**ACCIÓN CONTRACTUAL – Competencia – Ecopetrol – Empresa industrial y comercial del Estado**

La Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para decidir el caso por ser un asunto contractual en el que es parte una entidad estatal. En este sentido, debe recordarse que para el momento en el que se produjeron los hechos materia de la demanda, año de 1999, Ecopetrol tenía el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, según lo previó el Decreto 1209 de 1994. Esto implica que, independientemente del régimen jurídico que sea aplicable al acuerdo de voluntades –asunto que será objeto de pronunciamiento en apartes posteriores-, esta jurisdicción conoce del presente asunto, relativo a la responsabilidad contractual de Ecopetrol, en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 del 2006, que atribuye a ésta jurisdicción la competencia para juzgar las controversias originadas en la actividad de las entidades públicas, incluidas las sociedades de economía mixta con participación pública superior al 50%. En este sentido, cabe recordar que ésta Sala ha sido reiterativa al señalar que a partir de la expedición de la aludida Ley 1107 de 2006, la cláusula de competencia contenida en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo fue modificada de manera tal que con ella se introdujo un criterio orgánico por el cual la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se determina por la naturaleza pública de la entidad demandada, y no por el carácter de función administrativa de la actuación objeto del asunto, el régimen jurídico aplicable, o la índole de controversia que plantea el litigio (contractual, extracontractual o de nulidad y restablecimiento del derecho).

**ACCIÓN CONTRACTUAL – Validez de los medios probatorios**

Como se verá en el momento correspondiente, varias pruebas fueron allegadas al expediente con el objeto de dilucidar el punto relativo a la celebración de una reunión entre representantes de los demandantes y otros compradores con funcionarios de Ecopetrol el día 16 de junio de 1999, así como para establecer lo allí decidido por las partes. Entre estas piezas procesales se encuentran varios interrogatorios de parte solicitados por ambos extremos procesales. Sin embargo, uno de los interrogatorios suscita especial interés para la Sala en lo que tiene que ver con su validez como prueba dentro de este proceso, el que de manera anticipada fue rendido por el representante legal de la sociedad Polipack el 22 de junio del 2000. Consta en el proceso, de acuerdo con la copia simple del documento de solicitud de práctica de la prueba y el acta de celebración de la respectiva audiencia, que el interrogatorio fue solicitado a los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá, reparto, por el apoderado de Ecopetrol el 8 de junio del 2000 como prueba anticipada sobre lo ocurrido en la reunión del 16 de junio de 1999, con el fin de iniciar acciones judiciales pertinentes (f. 36-38 c. 2). Las preguntas allegadas en sobre sellado fueron resueltas en audiencia adelantada por el Juez Doce Civil del Circuito de Bogotá (f. 40- c. 2). La prueba, en principio, encuentra apoyada su validez en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, que indica que *“cuando una persona pretenda demandar o tema que se le demande, podrá pedir, por una sola vez, que su presunta contraparte conteste el interrogatorio que le formule sobre hechos que han de ser materia del proceso. En la solicitud se indicará sucintamente lo que se pretenda probar”*. Sin embargo, advierte la Sala que en esta ocasión, esta prueba fue presentada ante el tribunal de primera instancia por la parte actora junto con la demanda, pretendiendo hacerla valer en contra de Ecopetrol, en cuanto en ella el interrogado negó que en la citada reunión se hubiera terminado el acuerdo suscrito entre las partes. El aporte del mismo por el extremo pasivo que se encuentra integrado por quien lo rindió, hace improcedente la valoración de este material probatorio, dado que sería acceder a tener como prueba de ciertas circunstancias el dicho de la misma parte que las alega.

**CONTRATO ESTATAL –** **Régimen aplicable**

De forma previa a entrar a resolver sobre la procedencia de declarar la existencia del contrato, resulta relevante establecer el régimen jurídico aplicable al caso, pues de este dependerán los requisitos para afirmar que el acuerdo fue, en efecto, celebrado o no. El artículo 76 de la Ley 80 de 1993 prescribe que los contratos de exploración y explotación de recursos renovables y no renovables, así como la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las cuales les corresponde este tipo de asuntos, como lo es ECOPETROL, continuarían rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Ahora, el suministro del polietileno producido en las refinerías petroleras de propiedad de la entidad estatal, actividad de la que trata el acuerdo que se celebró entre las partes hace parte del desarrollo de su objeto, de acuerdo a como este fue definido en el Decreto 1209 de 1994, reforma a los estatutos de la empresa que regían para el momento de los hechos….De todo lo anterior se concluye que, en cuento el contrato que se pide declarar su existencia versaba sobre una actividad propia del objeto de Ecopetrol, el régimen aplicable a esa relación es el que regula ese tipo de actividades.

**CONTRATO ESTATAL – Existencia**

La primera de las pretensiones deprecadas por la sociedad demandante tiene que ver con la declaratoria de existencia del contrato contenido en el documento denominado Acta compromisoria de compraventa de polietileno n.º GMV-P.E.002, celebrado el 4 de mayo de 1999 entre las partes de este proceso. La Sala considera que esta existencia está más que acreditada en el plenario, pero no puede ser objeto de declaración judicial en este caso particular, a pesar de que ello está previsto por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, porque en este caso no hay ninguna duda sobre la existencia del contrato objeto de la controversia, dado que se cuenta con el documento escrito que prueba su celebración, en el cual es claro el objeto y la contraprestación, manifiestamente especificados en él (ver supra párr. 17.1. a 17.3.). Además, no puede perderse de vista que la parte demandada en realidad nunca ha puesto en duda la existencia del contrato, basando su defensa en la presunta terminación bilateral del mismo en una reunión celebrada por las partes el 16 de junio de 1999, asunto sobre el que la Sala se pronunciará más adelante. Por lo tanto, la Sala modificará la sentencia de primera instancia en cuanto esta declaró la existencia del contrato dado que ello resulta inocuo, pues resulta innecesario que medie declaración judicial en tal sentido para que este tenga todos los efectos en materia de derechos y obligaciones.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION B**

**Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 25000-23-26-000-2001-11171-01(28478)**

**Actor: INDUSTRIAS CRISAZA S.A. Y OTROS**

**Demandado: ECOPETROL**

**Referencia: ACCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (SENTENCIA)**

Procede la Sección Tercera, Subsección B, del Consejo de Estado a resolver el recurso de apelación presentado por ambas partes contra la sentencia del 24 de junio del 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones. La sentencia será revocada.

**SÍNTESIS DEL CASO**

Las sociedades demandantes solicitan que se declare la existencia de un acuerdo comercial con Ecopetrol para la venta de polietileno de baja densidad, con un descuento por ventas de altos volúmenes del producto, el cual, de acuerdo a lo alegado, fue desconocido por la empresa estatal desde junio de 1999 hasta diciembre de la misma anualidad. Por lo tanto, también piden ser indemnizados por los descuentos no aplicados.

**ANTECEDENTES**

**I. Lo que se pretende**

1. Mediante escrito radicado el 21 de mayo del 2001 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 6-15 c. 1), las sociedades Industrias Crisaza S.A. (en concordato), Plásticos Calibrados Ltda., Polipack Ltda., Sigmaplas S.A. y Tipac Ltda., presentaron a través de apoderado demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Empresa Colombiana de Petróleos Ecopetrol, con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*2.1. Se declare la existencia del ACTA COMPROMISORIA DE COMPRA DE POLIETILENO – Convenio Número GMV-P-E-002 de fecha 4 de Mayo/99, suscrito entre la Empresa Colombiana de petróleos Ecopetrol como proveedor de materias primas e INDUSTRIAS CRISAZA S.A., TIPAC LTDA. y otros suscriptores del mismo como compradores.*

*2.2. Como consecuencia de tal declaración se decrete el incumplimiento del ACTA COMPROMISORIA DE COMPRAVENTA DE PILETILENO, Convenio Número GMV-P.E.-002 por parte de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL a favor de INDUSTRIAS CRISAZA S.A., PLÁSTICOS CALIBRADOS LTDA., POLIPACK LTDA., SIGMAPLAS S.A., TIPAC LTDA y de los demás suscriptores de tal convenio, incumplimiento que se traduce en el desconocimiento de los respectivos descuentos desde junio de 1999 hasta el 31 de diciembre de 1999 que los cuantifico en la suma de UN MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL ($1.392´000.000,oo).*

*2.3. Se condene a la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL al pago de la suma de MIL MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL ($1.000.000.000,oo) como valor actual por Daño Emergente y Lucro Cesante por el desaprovisionamiento de materias primas, la pérdida de precio en los productos terminados, y el cambio de precio sorpresivo que vario las condiciones del mercado nacional e internacional e imposibilitó a los demandantes a lograr importaciones porque el convenio las habían suspendido hasta el año 2000. Debiendo tenerse en cuenta a la fecha de la sentencia la respectiva corrección monetaria para la liquidación de tal condena, intereses de esas sumas e intereses remuneratorios y moratorios a partir de la ejecución de la respectiva sentencia.*

*2.4. Se condene al demandado al pago de las costas.*

1.1. La demanda presentó como fundamento fáctico de sus pretensiones las siguientes circunstancias:

1.1.1. El 4 de mayo de 1999 se suscribió el acta compromisoria de compraventa de polietileno GMV.P.E.-002 entre Ecopetrol y las sociedades Polipack Ltda., Giralplast Ltda., LactoPack Cia Ltda, Coopnalplásticos, Crno S.A., Crisaza S.A., Halcón Plásticos Ltda., Carlixtplast Ltda., Sigmaplast S.A., Plastimundo Ltda., Gustavo Alberto Calixto, Uniplas, Plasnal Ltda., Distriplast, Teleplast Ltda., Industrias Madecel Ltda., Industrias Prodeplast Ltda., Industrias Madecel Ltda., Industrias Prodeplast Ltda., Tipac Ltda., Plásticos Barranquilla, Ferplástics Ltda., Plasticel Ltda., Plástics del Litoral Ltda., Plastilac Ltda., Incolpa Ltda., Plásticos Calibrados Ltda., Tuboplast Ltda., Satco Colombia Ltda., Plásticos Fayco Ltda., Edoplast Ltda., Empaques Transparentes S.A.

1.1.2. De acuerdo con el contenido del acta, el objeto del acuerdo era la adquisición de mínimo 1001 toneladas mensuales de polietileno de baja densidad en las referencias Polifen 641 y Polifen 640, otorgando descuento por escala de volúmenes. También se estableció que era obligación de los compradores la adquisición de mínimo 1001 toneladas individual o conjuntamente, así como que en el evento de que alguno de los compradores individualmente considerado incumpla el compromiso de retirar las cantidades estimadas, los restantes compradores se comprometen asumir dicho consumo, dentro del periodo respectivo.

1.1.3. Igualmente, se previó como precio del producto el contenido en la Circular GMV 009 de abril de 1999 y la circular 008 del primero de abril de 1999, mientras que se pactó que el compromiso duraría desde el 4 de mayo de 1999 hasta el 31 de diciembre de 1999.

1.1.4. Respecto de las escalas y los descuentos, se acordó que estos serían del 10% para compras de 1001 a 1500 toneladas mensuales, del 11% para compras de 1501 a 1999 toneladas mensuales, de 12% por compras superiores a las 2000 toneladas al mes y uno o dos puntos porcentuales adicionales *“por compras acumuladas superiores a 1501 kilo”*. Estos descuentos serían facturados de manera individual a cada uno de los compradores con la emisión de notas de crédito de Ecopetrol.

1.1.5. El inicio de la ejecución del acuerdo fue regular luego de su suscripción, pues los compradores adquirieron durante el primer mes, mayo de 1999, materia prima en volumen superior a las 1001 toneladas. Para el efecto, presentaron las notas de pedido efectuadas en el mes anterior, mientras que Ecopetrol expidió las respectivas notas de crédito para que fueran descontadas en compras siguientes.

1.1.6. La situación cambió desde junio de 1999, pues aunque los compradores adquirieron el producto en los valores mínimos establecidos en el convenio, mientras que Ecopetrol no pudo vender las materias primas acordadas por presuntos daños en la refinería de Barrancabermeja, con lo que causó caos en el sector de plásticos nacional. Aun así, la compra del material por parte de las sociedades permaneció dentro del mínimo establecido hasta el mes de diciembre de 1999, en estricto cumplimiento de lo pactado.

1.1.7. Particularmente sobre lo adquirido por Polipack en mayo de 1999, la demanda afirma que según documentos expedidos por la misma entidad estatal, tal sociedad adquirió en el periodo comprendido entre el 4 de mayo del 99 al 30 de junio de 1999 289 510 kilos de polietileno, con precio base de descuento de $1 114 y un descuento de 12%, es decir, $24 743 763.

1.1.8. De acuerdo con el decir de los demandantes, la situación se debió a que Ecopetrol, al darse cuenta de la magnitud de los descuentos, decidió convocar a los comparadores a una reunión que se llevó a cabo el 16 de junio de 1999. En ella, el gerente de mercadeo de Ecopetrol les comunicó que la entidad no podía seguir cumpliendo con los descuentos, arguyendo circunstancias como el alza del dólar, el aumento del precio de las materias primas y problemas en la refinería de Barrancabermeja. Las razones no fueron aceptadas por los compradores.

1.1.9. La parte actora afirma que Ecopetrol ha alegado desde entonces que el acuerdo fue terminado de manera concertada y por mutuo acuerdo del 16 de junio de 1999. Sin embargo, esta situación no corresponde a la realidad porque, como se señaló, las razones del incumplimiento no fueron aceptados por los particulares en la reunión y de hecho algunos descuentos siguieron siendo aplicados.

1.1.10. En conclusión, desde junio de 1999 Ecopetrol incumplió con el acuerdo comercial suscrito con los demandantes y otras sociedades, causándoles con ello graves perjuicios financieros, en parte porque el material debió comprarse a firmas extranjeras a precios elevados.

1.2. Como fundamento jurídico de las pretensiones, la parte demandante adujo, sin especificar, la violación de los artículos 87, 135, 136, 138, 142, 168 y demás normas concordantes del Código Contencioso Administrativo y la Ley 446 de 1998. Sin embargo, el análisis de las pretensiones y hechos alegados da cuenta de que el litigio recae sobre el incumplimiento por parte de Ecopetrol de la llamada cláusula compromisoria al no reconocer los correspondientes descuentos, así como la inexistencia de un acuerdo bilateral para terminar ese acuerdo.

**II. Trámite procesal**

2. La demanda se admitió el 20 de junio del 2001 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 18 c. 1). Luego de ser debidamente notificada Ecopetrol contestó la demanda y alegó, en síntesis, que en efecto el acuerdo comercial había sido terminado de común acuerdo el 16 de junio de 1999, ocasión en la que se determinó igualmente que los precios cambiarían a partir del 21 de junio del mismo año. Así, como única excepción propuso la que denominó terminación de mutuo acuerdo de acta compromisoria. En concreto, alegó (f. 26-32 c. 1):

*El acta compromisoria de compraventa de polietileno, que fue suscrita el día 4 de mayo de 1999, en cuanto el acto que contiene y los descuentos, se terminó de común acuerdo el día 16 de junio de 1999. Esta terminación genera la circular G.M.V.-020 de 1999, y que se hace vigente desde el día 21 de junio de 1999, de tal manera que se sustenta la pretensión sobre un convenio terminado de común acuerdo.*

3. Las partes presentaron alegatos de conclusión en primera instancia, de la siguiente forma:

3.1. La parte demandada (f. 180-192 c. 1) presentó lo que puede ser descrito como una relación de pruebas e indicios sobre la terminación bilateral y consentida del acta compromisoria. Así inició por referirse a declaraciones de parte de los representantes de las sociedades demandantes, quienes, entre otras cosas, habrían manifestado su conocimiento de la fijación unilateral de los precios del polietileno por parte de Ecopetrol y la efectiva realización de la reunión del 16 de junio de 1999 entre la empresa estatal y los compradores particulares en los que se trató la terminación del contrato de mutuo acuerdo, con continuación de descuentos en menor proporción. A este último hecho atribuye la parte la existencia de notas de crédito posteriores a la celebración del encuentro

3.2. Agregó la existencia de pruebas indiciarias en el mismo sentido, como la no reclamación de los firmantes de los convenios comerciales. De acuerdo con este argumento, sólo algunos de los firmantes fueron los que hicieron algún tipo de reclamo, pero 9 meses después de celebrada la reunión, de la cual, valga destacar, salió una comunicación oficial contra la que no se pronunció ninguno de los interesados hasta mucho tiempo después, aceptando su contenido. Agregó que los asistentes a la reunión tenían las calidades suficientes para representar a quienes celebraron el acuerdo, refiriéndose expresamente al señor Edward Méndez, a quien calificó como representante legal del convenio.

3.3. Otro elemento probatorio calificado como indicio en contra de los demandantes es que de hecho estos habrían comprado grandes e inusuales cantidades del producto durante el periodo de gracia dado en la reunión del 16 de junio del 99, es decir, entre el 17 y el 21 de junio, Esto implica, en su sentir, que de hecho era claro para los compradores que era un hecho el cambio en las condiciones el 21 de junio, lo que los habría llevado a asegurar la adquisición con precios más beneficiosos.

3.4. Finalmente, aseguró que no obran pruebas que den cuenta de la necesidad de las firmas compradoras de adquirir el material a firmas extranjeras como se afirma en la demanda, salvo en la cantidad e 65 400 kilos por la empresa Crisaza en 1999, sin tener certeza del año y por lo tanto de su coincidencia con la época de los hechos.

3.5. Por su parte (f. 172-175 c. 1), los demandantes reiteraron su posición respecto de la existencia del convenio y el incumplimiento de Ecopetrol. También señaló la afirmación de Ecopetrol respecto de la terminación bilateral del acuerdo como inverosímil si se tiene en cuenta la gran afectación que esta decisión traería a sus intereses económicos. Agregó que quien Ecopetrol señala como representante de los compradores en la reunión del 16 de junio, en realidad no tiene tal calidad. En concreto dijo:

*Observe el despacho que el acta compromisoria GMV-P.E.002 que obra en el expediente está revestida de solemnidades, es decir se hizo por escrito y fue firmada, sellada por todos y cada uno de los representantes legales de las 30 empresas compradoras entre ellos los aquí demandantes, porque comprendía obligaciones pecuniarias de gran magnitud y requería la decisión seria de escoger con este convenio un proveedor casi único, porque para cumplir dichos topes (1.000 Toneladas) no podrían comprometerse con otros proveedores que igualmente exigen para vender, que se hagan pedidos previos y con antelación de meses.*

*No encuentra credibilidad jurídica que esas mismas empresas y los aquí demandantes hubieran aceptado que en una simple reunión de la noche a la mañana se diera por terminado un acuerdo que comportaba, como ya lo dije, solemnidades y obligaciones cuantiosísimas para ellos y desaprovisionamiento, sin cada representante y en nuestro caso cada demandante hubiese expresado también por escrito su aceptación a la terminación. Mucho menos creíble que el Sr. EDUARD MENDEZ, que asistió a la reunión del 16 de junio de 1999 hubiera podido decidir a nombre de los compradores, ni de los aquí demandantes que “aceptaba expresamente y de mutuo acuerdo la terminación del convenio” sin que mediara un poder o autorización expreso otorgado por los demandantes para así hacerlo, por la trascendencia que conllevaría tal decisión; estos son actos que en la mayoría de los casos debe aceptarlos expresamente el representante legal de una empresa y así sea el representante por la cuantía del acto, también debería contar con la autorización de la Junta Directiva para suscribirlo o para deshacerlo.*

*Está probado dentro del proceso (…) que el Sr. EDUARD MÉNDEZ, simplemente fue citado por Ecopetrol para tratar asuntos del convenio y precios y sin que se le citara con calidad de representante legal del convenio, cargo que nunca existió. Tampoco se le comunicó a él o a los demandantes, previamente, que se citaban a la reunión del 16 de junio de 1999 para dar por terminado por mutuo acuerdo el convenio GMV 002/99.*

3.6. También señaló que los representantes legales de las sociedades demandantes no confesaron la terminación bilateral como lo pretende hacer ver la entidad estatal, sino que, por el contrario, siempre negaron tal hecho. También se puso en duda el indicio de las compras en el llamado periodo de gracia, aclarando que estas habían obedecido al simple hecho del conocimiento previo que se tiene de las decisiones inconsultas de Ecopetrol.

4. El 24 de junio del 2004 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, profirió **sentencia** de primera instancia (f. 194-212 c. ppl), en la que el *a quo* accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, al declarar la existencia del acta compromisoria de compraventa de polietileno GMV-P.E.-002 del 4 de mayo de 1999, pero absteniéndose de conceder cualquiera de las demás pretensiones de la demanda.

4.1. Lo primero que hizo el tribunal *a-quo* fue resolver sobre la excepción relativa la alegada terminación bilateral del acuerdo comercial, la cual consideró no acreditada. Explicó que existían interrogatorios de parte rendidos tanto por los representantes legales de las sociedades demandantes como por funcionarios de Ecopetrol que eran dicientes en cuanto a la cuestión de la terminación, pero claramente contradictorios en cuanto a si esta se produjo o no. Los funcionarios sostienen que en la reunión del 16 de junio de 1999 se dio por terminado el convenio, mientras que los representantes de las sociedades compradoras del polietileno son tajantes en la posición contraria.

4.2. Agregó que en cualquier caso no puede perderse de vista que aunque en materia contencioso administrativa existe libertad probatoria, algunos asuntos requieren de la debida conducencia de las pruebas destinadas a acreditar cierta circunstancia. En este caso esta conducencia se traduce en una pieza documental sobre la terminación, que nunca fue aportada por la parte que alega el hecho, es decir, Ecopetrol.

4.3. Posteriormente, resolvió sobre la pretensión de existencia del acuerdo comercial, encontrándola acreditada en los términos de Código Civil, al estar demostrada la concurrencia de los elementos propios del contrato de compraventa. El pacto fue elevado a escrito y suscrito por representantes de las sociedades compradoras y Ecopetrol, en ella se acordaron obligaciones recíprocas y onerosas, y del convenio fue que surgieron tales obligaciones y no de negocio anterior.

4.4. Aun así, consideró que no se hallaba demostrado el incumplimiento de Ecopetrol. Para el efecto, se refirió al contenido textual del acta compromisoria, en la que se definieron las condiciones en las que se llevaría a cabo la compraventa del material y las cantidades mínimas que debían ser adquiridas por los particulares para que surgiese el derecho a recibir un descuento. Así, indicó que de acuerdo con lo establecido en el contrato, sólo en el periodo de mayo a junio del 99 los compradores podrían adquirir un mínimo de 1001 toneladas con el 10% de descuento. Luego, a partir de julio, deberían comprar un mínimo de 1001 toneladas al mes.

4.5. Concluyo que, entonces, el clausulado previó la obligación de Ecopetrol de aplicar descuentos únicamente por los meses de mayo y junio, pero en los meses siguientes los compradores deberían adquirir el producto sin el reconocimiento de disminución alguna en el precio.

4.6. Agregó que *“el alcance de tal estipulación se hace evidente al expedirse el 21 de junio de 1999, la circular GMV-021 de 1999”*, en la que se fijaron nuevos precios de venta del polietileno y se estableció que dichos productos no tendrían descuento por venta por volumen.

4.7. Reconoció, eso sí, que a partir der la circular GMV-031 del 15 de septiembre de 1999, se volvió a estipular un descuento, esta vez del 1,87%, efectivo al momento de la facturación.

4.8. Con estas premisas, el *a quo* entendió que no había lugar a reclamar por descuentos en los meses de julio y agosto, mientras que sí procedería la aplicación de los mismos desde el 15 de septiembre de 1999, pero siempre que se superara la cantidad de 1000 toneladas individualmente, lo cual no ocurrió, según se desprende de las notas de pedido obrantes en el proceso. Por ende, no sucedió el alegado incumplimiento de la empresa estatal.

5. La anterior decisión fue **apelada** a tiempo por la parte demandante (f. 222-228 c. ppl), que expuso su disentimiento con la providencia de la siguiente forma.

5.1. Los demandantes estuvieron de acuerdo con la conclusión de la sentencia según la cual no se demostró la terminación bilateral del acuerdo para la compra del polietileno, pero no con las razones del tribunal para no declarar el incumplimiento. En este sentido, en primer lugar, indicaron que es erróneo estimar incumplida la obligación de compra en las cantidades acordadas, ya que ello no consulta la posición dominante de Ecopetrol en la venta del material. Su calidad de único vendedor del producto en el país implica que las cantidades adquiridas fueron las puestas a disposición por Ecopetrol y, de hecho, agregaron que la oferta no solo se produjo con desconocimiento de lo pactado respecto a precio, sino que fue simplemente insuficiente. En pocas palabras, no puede exigirse a los compradores que adquirieran 1001 toneladas de polietileno cuando Ecopetrol ni siquiera produjo tal cantidad. Al respecto sostuvieron:

*Es totalmente erróneo decir que cada comprador se obligó por el convenio a adquirir 1001 tonelada a Ecopetrol a venderlas, porque la producción en las refinerías o plantas de polietileno de ECOPETROL es de aproximadamente 63 y 103 toneladas día que al mes producen aproximadamente 4.980 toneladas de materias primas referencia 640 y 641. Siendo exorbitante e irreal que la producción total de ECOPETROL fuera comprometida en venta solamente para 5 compradores en Colombia. Máxime cuando el total de industriales de plástico de Colombia que suscribieron los (3) convenios fueron 64 empresas.*

5.2. La parte agregó que también es una malinterpretación de lo convenido la afirmación de que los compradores debían comprar 1000 toneladas del producto, porque esa obligación no era de los 5 demandantes, sino de los 30 suscribientes del acuerdo.

5.3. Consideró que, contrario a lo sostenido en la sentencia, de hecho las circulares de Ecopetrol expedidas con posterioridad al 16 de junio de 1999 son prueba fehaciente del incumplimiento de la empresa estatal, pues en ella se cambian los precios del producto en detrimento de lo previsto en el contrato, sin que este hubiese sido terminado o dejado sin efectos. Agregó que son varias las pruebas de que sí se hicieron reclamos a Ecopetrol por estos cambios, principalmente derechos de petición.

5.4. Finalmente, aunque no lo había alegado en la demanda, la parte indicó que la actuación del señor Jorge Lozano Jaimes, representante legal de Ecopetrol, suscribió el convenio con desconocimiento de lo previsto en un acta de 1991, que establecía los precios del producto:

6. El 7 de octubre del 2005 se corrió traslado a las partes para **alegar de conclusión** (f. 259 c. ppl), oportunidad en la que las dos intervinieron de la siguiente forma:

6.1. La parte demandada (f. 260-268 c. ppl) pidió que se mantenga la decisión de primera instancia o en su defecto que se accediera a la excepción de terminación bilateral del acuerdo. Básicamente, reprodujo los argumentos que había expuesto en la contestación de la demanda y los alegatos de primera instancia.

6.2. Los demandantes alegaron los términos similares a los formulados en la apelación (f. 270-271 c. ppl), en el sentido de considerar que la declaratoria de la sentencia en cuanto a la existencia del convenio y su falta de terminación bilateral implicaba el incumplimiento de Ecopetrol al haber dejado de reconocer los descuentos y haber subido los precios. Explicó que la razón por la que las firmas suscribientes compraron el material al precio impuesto por la entidad estatal es que esta tiene la posición dominante y prácticamente el monopolio en la materia.

**CONSIDERACIONES**

**I. Competencia**

7. La Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para decidir el caso por ser un asunto contractual en el que es parte una entidad estatal. En este sentido, debe recordarse que para el momento en el que se produjeron los hechos materia de la demanda, año de 1999, Ecopetrol tenía el carácter de Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden nacional, según lo previó el Decreto 1209 de 1994[[1]](#footnote-1).

8. Esto implica que, independientemente del régimen jurídico que sea aplicable al acuerdo de voluntades –asunto que será objeto de pronunciamiento en apartes posteriores-, esta jurisdicción conoce del presente asunto, relativo a la responsabilidad contractual de Ecopetrol, en ejercicio de la competencia prevista en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo[[2]](#footnote-2) modificado por el artículo 1º de la Ley 1107 del 2006, que atribuye a ésta jurisdicción la competencia para juzgar las controversias originadas en la actividad de las entidades públicas, incluidas las sociedades de economía mixta con participación pública superior al 50%.

9. En este sentido, cabe recordar que ésta Sala ha sido reiterativa al señalar que a partir de la expedición de la aludida Ley 1107 de 2006, la cláusula de competencia contenida en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo fue modificada de manera tal que con ella se introdujo un criterio orgánico por el cual la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se determina por la naturaleza pública de la entidad demandada, y no por el carácter de función administrativa de la actuación objeto del asunto, el régimen jurídico aplicable, o la índole de controversia que plantea el litigio (contractual, extracontractual o de nulidad y restablecimiento del derecho). Se reitera, entonces, que*[[3]](#footnote-3)*:

*(…) la cláusula general de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo ya no gravita en torno al ‘juzgamiento de controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado’, como señalaba la disposición expresamente derogada del artículo 30 de la ley 446, que adoptaba un criterio material, sino que ahora se optó por un criterio orgánico, en tanto el objeto de esta jurisdicción quedó determinado por el sujeto a juzgar en tratándose del Estado y no por la naturaleza de la función que se juzga. (…) Con fundamento en las consideraciones precedentes se tiene que al modificarse la cláusula general de competencia prevista en el artículo 82 del C.C.A. y adoptarse sin asomo de duda un criterio orgánico, las normas restantes del Código Contencioso atributivas de competencias, deberán ser interpretadas a la luz de esta modificación. Lo contrario, tornaría nugatoria la importante enmienda introducida (…).*

10. Ahora, el asunto es conocido en segunda instancia por el Consejo de Estado por cuanto se trata de un recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en un proceso que, por su cuantía[[4]](#footnote-4), tiene vocación de doble instancia.

**II. Validez de los medios de prueba**

11. Como se verá en el momento correspondiente, varias pruebas fueron allegadas al expediente con el objeto de dilucidar el punto relativo a la celebración de una reunión entre representantes de los demandantes y otros compradores con funcionarios de Ecopetrol el día 16 de junio de 1999, así como para establecer lo allí decidido por las partes.

12. Entre estas piezas procesales se encuentran varios interrogatorios de parte solicitados por ambos extremos procesales. Sin embargo, uno de los interrogatorios suscita especial interés para la Sala en lo que tiene que ver con su validez como prueba dentro de este proceso, el que de manera anticipada fue rendido por el representante legal de la sociedad Polipack el 22 de junio del 2000.

13. Consta en el proceso, de acuerdo con la copia simple del documento de solicitud de práctica de la prueba y el acta de celebración de la respectiva audiencia, que el interrogatorio fue solicitado a los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá, reparto, por el apoderado de Ecopetrol el 8 de junio del 2000 como prueba anticipada sobre lo ocurrido en la reunión del 16 de junio de 1999, con el fin de iniciar acciones judiciales pertinentes (f. 36-38 c. 2). Las preguntas allegadas en sobre sellado fueron resueltas en audiencia adelantada por el Juez Doce Civil del Circuito de Bogotá (f. 40- c. 2).

14. La prueba, en principio, encuentra apoyada su validez en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, que indica que *“cuando una persona pretenda demandar o tema que se le demande, podrá pedir, por una sola vez, que su presunta contraparte conteste el interrogatorio que le formule sobre hechos que han de ser materia del proceso. En la solicitud se indicará sucintamente lo que se pretenda probar”*.

15. Sin embargo, advierte la Sala que en esta ocasión, esta prueba fue presentada ante el tribunal de primera instancia por la parte actora junto con la demanda, pretendiendo hacerla valer en contra de Ecopetrol, en cuanto en ella el interrogado negó que en la citada reunión se hubiera terminado el acuerdo suscrito entre las partes.

16 El aporte del mismo por el extremo pasivo que se encuentra integrado por quien lo rindió, hace improcedente la valoración de este material probatorio, dado que sería acceder a tener como prueba de ciertas circunstancias el dicho de la misma parte que las alega.

**III. Hechos probados**

17. De conformidad con las pruebas válidamente allegadas al proceso, se tienen por probados los siguientes hechos particularmente relevantes:

17.1. El 4 de mayo de 1999 Ecopetrol y los representantes de 30 firmas productoras de plásticos, entre las que se encuentran las 5 sociedades demandantes, suscribieron el documento denominado “Acta compromisoria de compraventa de polietileno”, identificado con la radicación n.º GMV-P.E.-002, cuyo objeto era obligar tanto a la empresa estatal como a los particulares a la correlativa venta y adquisición de polietileno en las referencia Polifen 640 y Polifen 641, con determinados precios y en ciertos volúmenes, los cuales darían lugar a descuentos variables según la cantidad (copia auténtica del acta compromisoria de compraventa de polietileno n.º GMV-P.E.-002 del 4 de mayo de 1999 –f. 18-22 c. 2-).

17.2. En el acta, se determinó que en virtud del acuerdo Ecopetrol se encontraba en la obligación de suministrar a los compradores firmantes la cantidad mínima de 1000 toneladas mensuales del polietileno de baja densidad de las referencias arriba descritas, mientras que estos se comprometieron a *“adquirirlas en el término de un mes”*. Ambas referencias tendrían el precio puesto por Ecopetrol para el Polifen 641 a granel o empacado en la circular GMV-009 del 9 de abril de 1999, esto es, de la siguiente forma (copia auténtica del acta compromisoria de compraventa de polietileno n.º GMV-P.E.-002 del 4 de mayo de 1999 –f. 18-22 c. 2-; copia auténtica de la circular n.º GMV-009 de 1999 –f. 23 c. 2-):

|  |  |
| --- | --- |
| REFERENCIA | FORMA DE PAGO |
| PRODUCTO PRIME | CONTADO | A 30 DÍAS | A 60 DÍAS | A 90 DÍAS |
| POLIFEN 641 EMPACADO | $ 1190 | $ 1220 | $ 1250 | $ 1280 |
| POLIFEN 641 A GRANEL | $ 1114 | $ 1140 | $ 1170 | $ 1200 |

17.3. En el acta se pactó que la duración del acuerdo sería desde el 4 de mayo de 1999 hasta el 31 de diciembre de 1999, se agregó que *“solamente por el periodo de mes meses de mayo a junio 1999, los compradores podrán comprar un mínimo de 1001 toneladas con un descuento del 10%. A partir de julio de 1999 los compradores se comprometen a comprar un mínimo de 1001 toneladas por mes”*. También se estableció la siguiente escala de descuentos (copia auténtica del acta compromisoria de compraventa de polietileno n.º GMV-P.E.-002 del 4 de mayo de 1999 –f. 18-22 c. 2-):

*ESCALAS Y DESCUENTOS*

*ECOPETROL concederá descuentos así:*

*De 1001 a 1500 toneladas/mes 10%*

*De 1501 a 1999 toneladas/mes 11%*

*Mayor de 2000 toneladas/mes 12%*

17.4. Sobre la aplicación de los descuentos, se indicó que Ecopetrol facturaría de forma individual a cada uno de los compradores con aplicación de los descuentos, mientras que estos aplicarían el descuento del 10% al momento de efectuar la orden de pedido. Debido a que era necesario acondicionar el sistema de facturación de la refinería de Barrancabermeja, Ecopetrol debía emitir las facturas sin aplicación de las rebajas y emitir notas de crédito a más tardar el 15 de junio de 1999. También se estableció que en caso de que se presentaran compras acumuladas por más de 1501 toneladas, para efectos de acceder al 1 o 2% adicional Ecopetrol expedirá y remitirá dentro de los 5 días hábiles siguientes al cierre de cada mes las notas de crédito correspondientes para que sean aplicadas a nuevas facturas o abonos a facturas pendientes de pago (copia auténtica del acta compromisoria de compraventa de polietileno n.º GMV-P.E.-002 del 4 de mayo de 1999 –f. 18-22 c. 2-).

17.5. También se estableció como obligación de Ecopetrol informar a los compradores la disponibilidad mensual del Polifen 640 y las fechas de entrega. Por su parte, los compradores debían enviar a la petrolera estatal los consumos estimados por cada empresa con 5 días de anticipación respecto del inició del correspondiente mes. Igualmente, debían enviar a la entidad, dentro de los 5 días siguientes a la terminación del mes, la relación de órdenes de pedido efectuadas por cada comprador durante ese lapso.

17.6. Respecto de las cantidades, se pactó que en el evento de que alguno de los particulares suscribientes incumpliese el compromiso de adquirir cantidades estimadas, los restantes se hallaban en la obligación de asumir dicho consumo en el periodo respectivo. El incumplimiento por parte de los compradores derivaría en la terminación del contrato, mientras que si el incumplido era Ecopetrol, estos no perderían el derecho a los descuentos.

17.7. Finalmente, se estableció que las partes podrían reunirse mínimo una vez por trimestre para revisar el funcionamiento del convenio, en cualquier momento.

17.8. Junto a las firma de cada uno de los representantes de las compañías, a mano, se escribió el número de toneladas que individualmente se comprometían a comprar, de la siguiente forma:

|  |  |
| --- | --- |
| Sociedad | Cantidad (toneladas) |
| Polipack Ltda. | 100 |
| Giralplast Ltda. | 100 |
| Lactopack Cia Ltda | 50 |
| Coopnalplásticos | 150 |
| Crino S.A. | 60 |
| Cizasa S.A. | 60 |
| Halcón Plásticos | 20 |
| Calixplast Ltda. | 60 |
| Sigmaplast S.A. | 250 |
| Plastimundo Ltda. | 20 |
| Luis Alberto Calixto Celi | 15 |
| Gustavo Alberto Calixto | 15 |
| Plasnal Ltda. | 20 |
| Carlos H. Suárez & Cia. Ltda. | 20 |
| Teleplast Ltda. | 40 |
| Ind. Medecel Ltda. | 15 |
| Ind. Prodeplast Ltda. | Sin especificación |
| Tipac Ltda. | 15 |
| Plásticos Barranquilla  | 40 |
| Ferplásticos Ltda. | 30 |
| Plasticel Ltda. | 140 |
| Plásticos del Litoral | 36 |
| Plastilac Ltda. | 30 |
| Incolpa Ltda. | 20 |
| Plásticos Calibrados Ltda. | 50 |
| Tuboplast Ltda. | 30 |
| Satco Colombia Ltda. | 30 |
| Plásticos Fayco Ltda. | 30 |
| Edoplast | 20 |
| Empaques Transparentes S.A. | 50 |

17.9. El 16 de junio de 1999 Ecopetrol y algunos de los representantes de los compradores se reunieron con el objeto de discutir asuntos relativos a la ejecución del convenio. Lo decidido en tal reunión no está claro. Como lo señaló el tribunal de primera instancia (ver supra párr. 4.1. y 4.2.), en el marco de interrogatorios de parte solicitados por los dos extremos procesales se recaudaron declaraciones de funcionarios de la petrolera y de los representantes legales de los demandantes que estuvieron de acuerdo sobre la realización de la reunión. Sin embargo, mientras que los funcionarios aseguraron que en ella se dio por terminado de forma bilateral el acuerdo, los representantes de los compradores aseguraron que no se llegó a tal decisión. Así por ejemplo:

17.9.1. Interrogado sobre el desarrollo de la reunión, el señor Donaldo Cesar Ariza Argüelles, coordinador legal de la Vicepresidencia de Refinación y mercadeo de Ecopetrol, indicó (interrogatorio de parte del señor Donaldo Cesar Ariza Agüelles –f. 120-123 c. 2- ):

*CONTESTÓ: según se me ha informado por los señores Jorge Lozano, Alfredo Hurtado y Ricardo Romero, que como dije anteriormente fueron quienes en representación de ECOPETROL participaron en esa reunión, la misma se desarrolló de la siguiente manera: ECOPETROL invitó a sus diferentes clientes a una reunión que se llevaría a cabo en el piso 9 del edificio Guadalupe donde funcionan las oficinas de la vicepresidencia de refinación y mercadeo en Bogotá, reunión que inició aproximadamente a las 3 de la tarde y con una duración aproximadamente a las 3 de la tarde y con una duración aproximadamente de 3 horas, culminó a las 6. Esta reunión fue convocada por ECOPETROL en desarrollo de las disposiciones del mismo convenio, el cual preveía, que las partes podrían reunirse con el fin de analizar su ejecución. Durante la reunión ECOPETROL mencionó que por razón de la variación de precio internacional, el precio del polietileno debería aumentarse en un 40% y que los descuentos que se estaban aplicando por las compras deberían reducirse a un 5%. Los particulares en la reunión, solicitaron a ECOPETROL un receso para evaluar la propuesta de ECOPETROL, vencido el cual y ya durante la misma reunión, de común acuerdo con ECOPETROL convinieron en que el aumento sería del 20.29% y que el descuento sería del 6%. Igualmente se convino en esta reunión que los acuerdos antes mencionados entrarían a regir a partir del 21 junio de 1999 quedando de esta manera un plazo de tres días hábiles para que los clientes siguieran adquiriendo el producto en las condiciones del convenio. Vencido este plazo, a partir del 21 de junio del 99, se aplicarían los precios y los descuentos convenidos en la reunión (…).*

17.9.2. Cuestionado sobre si era cierto o no que en la reunión no se suscribió algún documento como constancia del acuerdo para la terminación del convenio, indicó:

*CONTESTÓ: Sí, y aclaro que no obstante no haberse suscrito dicho documento, que dicho sea de paso no es un requisito que exija la ley para la validez de la terminación del convenio, las partes en la reunión del 16 de junio, y según he sido informado por los que asistieron en representación de COPETROL a dicha reunión, acordaron la terminación del convenio en los términos antes mencionados.*

17.9.3. Por su parte, los representantes legales de las sociedades demandantes dieron cuenta de la realización de la reunión, bien por su asistencia o por haber oído de su celebración, pero negaron que en ella se hubiese alcanzado un acuerdo. Así por ejemplo, Silvia del Socorro Arias Torres señaló lo siguiente (interrogatorio de parte de la señora Silvia del Socorro Arias Torres –f. 141-143 c. 2-):

*PREGUNTADO: Diga cómo es cierto si o no que en la reunión del 16 de junio de 1999, que se celebró con la presencia del coordinador Edward Méndez del grupo número dos, se dio por terminado el convenio por acuerdo de las partes, el que se plasmó en la circular 020 de junio 21 de 1999? CONTESTÓ: No. 8. PREGUNTADO: Explique entonces al despacho, cuál fue la razón por la cual a los suscriptores de los convenios y concretamente al que pertenecía su empresa se les otorgó un periodo de gracia de tres días para hacer pedidos con el descuento previsto en la circular GMV-009 de abril 9 de 1999del cual ustedes hicieron uso? CONTESTO: Nosotros no conocimos ese periodo de gracia, continuamos con los pedidos como los veníamos haciendo desde la circular de abril. 9. PREGUNTADO: Sabiendo que esta bajo la gravedad del juramento, sírvase contestar cómo es cierto sí o no que el documento de junio 18 de 1999, que se le pone de presente, fue emitido por ustedes para aprovechar los tres días de gracia, que mantenían los precios y los descuentos del convenio número dos –se le pone de presente el documento-? CONTESTÓ: No, no fue emitido para aprovechar esos tres días de gracia, aclaro que fue para confirmar el pedido como fue dicho en la pregunta anterior. 10. PREGUNTADO: Sírvase contarle al despacho, según su dicho, cuando se enteró usted que habían subido los precios y que los descuentos pagados en el convenio número dos, ya no regían. CONTESTÓ: En junio de 1999, llegaron, si no estoy mal dos circulares generales no dirigidas a nosotros sino generales, donde se informaba nueva lista de precios y nuevos descuentos, en esas circulares me enteré.*

17.9.4. Edward Medardo Méndez Cruz, representante legal de Polipack Ltda. y coordinador del convenio comercial, declaró sobre el particular (interrogatorio de parte del señor Edward Medardo Méndez Cruz –f. 144-146 c. 2-):

*3. PREGUNTA: Diga cómo es cierto sí o no que en la reunión de 16 de junio de 1999 a la cual usted asistió, se convino entre las partes asistentes que se terminarían los tres convenios y se les daría un periodo de gracia de tres días 16, 17, 18 de junio para hacer pedidos con el descuento de que trata la circular 009 de abril 9 de 1999, porque a partir del día 21 de junio, regía la circular 020? CONTESTÓ: No, no es cierto. 4. Diga cómo es cierto sí o no que la empresa que usted representa, haciendo uso del periodo de gracia otorgado por ECOPETROL hizo pedidos por 250 toneladas al día 17 de junio de 1999? CONTESTÓ: Diga cómo es cierto sí o no que usted en calidad de coordinador del convenio número 2 manifestó su aceptación, con la terminación del convenio? CONTESTÓ: No, no manifesté mi aceptación con la terminación de convenio alguno y tampoco tenía la potestad para hacerlo.6. PREGUNTADO: Díganos si usted era o o el coordinador del convenio número dos y en caso afirmativo, cuáles eran sus funciones? CONTESTÓ: sí yo era uno de los coordinadores del convenio, mi función, básicamente era coordinar las comunicaciones entre ECOPETROL y los comprometientes y llevar un inventario de los materiales que se habían adquirido a través del convenio. 7. PREGUNTADO: Sírvase contarnos en qué calidad asistió usted a la reunión del 16 de junio de 1999, celebrada en ECOPETROL? CONTESTÓ: Asistí en calidad de coordinador del grupo número dos y como representante de Polipack Ltda. 8. PREGUNTADO: Sírvase contarnos minuciosamente, si le es posible, que ocurrió en esa reunión del 16 de junio, si le es posible? CONTESTÓ El día de la reunión, comenzó el doctor Alfredo Hurtado una exposición acerca de las compras que habían realizado los convenios, mostrando su complacencia por los resultados positivos para ECOPETROL porque ECOPETROL se encontraba con gran cantidad de materia prima represada en sus bodegas y gracias a los convenios había logrado comercializar unos inventarios que se encontraban retenidos. Después el doctor Lozano tomó la palabra e hizo una explicación de las tendencias de los precios internacionales en cuanto al polietileno de baja densidad, nos explicó que los precios tenían tendencia al alza y que probablemente ellos se verían en la necesidad de parar sus plantas para evitar otra vez la acumulación del producto. Posteriormente el doctor Hurtado volvió a tomar la palabra nos hizo unas gráficas en cuanto a la oferta, la demanda y la movilidad de precios y en pocas palabras nos insinuó que ECOPETROL estaría dispuesta a incrementar precios, sin embargo para nosotros no era muy lógico que tuvieran que para las plantas para incrementar precios y disminuir una oferta que se encontraba realmente equiparada con la demanda que hacían los clientes de ECOPETROL. Se nos recordó que la política de ECOPETROL es no discutir con ninguno de sus clientes sus precios no sus incrementos no disminuciones, y posteriormente se retiraron los ejecutivos de ECOPETROL porque ninguno de nosotros estaba de acuerdo con el cambio de precios por las razones expuestas. Posteriormente a la reunión emitieron las circulares de cambio de precios, descuentos y efectivamente pararon las plantas de producción, de manera que desabastecieron el mercado nacional.*

17.9.5. De igual manera, rindió interrogatorio el señor Carlos Harvey Agreda Gallego, representante legal de Plásticos Calibrados Ltda., quien narró lo que le constaba sobre el particular (interrogatorio de parte del señor Carlos Harvey Agreda Gallego –f. 147-149 c. 2-).

*6. PREGUNTADO: Diga cómo es cierto sí o no que en calidad de coordinador del convenio número 2 el señor Edward Medardo Méndez, asistió a una reunión llevada a cabo en las instalaciones de ECOPETROL el día 16 de junio de 1999, llevando la vocería de todos los integrantes del grupo? CONTESTÓ: No, no es cierto, en ningún momento yo, Carlos Agreda, le di el aval o autorización para que me representara en la cancelación del convenio número dos. El señor Edward Méndez en ningún momento después de esa reunión me confirmó telefónicamente o vía escrita de dicha terminación del convenio, simplemente explicó que se trataba de un esquema del alza de los polietilenos que se veía venir por el precio internacional que en el momento se subía. 8. PREGUNTADO: Díganos cómo es cierto sí o no que usted el día 16 de junio, se enteró que se había llegado a acuerdo para terminar el convenio número dos y que se darían tres días de gracia para que entraran a regir los nuevos precios y descuentos plasmados en la circular número 20 de 21 de junio de 1999. CONTESTÓ: Sí, es cierto en cuanto a los tres días de gracia que dieron para que las empresas que conformaran el grupo se suministraran de producto, pero no es claro que el convenio se terminó de mutuo acuerdo, siendo una decisión unilateral y tajante de Ecopetrol.*

17.9.6. También rindió interrogatorio sobre la reunión del 16 de junio de 1999 el señor Ricardo Sabogal Ojeda, representante legal de Tipac Ltda., quien indicó (interrogatorio de parte del señor Ricardo Sabogal Ojeda –f. 150-152 c. 2-):

*3. PREGUNTA: Sírvase decirnos cómo es cierto sí o no que el señor Medardo Méndez era el coordinador del grupo número dos del cual usted o su empresa forma parte? CONTESTÓ: No, coordinador no. El de buena voluntad se ofreció para llevar los controles y los pedidos que los miembros del grupo número dos hacíamos, pero a él nunca se le otorgaron poderes para negociar o algo, simplemente era como una oficina o centro de información, él resumía la información de los pedidos, como la mayoría de las empresas éramos de fuera de Bogotá, se le informaba sobre los pedidos que el grupo había hecho para llevar un control sobre los kilos que el grupo compraba. 4. PREGUNTADO: diga cómo es cierto sí no que el día 16 de junio de 1999, en la reunión celebrada en las instalaciones de ECOPETROL, se dieron por terminados de mutuo acuerdo los convenios y concretamente el celebrado con ustedes? CONTESTÓ: No, no asistí, yo me di por enterado de la terminación informal y verbal que hizo el gerente de mercadeo con posterioridad y tengo entendido que nunca lo hizo a través de una circular y hasta donde entiendo lo hizo haciendo una llamada telefónica a los miembros del convenio que habían firmado.*

17.9.7. Finalmente, al ser cuestionado sobre el tema, el señor Jesús Antonio Palacio Mejía, representante legal de Plásticos Sigmaplas S.A., señaló lo siguiente (interrogatorio de parte del señor Jesús Antonio Palacio Mejía –f. 153-155 c. 2-):

*PREGUNTADO: Sírvase contarle minuciosamente al despacho qué sucedió en la reunión del 16 de junio de 1999, a la cual usted asistió y se celebró en las instalaciones de ECOPETROL? CONTESTÓ: La reunión, el doctor Lozano y el doctor Hurtado nos explicaron sobre el incremento de precios a nivel internacional del polietileno, que debido a ello, ellos necesitaban incrementar el precio del polietileno, el doctor Hurtado nos felicitó por haber comprado todo el polietileno, que ECOPETROL tenía en las bodegas, nos informó que posiblemente iba a haber una parada en la planta de polietileno de Barrancabermeja y básicamente eso fue la reunión. 6. PREGUNTADO: Diga cómo es cierto sí o no, que en esa reunión se dieron por terminados los convenios de mutuo acuerdo y concretamente el convenio celebrado con ustedes por parte de ECOPETROL? CONTESTÓ: No. No se dieron por terminados los convenios de polietileno (…). Sírvase decirnos, si usted sabe cuándo se terminó el convenio que ustedes grupo número dos, celebraron con Ecopetrol? CONTESTÓ: me di cuenta a finales del mes de junio, a principios de julio, cuando hicimos compras a ECOPETROL y ya no estaban aplicando los acuerdos.*

17.10. Luego de la celebración de la reunión del 16 de junio de 1999, Ecopetrol profirió las circulares GMV-020 de 1999 y GMV-021 de 1999, cuya vigencia iniciaba el 21 de junio de 1999 a las 00:00 horas, en las que se modificaron e incrementaron los precios del polietileno en sus referencias polifen 641 prime y polietileno fuera de grado. En ellas se modificaron también las condiciones de los descuentos, disminuyendo su cuantía para el primer tipo de producto, y eliminándolos para el segundo.

17.10.1. Los precios, descuentos y condiciones previstas en la circular GMV-020 de 1999 para el polietileno polifen 641 prime, son las siguientes (copia auténtica de la circular GMV-020 de 1999 de Ecopetrol –f. 26 c. 2-):

|  |  |
| --- | --- |
| REFERENCIA | FORMA DE PAGO |
| PRODUCTO PRIME | CONTADO | A 30 DÍAS | A 60 DÍAS | A 90 DÍAS |
| POLIFEN 641 A GRANEL | $1340 | $1374 | $1407 | $1441 |
| POLIFEN 641EMPACADO EN ALMACENADORAS | $1432 | $1468 | $1504 | $1539 |
| POLIFEN 641 EMPACADO EN BARRANCABERMEJA | $1372 | $1406 | $1441 | $1475 |

ESTOS PRECIOS NO INCLUYEN EL VALOR DEL I.V.A., NI FLETES (1)

(…)

ECOPETROL RECONOCERÁ LOS SIGUIENTES DESCUENTOS POR VOLUMEN DE COMPRAS ACUMULADO MES CALENDARIO:

|  |  |
| --- | --- |
| COMPRAS ACUMULADAS MES (TONELADAS) | % DESCUENTOS (SÓLO NOTAS CRÉDITO) |
| 0-30 | SIN DESCUENTO |
| 31-60 | 1,0 |
| 61-90 | 2,0 |
| 91-120 | 3,0 |
| 121-150 | 4,0 |
| 151-180 | 5,0 |
| MAS DE 181 | 6,0 |

LAS CONDICIONES PARA LOS DESCUENTOS SON LAS SIGUIENTES:

1. LOS DESCUENTOS UNICAMENTE SE HARÁN EN FORMA INDIVIDUAL POR LAS COMPRAS ACUMULADAS AL MES CALENDARIO DE CADA UNO DE LOS CLIENTES.

2. LAS COMPRAS REALIZADAS ENTRE EL 21 DE JUNIO Y EL 30 DE JUNIO/99, SE ACUMULARÁN PARA EL MES DE JULIO.

3. POR NINGÚN MOTIVO SE HARÁN DESCUENTOS EN EL MOENTO DE LA FACTURACIÓN.

4. LOS DESCUENTOS SE HARÁN EFECTIVOS AL FINAL DEL MES, MEDIANTE LA ELABORACIÓN DE NOTAS DE CRÉDITO, LAS CUALES SE APLICARÁN SOBRE FACTURAS PENDIENTES DE PAGO O ABONOS PARA NUEVAS COMPRAS.

5. LAS NOTAS CRÉDITOS DESCRITAS EN EL PUNTO 3 TENDRÁN UNA VIGENCIA DE 60 DÍAS, ES DECIR, SI A LOS 60 DÍAS CALENDARIO NO SE HA UTILIZADO LA NOTA CRÉDITO, SE PIERDE EL DESCUENTO OTORGADO POR LA MISMA.

6. EL PRECIO BASE PARA TODOS LOS DESCUENTOS SERÁ EL DEL POLIETILENO POLIFEN 641 A GRANEL PAGO DE CONTADO (1340 $/KG ACTUAL).

17.10.2. Los precios, descuentos y condiciones previstas en la circular GMV-021 de 1999 para el polietileno fuera de grado, son las siguientes (copia auténtica de la circular GMV-021 de 1999 de Ecopetrol –f. 27 c. 2-):

|  |  |
| --- | --- |
| PRODUCTO | PRECIO DE CONTADO |
| POLIETILENO F.E. | 1179$/KILO |
| POLIETILENO SCRAP | 1107 $/KILO |
| TORTA POLIETILENO | 505$/KILO |
| GRASA DE POLIETILENO | 31000 $/TAMBOR DE 55 GALONES |

LAS CONDICIONES PARA LA VENTA DE ESTOS PRODUCTOS SON LAS SIGUIENTES:

(…)

6. ESTOS PRODUCTOS NO TIENEN DESCUENTO POR VOLUMEN DE COMPRA (…).

17.11. El 16 de agosto de 1999, Ecopetrol profirió la circular n.º GMV-026 de 1999, cuya vigencia iniciaba el 00:00 horas del 19 de agosto de 1999, en la que se incrementó nuevamente el precio de polietileno de referencia polifen 641 prime, aunque la escala de descuentos y las condiciones de acceso a estos permanecieron igual. Los precios son los siguientes (copia auténtica de la circular n.º GMV-026 de 1999 de Ecopetrol –f. 28 c. 2-):

|  |  |
| --- | --- |
| REFERENCIA | FORMA DE PAGO |
| PRODUCTO PRIME | CONTADO | A 30 DÍAS | A 60 DÍAS | A 90 DÍAS |
| POLIFEN 641 A GRANEL | $1474 | $1511 | $1548 | $1585 |
| POLIFEN 641EMPACADO EN ALMACENADORAS (1) | $1575 | $1614 | $1654 | $1693 |
| POLIFEN 641 EMPACADO EN BARRANCABERMEJA | $1509 | $1547 | $1585 | $1623 |

17.12. El 17 de agosto de 1999, Ecopetrol expidió la circular n.º GMV-027 de 1999, vigente desde el 19 de agosto de 1999, en la que se incrementaron los precios del polietileno fuera de grado y se mantuvo la decisión de que este no tuviera descuento por compra en volumen. El esquema de precios fue el siguiente (copia auténtica de la circular n.º GMV-027 de 1999 de Ecopetrol –f. 29 c. 2-):

|  |  |
| --- | --- |
| PRODUCTO | PRECIO DE CONTADO GRANEL |
| POLIETILENO F.E. | 1327$/KILO |
| POLIETILENO SCRAP LIMPIO | 1253 $/KILO |
| POLIETILENO SCRAP SUCIO | 1176 4/KILO |
| TORTA POLIETILENO | 556$/KILO |
| GRASA DE POLIETILENO | 34100 $/TAMBOR DE 55 GALONES |

17.13. El 22 de agosto de 1999, Ecopetrol expidió la circular n.º GMV-028 de 1999, en la que se comunicó a los compradores de polietileno que no se recibirían nuevos pedidos de la referencia polfen 641 durante los 30 días siguientes, debido a problemas operacionales en las plantas de la empresa estatal, lo cual había generado atrasos en las entregas de los pedidos colocados por los clientes. La medida regía desde el 23 de agosto de 1999 a las 00:00 horas (copia auténtica de la circular n.º GMV-028 de 1999 de Ecopetrol –f. 30 c. 2-).

17.14. El 14 de septiembre de 1999, Ecopetrol expidió la circular n.º GMV-031 de 1999, con vigencia desde las 00:00 horas del 15 de septiembre de 1999, en la que se estableció el precio de polietileno referencia polifen 641 a granel en $2000 el kilo. Además, se indicó que el único descuento que se haría para las ventas de polietileno era del 1,87% sobre el precio de lista para pago de contado, el cual sería efectivo al momento de la facturación. Sobre la cantidad disponible para compra, se indicó (copia auténtica de la circular n.º GMV-031 de 1999 de Ecopetrol –f 31 c. 2-):

*3. Independiente de la cantidad de polietileno que cada cliente solicite por medio del pedido respectivo, solamente se le entregará un máximo de 140 toneladas semanales.*

17.15. El 21 de septiembre de 1999 Ecopetrol expidió la circular GMV-036 de 1999, en la que, en consonancia con la circular GMV-031 DE 1999, se explicó a los compradores de polietileno el recorte en la producción del producto durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de ese año. En concreto, la empresa estatal afirmó lo siguiente (copia auténtica de la circular n.º GMV-036 de 1999 de Ecopetrol –f. 38 c. 2-):

*La GERENCIA DE MERCADEO Y VENTAS DE ECOPETROL, informa a todos sus clientes compradores de Polietileno de baja densidad PÑIFEN 641, de acuerdo con la Circular GMV-031 vigente desde las 00:00 horas del 15 de septiembre de 1999, estamos atendiendo sus pedidos siguiendo el procedimiento habitual y teniendo en cuenta el precio y las condiciones consignadas en la misma.*

*Para un buen manejo de sus inventarios en lo que resta del año consideramos importante informarles que labores de mantenimiento en nuestras plantas nos obligan a reducir en un 11% la producción de polietileno en el mes de octubre y en un 38% en el mes de noviembre, retornando a los niveles habituales de producción en Diciembre (…).*

17.16. Mediante la circular n.º GMV-041 del 13 de octubre de 1999, Ecopetrol comunicó a los compradores de polietileno que por problemas en las plantas de producción de etileno y polietileno, era necesario interrumpir la recepción de pedidos de polietileno hasta el 7 de noviembre de 1999 (copia auténtica de la circular GMV-041 de 1999 de Ecopetrol –f. 33 c. 2-).

17.17. El 8 de noviembre de 1999, Ecopetrol profirió la circular n.º GMV-0046 de 1999, en la cual se modificaron algunas condiciones de venta para el polietileno de baja densidad, así (copia auténtica de la circular n.º GMV-0046 de 1999 de Ecopetrol –f. 34 c. 2-):

*Nos permitimos comunicarles que a partir de la fecha, se modifican algunas condiciones de ventas para el Polietileno de baja densidad así:*

*- Reactivamos las ventas a 60 y 90 días, quedando para los nuevos pedidos crédito a 30, 60 y 90 días. Oportunamente les informaremos los nuevos precios. Estos créditos sólo se aplicarán a aquellos clientes que cumplan satisfactoriamente sus pagos ante Ecopetrol.*

*- Para evitar acaparamientos, la Gerencia de Mercadeo y Ventas controlará que las ventas de este producto, no sobrepasen los retiros promedios históricos de los clientes.*

*- Las entregas de producto se regirán estrictamente por el orden de recibo de los pedidos. Por lo tanto, ningún cliente tendrá prioridad para el cargue del producto. Con base en esto les recomendamos antes de enviar su transporte a la refinería de Barrancabermeja, verificar la fecha que les corresponde para el cargue del producto.*

*- Sólo se entregará polietileno a los clientes que se encuentran a PAZ Y SALVO por todo concepto con ECOPETROL, y hayan pagado el producto o tengan el respaldo necesario (carta de crédito, aceptación bancaria o cupo en la póliza de seguros).*

*- NOTA: Les recordamos que el producto se continuará facturando al precio vigente el día del retiro.*

*Esperamos estar entregando el producto una vez normalicemos nuestra producción a finales del mes de noviembre de 1999.*

17.18. El 23 de diciembre de 1999, mediante la circular n.º GMV-054 de 1999, Ecopetrol informó a los interesados que a partir de la fecha y hasta cuando duraran los inventarios se ofrecían para la venta polietileno de baja densidad polifen 641, empacado en sacos de 40 kilogramos, en las almacenadoras Almacenar de Bogotá, Bello, Antioquia y Cali. Los precios serían los siguientes (copia auténtica de la circular n.º GMV-054 de 1999 de Ecopetrol –f. 35 c. 2-):

|  |
| --- |
| *FORMA DE PAGO, $/KILO* |
| *CONTADO* | *A 30 DÍAS* | *A 60 DÍAS* | *A 90 DÍAS* |
| *2188* | *2243* | *2266* | *2356* |

**IV. Problema jurídico**

18. De acuerdo con lo alegado en la demanda, lo decidido en la sentencia de primera instancia y lo expuesto en la apelación, el análisis de la Sala deberá estar dirigido a resolver varios cuestionamientos. Primero, se resolverá sobre la procedencia de declarar la existencia de un contrato de suministro de polietileno de baja densidad entre Ecopetrol y 30 sociedades fabricantes de plásticos colombianas, entre las que se hallan las demandantes. Segundo, deberá determinarse si dicho contrato fue incumplido por la petrolera estatal. Tercero, se determinará si ese eventual incumplimiento generó perjuicios a las demandantes que deban ser reparados.

**V. Análisis de la Sala**

**Régimen aplicable al contrato**

19. De forma previa a entrar a resolver sobre la procedencia de declarar la existencia del contrato, resulta relevante establecer el régimen jurídico aplicable al caso, pues de este dependerán los requisitos para afirmar que el acuerdo fue, en efecto, celebrado o no.

20. El artículo 76 de la Ley 80 de 1993 prescribe que los contratos de exploración y explotación de recursos renovables y no renovables, así como la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de la entidades estatales a las cuales les corresponde este tipo de asuntos, como lo es ECOPETROL, continuarían rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable.

21. Ahora, el suministro del polietileno producido en las refinerías petroleras de propiedad de la entidad estatal, actividad de la que trata el acuerdo que se celebró entre las partes hace parte del desarrollo de su objeto, de acuerdo a como este fue definido en el Decreto 1209 de 1994, reforma a los estatutos de la empresa que regían para el momento de los hechos, que en su artículo 5 estableció que:

*Ecopetrol tiene por objeto administrar con criterio competitivo los hidrocarburos y satisfacer en forma eficiente la demanda de estos, sus derivados y productos, para lo cual podrá realizar las actividades industriales y comerciales correspondientes, directamente o por medio de contratos de asociación, de participación de riesgo, de operación, de comercialización, de obra de consultoría, de servicios o de cualquier otra naturaleza, celebrados con personas naturales o jurídicas; nacionales o extranjeras.*

*Para desarrollar su objeto empresarial, Ecopetrol tendrá a su cargo (…):*

*j) Realizar cualesquiera actos u operaciones y celebrar toda clase de contratos o negocios petroleros y mineros previstos en las disposiciones legales nacionales o internacionales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad que se relacionen con el objeto y fines de la Empresa o que faciliten su cumplimiento; tales como adquirir, gravar y enajenar bienes muebles e inmuebles; girar, aceptar, otorgar, endosar, negociar, descontar, y dar en prenda o garantía toda clase de títulos valores y demás documentos civiles y comerciales y, en general, celebrar cualquier clase de operación de crédito; garantizar por medio de fianzas, prendas, hipotecas o depósitos, sus propias obligaciones; garantizar obligaciones ajenas cuando ello sea estrictamente necesario dentro el giro de sus negocios y en el marco de su objeto empresarial; emitir bonos o títulos valores u otros documentos similares que en forma colectiva constituyen obligaciones a cargo de la Empresa, así como reglamentar, conforme a las disposiciones legales vigentes, la colocación de los mismos en el público, directamente o a través de intermediarios; negociar acciones, bonos, documentos de deuda pública emitidos por empresas nacionales o extranjeras (…).* Subrayado propio.

22. De todo lo anterior se concluye que, en cuento el contrato que se pide declarar su existencia versaba sobre una actividad propia del objeto de Ecopetrol, el régimen aplicable a esa relación es el que regula ese tipo de actividades.

**Existencia del contrato**

23. La primera de las pretensiones deprecadas por la sociedad demandante tiene que ver con la declaratoria de existencia del contrato contenido en el documento denominado Acta compromisoria de compraventa de polietileno n.º GMV-P.E.002, celebrado el 4 de mayo de 1999 entre las partes de este proceso. La Sala considera que esta existencia está más que acreditada en el plenario, pero no puede ser objeto de declaración judicial en este caso particular, a pesar de que ello está previsto por el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, porque en este caso no hay ninguna duda sobre la existencia del contrato objeto de la controversia, dado que se cuenta con el documento escrito que prueba su celebración, en el cual es claro el objeto y la contraprestación, manifiestamente especificados en él (ver supra párr. 17.1. a 17.3.).

24. Además, no puede perderse de vista que la parte demandada en realidad nunca ha puesto en duda la existencia del contrato, basando su defensa en la presunta terminación bilateral del mismo en una reunión celebrada por las partes el 16 de junio de 1999, asunto sobre el que la Sala se pronunciará más adelante.

25. Por lo tanto, la Sala modificará la sentencia de primera instancia en cuanto esta declaró la existencia del contrato dado que ello resulta inocuo, pues resulta innecesario que medie declaración judicial en tal sentido para que este tenga todos los efectos en materia de derechos y obligaciones[[5]](#footnote-5).

**Terminación del contrato**

26. Se reitera que la parte demandada, Ecopetrol, ha manifestado a lo largo de este proceso que en el presente caso deben desestimarse las pretensiones de la demanda en cuanto ellas se basan en la declaratoria de incumplimiento de un contrato que se dio por terminado de forma bilateral en una reunión celebrada por las partes el día 16 de junio de 1999. Este argumento, básicamente, constituye su defensa y única excepción alegada.

27. Sin embargo, resulta evidente que esta excepción debe ser desestimada por la Sala, ya que no se probó en forma debida que se hubiese producido un acuerdo en tal reunión con el fin de dar por terminado el acuerdo existente entre las partes.

28. Gran parte de la actividad probatoria de Ecopetrol estuvo dirigida a proba la ocurrencia de tal reunión y que en ella se tomó la determinación de finalizar el contrato. Para ello se quiso valer de interrogatorios de parte de los representantes legales de las sociedades demandantes, pretendiendo lograr que estos confesaran haber asistido a la reunión, o al menos haber autorizado al señor Edward Medardo Méndez para asistir a la misma, así como que en ella se terminó el acuerdo.

29. Como a bien tuvo decirlo el tribunal de primera instancia, esto en definitiva no ocurrió, en cuanto quedó claro que los declarantes aceptaron la celebración de la reunión, pero no que en ella se hubiese acordado por las dos partes la terminación del negocio jurídico, más allá de haber reconocido que en ella sí se planteó por parte de la empresa estatal tal posibilidad. Tampoco confesaron haber dado poder o autorización al señor Méndez para el efecto (ver supra párr. 17.9.1. a 17.9.7).

30. Ahora, como también lo señaló de forma acertada el fallo del *a quo,* de haberse producido una confesión de este tipo, ello no hubiese constituido una prueba conducente de la terminación del contrato, ya que dicha terminación por mutuo acuerdo debía haber sido manifestada por las partes de la misma forma en la que validaron su voluntad de contratar: por escrito.

31. Ahora, podría surgir la duda en cuanto a la posibilidad de que lo que se pretende con estas declaraciones es demostrar que de hecho un documento fue suscrito para terminar el contrato pero no se puede contar con él en el proceso, por ejemplo, por su pérdida. Aunque la Sala no niega que una situación como esa pudiera presentarse en el marco de un proceso judicial como este, debe entenderse adecuadamente que con las pruebas allegadas consistentes en interrogatorios de parte el demandante pretendió demostrar simplemente que en la reunión del 16 de junio de 1999 se llegó a un acuerdo verbal, lo cual, no es de recibo en el marco de un contrato estatal solemne, independientemente del régimen jurídico que sea aplicable a la relación[[6]](#footnote-6).

32. Por lo tanto, la Sala concluye que los interrogatorios, así como los argumentos basados en indicios relativos a la conducta de los demandantes con posterioridad al 16 de junio de 1999, como sus órdenes de compra durante el denominado periodo de gracia de tres días entre el 17 y el de 20 de junio de ese año, no son suficientes para demostrar que se produjo la terminación del acuerdo contenido en el acta compromisoria GMV-P.E.-002, pues tal terminación sólo pudo darse mediante escrito proveniente de las partes.

**Incumplimiento del contrato**

33. Estando claro que el contrato contenido en el documento Acta compromisoria de compra de polietileno, suscrito por Ecopetrol y 30 sociedades particulares el 4 de mayo de 1999, existe en cuanto fue válidamente celebrado por las partes en los términos de las normas aplicables al mismo, y no se finalizó de común acuerdo por las partes, resulta necesario resolver sobre el presunto incumplimiento de las obligaciones de la entidad estatal que se derivan del contrato en comento.

34. De acuerdo con el texto del contrato, las obligaciones a cargo de la empresa petrolera pueden sintetizarse en dos: i) poner a disposición de las empresas suscribientes al menos 1000 toneladas de polietileno de baja densidad al mes, y ii) otorgar a las mismas un descuento por la compra del material en un volumen de mínimo 1001 toneladas (ver supra párr. 17.1 a 17.3).

35. Fue probado en el proceso que con posterioridad a la realización de la reunión del 16 de junio de 1999 la entidad profirió las circulares GMV-020 y GMV-021 de 1999, en la que modificó los precios del material y quitó los descuentos de los que trataba el acta compromisoria del 4 de mayo de 1999 (ver supra párr. 17.10 a 17.10.2.).

36. En los meses siguientes expediría las circulares GMV-026, GMV-027, GMV-028, GMV-031, GMV-036 y GMV-041 de 1999, en las que, entre otras decisiones, Ecopetrol cambiaría los precios del polietileno y volvería a conceder esporádicamente algunos descuentos por volumen de compra –concretamente en la circular GMV-031 de 14 de septiembre de 1999-, aunque no en la cuantía determinada en el convenio del 4 de mayo de 1999 –apenas 1,87% sobre el precio de lista del polifen 641 sobre el precio de lista para pago de contado- (ver supra párr. 17.12 a 17.18).

37. De esta forma, resulta claro que Ecopetrol, probablemente motivado por su errónea e infundada creencia de que el contrato había sido terminado por la voluntad de las partes desde el 16 de junio de 1999, dejó de reconocer los descuentos a los que, en la eventualidad de adquirir más de 1001 toneladas de polietileno, tendrían derecho los productores de plásticos que suscribieron el acuerdo GMV-P.E.-002 del 4 de mayo de 1999.

38. Estas decisiones, tomadas en el marco de la actividad comercial derivada de su calidad de productor de polietileno, va en abierta contravía y constituye un incumplimiento de dicho contrato, pues en él se especificó de manera expresa que el mantenimiento de las condiciones beneficiosas para los compradores por su compra en volumen debería mantenerse hasta el 31 de diciembre de 1999.

39. Sirve la oportunidad para señalar que la Sala no encuentra adecuado el razonamiento de la sentencia de primera instancia según la cual no existía el alegado incumplimiento en cuanto la expedición de la circular GMV-021 de 1999 implicaba que cesaba el beneficio para los compradores desde ese momento. Por el contrario, tal como lo alega la parte demandante en su recurso, la expedición de esa circular modificando las condiciones comerciales previstas en el acuerdo respecto de los descuentos es precisamente un desconocimiento de lo allí pactado.

40. También valga aclarar que aunque pudiera pensarse que las circulares posteriores al 16 de junio de 1999 constituirían una modificación del contrato, esto no sería exacto, dado que en realidad el querer de Ecopetrol no era cambiar lo acordado en el contrato, sino actuar por fuera del mismo bajo el equivocado criterio de que había sido dado por terminado de común acuerdo. En otras palabras, no cambió el contrato sino que actuó por fuera de él.

41. Todo lo anterior implica la necesidad de que esta Sala modifique la sentencia de primera instancia en el sentido de acceder a la pretensión de la demanda de declarar el incumplimiento de Ecopetrol respecto del contrato contenido por el Acta compromisoria de compraventa de polietileno n.º GMV-P.E.-002 del 4 de mayo de 1999.

**Perjuicios causados por el incumplimiento**

42. Para determinar si en el presente caso no solo se produjo un incumplimiento imputable a Ecopetrol, sino unos perjuicios derivados de tal situación a los que haya lugar a indemnizar, la Sala deberá establecer si la conducta de los demandantes era la prevista en el contrato para acceder a los descuentos, lo cual se traduce en determinar si superaron el monto de las 1001 toneladas mensuales de polietileno.

43. Obra en los folios 46 a 56 del cuaderno 1 la respuesta a un derecho de petición elevado a Ecopetrol por la parte demandante el 23 de mayo del 2001 en la que la entidad entregó una detallada relación de las compras de polietileno de baja densidad hechas por los suscriptores del acta compromisoria, entre el 4 de mayo de 1999 y el 31 de diciembre del mismo año, periodo en el que estuvo en vigencia el contrato.

44. Teniendo en cuenta que de acuerdo con la demanda el otorgamiento de los descuentos no tuvo dificultades hasta el 16 de junio de 1999, no se revisará el periodo de mayo. Así, el documento evidencia que entre los meses de junio a diciembre de 1999, sólo en junio y julio los compradores lograron superar la meta de las 1001 toneladas. La relación de facturas y cantidad de polietileno en cada una de ellas es la siguiente:

Junio de 1999

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **N.º Factura** | **Cantidad/Kilo** | **Comprador** |
| 616992 | 38000 | Luis A Calixto |
| 613042 | 13500 | Gustavo A Calixto |
| 616993 | 12410 | Gustavo A Calixto |
| 617002 | 20000 | Gustavo A Calixto |
| 617098 | 6400 | Gustavo A Calixto |
| 614050 | 15000 | PlastiLac |
| 616045 | 953 | PlastiLac |
| 618527 | 14047 | PlastiLac |
| 616871 | 3000 | Tipac |
| 616046 | 1000 | Fayco |
| 617903 | 4690 | Fayco |
| 617920 | 4600 | Fayco |
| 618220 | 10710 | Fayco |
| 616355 | 5000 | LactoPack |
| 616935 | 5000 | LactoPack |
| 617838 | 5000 | LactoPack |
| 617895 | 10000 | LactoPack |
| 616435 | 5000 | Halcon Plasticos |
| 617030 | 9926 | Halcon Plasticos |
| 617031 | 74 | Halcon Plasticos |
| 615194 | 10000 | TuboPlast |
| 616797 | 5000 | TuboPlast |
| 617713 | 20000 | TuboPlast |
| 618263 | 8520 | TuboPlast |
| 618533 | 20503 | TuboPlast |
| 618584 | 967 | TuboPlast |
| 615489 | 2000 | PlastiMundo |
| 616351 | 2000 | PlastiMundo |
| 616793 | 2000 | PlastiMundo |
| 617398 | 4000 | PlastiMundo |
| 616184 | 10000 | Sadco |
| 616800 | 1420 | Sadco |
| 616833 | 8580 | Sadco |
| 617915 | 20610 | Sadco |
| 618291 | 6870 | Sadco |
| 617548 | 18000 | Plasticos Calibrados |
| 615867 | 10000 | GiralPlast |
| 616047 | 11000 | GiralPlast |
| 616852 | 17813 | GiralPlast |
| 616853 | 2187 | GiralPlast |
| 616865 | 5116 | GiralPlast |
| 616866 | 14884 | GiralPlast |
| 616872 | 10000 | GiralPlast |
| 617827 | 11630 | GiralPlast |
| 617922 | 15340 | GiralPlast |
| 618215 | 13030 | GiralPlast |
| 614973 | 12000 | CoopNalPlasticos |
| 614974 | 2000 | CoopNalPlasticos |
| 615872 | 10000 | CoopNalPlasticos |
| 616044 | 9000 | CoopNalPlasticos |
| 616193 | 15000 | CoopNalPlasticos |
| 616635 | 10000 | CoopNalPlasticos |
| 616843 | 10000 | CoopNalPlasticos |
| 616855 | 10000 | CoopNalPlasticos |
| 617715 | 6510 | CoopNalPlasticos |
| 617859 | 4490 | CoopNalPlasticos |
| 618402 | 15540 | CoopNalPlasticos |
| 615138 | 5000 | PoliPack |
| 615193 | 20000 | PoliPack |
| 616933 | 7780 | PoliPack |
| 617003 | 12890 | PoliPack |
| 617170 | 50000 | PoliPack |
| 617174 | 50000 | PoliPack |
| 617424 | 7510 | PoliPack |
| 617530 | 21820 | PoliPack |
| 618297 | 25310 | PoliPack |
| 616721 | 30000 | Empaques Transparentes  |
| 616436 | 1000 | EdoPlast |
| 616798 | 5000 | EdoPlast |
| 614953 | 18000 | Plásticos del Litoral |
| 615896 | 8000 | Plásticos del Litoral |
| 616101 | 3000 | Madecel |
| 616433 | 2000 | Madecel |
| 616719 | 3000 | Madecel |
| 616936 | 3000 | Madecel |
| 618537 | 10996 | Madecel |
| 615303 | 5000 | Carlos Humberto Suarez |
| 615338 | 10000 | Carlos Humberto Suarez |
| 616155 | 10000 | Carlos Humberto Suarez |
| 616931 | 5000 | Carlos Humberto Suarez |
| 617902 | 7130 | Carlos Humberto Suarez |
| 617933 | 22870 | Carlos Humberto Suarez |
| 618387 | 5000 | Carlos Humberto Suarez |
| 617755 | 21650 | Plásticos Especiales |
| 617901 | 18350 | Plásticos Especiales |
| 617122 | 5550 | FerPlasticos |
| 617132 | 20200 | FerPlasticos |
| 617429 | 7900 | FerPlasticos |
| 617645 | 16550 | FerPlasticos |
| 616890 | 28380 | ProdePlast |
| 616967 | 11620 | ProdePlast |
| 616030 | 520 | Colombiana de Papeles |
| 617549 | 10000 | Colombiana de Papeles |
| 617423 | 10000 | PlasNal |
| 618441 | 16840 | PlasNal |
| 618583 | 3160 | PlasNal |
| 616999 | 10000 | ToliBolsa |
| 617158 | 33180 | Crisaza |
| 617538 | 32940 | Crisaza |
| 617844 | 32240 | Crino |
| 618271 | 32920 | Crino |
| 615884 | 35190 | SigmaPlast |
| 616703 | 35460 | SigmaPlast |
| 616976 | 34744 | SigmaPlast |
| 616977 | 325 | SigmaPlast |
| 616978 | 1 | SigmaPlast |
| 616983 | 100000 | SigmaPlast |
| 616990 | 19728 | SigmaPlast |
| 616991 | 10272 | SigmaPlast |
| 617441 | 34700 | SigmaPlast |
| Total | 1474,04 Toneladas |

Julio de 1999

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **N.º Factura** | **Cantidad/Kilo** | **Comprador** |
| 618784 | 4330 | Gustavo A Calixto |
| 619571 | 4270 | Gustavo A Calixto |
| 619924 | 9000 | Tipac |
| 621846 | 9000 | Tipac |
| 619203 | 23903 | Fayco |
| 619316 | 6097 | Fayco |
| 619823 | 10000 | Fayco |
| 620007 | 10000 | Fayco |
| 620035 | 20660 | Fayco |
| 620363 | 9340 | Fayco |
| 620845 | 10000 | Fayco |
| 619923 | 10000 | LactoPack |
| 621600 | 5084 | LactoPack |
| 618790 | 10000 | PlastiMundo |
| 620437 | 8995 | PlastiMundo |
| 619332 | 7520 | Sadco |
| 619258 | 10800 | Plásticos Calibrados |
| 619259 | 29190 | Plásticos Calibrados |
| 619285 | 1290 | Plásticos Calibrados |
| 622091 | 18000 | Plásticos Calibrados |
| 618666 | 1378 | GiralPlast |
| 618667 | 14532 | GiralPlast |
| 619196 | 1378 | GiralPlast |
| 619197 | 1246 | GiralPlast |
| 619275 | 15570 | GiralPlast |
| 619322 | 15520 | GiralPlast |
| 619408 | 1378 | GiralPlast |
| 619409 | 10088 | GiralPlast |
| 619410 | 14224 | GiralPlast |
| 619449 | 8910 | GiralPlast |
| 620399 | 34790 | GiralPlast |
| 620551 | 15890 | GiralPlast |
| 620699 | 14820 | GiralPlast |
| 620824 | 33030 | GiralPlast |
| 62938 | 19470 | GiralPlast |
| 620968 | 15440 | GiralPlast |
| 621166 | 1486 | GiralPlast |
| 621196 | 40090 | GiralPlast |
| 621597 | 10760 | GiralPlast |
| 619119 | 14460 | CoopNal Plásticos |
| 619333 | 18510 | CoopNal Plásticos |
| 619581 | 10490 | CoopNal Plásticos |
| 619825 | 2900 | CoopNal Plásticos |
| 619864 | 6520 | CoopNal Plásticos |
| 619928 | 7100 | CoopNal Plásticos |
| 620428 | 5480 | CoopNal Plásticos |
| 620698 | 10000 | CoopNal Plásticos |
| 620825 | 9000 | CoopNal Plásticos |
| 621599 | 10000 | CoopNal Plásticos |
| 621637 | 10000 | CoopNal Plásticos |
| 618805 | 10800 | PoliPack |
| 618807 | 14990 | PoliPack |
| 619262 | 25780 | PoliPack |
| 619300 | 25700 | PoliPack |
| 619601 | 19430 | PoliPack |
| 619815 | 24320 | PoliPack |
| 620149 | 14470 | PoliPack |
| 621288 | 19890 | PoliPack |
| 621596 | 1410 | PoliPack |
| 620971 | 25221 | Empaques Transparentes |
| 620972 | 4778 | Empaques Transparentes |
| 620973 | 1 | Empaques Transparentes |
| 618675 | 18643 | Plásticos del Litoral |
| 619109 | 17357 | Plásticos del Litoral |
| 619919 | 18000 | Plásticos del Litoral |
| 620974 | 5060 | Plásticos del Litoral |
| 621139 | 12940 | Plásticos del Litoral |
| 621559 | 16786 | Plásticos del Litoral |
| 622004 | 570 | Plásticos del Litoral |
| 621344 | 10000 | Madecel |
| 619450 | 6770 | Carlos Humberto Suarez |
| 619602 | 6230 | Carlos Humberto Suarez |
| 618780 | 20000 | Colombiana de Papeles |
| 622084 | 33210 | Crisaza |
| 619188 | 18448 | SigmaPlast |
| 619189 | 17062 | SigmaPlast |
| 619891 | 34690 | SigmaPlast |
| 620402 | 25 | SigmaPlast |
| 620509 | 35500 | SigmaPlast |
| 620554 | 2100 | SigmaPlast |
| 620961 | 35130 | SigmaPlast |
| 621167 | 4114 | SigmaPlast |
| 621208 | 5120 | SigmaPlast |
| 621256 | 35250 | SigmaPlast |
| 621598 | 10766 | SigmaPlast |
| 621618 | 34860 | SigmaPlast |
| 621840 | 34750 | SigmaPlast |
| 651983 | 20000 | SigmaPlast |
| TOTAL | 1232,21 Toneladas |

Agosto de 1999

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **N.º Factura** | **Cantidad/Kilo** | **Comprador** |
| 622467 | 10000 | LactoPack |
| 622636 | 4916 | LactoPack |
| 624762 | 10000 | LactoPack |
| 623110 | 10000 | HalconPlasticos |
| 622750 | 8300 | PlastiMundo |
| 625126 | 27420 | Sadco Colombia |
| 625260 | 2580 | Sadco Colombia |
| 622818 | 10800 | Plásticos Calibrados |
| 623109 | 5000 | Plásticos Calibrados |
| 623426 | 10000 | Plásticos Calibrados |
| 624934 | 5000 | Plásticos Calibrados |
| 625473 | 8648 | Plásticos Calibrados |
| 625590 | 16532 | Plásticos Calibrados |
| 622271 | 660 | GiralPlast |
| 622945 | 2340 | GiralPlast |
| 625652 | 18000 | GiralPlast |
| 622468 | 10000 | CoopNal Plásticos  |
| 622617 | 9846 | CoopNal Plásticos |
| 622637 | 5854 | CoopNal Plásticos |
| 622752 | 3154 | CoopNal Plásticos |
| 622943 | 6146 | CoopNal Plásticos |
| 624823 | 10000 | CoopNal Plásticos |
| 624825 | 10000 | CoopNal Plásticos |
| 625086 | 5000 | CoopNal Plásticos |
| 623188 | 3700 | PoliPack |
| 625201 | 17731 | PoliPack |
| 625262 | 25538 | Empaques Transparentes  |
| 625472 | 4462 | Empaques Transparentes |
| 622601 | 540 | EdoPlast  |
| 622260 | 644 | Plásticos del Litoral  |
| 622613 | 9000 | Plásticos del Litoral |
| 62311 | 220 | Plásticos del Litoral |
| 623292 | 8780 | Plásticos del Litoral |
| 624937 | 10770 | Plásticos del Litoral |
| 625004 | 19230 | Plásticos del Litoral |
| 624830 | 3291 | FerPlasticos  |
| 625089 | 16530 | FerPlasticos |
| 625200 | 179 | FerPlasticos |
| 622261 | 30736 | ProdePlast |
| 622616 | 14264 | ProdePlast |
| 623108 | 16000 | ProdePlast |
| 622328 | 10000 | Colombiana de Papeles |
| 624899 | 13140 | Colombiana de Papeles |
| 624947 | 1860 | Colombiana de Papeles |
| 622285 | 3312 | Trans de Plast |
| 622401 | 5688 | Trans de Plast |
| 623107 | 9000 | Trans de Plast |
| 624133 | 9000 | Trans de Plast |
| 624816 | 8408 | Trans de Plast |
| 624939 | 592 | Trans de Plast |
| 625108 | 3478 | Trans de Plast |
| 625261 | 5522 | Trans de Plast |
| 625245 | 33520 | Crisaza |
| 623433 | 33200 | Crino |
| 624925 | 33320 | Crino |
| 622235 | 40390 | SigmaPlast |
| 622243 | 35180 | SigmaPlast |
| 622507 | 20768 | SigmaPlast |
| 622508 | 13942 | SigmaPlast |
| 623198 | 34730 | SigmaPlast |
| 623712 | 34620 | SigmaPlast |
| 624190 | 7350 | SigmaPlast |
| 624211 | 29529 | SigmaPlast |
| 624212 | 5681 | SigmaPlast |
| 624373 | 34860 | SigmaPlast |
| 624764 | 35150 | SigmaPlast |
| 625218 | 29221 | SigmaPlast |
| 625219 | 5749 | SigmaPlast |
| Total | 889,02 Toneladas |

Septiembre de 1999

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **N.º Factura** | **Cantidad/Kilo** | **Comprador** |
| 626110 | 11000 | Tipac |
| 626221 | 8618 | Fayco |
| 626532 | 3852 | Fayco |
| 626901 | 554 | LactoPack |
| 626902 | 9445 | LactoPack |
| 626903 | 1 | LactoPack |
| 625953 | 10000 | Halcon Plásticos  |
| 631021 | 11840 | Halcon Plásticos |
| 626708 | 35260 | DuoPlast |
| 627383 | 4740 | DuoPlast |
| 627890 | 10000 | DuoPlast |
| 626384 | 10000 | PlastiMundo |
| 626447 | 33160 | Sadco |
| 627965 | 25000 | Sadco |
| 630610 | 12088 | Sadco |
| 630767 | 13772 | Sadco |
| 626018 | 12000 | GiralPlast |
| 626198 | 3284 | GiralPlast |
| 626199 | 9167 | GiralPlast |
| 626434 | 42 | GiralPlast |
| 626539 | 11000 | GiralPlast |
| 626898 | 3284 | GiralPlast |
| 626899 | 4223 | GiralPlast |
| 630540 | 10763 | GiralPlast |
| 630787 | 9237 | GiralPlast |
| 626019 | 10000 | CoopNalPlasticos |
| 626020 | 2850 | CoopNalPlasticos |
| 626109 | 7150 | CoopNalPlasticos |
| 626891 | 10760 | CoopNalPlasticos |
| 627590 | 9708 | CoopNalPlasticos |
| 627879 | 14670 | CoopNalPlasticos |
| 627964 | 10220 | CoopNalPlasticos |
| 628082 | 9632 | CoopNalPlasticos |
| 626197 | 12269 | PoliPack |
| 626897 | 1000 | PoliPack |
| 627115 | 18720 | Plásticos del Litoral |
| 626580 | 11280 | Plásticos del Litoral |
| 627945 | 29200 | Plásticos del Litoral |
| 628016 | 800 | Plásticos del Litoral |
| 621344 | 10000 | Madecel |
| 631034 | 225 | CarlixPlast |
| 630312 | 9463 | FerPlasticos |
| 630538 | 20537 | FerPlasticos |
| 630299 | 20000 | ProdePlast |
| 630636 | 20000 | ProdePlast |
| 631054 | 10000 | ProdePlast |
| 630637 | 14870 | Colombiana de Papeles |
| 630859 | 130 | Colombiana de Papeles |
| 626033 | 808 | Trans de Plast |
| 626217 | 8192 | Trans de Plast |
| 626859 | 4810 | Trans de Plast |
| 627381 | 4189 | Trans de Plast |
| 627382 | 1 | Trans de Plast |
| 627531 | 3988 | Trans de Plast |
| 627589 | 5012 | Trans de Plast |
| 631030 | 18000 | Trans de Plast |
| 627385 | 10000 | PlasNal |
| 628747 | 10000 | ToliBolsa |
| 631017 | 10000 | ToliBolsa |
| 627630 | 32820 | Crisaza |
| 630799 | 32030 | Crisaza |
| 626870 | 33140 | Crino |
| 626363 | 15160 | SigmaPlast |
| 626557 | 35490 | SigmaPlast |
| 626827 | 35040 | SigmaPlast |
| 626905 | 4513 | SigmaPlast |
| 627149 | 35060 | SigmaPlast |
| 628746 | 327 | SigmaPlast |
| 630791 | 5803 | SigmaPlast |
| 630899 | 35250 | SigmaPlast |
| 631018 | 14197 | SigmaPlast |
| Total | 869,64 Toneladas |

Octubre de 1999

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **N.º Factura** | **Cantidad/Kilo** | **Comprador** |
| 632871 | 5000 | Luis A. Calixto |
| 633896 | 10000 | Luis A. Calixto |
| 631509 | 16090 | PlastiLac |
| 631772 | 3910 | PlastiLac |
| 633027 | 10000 | LactoPack |
| 632222 | 12620 | Halcón Plásticos  |
| 633101 | 12140 | Halcón Plásticos |
| 633128 | 10000 | TuboPlast |
| 633400 | 15988 | TuboPlast |
| 631411 | 7498 | Plastimundo |
| 631484 | 2502 | Plastimundo |
| 631178 | 24920 | Sadco |
| 631256 | 5080 | Sadco |
| 632870 | 10000 | Plásticos Calibrados  |
| 631890 | 10000 | GiralPlast |
| 632798 | 10000 | GiralPlast |
| 631641 | 17270 | CoopNal Plásticos  |
| 631642 | 120000 | CoopNal Plásticos |
| 632434 | 28790 | CoopNal Plásticos |
| 631836 | 40240 | Polipack |
| 632052 | 19660 | Polipack |
| 632138 | 27090 | Polipack |
| 632331 | 1308 | Polipack |
| 632186 | 25000 | Empaques Transparentes  |
| 632448 | 5000 | Empaques Transparentes |
| 632333 | 14490 | Plásticos Barranquilla  |
| 633298 | 510 | Plásticos Barranquilla |
| 631216 | 7000 | Plásticos del Litoral  |
| 632185 | 9000 | Plásticos del Litoral |
| 632872 | 8450 | Plásticos del Litoral |
| 633396 | 550 | Plásticos del Litoral |
| 631145 | 9775 | CarlixPlast |
| 631461 | 5020 | CarlixPlast |
| 631523 | 4980 | CarlixPlast |
| 632449 | 10000 | CarlixPlast |
| 631146 | 10000 | ProdePlast |
| 631257 | 7135 | ProdePlast |
| 631410 | 12865 | ProdePlast |
| 631147 | 14245 | Trans de Plast |
| 631233 | 14988 | Trans de Plast |
| 631255 | 3755 | Trans de Plast |
| 631407 | 3012 | Trans de Plast |
| 632654 | 6428 | Trans de Plast |
| 632818 | 2572 | Trans de Plast |
| 633130 | 9000 | Trans de Plast |
| 632657 | 20000 | PlastNal |
| 632332 | 10000 | ToliBolsa |
| 634279 | 10000 | ToliBolsa |
| 631430 | 33220 | Crino |
| 632428 | 1780 | Crino |
| 632429 | 31610 | Crino |
| 631493 | 35080 | SigmaPlast |
| 631968 | 35310 | SigmaPlast |
| 631983 | 11270 | SigmaPlast |
| 632051 | 8730 | SigmaPlast |
| 632321 | 35100 | SigmaPlast |
| 632675 | 35480 | SigmaPlast |
| 633301 | 20000 | SigmaPlast |
| Total | 891,46 Toneladas |

Noviembre de 1999

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **N.º Factura** | **Cantidad/Kilo** | **Comprador** |
| 639460 | 8000 | Tipac |
| 638413 | 5000 | Plastimundo |
| 638970 | 8200 | GiralPlast |
| 638974 | 423 | GiralPlast |
| 639176 | 34377 | GiralPlast |
| 638989 | 1500 | CoopNal Plásticos  |
| 638990 | 27960 | CoopNal Plásticos |
| 638518 | 8670 | Plásticos del Litoral  |
| 638611 | 9330 | Plásticos del Litoral |
| 638415 | 14960 | ProdePlast |
| 638517 | 15040 | ProdePlast |
| 638414 | 14500 | Colombiana de Papeles  |
| 639488 | 9000 | Trans de Plast |
| 638949 | 6000 | PlastNal |
| 638398 | 10000 | ToliBolsa |
| 638434 | 33400 | Crino |
| 638787 | 15550 | Crino |
| 638948 | 20450 | Crino |
| 638337 | 34360 | SigmaPlast |
| 639350 | 34750 | SigmaPlast |
| 639461 | 19343 | SigmaPlast |
| Total | 330,81 |

Diciembre de 1999

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **N.º Factura** | **Cantidad/Kilo** | **Comprador** |
| 640207 | 10000 | Luis A. Calixto |
| 640120 | 10000 | Fayco |
| 639714 | 11600 | Halcón Plásticos  |
| 640328 | 12230 | Halcón Plásticos |
| 641226 | 12240 | Halcón Plásticos |
| 640338 | 10000 | PlastiMundo |
| 639515 | 20630 | Plásticos Calibrados  |
| 639727 | 250 | Plásticos Calibrados |
| 641022 | 20880 | Plásticos Calibrados |
| 642478 | 10000 | GiralPlast |
| 641489 | 19 | CoopNal Plásticos  |
| 641490 | 14980 | CoopNal Plásticos |
| 641491 | 1 | CoopNal Plásticos |
| 641492 | 19190 | CoopNal Plásticos |
| 641528 | 13947 | CoopNal Plásticos |
| 641849 | 863 | CoopNal Plásticos |
| 641850 | 767 | CoopNal Plásticos |
| 643295 | 362 | CoopNal Plásticos |
| 643296 | 36998 | CoopNal Plásticos |
| 639776 | 28743 | PoliPack |
| 639922 | 19180 | PoliPack |
| 640012 | 2290 | PoliPack |
| 640078 | 25970 | PoliPack |
| 640145 | 2189 | PoliPack |
| 640223 | 3560 | PoliPack |
| 640580 | 23385 | PoliPack |
| 640663 | 17230 | PoliPack |
| 640889 | 17453 | PoliPack |
| 640660 | 8410 | Plásticos Barranquilla  |
| 640662 | 1590 | Plásticos Barranquilla |
| 639621 | 28000 | Plásticos del Litoral  |
| 642001 | 18000 | Plásticos del Litoral |
| 640141 | 10000 | Madecel |
| 639903 | 10000 | CarlixPlast |
| 640304 | 10150 | CarlixPlast |
| 640598 | 15520 | CarlixPlast |
| 640649 | 4330 | CarlixPlast |
| 643443 | 8716 | CarlixPlast |
| 643763 | 1284 | CarlixPlast |
| 640339 | 420 | ProdePlast |
| 640608 | 5370 | ProdePlast |
| 640651 | 13800 | ProdePlast |
| 640672 | 720 | ProdePlast |
| 640693 | 9690 | ProdePlast |
| 642442 | 8806 | ProdePlast |
| 642507 | 21194 | ProdePlast |
| 640095 | 9000 | Trans de Plast |
| 640096 | 9000 | Trans de Plast |
| 640097 | 9000 | Trans de Plast |
| 642508 | 3056 | Trans de Plast |
| 642781 | 9000 | Trans de Plast |
| 642782 | 5944 | Trans de Plast |
| 642803 | 9000 | Trans de Plast |
| 642806 | 4780 | Trans de Plast |
| 642850 | 4220 | Trans de Plast |
| 640650 | 15700 | PlasNal |
| 649569 | 10000 | ToliBolsa |
| 640890 | 10000 | ToliBolsa |
| 641852 | 10000 | ToliBolsa |
| 642948 | 10000 | ToliBolsa |
| 641300 | 1610 | Crino |
| 641301 | 7390 | Crino |
| 643631 | 31960 | Crino |
| 639570 | 19500 | SigmaPlast |
| 639773 | 1157 | SigmaPlast |
| 640163 | 34630 | SigmaPlast |
| 641232 | 34620 | SigmaPlast |
| Total | 770,52 |

45. Como se observa, sólo en junio y julio de 1999 los demandantes tuvieron derecho a acceder a los descuentos, los cuales, por la cantidad adquirida debieron ser del 10%. Este, además, dependerá en su cuantía de lo que cada uno hubiese comprado.

46. También debe tenerse en cuenta que se ha dejado claro que la ejecución del contrato fue normal hasta la entrada en vigencia de la circular GMV-020, el 21 de junio de 1999. Entonces, de tal mes sólo se reconocerá el descuento sobre los pedidos posteriores a tal fecha. La liquidación será la siguiente:

Junio 1999

* Pedidos de Crisaza S.A:

Un solo pedido, el 22 de junio, con factura 617538 y por valor de $38 309 747. El descuento debió ser de $3 830 974. Sin embargo, de acuerdo con la relación de facturas, se advierte que en tal mes se aplicó un descuento de $132 670, por lo que el valor definitivo será de $3 698 304

La suma se actualizará, así

Va = Vh x (IPC final - enero de 2016)

 IPC inicial – junio de 1999)

Va = $3 698 304 x (127,77)

 (55,60)

Va = $8 469 116

* Pedidos de Plásticos Calibrados

Un solo pedido, el 22 de junio, con factura 617548 y por valor de $22 103 568. El descuento debió ser de $2 210 356.

La suma se actualizará, así

Va = Vh x (IPC final - enero de 2016)

 IPC inicial – junio de 1999)

Va = $2 210 356 x (127,77)

 (55,60)

Va = $5 061 715

* Pedidos de Polipack

Tres pedidos, con facturas 617530, 618297 y 617424, por valor de $68 981 472. El descuento debió ser de $6 898 147.

La suma se actualizará, así

Va = Vh x (IPC final - enero de 2016)

 IPC inicial – junio de 1999)

Va = $6 898 147 x (127,77)

 (55,60)

Va = $15 796 756

* Pedidos de Sigmaplas

Un pedido, el 21 de junio de 1999, con factura 617441 y valor de $44 141 181. El descuento debió ser de $4 414 118. Sin embargo, de acuerdo con el citado documento en el mes de junio de 1999 se otorgó un descuento de $843 490, por lo que el valor definitivo será de $3 570 628.

La suma se actualizará, así:

Va = Vh x (IPC final - enero de 2016)

 IPC inicial – junio de 1999)

Va = $3 570 756 x (127,77)

 (55,60)

Va = $8 176 738

* Pedidos de Tipac

Ningún pedido después del 21 de junio.

Julio 1999

* Pedidos Crizasa

Un pedido, el 30 de julio de 1999, con factura 622084 y valor de $51 621 624. El descuento debió ser de $5 162 162.

La suma se actualizará, así:

Va = Vh x (IPC final - enero de 2016)

 IPC inicial – julio de 1999)

Va = $5 162 624 x (127,77)

 (55,77)

Va = $11 822 408

* Pedidos de Plásticos Calibrados

Cuatro pedidos, con facturas 619258, 619259, 619285 y 622091 y valor de $71 440 837. El descuento debió ser de $7 144 083.

La suma se actualizará, así:

Va = Vh x (IPC final - enero de 2016)

 IPC inicial – julio de 1999)

Va = $7 144 837 x (127,77)

 (55,77)

Va = $16 361 676

* Pedidos de Polipack

Nueve pedidos, con facturas 618805, 618807, 619262, 619300, 619601, 619815, 620146, 621288 y 621596 y valor de $190 449 051. El descuento debió ser de 19 044 905.

La suma se actualizará, así:

Va = Vh x (IPC final - enero de 2016)

 IPC inicial – julio de 1999)

Va = $19 044 905 x (127,77)

 (55,77)

Va = $43 612 832

* Pedidos de Sigmaplas

Catorce pedidos, con facturas 619188, 619189, 619891, 620402, 620509, 620554 620961, 621167, 621208, 621256, 621598, 621618, 6218400 y 621983 y valor de $500 148 131. El descuento debió ser de $50 014 813.

La suma se actualizará, así:

Va = Vh x (IPC final - enero de 2016)

 IPC inicial – julio de 1999)

Va = $50 014 813 x (127,77)

 (55,77)

Va = $114 533 921

* Pedidos Tipac

Dos pedidos con factura 619924 y 621846 y valor de $26 409 024. El descuento debió ser de $2 640 902. Sin embargo, de acuerdo con el citado documento en el mes de julio de 1999 se otorgó un descuento de $20 479, por lo que el valor definitivo será de $2 620 423.

La suma se actualizará, así:

Va = Vh x (IPC final - enero de 2016)

 IPC inicial – julio de 1999)

Va = $2 620 423 x (127,77)

 (55,77)

Va = $6 000 769

47. Así las cosas, el valor que como compensación por los descuentos no recibidos por cada uno de los demandantes se otorgará, es el siguiente

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante | Valor |
| Crisaza | $20 291 524 |
| Plásticos Calibrados | $21 423 391 |
| Polipack | $59 382 588 |
| Sigmaplas | $122 710 659 |
| Tipac | $6 000 769 |

48. Respecto de los otros meses, la Sala negará los perjuicios pedidos porque no se alcanzó la cifra acordada. Aunque la parte demandante en su recurso de apelación indicó que ello en parte se debía a los recortes de Ecopetrol en la producción, circunstancia que quedó de presente, particularmente, en las circulares GMV-031 Y GMV-036 de 1999 (ver supra párr. 17.14. y 17.15), lo cierto es que la cantidad acordada no fue adquirida y no se demostró que los compradores hubiesen necesitado mas materia prima de la ofrecida por Ecopetrol con todo y recortes, ni se probó que su hubiera tenido que comprar con distribuidores extranjeros a precios menos favorables que los ofrecidos por la petrolera colombiana.

49. Valga decir que si bien se evidencia que la producción de Ecopetrol disminuyó en los últimos meses del año, no hay certeza de que hubiera causado esto un desabastecimiento del mercado, como afirmó la parte demandante.

50. En este orden de ideas, la Sala revocará la sentencia apelada para en su lugar declarar el incumplimiento de Ecopetrol y condenarlo a pagar los perjuicios causados a los demandantes en las cuantía ya anotadas.

**VI. Costas**

51. No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### F A L L A

**PRIMERO: Revocar** la sentencia del 24 de junio del 2004 de la Sala de Descongestión de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

**SEGUNDO:** **Declarar** el incumplimiento de Ecopetrol del contrato contenido en el documento denominado Acta compromisoria de compraventa de polietileno n.º GMV-P.E.-002 del 4 de mayo del 2002.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, **condenar** a Ecopetrol a pagar a las sociedades demandantes una indemnización de perjuicios, las siguientes sumas de dinero.

- A Crizasa S.A. la suma de VEINTE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS VEINTICUATRO PESOS ($20 291 524).

- A Plásticos Calibrados Ltda. la suma de VEINTIÚN MILLONES CUATROCIENTOS VEINTITRES MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS ($21 423 391).

- A Polipack Ltda. la suma de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS ($59 382 588).

- A Sigmaplast S.A. la suma de CIENTO VEINTIDÓS MILLONES SETECIENTOS DIEZ MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS ($122 710 659).

- A Tipac Ltda. la suma de SEIS MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS ($6 000 769).

**CUARTO:** Negarlas demás pretensiones de la demanda

**QUINTO:** Sin condena en costas.

**SEXTO:** Désele cumplimiento a esta Sentencia, conforme a lo establecido en los artículos 176 y 177 del Código contencioso Administrativo.

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Presidenta de la Subsección**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH RAMIRO PAZOS GUERRERO**

 **Magistrado Magistrado**

1. Sobre el particular ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de julio del 2015, expediente 29429, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. [↑](#footnote-ref-1)
2. *“Art. 82.-  La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley. Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno. La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional”.* [↑](#footnote-ref-2)
3. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de 18 de julio de 2007, expediente 29745, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En esta misma sentencia se consideró que debía darse aplicación a la reforma del artículo 82 del Código Contencioso Administrativo que introdujo la Ley 1107 del 2006 incluso en casos iniciados previamente a su entrada en vigencia, dado el carácter inmediato en el tiempo que tiene la aplicación de las normas que modifican ritualidades y procedimientos judiciales previsto por el artículo 40 de la ley 153 de 1887. [↑](#footnote-ref-3)
4. En la demanda se estimó la cuantía del proceso, determinada por el valor de los descuentos a los que de forma presuntamente irregular no habrían podido acceder los demandantes, en la suma de $1 392 000 000. Por la fecha de la presentación del recurso de apelación -12 de julio del 2004 - se aplica el numeral 10º del artículo 2º del Decreto 597 de 1988 “*por el cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones*”, que modificaba el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que disponía que, de acuerdo con los ajustes bianuales allí especificados, la cuantía necesaria para que un proceso de naturaleza contractual iniciado en 1999 fuera de doble instancia, debía ser superior a $18 850 000. [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de enero de 2013, expediente 21130, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Ver también: Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre del 2015, expediente 28748, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de diciembre del 2013, expediente 27592, C.P. Danilo Rojas Betancourth. [↑](#footnote-ref-6)