nulidad de la cláusula octava del mencionado otrosí, por razones diferentes a las invocadas en esta pretensión.

Segunda subsidiaria de la primera principal, que solicita la ineficacia e inoponibilidad del otrosí del contrato de outsourcing de servicios.

Segunda principal, en que solicita, que el único contrato válido es el de outsourcing de servicios, se niega, por cuanto el otrosí también es válido, sin su cláusula octava, la cual ha sido declarada absolutamente nula por el Tribunal.

PARÁGRAFO: TACHA DE TESTIGOS, POR SOSPECHA, PROPUESTAS POR ESTE DEMANDANTE:

No prosperan las tachas por sospecha contra dos testigos, por las razones expuestas en el punto 3 del presente Laudo Arbitral.

SEGUNDO: EN CUANTO A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN PROPAL CONTRA INOR LTDA..

Se declaran probadas las siguientes excepciones de mérito propuestas por INOR:

Segunda excepción, inexistencia de la causa invocada de incumplimiento para dar por terminado el contrato.

Quinta excepción, mala fe por parte de PROPAL S.A..

Sexta excepción, compensación. En la parte de condenas se ordenará lo pertinente.

En cuanto a la cuarta excepción, cumplimiento estricto de las obligaciones por parte de INOR LTDA., habiendo prosperado la segunda excepción el Tribunal considera que no es necesario pronunciarse sobre ésta.

Se declaran no probadas las siguientes excepciones:

Primera excepción, indebida acumulación de pretensiones.

Tercera excepción, falta de carencia (sic) para accionar.

En consecuencia, se aceptan las siguientes pretensiones:

Sexta principal, en que solicita se condene a INOR a pagar a PROPAL las sumas que le adeuda, por haber sido

canceladas por cuenta de aquél durante el desarrollo contractual, y su actualización con el IPC, se acepta parcialmente de acuerdo a los conceptos y valores realmente determinados por la perito contadora, lo cual se cuantificará más adelante, en la parte de condenas, y de acuerdo a lo establecido en el punto 6 del Laudo, sobre liquidación en concreto de las mismas.

Octava principal se condene a INOR al pago de intereses de mora sobre las sumas de dinero a cuyo pago sea condenada, a la tasa máxima que se establezca en la ley, se acepta, a partir de la ejecutoria del Laudo y hasta que el pago se realice.

Novena principal, en que solicita condenas a cargo de INOR, en costas y agencias en Derecho del presente proceso arbitral, se acepta parcialmente, por cuanto INOR será condenada a pagar el 20% de las costas y agencias en derecho.

Se niegan las siguientes pretensiones:

La primera principal, en que se pretende la declaratoria de incumplimiento por parte de INOR de las obligaciones del contrato de outsourcing de servicios (127-00), modificado por su otrosí.

La segunda principal, en que se solicita se condene a INOR a pagarle a PROPAL las indemnizaciones por daño emergente y lucro cesante, como consecuencia de sus incumplimientos.

La tercera principal, en que solicita se condene a INOR por concepto de daño emergente, al pago de los gastos hechos por PROPAL por los incumplimientos de aquel, por deterioro de equipos, manejos de bagazo, carbón, piedra caliza, residuos sólidos y lodos y los correspondientes gastos de administración.

Cuarta principal, en que solicita se condene a INOR por concepto de daño emergente, al pago de las sumas dejadas de percibir por PROPAL por disminución en la producción de pulpa para la fabricación de papel.

Quinta principal, en que solicita se condene a INOR por concepto de lucro cesante.

Séptima principal, en que solicita se condene a INOR al pago de la multa pactada en la cláusula 10.1 del contrato de outsourcing de servicios.

Lo anterior, de conformidad con el análisis hecho por el Tribunal en la parte motiva del presente Laudo Arbitral.

PARAGRAFO. OBJECIONES POR ERROR GRAVE PROPUESTAS POR ESTE DEMANDANTE:

No prosperan las objeciones por error grave propuestas contra los dictámenes periciales de los peritos financiero y experto en movimiento de materia prima, por las razones expuestas en el punto 2 del presente Laudo Arbitral.

TERCERO: LIQUIDACION EN CONCRETO DE COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO.

De acuerdo a los parámetros contenidos en el punto 6 se hacen las siguientes condenas:

EN COSTAS

El valor de las costas de las demandas principal y de reconvencción, o sea la suma de \$342.040.046.00, la cual deberá ser pagada por las partes en las siguientes proporciones: 80% PROPAL y 20% INOR.

EN AGENCIAS EN DERECHO

El valor de las agencias en Derecho de ambas demandas, o sea la suma de \$91.945.530.00, la cual deberá ser pagada por las partes en las siguientes proporciones: 80% PROPAL y 20% INOR.

CONDENA EN CONCRETO

Por lucro cesante, a favor de INOR:

\$2.991.100.000

Por costas del proceso, a favor de INOR: \$
273.632.037

Por agencias en Derecho, a favor de INOR: \$
73.553.224

Menos lo pagado por PROPAL a los peritos \$
29.000.000

Total a cargo de PROPAL y a favor de INOR:
\$3.309.285.261

Por costas del proceso a favor de PROPAL: \$
68.408.009

Por agencias en Derecho a favor de PROPAL: \$
18.389.106

Por reintegros, a favor de PROPAL:
\$1.160.784.610

Menos lo pagado por INOR a los peritos y a
la Cámara de Comercio \$
23.207.640

Total a cargo de INOR y a favor de PROPAL:
\$1.224.374.085

Con base en lo anterior y de acuerdo a los parámetros establecidos en el punto 6 del Laudo, PROPAL deberá pagar a favor de INOR la suma de:

\$2.084.911.176

CUARTO: LIQUIDACION FINAL DE LA CUENTA DE GASTOS DEL TRIBUNAL.

Ejecutoriada este Laudo Arbitral, el Presidente hará la liquidación final de gastos, cubrirá los que estuvieren pendientes y, previa cuenta razonada, devolverá a las partes la porción no utilizada de la suma entregada por ellas para gastos del Tribunal.

QUINTO: COPIAS AUTÉNTICAS DEL LAUDO ARBITRAL.

Ordénase por secretaría la expedición y entrega de copias auténticas de este Laudo a cada una de las partes, al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali y a la Procuraduría. Ejecutoriada el mismo, por secretaría se expedirán las correspondientes constancias.

SEXTO: PROTOCOLIZACIÓN DEL LAUDO

De acuerdo a lo solicitado por las partes el 2 de mayo de 2.002 (Acta No. 18), no se protocolizará el expediente.

Los documentos no protocolizados permanecerán bajo la custodia del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

Con cargo a la cuenta de gastos del Tribunal, el Presidente pagará al citado Centro de Conciliación y Arbitraje el valor de dicho servicio, si así lo dispusiere dicha entidad. En caso de que la Cámara de Comercio no aceptara la custodia, o su costo por tal concepto fuere superior al valor de protocolización notarial, el Tribunal optará por este último procedimiento, en relación con la totalidad del expediente, caso en el cual las partes pagarán los derechos notariales, en lo que excediere a la suma disponible de gastos del Tribunal, en las siguientes proporciones: 80% a cargo de PROPAL y 20% a cargo de INOR.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

Los Árbitros,

JOSÉ RICARDO CAICEDO PEÑA
Presidente

BERNARDO TRUJILLO CALLE

JOSE ANTONIO TAMAYO HURTADO

JAIME VALENZUELA COBO
Secretario