

TRIBUNAL ARBITRAL

de

**CONTEIN S.A.S., INDUSTRIAL DE PILOTAJES S.A.S. Y ACR
CONSTRUCTORA S.A.S., INTEGRANTES DEL CONSORCIO ACR –
INDUSTRIAL DE PILOTAJE- CONTEIN**

contra

ISOLUX INGENIERÍA S.A. SUCURSAL COLOMBIA

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **Contein S.A.S., Industrial de Pilotajes S.A.S. y ACR Constructora S.A.S.**, integrantes del Consorcio ACR – Industrial de Pilotaje- Contein (en adelante también “la Demandante” o “la Convocante”) e **Isolux Ingeniería S.A. Sucursal Colombia** (en adelante también “la Demandada” o “la Convocada”), después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, profiere el presente Laudo, con el cual decide de fondo y de manera definitiva, el conflicto planteado en la demanda arbitral reformada y en su contestación, previo el recuento de los siguientes antecedentes.

I.- ANTECEDENTES

1. PARTES Y REPRESENTANTES

La Parte Demandante está conformada por las siguientes sociedades:

ACR CONSTRUCTORA S.A.S. constituida mediante documento privado de Asamblea Constitutiva de 15 de junio de 2011, inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá el 20 de junio de 2011 bajo el número 01489124 del Libro IX, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., representada

legalmente por el señor **Mario Gómez Bertrand**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá¹.

INDUSTRIAL DE PILOTAJES S.A.S. constituida mediante documento privado de Asamblea de Accionistas de 17 de marzo de 2009, inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá el 24 de marzo de 2009 bajo el número 01284542 del Libro IX, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C., representada legalmente por el señor **Jairo Rodríguez Porras**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá².

CONTEIN S.A.S. constituida el 12 de enero de 1983 mediante escritura pública No. 10 otorgada en la Notaría 25 de Bogotá D.C., con domicilio principal en esta ciudad, representada legalmente por el señor **Ernesto Alonso Rodríguez de Francisco**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá³.

Los representantes legales de las anteriores sociedades otorgaron poder para su actuación en este proceso al abogado **Christian Fernando Cardona Nieto**⁴, a quien el Tribunal le reconoció personería para actuar.

La Parte Demandada es la sociedad **ISOLUX INGENIERIA S.A. SUCURSAL COLOMBIA**, sucursal establecida el 26 de marzo de 2007 mediante escritura pública No. 1180 otorgada en la Notaría 42 de Bogotá D.C., con domicilio principal en esta ciudad, representada legalmente por el señor **Mario Anibal Pastinante**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá⁵. En el presente proceso la sociedad está representada por el abogado **Julián Andrés Figueroa Rueda**, según poder general otorgado mediante escritura pública No.1421 otorgada el 14 de mayo de 2014 en la Notaría 569 del Círculo de Bogotá D.C.⁶, poder que se encuentra inscrito en el certificado de existencia y representación de la sociedad. El Tribunal reconoció personería al abogado Julián Figueroa Rueda para su actuación en el proceso.

2. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que dio lugar al presente trámite se encuentra contenido en la cláusula Décima Novena del "SUBCONTRATO DE OBRA: PILOTAJE", suscrito entre las partes el día 17 de noviembre de 2011, que a la letra dispone:

¹ Folios 44 a 48 del C. Principal No. 1.

² Folios 41 a 43 del C. Principal No. 1.

³ Folios 38 a 40 del C. Principal No. 1.

⁴ Folios 31 a 37 del C. Principal No. 1.

⁵ Folios 478 a 484 del C. Principal No. 1

⁶ Folios 482 del C. Principal No. 1.

"19.- Cláusula Compromisoria y ley aplicable

"La ley aplicable a este contrato es la ley de la República de Colombia.

"Las partes acuerdan que las controversias surgidas entre ellas por razón de la existencia, interpretación, desarrollo, cumplimiento o incumplimiento (totales o parciales), del presente Contrato que no pudiera dirimirse directamente entre ellas se someterán a la decisión de un Tribunal de Arbitramento conformado por tres (3) árbitros, quienes serán nombrados por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá y regido por los reglamentos de dicho Centro. El fallo será en Derecho y deberá proferirse el laudo respectivo antes de tres (6) meses contados a partir de la fecha de la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento. El lugar de funcionamiento del Tribunal será en las instalaciones del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá." ⁷

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

- 3.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria citada, el 14 de diciembre de 2015 las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S., INDUSTRIAL DE PILOTAJE S.A.S. y CONTEIN S.A.S., presentaron ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria de un Tribunal Arbitral⁸.
- 3.2. Por sorteo público realizado el 22 de diciembre de 2015, el Centro de Arbitraje y Conciliación designó como árbitros a los doctores Francisco Carlos José Escobar Henríquez, Eduardo López Villegas y Gustavo Cuberos Gómez, y como suplentes a los doctores Pedro Octavio Munar Cadena, Camila Ortiz Khrone y Felipe Andrés Cuberos de Las Casas.
- 3.3. El 10 de marzo de 2016, el doctor Eduardo López Villegas declinó el nombramiento como árbitro, en virtud de lo cual el Centro de Arbitraje y Conciliación designó al doctor Pedro Octavio Munar Cadena, quien aceptó su nombramiento en la debida oportunidad.
- 3.4. El 2 de mayo de 2016 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1)⁹, en la que este se declaró legalmente instalado, nombró como

⁷ Folio 31 del C. de Pruebas No. 1.

⁸ Folios 1 a 30 del C. Principal No. 1.

⁹ Folios 223 a 227 del C. Principal No. 1.

Secretaria a la doctora Gabriela Monroy Torres, fijó el lugar de funcionamiento y Secretaría, y reconoció personería al apoderado de la parte convocante.

Adicionalmente, el Tribunal inadmitió la demanda por no cumplir con los requisitos contemplados en los numerales 3, 7 y 11 del Artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, así como en los artículos 52 del mismo ordenamiento y 206 del Código General del Proceso (Auto No. 2).

- 3.5. El 10 de mayo de 2016, encontrándose dentro de la oportunidad establecida en la ley, la parte demandante subsanó los defectos de la demanda arbitral¹⁰.
- 3.6. El 23 de mayo de 2016 el Arbitro doctor Francisco Escobar Henríquez se declaró impedido para continuar actuando como árbitro en el trámite arbitral, razón por la cual el Centro de Arbitraje y Conciliación comunicó tal situación a la doctora Camila Ortiz Khroné, árbitro suplente, quien declinó el nombramiento en la debida oportunidad.
- 3.7. El 24 de mayo de 2016, el Centro de Arbitraje y Conciliación comunicó la designación como árbitro al doctor Felipe Andrés Cuberos de Las Casas, quien declinó su nombramiento en la debida oportunidad.
- 3.8. Por sorteo público realizado el 7 de junio de 2016, el Centro de Arbitraje y Conciliación designó como árbitro al doctor Jorge Cubides Camacho, quien aceptó su nombramiento en la debida oportunidad.
- 3.9. Mediante Auto No. 3 proferido el 7 de julio de 2016, el Tribunal admitió la demanda y ordenó su notificación al demandado.

En la misma oportunidad, mediante Auto No. 4, atendiendo la solicitud formulada por la parte convocante, el Tribunal ordenó citar al proceso a la sociedad Bioenergy Zona Franca SAS, en los términos del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil.

- 3.10. El 12 de agosto de 2016, encontrándose dentro de la oportunidad prevista en la ley, la sociedad Bioenergy Zona Franca SAS radicó un memorial en el que manifestó que no intervendría en el trámite arbitral al no ser parte en el contrato celebrado entre las sociedades demandantes y la demandada.
- 3.11. El 1 de septiembre de 2016, encontrándose dentro de la oportunidad prevista en la ley, la parte demandada radicó su escrito de contestación a la demanda, documento en el que propuso excepciones y adicionalmente formuló objeción al juramento estimatorio.

¹⁰ Folios 241 a 246 del C. Principal No.1

- 3.12. Mediante Auto No. 6 proferido el 8 de septiembre de 2016, el Tribunal corrió traslado a la parte convocada de la objeción al juramento estimatorio y de las excepciones contenidas en la contestación a la demanda.
- 3.13. El 25 de octubre de 2016 la parte demandante radicó los siguientes memoriales:
- Reforma de la demanda
 - Solicitud de medidas cautelares
- 3.14. Mediante Auto No. 9 proferido el 8 de noviembre de 2016, el Tribunal inadmitió la demanda reformada por no cumplir con los requisitos legales y le otorgó 5 días a la parte demandante para subsanarla. Mediante Auto No. 10 proferido en la misma fecha, el Tribunal negó la medida cautelar solicitada por la parte convocante.
- 3.15. El 16 de noviembre de 2016, encontrándose dentro de la oportunidad establecida en la ley, la parte demandante subsanó la demanda reformada.
- 3.16. Mediante Auto No. 11 proferido el 23 de noviembre de 2016, el Tribunal admitió la demanda reformada y ordenó el traslado correspondiente a la parte convocada.
- 3.17. El 30 de noviembre de 2016, la parte demandada interpuso recurso de reposición contra el Auto No. 11 admisorio de la demanda reformada, del cual se corrió traslado mediante fijación en lista el 2 de diciembre de 2016.
- 3.18. El 6 de diciembre de 2016, encontrándose dentro de la oportunidad de ley, la parte convocante descorrió el traslado del recurso de reposición interpuesto contra el Auto No. 11 por la parte demandada.
- 3.19. Mediante Auto No. 12 proferido el 14 de diciembre de 2016, el Tribunal confirmó en todas sus partes el Auto No. 11 de 23 de noviembre de 2016.
- 3.20. El 29 de diciembre de 2016, encontrándose dentro de la oportunidad prevista en la ley, la parte demandada radicó su escrito de contestación a la demanda reformada, escrito en el que propuso excepciones de mérito y formuló objeción al juramento estimatorio.
- 3.21. Mediante Auto No. 13 proferido el 17 de enero de 2017, el Tribunal corrió traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio, formulados en la contestación a la demanda reformada. El 24 de enero de

2017, encontrándose dentro de la oportunidad prevista en la ley, la parte demandante recorrió el citado traslado.

- 3.22. El 26 de enero de 2017¹¹ se dio inicio a la audiencia de conciliación, oportunidad en la que no se logró acuerdo alguno entre las Partes. Ante el fracaso de la etapa conciliatoria, el Tribunal fijó los montos de honorarios y gastos del proceso, sumas que fueron pagadas en su totalidad por la parte demandante, quien solicitó al Tribunal la certificación de lo pagado y se encuentra adelantado el correspondiente proceso ejecutivo.
- 3.23. Mediante Auto No. 13 proferido el 3 de marzo de 2017 el tribunal se fijó el 15 de marzo de 2017 para llevar a cabo la primera audiencia de trámite.

II.- LA CONTROVERSIA

1. LA DEMANDA REFORMADA, LA CONTESTACIÓN Y LAS EXCEPCIONES FORMULADAS

1.1. Pretensiones

Con apoyo en los hechos que más adelante se exponen y en la normatividad invocada en la demanda reformada, las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S., INDUSTRIAL DE PILOTAJE S.A.S. y CONTEIN S.A.S. han solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

- 2.1.1. *"Que se declare que ISOLUX INGENIERIA S.A., SUCURSAL COLOMBIA, adeuda al CONSORCIO ACR - INDUSTRIAL DE PILOTAJE – CONTEIN, conformado por las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S., INDUSTRIAL DE PILOTAJE S.A.S. y CONTEIN S.A.S., la suma de \$654.576.394,00, producto del resultado de descontar del valor de \$903.769.618,26, por concepto de pilotes fabricados e hincados, la suma de \$249.193.224,00, valor del acero suministrado por ISOLUX, conforme a la liquidación que este hiciera el 10 de noviembre de 2012.*
- 2.1.2. *"Que se declare que ISOLUX INGENIERIA S.A., SUCURSAL COLOMBIA, debe al CONSORCIO conformado por las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S., INDUSTRIAL DE PILOTAJE S.A.S. y CONTEIN S.A.S., \$120.392.133,00, por concepto 2.101 ml de pilotes fabricados no hincados a un costo \$45.125,00 más Administración, Imprevistos y*

¹¹ Folios 132 a 138 del C. Principal No. 2.

Utilidad (A.I.U.) de 26.97%, que arroja un total de \$57.295,21 ml cada uno, de conformidad con lo estipulado en el Contrato.

- 2.1.3. *"Que se condene a pagar a ISOLUX INGENIERIA S.A., SUCURSAL COLOMBIA, al CONSORCIO ACR - INDUSTRIAL DE PILOTAJE – CONTEIN, la suma de \$15.843.918,00, por concepto de mayor valor de acero utilizado junto con \$2.141.070,00, correspondiente al mayor valor por mano de obra, como consecuencia de la modificación de los diseños de los pilotes y que se reconocen deber en la Propuesta de Liquidación del 10 de noviembre de 2012, para un total de \$17.984.988,00.*
- 2.1.4. *"Que se declare que ISOLUX INGENIERIA S.A., SUCURSAL COLOMBIA, adeuda al CONSORCIO ACR - INDUSTRIAL DE PILOTAJE – CONTEIN, la suma de \$10.540.000,00, por concepto de haber tenido que asumir el costo de la construcción de una pista de 50 m x 40 m y 0.1 m de profundidad, para un total de 200 m³ a razón de \$52.700 m³ la mano de obra, labor que correspondía efectuar a ISOLUX, de acuerdo a lo establecido en la comunicación C-610-11 del 16 de Noviembre de 2011, que hacen parte de la documentación contractual, según lo establecido en la Cláusula 21 del Contrato.*
- 2.1.5. *"Que se declare que ISOLUX INGENIERIA S.A., SUCURSAL COLOMBIA debe cancelar al CONSORCIO ACR - INDUSTRIAL DE PILOTAJE – CONTEIN, la suma de \$400.000.000,00, acordada entre las partes por el traslado a la obra de una segunda máquina de pilotaje, la puesta en funcionamiento y su posterior desmovilización.*
- 2.1.6. *"Que se declaren que las anteriores sumas debían haber sido pagadas por ISOLUX a los sesenta (60) días de la terminación de la obra, que según las partes lo fue el 1º de agosto de 2012.*
- 2.1.7. *"Que se declare que ISOLUX INGENIERIA S.A., SUCURSAL COLOMBIA debe cancelar al CONSORCIO ACR - INDUSTRIAL DE PILOTAJE – CONTEIN, la suma de \$33.329.625,00, por concepto de 175 juntas a razón de \$150.000,00, más el correspondiente AIU del 26.97%, para un total unitario de \$190.455,00.*
- 2.1.8. *"Que ISOLUX INGENIERIA S.A., SUCURSAL COLOMBIA está obligada a pagar al CONSORCIO ACR - INDUSTRIAL DE PILOTAJE – CONTEIN, los intereses de mora en los términos señalados en el artículo 884 del Código de Comercio, desde los sesenta (60) días siguientes a la fecha de terminación del CONTRATO que según las partes terminó el 1º de agosto de 2012.*

2.1.9. *"En subsidio las sumas adeudadas al CONSORCIO deberán ser canceladas por ISOLUX debidamente actualizadas con el I.P.C. desde el momento en que se debían pagar, sobre las cuales se debe pagar el interés del 6% anual y hasta la fecha en que se pronuncie el Laudo en el presente proceso, fecha a partir de la cual se deberá disponer que ISOLUX INGENIERIA S.A., SUCURSAL COLOMBIA deberá cancelar intereses moratorios.*

2.1.10. *"Que se condene en costas y agencias en derecho a la que define ISOLUX INGENIERIA S.A., SUCURSAL COLOMBIA."¹²*

1.2. Resumen general de los hechos

El escrito de demanda reformada contiene los hechos que se resumen de la siguiente manera:

ISOLUX INGENIERIA S.A., SUCURSAL COLOMBIA, en adelante, ISOLUX fue adjudicataria de las obras de una Planta de Alcohol Carburante denominado EL ALCARAVAN de propiedad de BIOENERGY Zona Franca S.A.S., subsidiaria de ECOPETROL.

Las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S., INDUSTRIAL DE PILOTAJE S.A.S. Y CONTEIN S.A.S., conformaron un CONSORCIO cuya representación legal delegaron en ERNESTO RODRIGUEZ DE FRANCISCO (CONTEIN S.A.S.) que se denominó CONSORCIO ACR - INDUSTRIAL DE PILOTAJE – CONTEIN, en adelante EL CONSORCIO.

ISOLUX, previas tratativas precontractuales, celebró un Subcontrato de Obra con el CONSORCIO para la construcción e hincado de pilotes, en adelante EL CONTRATO, el cual tenía las siguientes características:

- Su objeto era la fabricación e hincado de pilotes.
- El precio de los pilotes se pactó a razón de \$128.199,00, metro lineal (ml) de pilote hincado, incluyendo el valor del acero
- Se pactó que los precios eran fijos y sin posibilidad de ninguna modificación "... siempre que la obra inicie en la primera semana de diciembre de 2011."
- El término del Contrato debía iniciar el 1º de diciembre de 2011 y finalizar el 15 de marzo de 2012.

¹² Folios 1 a 47 del C. Principal No. 2.

El 7 de diciembre de 2011, se suscribió el Acta de Inicio y se acordó la entrega de un área de 3.700 m², considerablemente mayor a la indicada en la propuesta del consorcio, donde se contemplaba un área de 2.000 m², con el supuesto de disminuir los tiempos de entrega. Dicha área debía estar compactada al 98% con una pendiente del 1%, "...área (que) deberá ser entregada por ISOLUX, con una losa de hormigón de 10 cm de espesor armada con una malla electrosoldada para control de retracción del concreto suministrado".

Además, se acordó que entregada la obra mencionada, el CONSORCIO debería empezar a fundir los primeros pilotes el 26 de diciembre de 2011, para comenzar a hincar el 16 de enero de 2012, ya que la máquina de pilotaje debía estar en la obra el 13 de enero de 2012.

Por razones atribuibles a ISOLUX el terreno donde se debían fabricar los pilotes fue entregado sólo hasta el 5 de Enero de 2012, pero sin cumplir con lo acordado contractualmente, ya que no contaba con la placa de concreto, ni la malla electrosoldada, que a su costo tuvo que construir el CONSORCIO, constituyéndose este hecho en el primer incumplimiento contractual.

Como consecuencia de lo anterior, el CONSORCIO tuvo que asumir el costo de la construcción de una pista de 50 m x 40 m y 0.1 m de profundidad, para un total de 200 m³ de mano de obra, a razón de \$52.700 m³, para un total de \$10.540.000,oo.

Sin que contractualmente fuera su obligación y como quiera que se encontraba en el sitio, el personal y las máquinas del CONSORCIO, sin poder efectuar la fabricación de pilotes para su posterior hincado, se procedió a fundir la placa, lo que se terminó de realizar el 18 de Enero de 2012.

Este trabajo no le ha sido reconocido al CONSORCIO y por eso se reclama en el presente proceso, a razón de \$52.700,oo m³, la pista construida por efectivamente 200 m³, unidad de medida que es reconocida por ISOLUX en su comunicación del 10 de noviembre de 2012.

Terminada la tarea anterior, se lograron fundir los primeros pilotes el 23 de enero de 2012, con un desfase de casi un mes en el cronograma inicialmente planteado. El área entregada fue tan sólo de 2.000 m², por lo cual disminuyó la capacidad de producción de pilotes.

Iniciado el hincado con desfase atribuible a ISOLUX, se hizo evidente que los pilotes diseñados por ésta no eran los apropiados para el terreno, por cuanto eran de 24 m en dos secciones y presentaron rechazo, por lo que las partes decidieron suspender la obra para revisar las condiciones del suelo y realizar un rediseño estructural de los pilotes.

Mientras lo anterior sucedía, la maquinaria de pilotaje y el personal del CONSORCIO se encontraban inactivos, lo cual continuó hasta el día 6 de marzo de 2012.

Desde el 23 de enero, cuando ya se podía hacer uso de la pista de fundido, el CONSORCIO procedió a fabricar pilotes hasta copar toda el área de almacenaje dispuesta, teniendo que suspender su fabricación el 4 de febrero de 2012, tal y como lo establece el acuerdo de compensación firmado entre las partes, según el cual:

- ISOLUX reconocería al CONSORCIO \$243.348.485,00.
- Se suscribió un Acuerdo de Compensación por Inactividad, según el cual:
 - i. Se toma como valor del metro lineal del pilote prefabricado la suma de \$45.125,00 más A.I.U. para un total de \$57.295,00.
 - ii. El valor lineal del pilote prefabricado era de \$55.843,00 más A.I.U. para un total de \$70.904,00.
 - iii. Sólo se reconoce de la inactividad el 50%, y además, se aplica un descuento de \$58.000.000, para un total a pagar de \$243.348.485,00.

En la misma fecha ISOLUX y el CONSORCIO suscriben el Otrosí No. 1 del Contrato, con las modificaciones siguientes:

- Se modificó la cláusula 1.3 del Contrato suprimiendo la frase: "... memoria, planos, pliego de condiciones de la propiedad", en virtud de la cual el CONSORCIO ya no sería responsable de aquellos factores que pudieran afectar su trabajo, en virtud de intervenciones del dueño de la obra al modificar o cambiar los Planos.
- Se modificó la cláusula 2.2. suprimiendo el siguiente aparte "... los replanteos, limpieza y retirada de escombros y residuos ocasionados por el subcontratista. En caso de que este incumpla su obligación de proceder a la limpieza y descombrado (sic), el contratista quedará automáticamente facultado para encomendar tales trabajos a un tercero, deduciendo dicho coste de la facturación pendiente y/o de las retenciones".
- Se eliminó la cláusula 3.6 relativa a la obligación de entregar un informe del ensayo de cargas y la pena de \$2.000.000,00, por atraso que contenía el Contrato.
- Se modificó la cláusula 7.13 permitiendo que el CONSORCIO pudiera efectuar operaciones de factoring para el pago de las Facturas.

- Se modificó el Anexo No. 10 correspondiente al documento No. BE001-RMA-CA-GL-26-1800 y se eliminó de este documento el numeral 2.1 ENSAYOS Y CARACTERÍSTICAS MECANICAS, el numeral 4º DOCUMENTACIÓN PARA EL CÁLCULO DE PILOTES y se modificó el numeral 3º agregándose el siguiente aparte "... La medición considerada como hincada para cada pilote será siempre la realmente hincada. En el caso de no poder hincar la totalidad de la unidad de pilote prefabricado, se liquidará el valor acordado para el ítem con el descuento correspondiente al valor de la hinca del pilote según los precios establecidos en la oferta económica".

Este punto resultaba importante, por cuanto las partes siempre estimaron que eventualmente podrían quedar pilotes fabricados sin hincar y dadas las características del suelo, no todos los pilotes alcanzarían la profundidad de 12 m de hincado.

- No se modificó que la medición de los pilotes se hacía teniendo en cuenta los metros lineales de los pilotes hincados y las juntas metálicas, lo que no hacía sino reiterar que las Juntas Metálicas no estaban incluidas en el precio del pilote, las que se descontaban solamente en el evento de que los pilotes tuvieran una longitud inferior a 13 m. Se destaca que ISOLUX, según comunicación del 10 de noviembre de 2011, pretende descontar las juntas colocadas al inicio del Contrato, cuando los pilotes eran de 24 m.
- Se estableció la obligación del Contratista de cancelar al Subcontratista la suma de \$243.348.485,00, según el Acuerdo de Compensación mencionado anteriormente.
- Se pactó que la obligación de suministrar el acero quedaba a cargo de ISOLUX con la facultad de poderlo descontar al CONSORCIO y que en adelante, el acero se facturaría directamente al CONTRATISTA, quien lo cancelará y descontará al CONSORCIO el valor del mismo de las facturas por avance de obras.
- Se definió como fecha de inicio para el hincado de pilotes el 6 de Marzo de 2012, con un plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario para la terminación de la obra, esto es, el 20 de abril de 2012, plazo que tampoco pudo cumplirse ya que tampoco se cumplió con la fecha de entrega de los planos respectivos.

El hincado de pilotes inició el 6 de marzo, aunque para esa fecha no existían Planos aprobados para construcción, pero dada la urgencia y el atraso que tenía ISOLUX en toda la obra, ésta le aseguró al CONSORCIO que dichos Planos serían aprobados con posterioridad, lo que en efecto ocurrió desde el 2 de Mayo de 2012.

En el desarrollo de la obra se presentaron continuos retrasos en la entrega de los Planos, que no permitieron al CONSORCIO tener los rendimientos adecuados para el hincado de pilotes, no obstante que había asumido el costo de adelantar la obra con doble turno.

El cuadro adjunto, resume la fecha de los planos y de su aprobación lo cual impidió cumplir con el plazo pactado y aumentó de 28.000 a 38.160 ml, tanto los metros establecidos en el contrato inicial como la cantidad de pilotes a hincar, es decir 10.160 ml más, que corresponden al 36% de la cantidad inicial.

Adicionalmente tal como se muestra en el cuadro, solamente fueron entregados por ISOLUX, antes de la fecha de culminación del contrato establecida en el Otrosi N°1 (45 días calendario a partir del 6 de marzo de 2012, lo que corresponde al 20 de abril de 2012), planos correspondientes a 1.066 pilotes, es decir 12.792ml de las zonas de tanques de almacenamiento y de la caldera, quedando pendiente la entrega de los planos de más de 23.289ml, lo que corresponde al 64.5% del total de ml a hincar, es decir, solo se contaba en dicha fecha con la ubicación del 35.5% de los pilotes.

DESCRIPCIÓN	FECHA PLANO	No PILOTES
PLANO DE PILOTES TANQUES DE ALMACENAMIENTO	06-mar-12	281
PLANOS CIMENTACIÓN CALDERA PLANTAS	06-mar-12	294
PLANO PILOTES AREA 140 FERMENTACIÓN	11-abr-12	431
PLANO PILOTES CIMENTACIÓN DEL FILTRO ESP	06-mar-12	60
TOTAL		1066

Por otra parte, el 20 de abril de 2012 se entregaron planos para 202 pilotes, es decir, 2.424ml.

Luego con posterioridad a la nueva fecha establecida para la terminación del contrato, se entregaron los planos restantes, así:

DESCRIPCIÓN	FECHA PLANO	No PILOTES
PLANO PILOTES DESTILACIÓN -DESHIDRATACIÓN	03-may-12	143
PLANO PILOTES CIMENTACIÓN CHIMENEA	16-may-12	39
PLANO PILOTES TANQUE DE CONDENSADOS DE CALDERA	31-may-12	17
PLANO PILOTES CIMENTACIONES RACK	01-jun-12	73
PLANO PILOTES TANQUE DE MOSTO	30-may-12	9
PLANO PILOTES ALMACÉN DE MATERIALES	01-jun-12	48
PLANO CONSTRUCTIVO CIMENTACIÓN REACTOR ANAERÓBIO	09-may-12	77
REGISTRO DE HINCADO DE PILOTES ZONA: TRAFÓ PRINCIPAL		6
PLANO FUNDACIÓN TURBINA GEOMETRÍA	31-may-12	17
PLANO PILOTES AREA 180 NABE TURBINA VAPOR	06-jun-12	96
PLANO PILOTES DEPÓSITO AGUA CLARIFICADA-K24501-	27/06/2012 (AP)	249
PLANO PILOTES DEPÓSITO AGUA POTABLE	30-may-12	5
PLANO PILOTES DEPÓSITO AGUA DESMINERALIZADA	30-may-12	17
PLANO PILOTES AREA 180/190 ANEXO NAVE TURBINA VAPOR	20-jun-12	40
PILOTES CIMENTACIÓN AREA 180 RACK	22-jun-12	30
PLANOS PILOTES AREA 164 TANQUE K-16307	28-jun-12	9
PLANO PILOTES ALMACENAMIENTO Y DESPACHO HOJA 2 DE 2 K 16104	12-jun-12	53
PLANO PILOTES AREA 120 PURIFICACIÓN JUGO HOJA 1 DE 2	21-jun-12	195
SITUACIÓN DE PILOTES EN AREA 130 EVAPORACIÓN JUGO	NO TIENE	79
PLANO PILOTES AREA 112 EDIFICIO MOLIENDA (NAVE) HOJA 1 DE 2	15-jun-12	237
PILOTES AREA 112 EDIFICIO MOLIENDA MOLINOS	13-jun-12	192
PLANO CIMENTACIÓN AREA 111	22-jun-12	92
PLANO PILOTES AREA 112 LOSAS DEFIBADOR Y PICADOR	21-jun-12	75

Ante el atraso en la entrega de planos por parte de ISOLUX y el aumento de pilotes por fabricar e hincar, las partes adelantan conversaciones para suscribir el Otrosí N° 2, con un nuevo plazo contractual y el reconocimiento de una suma dinero por los siguientes conceptos:

- Puesta en funcionamiento de un segundo equipo de hincamiento de pilotes.
- Descabece de pilotes debido al rechazo del terreno antes de los 12mts previstos de hincado.
- Establecimiento de valores de compensación para 2.631 unidades de pilotes de 12 metros c/u (31.572 ml), esto es, 3.572 ml adicionales a la cantidad inicial.

En este orden de ideas se cruzaron entre las partes diversas comunicaciones sobre el contenido que habría de tener el Otrosí proyectado y sobre la logística propia para su suscripción, teniendo en cuenta distintos inconvenientes que surgieron para su firma por las partes.

Cumplido el Contrato de ISOLUX y entregado los pilotes sobrantes fabricados sin hincar, el CONSORCIO se retiró de la obra, sin objeción alguna por parte de ISOLUX y según EL CONSORCIO, comenzaron entonces las dificultades, las evasivas y justificaciones de ISOLUX para no cancelar al CONSORCIO lo adeudado.

El primer y más grave error fue no haber firmado el Acta de Entrega de la Obra para poder facturar el saldo adeudado y de esta manera impedir que el CONSORCIO pudiera facturar lo adeudado por ISOLUX, pues ésta se negó a reconocer los \$400.000.000 de la segunda máquina de pilotaje, y realizó descuentos que no correspondían a lo pactado.

El 10 de noviembre de 2012 ISOLUX envió a EL CONSORCIO una liquidación que no incluía el valor mencionado, pero sí factores no discutidos por las partes, carentes de soporte, como el supuesto rechazo de pilotes rotos, cuando los únicos que sufrieron fractura fueron aquellos que presentaron inconvenientes en el hincado a causa del terreno y que las partes acordaron serían cancelados por el valor del costo del pilote sin hincar, asumiendo el CONSORCIO el valor del descabece, como se acordó en el Otrosí No. 1.

Igualmente, se pretendió desconocer las obligaciones a favor del CONSORCIO, con un descuento que eventualmente se haría sobre los metros lineales que superaran los 28.000 ml, monto diferente al establecido en el anexo 1 de precios del contrato, ignorando además que los precios tenían ese descuento siempre y cuando la obra iniciará el 1º de diciembre de 2011 y terminará a más tardar el 15 de marzo de 2012, fechas que no se cumplieron. En el mismo sentido, cargaron costos de maquinaria no utilizada por el CONSORCIO, por un valor superior a los \$40.000.000, así como gastos de concreto y otros materiales por un valor cercano a los \$60.000.000.

De la misma manera y en forma injustificada se pretendió descontar el monto de las juntas en los pilotes, hecho que entre otras había quedado subsanado con la suscripción del Otrosí No. 1, por cuanto se dejó en claro que el precio no sufriría ninguna variación por pilote y por hincado.

Lo anterior era así, por cuanto la demora imputable a ISOLUX causó sobrecostos para EL CONSORCIO, razón por la cual la cláusula del precio no fue modificada.

El único descuento que podía efectuar ISOLUX era el correspondiente al acero suministrado por ésta, considerando que, aunque en principio contractualmente debía asumirlo el CONSORCIO, se acordó que lo asumiría ISOLUX con cargo al CONSORCIO, por ser un producto que ingresaba a zona franca sin generar IVA, lo cual quedó claro en el Otrosí No. 1, donde se manifestó que se reconocería el IVA cancelado por el CONSORCIO por tal concepto, según las toneladas inicialmente adquiridas.

1.3. Contestación de la demanda reformada por parte de Isolux Ingeniería S.A. Sucursal Colombia

A su turno ISOLUX, al contestar la demanda reformada, se pronunció sobre los hechos precedentes aceptando algunos, negando otros y complementando o aclarando otros más, pronunciamiento del cual se destacan los siguientes aspectos:

Las sociedades Construcciones Técnicas de Ingeniería Ltda., ACR Construcciones S.A. e Industrial de Pilotajes S.A.S., suscribieron el denominado "*Documento Consorcial*" para perfeccionar y ejecutar con ISOLUX el Contrato para "*la construcción de pilotaje, hincado para la planta integrada de producción de etanol carburante El Alcaraván*"

Las sociedades Bioenergy Zona Franca S.A.S. e Isolux Ingeniería S.A. Sucursal Colombia celebraron el Contrato No. 0050-10 de 30 de junio de 2010, cuyo objeto consistió en "*la ejecución por parte del contratista de la ingeniería FEED (Front End Engineering & Design), la Ingeniería de Detalle, la Gestión de Compras, la Obra Civil, la Construcción, el Montaje y el suministro de los materiales de la Obra, el alistamiento, pruebas y puesta en marcha de la Planta de producción de alcohol carburante "El Alcaraván", bajo un esquema de contrato llave en mano a precio global fijo (Lump Sum Turn Key) (...)*".¹³

Para dar cumplimiento al Contrato No. 0050-10, el 17 de noviembre de 2011, ISOLUX suscribió un Subcontrato de Obra con EL CONSORCIO integrado por las sociedades convocantes, cuyo objeto fue la fabricación e hincado de pilotes.

El Subcontrato de Obra se pactó con modalidad de pago de precio global por las obras contempladas en la Cláusula 1. El valor a pagar por parte de ISOLUX incluía una serie de elementos adicionales a la ejecución misma de la obra.

En el Acta de Iniciación de Obra suscrita el 7 de diciembre de 2011 se dejó establecido que el subcontratista requería de la entrega de un área particular para desarrollar los servicios contratados, pero no se pactó que ISOLUX hiciera entrega de un "*área de 3700 m 2 libre de todo obstáculo, descapotada, compactada al 98 y con una pendiente del 1%*".

EL CONSORCIO no desarrolló las gestiones requeridas para dar inicio a las obras contempladas en el Subcontrato de Obra. Por esta razón, la entrega del área el 5 de enero de 2012, que fue posterior a la acordada, no puede considerarse tardía, pues no tuvo una incidencia real en las labores a ejecutar por parte del subcontratista ya que éste no realizó las gestiones necesarias para para iniciar las obras.

¹³ Folio 84 del C. Principal No. 2.

A ISOLUX no le consta lo relacionado con la realización de trabajos de marcación de la pista ni que el área entregada fuera de solo 2.000 Metros ni que ello hubiera incidido en la capacidad de producción de los pilotes.

Sobre este particular se hacen precisiones diversas relacionadas con el contrato inicial entre ISOLUX y BIOENERGY y la relación que éste podría tener con el que es materia del proceso, destacando que con ello es posible identificar que el inconveniente en la ejecución de las obras no fue elemento de la magnitud y simplicidad que pretende evidenciar el Consorcio resaltando que debe reconocerse que el rediseño de la ingeniería de detalle respecto a la profundidad en que debían hincarse los pilotes produjo un retraso no imputable a ISOLUX en la ejecución de las obras que tenía a cargo el Subcontratista, el cual, de todas maneras, le fue reconocido parcialmente como compensación por el tiempo de suspensión del hincado, todo lo cual está reflejado en el Otrosí No. 1.

Reseña que las partes siempre estimaron que eventualmente podrían quedar pilotes fabricados sin hincar y que, dadas las características del suelo, no todos los pilotes alcanzarían la profundidad de doce metros, aunque de todas maneras para esos eventos estaba establecido el pago de la totalidad del pilote e igualmente, se suscribió el 1º de marzo de 2012, un acuerdo de compensación por tiempo improductivo, no obstante lo cual, es claro que el rendimiento del subcontratista fue deficiente, puesto que la ingeniería disponible para el proceso de hincado fue superior a la labor que adelantó el Consorcio entre el 6 de marzo y el 1º de agosto de 2012, reiterando que después de la primera fecha aludida, no hubo un solo día en que la mano de obra y la maquinaria del Consorcio se encontrasen en estado de detención, pero sí evidencia de que los medios empleados por el subcontratista eran insuficientes para ejecutar la obra contratada.

En concordancia con lo anterior, la contestación incluye gráficos que contienen fechas, pilotes fabricados, pilotes hincados, longitud de los mismos, etc., derivando de ello conclusiones sobre los desfases que a su juicio tuvo el Consorcio y las tareas a su cargo, lo cual se debió en gran medida a la falta de recursos humanos y técnicos que debían ser aportados por el Consorcio, de todo lo cual hay evidencia escrita a través de requerimientos formulados en su momento por ISOLUX.

Reconoce el apoderado de la parte demandada, que las partes tuvieron un acercamiento para el aporte de una nueva máquina piloteadora e igualmente, se adelantaron negociaciones orientadas al pago de unas sumas de dinero, a la extensión de la vigencia de su contrato, etc., pero que el modelo del Otrosí No. 2 no se firmó porque el señor José Luis Bragado, en nombre de ISOLUX, determinó no suscribir ningún documento y así lo manifestó al subcontratista en comunicación que éste ignora mencionar, concluyendo que no existe evidencia alguna de que las partes

hubieran llegado a un acuerdo total sobre el contenido del denominado Otrosí No. 2.

Respecto a la segunda máquina piloteadora, señala que se trató de un elemento que se encontraba bajo la decisión discrecional del subcontratista, bajo la claridad que éste debía tener de que los costos y gastos en que se incurriera por este concepto, debían entenderse incorporados a su remuneración, porque el Consorcio se encontraba obligado a incrementar los medios materiales, humanos y técnicos necesarios para la correcta ejecución del contrato, dentro del plazo convenido, lo cual a 30 de mayo de 2012 no se había dado, por cuanto estaba superado el 93.3% del plazo contractual y solo se había producido un 45,7% del volumen del alcance del acuerdo.

Al hacer la contabilización de la obra ejecutada, el apoderado de la demandada señala que dado que la cantidad de metros lineales fabricados corresponde a 36.058,74, debe aplicarse un descuento correspondiente a – 2.10, respecto a los valores identificados en la categoría de metros lineales fabricados e hincados y a los metros lineales sobrantes, presentando para el efecto, el cuadro correspondiente a tal liquidación.

1.4 Excepciones de mérito propuestas por la demandada

Adicionalmente, como planteamiento defensivo la parte convocada formuló las siguientes excepciones de mérito con el propósito de enervar las pretensiones de la demanda:

"1. Falta de competencia del Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre las pretensiones contenidas en la demanda arbitral que ha sido promovida por los consorciados del Consorcio ACR - INDUSTRIAL DE PILOTAJE – CONTEIN (...)"

"2. El Consorcio ACR - INDUSTRIAL DE PILOTAJE – CONTEIN incumplió sucesivamente con las estipulaciones contenidas en el Subcontrato de Obra fechado el 17 de noviembre de 2011 (...)"

"2.1. Ingreso de personal y elementos de seguridad fuera de los plazos establecidos en el Subcontrato de Obra fechado el 17 de noviembre de 2011 (...)"

"2.2. Entrega tardía de las garantías exigidas por el Subcontrato de Obra (...)"

"2.3. Ejecución tardía de las obras objeto del Subcontrato de Obra celebrado entre el Consorcio ACR - INDUSTRIAL DE PILOTAJE – CONTEIN e Isolux Ingeniería S.A. Sucursal Colombia (...)"

"2.4. El Subcontratista de Obra no suministró personal, equipos, ni herramientas suficientes para cumplir con el plazo previsto para las obras contratadas (...)."

3. *"La liquidación del subcontrato de obra fechado el 17 de noviembre de 2011 y la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre el valor de la liquidación del citado subcontrato (...)."*

III.- PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

1. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE¹⁴

El 15 de marzo de 2017 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, oportunidad en la que, previo cumplimiento de las etapas establecidas en la Ley, el Tribunal, mediante Auto No. 17, se declaró competente para conocer y resolver, en derecho, el litigio sometido a su conocimiento.

Contra dicho auto la parte convocada formuló recurso de reposición por considerar que el Tribunal carecía de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda toda vez que la cláusula compromisoria pactada en el contrato objeto de la Litis, no incluye aspectos como la liquidación y terminación del contrato.

En auto No. 18 el Tribunal analizó los argumentos de las partes y concluyó que la decisión de competencia debía confirmarse por cuanto la cláusula compromisoria pactada por las partes no excluye explícitamente las controversias sobre terminación del contrato, sino que por el contrario luce omnicomprendensiva para todas las controversias derivadas del contrato.

2. ETAPA PROBATORIA

En esa misma fecha, mediante Auto No. 19 de 15 de marzo de 2017, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las Partes, las cuales se practicaron como se indica a continuación.

2.1. Pruebas Documentales

¹⁴ Folios 143 a 156 del C. Principal No. 2.

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera según la ley, los documentos aportados por las Partes en las oportunidades procesales establecidas en la normatividad.

2.2. Exhibiciones de documentos

El Tribunal decretó la exhibición de los siguientes documentos a cargo de la sociedad Bioenergy S.A.

- 1) Los informes que entregó a Bioenergy S.A. Isolux en relación con el Subcontrato celebrado con el Consorcio.
- 2) Los requerimientos realizados por Bioenergy a Isolux en relación con el Subcontrato de Pilotaje celebrado con el Consorcio.
- 3) El informe final presentado por Isolux a Bioenergy S.A. en relación con el Contrato de Pilotaje.
- 4) Copia de los comprobantes de pago correspondientes al Subcontrato de Pilotaje o a la fase de pilotaje pagada por Bioenergy S.A. a Isolux.

El 5 de abril de 2017, Bioenergy S.A. radicó un memorial con el que allegó los documentos solicitados en medio digital –USB-, y precisó que respecto de los puntos 1 y 2 se realizó la búsqueda pero no se encontraron dichos informes en el expediente contractual. Sin embargo, indicó que se encontró una información cruzada entre Bioenergy e Isolux, que relaciona en su memorial. Adicionalmente, manifestó que respecto de los puntos 3 y 4, (i) no se encontró informe final presentado por Isolux con relación al contrato o actividades de pilotaje, y (ii) la modalidad de pago pactada en el contrato fue de cobro según cumplimiento, ocurrencia y/o avance de los hitos contractuales, por lo cual no resulta viable identificar el pago correspondiente a la fase de pilotaje.

Los anteriores documentos fueron incorporados al expediente (Cuaderno de Pruebas No. 5 y fueron puestos en conocimiento de las partes¹⁵.

2.3. Dictamen Pericial

Atendiendo la solicitud formulada por ambas partes, se decretó la práctica de un dictamen pericial a cargo de un perito Ingeniero Civil, dictamen que fue rendido el 15 de junio de 2017 por el perito IPC CONSULTORÍA S.A.S., cuyas Aclaraciones y Complementaciones se rindieron el 3 de agosto de 2017.

¹⁵ Folios 196 a 202 del C. Principal No. 2.

Atendiendo la solicitud de la parte convocante, se citó al señor Vargas del Valle representante de la firma encargada del dictamen, para que declarara sobre el contenido del dictamen pericial elaborado. Dicha declaración se surtió el 12 de septiembre de 2017.

En cuanto al dictamen pericial a cargo de un perito Ingeniero de Sistemas, la prueba no se practicó por cuanto en memorial allegado el 20 de abril de 2017, la parte convocada que la solicitó, desistió de la misma.

2.4. Testimonios y declaraciones de Parte

En audiencias celebradas el 28 de febrero y el 5 de abril de 2017, se recibieron los testimonios y las declaraciones de parte de las personas que se indican a continuación:

- El 4 de abril de 2017¹⁶ se recibieron las declaraciones de parte de los señores **Jairo Rodríguez Porras**, representante legal de Industrial de Pilotaje S.A.S., **Ernesto Alonso Rodríguez de Francisco**, representante legal de Construcciones Técnicas de Ingeniería S.A.S. – CONTEIN, y **Mario Gómez Bertrand**, representante legal de ACR Constructora S.A.S.
- El 5 de abril de 2017¹⁷ se recibieron los testimonios de los señores **Celestino González Cuesta**, **Juan José Arroyo Saavedra** y **Cesar Javier Guerrero Peñarete**.

En cuanto a los testimonios de los señores Enrique Campderá Ibáñez y Alfonso Luis Galiana Gómez, la prueba no se practicó por cuanto en memorial allegado el 3 de abril de 2017, la parte convocada desistió de la misma.

2.5. Oficios

Se remitió un oficio con destino a Bioenergy S.A., para que informara la fecha a partir de la cual el personal del Consorcio ACR-Industrial de Pilotaje-Contein ingresó a la zona franca en la cual se ejecutaron las obras y la fecha en la que ingresó la maquinaria y equipos que fueron usados por dicho subcontratista para ejecutar las obras previstas en el Subcontrato de Obra fechado el 17 de noviembre de 2011.

La correspondiente respuesta obra a folio 205 del C. Principal No. 2.

¹⁶ Folios 189 a 195 del C. Principal No. 2.

¹⁷ Folios 196 a 202 del C. Principal No. 2.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En audiencia celebrada el 12 de octubre de 2017, las partes presentaron sus alegatos de conclusión de manera oral, así como los correspondientes escritos en los que sus argumentos se desarrollan con mayor profundidad. Tales escritos fueron incorporados al expediente.

IV.- TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del proceso es de seis (6) meses, como quiera que las Partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir el 15 de marzo de 2017, por lo cual dicho término habría vencido el 15 de septiembre de 2017. Sin embargo, atendiendo la solicitud de las partes se decretaron las siguientes suspensiones:

Acta	Fecha de suspensión	Días Hábles
Acta No. 12 – Auto No. 20	16 de marzo y 03 de abril de 2017 (ambas fechas inclusive)	12
Acta No. 14 – Auto No. 23	06 y 19 de abril de 2017 (ambas fechas inclusive)	8
Acta No. 15 – Auto No. 26	21 de abril y 14 de junio de 2017 (ambas fechas inclusive)	37
Acta No. 19 – Auto No. 31	3 de septiembre y 11 de octubre de 2017 (ambas fechas inclusive)	21
Total días de suspensión		78

El proceso estuvo suspendido durante setenta y ocho (78) días, que sumados a los del término, llevan a concluir que este vence el doce (12) de enero de dos mil diecisiete (2017). Por lo anterior, la expedición del presente Laudo en la fecha es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

V.- PRESUPUESTOS PROCESALES

Para resolver de fondo la controversia deben darse, sin reparo alguno, los presupuestos procesales de demanda en forma, competencia, capacidad procesal y capacidad para ser parte.

Al respecto el Tribunal encuentra que en el presente caso tales presupuestos están cumplidos. En efecto, la existencia y representación de las partes está acreditada dentro del proceso, a más de que son plenamente capaces. De conformidad con los certificados de existencia y representación legal que obran en el expediente, las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S., INDUSTRIAL DE PILOTAJE S.A.S., CONTEIN S.A.S. e ISOLUX INGENIERÍA S.A. SUCURSAL COLOMBIA, son personas jurídicas que tienen su domicilio la ciudad de Bogotá D.C., y sus representantes legales son mayores de edad.

Mediante Auto No. 17 proferido en la Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal advirtió que había sido debidamente integrado y que se encontraba instalado; que la cláusula compromisoria que da lugar a este proceso está ajustada a derecho y se encuentra dentro del contrato del que surgieron las obligaciones objeto de la *litis*; señaló que se trata de una controversia sobre asuntos claramente disponibles y que, en consecuencia, sin perjuicio de lo que se decida en el Laudo, el Tribunal tenía, y hoy se confirma que aún conserva, competencia para tramitar y decidir el litigio.

De otra parte la demanda reformada reúne las exigencias necesarias para que se pueda definir de fondo y de manera definitiva el conflicto planteado, pues satisface plenamente los requisitos formales previstos en la ley, cumpliéndose con ello el requisito de Demanda en forma.

Finalmente se destaca que el proceso se adelantó en cumplimiento de las normas procesales pertinentes, sin que se observe causal de nulidad que lo afecte.

Del anterior recuento se infiere que la relación procesal se constituyó regularmente y que en el desenvolvimiento del trámite no se configura defecto alguno que pueda invalidar, en todo o en parte, la actuación surtida, o que no se hubiere saneado, o que imponga al Tribunal la necesidad de dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 137 del C.G.P., por lo cual resulta procedente decidir el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las Partes.

VI.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. SOBRE LAS EXCEPCIONES

1.1. La pretendida falta de competencia del Tribunal.

Procede el Tribunal primeramente a estudiar el planteamiento defensivo de la convocada, el cual, como ya se vio, comienza por cuestionar la competencia del mismo considerando en esencia, por una parte, en tanto que al tenor literal de la cláusula arbitral, la liquidación del contrato "*excluyó de plano*" lo atinente a la terminación y liquidación del contrato, por cuanto se fijó un procedimiento especial y detallado para tal fin, y por la otra, porque al haberse remitido unas propuestas de liquidación, ello prueba "*que el Subcontrato de Obra se encuentra en la etapa de liquidación a la fecha*".

Aunque el Tribunal ya se pronunció al respecto en la providencia mediante la cual determinó asumir la competencia (Acta No. 12), es pertinente reiterar y complementar lo expresado al respecto en los siguientes términos:

Sea lo primero destacar que cuando la Carta Política permite a los particulares sustraer sus conflictos -potenciales o ciertos- del conocimiento de la justicia ordinaria, está habilitando a las partes interesadas para que defieran en árbitros el conocimiento y decisión de los que puedan presentarse en el transcurso de su vida comercial, siempre y cuando ello se dé dentro de ciertos límites y con determinadas condiciones. Como resulta apenas natural, a falta de estipulación expresa en contrario, no puede entenderse que, una vez conferida la habilitación, ésta sea de alcance restringido a lo que literalmente las partes expresaron, pues como bien lo dice el Código Civil, "*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*" (Art. 1618); "*el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno*" (Art. 1620) y "*cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extiende*" (Art. 1623).

Así las cosas, y con ese valioso auxilio interpretativo, carecería de lógica que las partes contratantes hubieran optado por someter a la justicia arbitral temas como la existencia, la interpretación, el desarrollo y el cumplimiento o incumplimiento del contrato y al propio tiempo hubieran decidido sustraer de dicha jurisdicción especial el punto culminante de la contratación -que es el de la liquidación- cuando debe hacerse el balance general de las prestaciones derivadas de la ejecución. Es claro para el Tribunal que la intención de los contratantes fue someter a arbitraje cualquier

eventual conflicto derivado del subcontrato y no el de restringir la arbitrabilidad a una especie de *numerus clausus* que ni se pactó expresamente, ni habría tenido razón de ser desde la perspectiva contractual.

Por lo demás, si bien la convocada reconoce que la cláusula compromisoria en efecto comprendía el cumplimiento o incumplimiento del subcontrato, resulta evidente, como ya se dijo, que la determinación de estos dos extremos -cumplimiento o incumplimiento- solo podía darse o medirse en su cabal dimensión en el momento de la liquidación, pues según el procedimiento establecido en la cláusula 7.15 del Subcontrato, era en el momento de la liquidación final cuando habría de realizarse la medición de la obra ejecutada, determinarse los pagos efectuados hasta ese momento como anticipo de la liquidación, definirse la aceptación de los trabajos y su importe, etc.

Por consiguiente, al tenor de las normas interpretativas antes citadas y lo que es más, de la simple lógica contractual, el Tribunal habrá de declarar impróspera la precitada excepción porque, en efecto, se trató de cuestiones transigibles entre personas capaces de transigir y lo que se ventiló en el presente proceso, so pretexto de la liquidación, fueron los incumplimientos de las partes recíprocamente endilgados, la convocante a través de sus pretensiones y la convocada a través de los incumplimientos de aquella invocados como exculpación de pago en las excepciones marcadas bajo el No. 2, de las que se ocupará el laudo a continuación.

1.2 Sobre los incumplimientos alegados como imputables al subcontratista.

Es claro, según las pretensiones de la demanda, que la parte convocante reclama principalmente el pago de unas prestaciones que alega a su favor derivadas de:

- El valor de pilotes fabricados e hincados;
- El valor de pilotes fabricados no hincados;
- El mayor valor del acero utilizado y del mayor valor por mano de obra como consecuencia de la modificación de los diseños;
- El valor de la construcción de una pista de trabajo;
- El traslado y utilización de una segunda máquina piloteadora, etc.

Por su parte, resulta nítido también que la convocada pretende desvirtuar lo pretendido alegando supuestos incumplimientos en que habría incurrido la convocante, consistentes en:

- El ingreso de personal y elementos de seguridad fuera de los plazos establecidos en el Subcontrato.
- La entrega tardía de las garantías exigidas por el Subcontrato.

- La ejecución tardía de las obras objeto del Subcontrato.
- El no suministro del personal, equipos y herramientas suficientes para cumplir con el plazo previsto.

Resulta curiosa y extemporánea esta alegación de incumplimiento porque, por una parte, el contrato se encuentra terminado aunque pendiente de liquidación, como lo reconoce la propia convocada y por la otra, ésta no ha formulado demanda de reconvencción para derivar de ella una eventual declaración de incumplimiento de la convocante con el vigor necesario para enervar las pretensiones de ésta, y, además, no se desplegó por parte de la excepcionante esfuerzo probatorio alguno para demostrar la veracidad de los incumplimientos endilgados, como ciertamente se puede comprobar al revisar el voluminoso acervo probatorio.

No puede soslayarse, al respecto, que la *exceptio non adimpleti contractus* se endereza a impedir o atajar la satisfacción efectiva del crédito de la parte contraria, conminándola para que cumpla las obligaciones a su cargo, a la vez que suspende el cumplimiento de las que están a cargo del excepcionante. De ahí que el artículo 1609 del C.C., prescriba que: *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*.

Si bien es admisible aseverar que la excepción procede cualquiera que sea el incumplimiento, esto es total o parcial (en cuyo caso la excepción suele denominarse *non rite adimpleti contractus*), lo cierto es que, como sucede con la viabilidad de la resolución por incumplimiento, es preciso concluir que para que prospere debe tratarse de una falta contractual grave o relevante, pues de lo contrario carecería de fundamento la excepción. Choca contra elementales criterios de equidad y buena fe inferir lo contrario, o sea, que la *exceptio non adimpleti contractus* se utilice como una cautela encaminada a evitar, frente a cualquier defecto en la ejecución del contrato, por ínfimo que sea, la ejecución que adelanta el otro contratante.

Así las cosas, no cabe la excepción que se afinsa en supuestos defectos u omisiones inocuas e intrascendentes, con mayor razón si las prestaciones cardinales del contrato se ejecutaron sin haberse visto impactadas por esas eventuales faltas. Si cualquier irregularidad, por irrelevante que fuese, diera pábulo a la excepción, si no existiera mesura y ponderación en el punto, podría darse vía ancha al aprovechamiento indebido de la excepción que, por su particular naturaleza, se restringe a incumplimientos serios que afecten gravemente el equilibrio contractual.

Por las razones expuestas, el Tribunal habrá de declarar también impróspera esta excepción genérica de incumplimiento y particularizada en los reclamos puntuales arriba mencionados de los cuales -se repite- no hay evidencia probatoria suficiente.

1.3 Sobre la liquidación del Subcontrato de Obra y la improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios.

Al formular este planteamiento de oposición, la convocada relata y resume, de un lado, el procedimiento de liquidación previsto en las cláusulas 7.15, 7.16, 7.17 y 7.18 del Subcontrato y de otro, reseña las reuniones que se adelantaron, transcribe la propuesta de liquidación presentada en su momento por ISOLUX a la convocante y relaciona algunos documentos de soporte de la misma con ciertas explicaciones, concluyendo que *"es pertinente agregar que las partes no llegaron a un acuerdo cierto respecto del valor total a pagar con el fin de saldar las obras y gestiones ejecutadas con ocasión del Subcontrato de Obra"* y que por tanto, la obligación de pago de la liquidación solo nació tras la ocurrencia de una condición, la firma del finiquito, que no se suscribió en este caso, por lo cual no es procedente, a su juicio, el reconocimiento de los intereses moratorios pretendidos.

Como se destaca a simple vista, esto, más que una excepción, es el planteamiento de la controversia sometida a la consideración del Tribunal, por cuanto las pretensiones contenidas en la demanda tienen que ver, precisamente, con la solicitud de reconocimiento y pago de varios de los ítems contenidos en la propuesta de liquidación formulada por ISOLUX. De la confrontación de ese proyecto de liquidación con las pretensiones de la demanda, es precisamente de donde se deriva el conflicto, pues comprende conceptos, mediciones y valores que constituyen la reclamación de la convocante, sobre las cuales versa la mayoría de las pruebas practicadas, particularmente la prueba pericial.

Por consiguiente, la excepción en comento, habrá de resolverse en paralelo con las pretensiones y a la luz de las pruebas practicadas.

2. ALGUNAS GENERALIDADES REFERENTES A LA PRIMERA ETAPA DE LA EJECUCIÓN DEL SUBCONTRATO

Para efectos de la decisión que habrá de tomar el Tribunal, resulta pertinente destacar y resumir algunas particularidades de la contratación cuya ejecución y liquidación constituyen el objeto de la controversia, así:

Todo el asunto ha versado sobre el Subcontrato de Obra celebrado el 17 de noviembre de 2011, cuyas características principales fueron¹⁸:

- i. El Subcontrato se celebró entre ISOLUX por un lado y el Consorcio ACR – Industrial de Pilotaje -CONTEIN, por el otro.

¹⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 011 a 032

- ii. El objeto fue la realización de la obra material consistente en la fabricación e hincado de pilotes.
- iii. La obra se convino bajo la modalidad de precios unitarios y con fundamento en las obras realmente ejecutadas, según las mediciones mensuales.
- iv. El precio se pactó como fijo, no sujeto a revisión e invariable "*hasta finales de junio de 2012, siempre que la obra inicie en la primera semana de 2011*".
- v. Se estableció un plan de trabajo que el subcontratista se comprometió a cumplir estrictamente.
- vi. Mediante anexos se definieron el plan de obra, los criterios de medición, los lugares de ubicación, la longitud de los pilotes, etc.

El Subcontrato aludido, a su turno, se fundamentó en la propuesta formulada por el Consorcio a ISOLUX el 16 de noviembre de 2011, de la cual vale la pena destacar¹⁹:

- i. Un capítulo estuvo destinado al alcance de la propuesta, con algunos de los puntos básicos arriba destacados.
- ii. Respecto a la propuesta económica, se hicieron algunas observaciones, de las cuales se resalta:

"Observaciones a la propuesta económica:

- *En caso de que un pilote no se puedan hincar en su totalidad por rechazo de suelo, deberá pagar la totalidad del pilote.*
- *Los precios del suministro e instalación de junta dado en la propuesta económica, únicamente se aplicará su descuento, cuando se prevean pilotes sin juntas (longitud menor a 13 m), desde el diseño entregado por Isolux.*
- *El precio de prefabricación de pilotes de 30 × 30 y 40 × 40 dado en la propuesta económica, aplicará cuando por algún rediseño se decida no hincar pilotes que ya se prefabricaron*".

"Equipo:

*El equipo disponible para del hincado de los pilotes es:
Tipo: Compactadora hidráulica estática de pilote.*

Modelo: Z YJ 240.

Año: 2009.

Fuerza máxima de Hinca: 120 Toneladas y 200 Toneladas con lastre.

Mordaza cuadrada y redonda de ocho cilindros.

¹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 211 a 217

Tamaño de pilotes 25 × 25 hasta 50 × 50".

iii. Respecto a plazos propuestos, se dijo:

"Plazo total: (3.5) Tres meses y medio desde el inicio de movilización, el cual está estimado para el inicio sea 1 de diciembre. (sic)

Plazo Hinca: Dos meses desde el primer pilote hincado, el cual está estimado para el inicio sea 15 de enero. Este plazo está considerando una cantidad de 28.000 ml de pilotes hincados". (sic)

iv. Según el cronograma de trabajo, el fin de la hinca quedó previsto hasta el 15 de marzo de 2012.

Conforme a lo resumido al hacer referencia a los hechos de la demanda y de la contestación, se presentaron inconvenientes diversos al inicio de los trabajos, representados esencialmente en rechazo de los pilotes, necesidad de cambio de especificaciones, nuevos estudios de suelos, etc., todo lo cual llevó a que las partes suscribieran unos documentos, así:

i. El 28 de febrero de 2012, el documento denominado "Acuerdo Compensación por tiempo Improductivo", que entre otras cosas dice ²⁰:

- Que las partes se reunieron *"para analizar los impactos de la suspensión de los trabajos de pilotajes, debido a la realización de una prueba de carga para optimización de los diseños de la cimentación de la Planta"*.
- Que *"La suspensión de los trabajos corresponde al período de tiempo comprendido entre el 4 de febrero al 6 de marzo de 2012, que corresponde a 23 días efectivos de trabajo"*.
- Que *"Se considera que el rendimiento de un turno de ocho horas es 384 metros lineales, por lo tanto para esos 23 días, los metros lineales que se dejaron de hincar pilotes fueron 8.832 metros lineales"*.
- Que *"El costo directo del metro lineal que se dejó de hincar es \$55.843 (que corresponde a el proceso completo (\$100.968) menos el suministro del pilote (\$45.125))"*.
- Que *"El costo directo total que el CONSORCIO dejó de facturar por hincado, corresponde a \$493.205.736 más la administración y el imprevisto, (22,2%), para un valor total de \$602.696.969, que entre*

²⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1 Folio 226

las partes se decide que CONTRATISTA reconocerá al SUBCONTRATISTA la mitad de este valor como compensación por el tiempo de suspensión del hincado, con un descuento adicional de \$58.000.000, para un valor de COMPENSACIÓN ÚNICO por el tiempo de suspensión de \$243.348.485 (DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES TRECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CHENTA Y CINCO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA), los cuales se facturarán como una cuenta de cobro, pagadera a treinta días”.

- ii. El 1º de marzo de 2012 (al día siguiente), se suscribió el documento denominado "Otrosí Subcontrato de Obra: Pilotaje" el cual no contiene específicamente los antecedentes y consideraciones de su celebración, pero entre otras cosas, señala:

"8. EL CONTRATISTA pagará al SUBCONTRATISTA por compensación por el tiempo de suspensión de los trabajos la suma de \$243.348.705 (DOSCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES TRECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CINCO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA), los cuales se facturarán como una cuenta de cobro pagadera a treinta días”

"9. (Bis, pues está repetido): Se define que la fecha de inicio de los trabajos de hincado de pilotes será el 6 de marzo de 2012 y los trabajos tendrán un plazo de 45 días calendario”.

Sobre este modificadorio en particular, el señor Jairo Rodríguez Porras, representante de Industrial de Pilotajes, explicó al Tribunal la razón de ser, así ²¹:

"(...) DR. CUBEROS: Cuando se firmó el otrosí y les hicieron a ustedes unos reconocimientos hay dos circunstancias que yo quisiera que usted nos aclarara, con esos reconocimientos que se hicieron en ese momento hasta dónde quedaron las partes a paz y salvo por los inconvenientes pasados, primera pregunta; y número dos, por qué a ustedes todos les reconocieron el 50% de lo que habían liquidado, qué pasó con esos dos temas?

SR. RODRÍGUEZ: Fue como un acuerdo de que se llegaba a esa suma digamos como para no entrar de pronto en más problemas, ya la obra de por sí estaba cojeando y el interés nuestro siempre fue de colaborar, de estar dándole algún empuje y no obstruir el paso de la obra, entonces se llegó a esa suma que fue por el tiempo que estuvimos ahí parados, por la gente, por las máquinas, por todo eso, se hizo un acuerdo y nos cancelaron el 50% de eso (...)"

²¹ Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio 271 y ss

En otro aparte de su declaración el señor Rodríguez Porras, señaló:

*"(...) DR. FIGUEROA: Es inusual que haya un rechazo de carga.
SR. RODRÍGUEZ: Sí, puede haber un rechazo, los rechazos de carga se presentan con mucha frecuencia, lo que es inusual es que a una longitud de hincado tan diferente a la determinada en el estudio de suelos se haya presentado ese rechazo, cuando se vio que se hace un ensayo, se somete y no da rechazo, se hace el otro, está pasando algo raro aquí, miremos, ya se le informa a Isolux al situación de que rechazos ya van varios hincados y presenta rechazo a determinada profundidad, Isolux determina hacer un estudio de suelos, me parece que con toda la razón porque el diseño original estaba para 24 metros y ya 12 metros se sabía de todas maneras que no.*

"Quiero aclarar una cosa, ya había dicho pero la quiero recalcar, eso se determinó porque el sistema nuestro lo permite determinar, permite ir a dar unos ciertos límites, no con exactitud ni más faltaba, pero permite intuir que algo está mal, si ese pilotaje lo hubieran hecho con un sistema tradicional aquí de tornillo, de otra cosa, nunca se hubieran dado cuenta porque eso ya es abrir el hueco y ahí meten el concreto, mientras que nosotros estamos como hincando a presión y uno se está dando cuenta, los maquinistas y la gente, en algunos se está presentando esto y ya cuando presenta rechazo pues pare de contar (...)"

En el mismo sentido se pronunció el representante legal de Contein y del Consorcio, señor Ernesto Alonso Rodríguez De Francisco, al señalar²²:

"(...) Esas juntas se nos pagaron como adicionales al metro lineal de pilote, es claro que en la liquidación que se pretende hacer no están teniendo eso en cuenta y contemplan la junta metida dentro del metro lineal, en la propuesta y en todas las cosas los documentos indican que claramente la junta está por aparte del metro lineal de pilote, posteriormente obviamente cuando ya se estimó, ya se determinó que no se podía llegar sino hasta 10 o 12 metros de hincado de pilote sobran las juntas pero ya había fabricado un buen porcentaje de pilotes con junta más una cantidad de juntas que habíamos mandado fabricar nosotros que es un elemento metálico que se le adiciona al pilote en el momento de la fundida, entonces queda integral con el pilote.

"Obviamente no se siguieron colocando juntas porque no era posible hincar pilotes a 24 metros y se comenzó la fabricación de pilotes si no estoy mal en el mes de marzo o algo así (...)"

²² Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio 279 Vuelto y ss

Más adelante, el mismo declarante agregó:

"(...) SR. RODRÍGUEZ: No, en este caso la requerimos también, en este caso estábamos a la espera de que nos pudieran dar la información de localización y diseño para poder hincar los pilotes, que es lo que ya aclaré que fue entregado la mayoría de las veces muy tardíamente, no tardíamente, muy tardíamente, tan es así que cuando se venció la fecha inicial pactada todavía faltaba por entregar más del 50% de la información para poder hincar los pilotes, debido a que tuvieron, de eso nos enteramos posteriormente, nunca nos lo dijeron, debido a que tuvieron que rediseñar nuevamente toda la cimentación en el transcurso de la ejecución de nuestro contrato.

"Tan es así que nos reconocieron unos tiempos muertos, los cuales fueron pagados, pero además fueron solo unos, no fueron todos los tiempos muertos, nos reconocieron algo por la demora en el flujo de la información (...)."

*"(...) DR. FIGUEROA: **Pregunta No. 15.-** Volviendo al tema de la suscripción de otrosíes, en el otrosí número 1 del contrato suscrito entre el Consorcio Contein e Isolux se pactó un nuevo cronograma de obra con unos cumplimientos específicos, con ocasión y me refiero a las consideraciones de ese otrosí, con ocasión a los inconvenientes detectados en el hincado de los mismos pilotes, en temas de geotecnia, temas netamente técnicos.*

"Por favor indique al Tribunal si con el personal, la maquinaria y la disponibilidad de recursos del Consorcio Contein ese cronograma fijado en el otrosí 1 era cumplible o no era cumplible?"

"SR. RODRÍGUEZ: En el otrosí número 1 era cumplible siempre y cuando se dieran las condiciones y fuera verídica la información que dio Isolux, siempre y cuando fuera oportuna la entrega de los diseños, siempre y cuando fuera oportuna la entrega del acero para la construcción de los pilotes, todas esas cosas estaban en manos de Isolux, por qué no se cumplió, por lo que ya les dije anteriormente, cuando se venció el plazo del contrato inicialmente solo habían entregado el 50% o menos de los diseños para la hincada de pilotes. (...)."

De la manera expuesta resulta claro para el Tribunal que, ciertamente, como lo afirma la parte convocante, las bases inicialmente previstas para la contratación, se alteraron de manera sensible en la primera etapa de la ejecución, pues estando prevista ésta para llevarse a cabo entre el 12 de diciembre de 2011 y el 15 de marzo

de 2012 y habiéndose suscrito el Acta de Iniciación de Obra el 7 de diciembre de 2011, tuvieron que replantearse las modalidades de la misma y los tiempos de ejecución, lo cual se tradujo, por un lado, en la celebración del Acuerdo de Compensación por Tiempo Improductivo antes citado, y por el otro, con la suscripción del Otrosí del Subcontrato de Obra premencionado, por lo que las variaciones ocurridas hasta ese momento en el desarrollo del negocio, carecen de relieve para el Tribunal por haber sido solucionadas en su momento de manera directa por las partes y correctamente resarcidas a satisfacción de ambas, debiendo por tanto, circunscribirse la controversia a lo ocurrido con posterioridad a la suscripción de los dos documentos arriba citados.

No sobra precisar, por lo demás, que por mandato de los artículos 165 y 191, último inciso del C.G.P., le es dado al fallador valorar la declaración de parte, en sí misma considerada, conforme a las reglas generales de las pruebas, esto es, de acuerdo con las reglas de la sana crítica (artículo 176 ídem). En ese orden de ideas, las atestaciones de los representantes de los convocantes resultan creíbles para este Tribunal, a la vez que se articulan con las demás pruebas obrantes en el proceso, particularmente, con la prueba documental allegada.

3. EL ALEGADO OTROSÍ NO. 2

Existe un documento cuyo contenido constituye parte importante de la controversia, que es el denominado "*Otrosí No. 2, Subcontrato de Obra: Pilotaje*" fechado el 25 de mayo de 2012, que no está firmado por las partes y más aún, cuya existencia ha sido desconocida o impugnada por ISOLUX.

En algunos de sus apartes el documento aludido señala²³:

"Los representantes de las Partes actuando de mutuo acuerdo, han acordado modificar y adicionar las siguientes condiciones al contrato:

"(...) 1. Modificar la cláusula 3.1 del numeral 3 Plazo y penalizaciones, quedando así:

"(...) 3.1 EL SUBCONTRATISTA se compromete a finalizar el hincado de 3.066 Unidades totales de pilotes de 12 metros de longitud cada uno: (36.792 metros lineales), antes del 04 de agosto de 2012, siempre y cuando las entregas de ingeniería permitan lograr este objetivo."

"(...) 4. Adicionar al numeral 14 Obligaciones en materia de Seguridad y salud."

²³ Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 228 a 230

"14.19 EL CONTRATISTA se compromete con EL SUBCONTRATISTA a facilitar todas las condiciones necesarias para trabajar las 24 horas, siempre y cuando EL SUBCONTRATISTA cuente con los medios para hacerlo.

"(...) 5. EL SUBCONTRATISTA se compromete con EL CONTRATISTA, a ingresar un nuevo equipo para hincar pilotes de condiciones similares el próximo 8 de junio del presente año para garantizar los rendimientos necesarios para finalizar la hinca en el plazo previsto en el numeral 3.1 modificado mediante este Otrosí. En caso de que la cantidad de pilotes a hincar supere las 3.066 unidades totales de pilotes de 12 metros de longitud cada uno, (36.792 metros lineales), EL SUBCONTRATISTA estará en libertad de retirar esta máquina y continuar con los trabajos con un único equipo hasta que se finalicen los trabajos.

"6. EL CONTRATISTA se compromete a pagar por concepto de compensación adicional a EL SUBCONTRATISTA la suma de \$400.000.000 (CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA), La suma anterior se facturará como una cuenta de cobro, pagadera a 30 días, de la cual el 50% se facturará una vez llegada la segunda máquina y el otro 50% al finalizar los trabajos objeto de este Otrosí. La anterior suma por concepto de compensación corresponde a:

- Traslado a obra, puesta en funcionamiento y posterior desmovilización de un segundo equipo de hincamiento de pilotes.*
- Descabece de pilotes debido al rechazo del terreno antes de los 12 metros previstos de hincado.*
- Los anteriores valores de compensación son válidos para de (sic) 3.066 unidades totales de pilotes de 12 metros de longitud cada uno. (36.792 metros lineales)"*

"7. EL CONTRATISTA se compromete con EL SUBCONTRATISTA, a suministrar el acero de refuerzo requerido para la fabricación de los metros lineales de pilotes necesarios para la terminación de la obra exceptuando los 28.000 ml fabricados inicialmente, puestos a pie de patio de prefabricación, para lo cual EL SUBCONTRATISTA suministrará las cartillas de acero correspondientes antes del 01 de junio de 2012."

Aunque hay acuerdo entre las partes al señalar que el modificatorio en comento nunca fue formalmente suscrito por los representantes de las partes, existe una aguda controversia de la que debe ocuparse el Tribunal, consistente en determinar si las modificaciones contractuales allí contenidas tienen o no fuerza vinculante, pues mientras la convocante afirma que hubo evidente acuerdo de voluntades sobre lo contenido en el documento, que tendría pleno valor legal a la luz de las normas

civiles y comerciales que rigen la contratación, que no llegaron a término por cuestiones meramente logísticas, la convocada, por su parte, señala que aunque se dieron las tratativas pertinentes alegadas, jamás se logró pleno acuerdo sobre su contenido y alcance, por lo que el susodicho Otrosí No. 2 no llegó a tener nunca la categoría de tal y por ende, no pudo tener efectos modificatorios del contrato en controversia.

Sea lo primero destacar que hay diversas versiones de este documento en el expediente; por ejemplo, en el C. de Pruebas No.1, folios 228 a 230, también en el C. de Pruebas No. 5, a folios 111 y siguientes, con texto un poco diferente y a folios 180 y siguientes del mismo cuaderno, también con diferencias menores con respecto a las dos antes citadas, por lo que el Tribunal no se atenderá en particular a ninguna de ellas, ante las controversias suscitadas sobre su existencia y validez, pero le reconocerá valor probatorio a los aspectos en que las versiones son coincidentes y relevantes para ciertos aspectos de la controversia sometida a estudio y decisión, dadas las consideraciones particulares que más adelante se detallan.

No obstante lo anterior, contrastando el texto transcrito con las pretensiones de la demanda, es fácil concluir que el conflicto no versa sobre la fecha de finalización del hincado, ni sobre si se dieron o no las condiciones para que el subcontratista pudiera trabajar 24 horas al día, sino tan solo, o especialmente, sobre el suministro de una segunda máquina piloteadora y la eventual compensación derivada de tal aportación, lo mismo que lo referente al suministro del acero de refuerzo requerido, temas en los cuales centrará el Tribunal su análisis en lo referente a este aspecto del litigio.

En cuanto a la eventual validez del pretendido modificatorio, en el C. de Pruebas No. 5 obran, entre otros, los siguientes documentos:

- Un DVD que entre otras cosas contiene diez (10) mensajes de correo electrónico, cruzados entre las partes;
- Un Informe técnico que contiene la evidencia digital correspondiente a los diez (10) mensajes de correo electrónico precedentes, tomados de una cuenta de ACR -miembro del Consorcio- donde se transcriben, principalmente, comunicaciones cruzadas entre el señor Alfonso Artacho Abascal, de ACR y los señores Enrique Campdera Ibáñez, Celestino González Cuesta y Juan José Arroyo Saavedra de Isolux.
- Un DVD que entre otras cosas contiene dos (2) mensajes de correo electrónico, cruzados entre las partes;
- Un Informe técnico que contiene la evidencia digital correspondiente a los dos (2) mensajes de correo electrónico precedentes, tomados de una cuenta

de Contein S.A.S. donde se transcriben, principalmente, comunicaciones cruzadas entre el señor Alfonso Artacho Abascal, de ACR y el señor Enrique Campdera Ibáñez, de Isolux.

De los documentos precitados vale la pena destacar, básicamente, lo siguiente:

- i. Se trata de evidencia documental allegada debidamente al proceso, con la reforma de la demanda y que no ha sido tachada por la parte contra la cual se invoca.
- ii. Los DVD's aludidos y los informes técnicos correspondientes a ellos, resultan confiables para el Tribunal, por cuanto además de las transcripciones contienen la imagen forense de los correos, sus cadenas de custodia, la estampa cronológica, la metodología de recolección, etc.
- iii. Como hoy es la usanza y como además se encuentra expresamente autorizado por las normas que regulan el comercio electrónico, particularmente la ley 527 de 1999, se trata de elementos probatorios fragmentados que el juzgador debe integrar y valorar para construir con ellos el todo de la contratación y así poder apreciarla en su conjunto y no de manera aislada.
- iv. En los aludidos documentos, mayoritariamente originados por uno de los integrantes de la parte convocante, ACR, este se refiere reiteradamente al proyectado Otrosí que ahora se analiza, el que estaba llamado a designarse como No. 2, solicitándole al representante de la convocada que se pronuncie y emita sus comentarios sobre el mismo para coordinar su firma, señalándole, dentro de otras cosas, que "el segundo equipo está ya viajando al sitio de la obra" anunciándole, adicionalmente, que queda pendiente de sus comentarios para coordinar la firma con el Ingeniero Bulla.
- v. Las comunicaciones aludidas, se cursaron principalmente entre el 31 de mayo y finales del mes de junio de 2012, es decir, en la fase final de ejecución del Subcontrato y su contenido es coherente con dicha situación.
- vi. En varios de los mensajes, el remitente adjunta el proyectado Otrosí, aunque con ligeras variaciones en los textos, según lo antes dicho.
- vii. Por su parte, los destinatarios de los mensajes -funcionarios de Isolux- se pronuncian respecto a algunos de los puntos de los mismos, pero en ninguno de los correos hacen manifestación alguna de oposición a lo planteado, esto es, a la existencia del Otrosí, a su razón de ser, a que el

contenido del mismo no hubiera sido pre acordado, a la aportación de la segunda máquina segunda piloteadora y al pago de la contraprestación prevista en el documento, etc.

El primero de los dos informes arriba citados incluye, además, un acta de reunión entre las partes que, si bien no está firmada, lo cierto es que tampoco ha sido impugnada de ninguna manera, y los datos que contiene resultan coherentes con el resto de la probanza allegada al proceso. Allí se evidencian los cambios administrativos en la entidad contratante; que existe un acuerdo preliminar, aunque se encuentre pendiente de aprobación definitiva; que subsisten indefiniciones en la ingeniería para poder cumplir los plazos previstos y alcanzar los rendimientos, etc., todo lo cual es coincidente con la problemática del contrato que, se repite, se encuentra ya ampliamente probada dentro del proceso.

En los correos electrónicos enviados por la parte convocante o algunos de sus integrantes, aluden directamente al contenido del Otrosí No. 2 y a la necesidad de que fuese firmado por la convocada (por ejemplo, mensajes del 30 de mayo de 2012, del 27 de junio de ese mismo año dirigido por Alfonso Artacho a Juan José Arroyo); en otros le resaltan que pretenden cobrar la suma adicional propuesta (\$400.000.000) por asignar una segunda máquina de pilotaje en la obra (v. gr. Correo del 5 de junio de 2012 enviado por Alfonso Artacho a Enrique Campdera).

Por su lado, la convocada, lejos de refutar y oponerse al ingreso de esa segunda máquina, la acepta y propone alterar los tiempos de pago (v.gr. correo del 31 de mayo enviado por Enrique Campdera a Alfonso Artacho en el que devuelve el Otrosí con correcciones; el correo del 6 de junio de 2012 remitido por Enrique Campdera a Alfonso Artacho, en el que, incluso lo conmina a que se ingrese ese mismo día la máquina a la obra). O en otro sentido, ISOLUX les anuncia que será el ingeniero CELESTINO GONZALEZ quien quiere firmar el acuerdo modificadorio y que viajará desde Argentina a hacerlo (correo enviado el 28 de junio de 2012 por Juan José Arroyo a Alfonso Artacho).

Por otra parte, en contraste con lo anterior, llaman la atención del Tribunal algunos apartes de las declaraciones de las personas involucradas en el cruce de comunicaciones aludido, dentro de las cuales vale resaltar:

En el testimonio el señor Celestino González Cuesta, funcionario de Isolux e interlocutor del primer paquete de correos arriba citado, al ser preguntado sobre el conflicto entre las partes, el desarrollo del proyecto, los problemas surgidos entre Isolux y Contein, los pormenores del proyecto, los correos electrónicos, la firma de documentos, se limitó a señalar ²⁴:

²⁴ Cuaderno de Pruebas No. 5, Folios 296 y ss

"(...) SR. GONZÁLEZ: La verdad es que yo de este proyecto tuve muy poco conocimiento porque yo hacía visitas esporádicas, yo creo que en total al proyecto hice como 3 visitas nada más, 3, 4, porque yo en esos momentos estaba llevando los proyectos in situ donde me encuentro ahora que es en Argentina (...)."

"(...) SR. GONZÁLEZ: La verdad que tengo muy poco conocimiento del conflicto que hay entre las partes, entre Isolux y el contratista (...)."

"(...) SR. GONZÁLEZ: Como le dije yo tengo poco conocimiento de los problemas que tuvieron entre ellos, porque mi participación fue prácticamente escasa en ese proyecto (...)."

"(...) SR. GONZÁLEZ: Yo intervención en el proyecto, ninguna (...)."

"(...) SR. GONZÁLEZ: No sé, pero yo no tengo ninguna potestad para firmar ningún acuerdo, ni ningún contrato, ningún proyecto de Isolux (...)."

"(...) SR. GONZÁLEZ: Yo no puedo firmar, con ya les dije, no puedo firmar ni ningún contrato ni ningún otrosí, no estoy autorizado para la firma de ninguno (...)."

"(...) SR. GONZÁLEZ: Sí, puede ser que sí, los correos sí, pero lo que le quiero decir es que yo no puedo firmar, no estoy autorizado, yo no puedo firmar ningún otrosí ni ningún contrato porque eso es responsabilidad exclusiva del director del proyecto (...)."

A su turno, el señor Juan José Arroyo Saavedra, también de Isolux, otro de los destinatarios de los correos precitados, en algunos de los apartes de su testimonio manifestó²⁵:

"(...) No tenía conocimiento cuando yo me he enterado de este tema, el año pasado más o menos cuando empezaron las primeras reclamaciones de Contein, no tenía conocimiento de que el director de proyecto no hubiera llegado a un acuerdo con Contein en la liquidación (...)."

"(...) Ahí no le puedo hablar con seguridad, no recuerdo nada el otrosí No. 2 ni del 1, porque a mí me llegaban los contratos, o los otrosíes son aceptados y firmados entre el contratista y el director de un proyecto (...)."

²⁵ Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio 299 y ss

En el mismo sentido de ausencia de recuerdos, se pronuncia otro funcionario de Isolux llamado a declarar, el señor Cesar Javier Guerrero Peñarete, quien sobre este particular se manifestó así ante el Tribunal²⁶:

"(...) DR. CUBEROS: Otra pregunta respecto a la documentación, ¿usted ha encontrado un texto de documento que se llamó o iba llamarse el otrosí No. 2 al contrato?"

"SR. GUERRERO: No, lo vi ahora que llegó en la demanda pero no, yo no lo conocía (...)."

En cambio, la memoria y la óptica de los representantes de la parte convocante son bien diferentes, pues sobre este particular el representante legal de Industrial de Pilotajes, señor Jairo Rodríguez Porras, declaró²⁷:

"(...) DR. CUBEROS: Otro tema importante de la reclamación de ustedes la constituye el pago de la segunda máquina que en la contestación de la demanda el doctor Figueroa dice que eso nunca se firmó ni nunca se convino sino que ustedes aportaron la segunda máquina porque era una necesidad de la obra pero no porque se hubiera pactado y que además tampoco estaba firmado nunca, qué pasó con esa segunda máquina entonces?"

"SR. RODRÍGUEZ: Indudablemente era una necesidad de la obra pero la necesidad se creó porque el hincado venía frenado digamos así, no tuvo el rendimiento que se quería por el tema de los planos entonces se llegó un momento en que se reunieron el representante legal del Consorcio cómo solucionamos esto, tenemos que darle una velocidad al contrato que se está demorando, ahí se pusieron de acuerdo y se fijaron en ese documento, ese otrosí, ustedes tienen las pruebas de que mediante correos y mediante esto prácticamente estaba aceptado.

"DR. CUBEROS: Pero ese otrosí nunca se firmó.

"SR. RODRÍGUEZ: Nunca se firmó.

"DR. CUBEROS: Pero el pacto, el acuerdo de que se requería una segunda máquina se pactó que sería a cargo de Isolux?"

"SR. RODRÍGUEZ: Claro.

²⁶ Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio 311 Vuelto y ss

²⁷ Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio 271 y ss

"DR. CUBEROS: Clarísimamente?"

"SR. RODRÍGUEZ: Pero muy claro."

"DR. CUBEROS: Aunque no se hubiera firmado."

"SR. RODRÍGUEZ: Aunque no se hubiera firmado."

DR. CUBEROS: De dónde saca esa claridad señor Rodríguez?"

"SR. RODRÍGUEZ: Esa claridad sale de los correos que se intercambian el Consorcio e Isolux, es más en los representantes porque hubo cambio de representantes de Isolux aquí y se les pide que por favor, que ha pasado tanto tiempo, que por favor que cuándo se va a firmar el otrosí, que ya quedó aceptado, y todo eso está sustentado ahí en los documentos nuestros (...)."

En idéntico sentido, se tiene también la declaración de parte del señor Ernesto Alonso Rodríguez De Francisco, representante legal de Contein y además, del Consorcio, quien sobre este punto declaró²⁸:

"(...) DR. CUBEROS: Usted acaba decir que nos aceptaron una segunda máquina, ese es uno de los pleitos del conflicto, fue una petición del Consorcio el requerimiento de la segunda máquina, fue una necesidad de la obra o fue una exigencia de Isolux?"

"SR. RODRÍGUEZ: Fue una petición de Isolux para recuperar, o sea nos dijeron: cómo pueden recuperar tiempo, cómo pueden entregar el proyecto, ya en menos tiempo pensando en que todavía no estaban todos los diseños completos, entonces la solución fue obviamente hincar más pilotes en menos tiempo, la única forma de hacer eso era incluyendo otra máquina, entonces se habló, se dijo: tiene la posibilidad de la otra máquina?, se les contestó, hay la posibilidad no inmediata, en ese momento creo que la disponibilidad estaba a 20 días o a 15 días, entonces nos dijeron: bueno, inmediatamente puedan enviarlas coloquen la máquina para agilizar eso y paralelamente vamos legalizando un otrosí en el cual les reconocemos el envío, digamos esa máquina se cobró no por metro lineal, digamos el costo que tenía enviar la máquina era de \$400 millones, se puso sobre la mesa la cifra, si dijo: se puede enviar la máquina, eso tiene un sobre costo de \$400 millones por cuestión de

²⁸ Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio 279 Vuelto y ss.

logística, de transporte, operarios y todas esas cuestiones, si ustedes nos reconocen esos 400 estamos dispuestos a llevarla.

"Nos dijeron: sí señores, listo, ahí fue donde se estableció que se debía hacer un otrosí en el cual se reconocieran esos \$400 millones, otrosí que fue ejecutado por Isolux, o sea, fue escrito por Isolux y ellos nos mandaron para que hiciéramos observaciones, lo devolvimos para observaciones y oh sorpresa, ahí comenzó el otro problema delicado de esto, que para mí fue una cosa que me quedé atónito, que después de tatos ires y venires y tratar de solucionarles el problema y tratar de que la cosa se agilizara, comenzamos a ver que había una dilación total en la firma del otrosí, entonces tan fue así que yo tomé la decisión de irme hasta el Alcaraván a hablar directamente allá con los ingenieros a ver qué pasaba, entonces allá me dijeron que el señor estaba en España entonces que estaba próximo a llegar, que apenas llegara se firmaba y que legalizara pero que siguiéramos trabajando y todas esas cuestiones, así nos fueron dilatando el tema."

"(...) DR. CUBEROS: Hay alguna parte de la contestación de la demanda del doctor Figueroa donde dice que fue una decisión, lo dijo textualmente, "una decisión discrecional" del Consorcio el aportarnos la máquina.

"SR. RODRÍGUEZ: No.

"DR. CUBEROS: Fue una solicitud expresa?"

"SR. RODRÍGUEZ: Fue una solicitud expresa en la cual se tuvieron varias reuniones para llegar a ese acuerdo.

"DR. CUBEROS: Pero fue una solicitud que se suponía remunerada, esos correo va, correo viene que usted dice, y en la contestación de la demanda se habla de 23 correos para el otrosí número 2, en todos esos ires y venires y correo va, correo viene, tiene evidencia de que era una aportación remunerada.

"SR. RODRÍGUEZ: Claro, porque el otrosí hablaba claramente de los 400 millones que costaba la segunda máquina y hubo una oferta formal de parte del Consorcio, la cual basado en eso fue que se estableció el hacer el otrosí para el reconocimiento de ese valor y obviamente eso se dio por la necesidad de ellos de poder suplir los tiempos que se habían ido en la entrega tardía de los diseños, entonces la única posibilidad era llevar otra máquina, eso pasó.

"Siguiendo con el tema, de pronto me salto algunas cosas pero las puedo aclarar si es del caso, siguiendo en ese proceso de ires y venires de correos en el cual estaba el texto del otrosí propuesto por Isolux y en el cual se entendía y de buena fe, lo tomamos nosotros así, que eso iba a ser cumplido por Isolux, de un momento a otro vemos que comienza a perderse la gente de Isolux, no aparecía, que el señor Campderá que no, que no está, entonces que quién está encargado, que es que el encargado está en la obra y después que no está, nos duraron, que pena que lo diga tan abiertamente, tomando del pelo de una forma ya un poco descarada, le soy sincero, dilatando el tema.

"Hasta que yo me fui para la obra directamente a pasar qué era lo que pasaba y me dijeron, sí, eso lo vamos a arreglar y que no sé qué, que sí sé cuando, y tenemos una reunión con el señor nuevo que llega a manejar el tema cuando ya Isolux había entrado en cesación de algunos pagos y algunas cosas y el señor dice que el señor Campderá ya no era el interlocutor, que él era el interlocutor, voy a decir una cosa aquí que si tengo que ratificarla la ratifico porque no hay derecho a que a unas empresas muy serias, con 30 y pico de años de ejecución, sin tacha de obras, las traten de ladronas.

"Nos dijo este señor en la reunión: ustedes quién sabe qué arreglo hicieron con el señor Campderá pero yo soy el que voy a hacer la liquidación, entonces eso no tiene presentación, y él dijo: no, yo no reconozco esto, yo no reconozco esto, esta es mi liquidación, cosa que sobre decir que nosotros no podemos aceptar. Para ese momento ya había los problemas que ustedes conocen de toda la historia de la entrega de lo que fe el retiro de Isolux del país. (...)."

"(...) DR. CUBIDES: Usted menciona que recibió el proyecto de otrosí de parte de Isolux, y que le hicieron algunas modificaciones y lo reenviaron, en el proyecto que recibieron se hablaba del costo de la nueva máquina?"

"SR. RODRÍGUEZ: Sí.

"DR. CUBIDES: Y en la respuesta suya también se trató el mismo tema?"

"SR. RODRÍGUEZ: Sí, el mismo documento en el cual se hablaba del costo estuvo allá y estuvo acá, era el mismo documento, los cambios que se le hicieron fue más de forma que de fondo, si usted quiere tener claridad al respecto de eso le sugiero volver otra vez de pronto a leer esta comunicación de septiembre 18 dirigida al señor José Luis Bragado en la cual está la descripción de la cronología y de lo que fue pasando con el proyecto, se hace mención a los correos enviados, a los correos recibidos,

al proyecto de otrosí, a la negativa ya posterior del señor Bragado de aceptar lo negociado con el señor Campderá.

"DR. CUBIDES: Mi pregunta es más precisa, en el primer proyecto que usted recibió del otrosí se hablaba del costo de la máquina?"

"SR. RODRÍGUEZ: Sí.

"DR. CUBIDES: En la suma de \$400 millones.

"SR. RODRÍGUEZ: Sí, el proyecto salió de varias reuniones previas en la cuales se habló cuál era la solución para poder hacer el proyecto y parte de esta solución era el suministro de una máquina que tenía un costo adicional de \$400 millones, eso quedó en las reuniones establecido y de pronto ahí puede haber hasta actas de esas reuniones, no lo tengo perfectamente claro pero puede haber hasta actas de esas reuniones y con base en eso fue que los señores de Isolux hicieron el machote del otrosí para la aprobación nuestra, para los ajustes y para la firma. Firma que como les digo lastimosamente nos fueron dilatando, nos fueron dilatando y nos fueron dilatando, y nos la dilataron tres meses o yo no sé cuántos meses pero claramente a lo último ya se veía que lo que se quería era desconocer eso cuando ya nosotros habíamos enviado el equipo, cuando ya nosotros estábamos haciendo las últimas hincadas de pilotes y todas esas cosas, en ese momento ya estaban dilatando y tan es así que se les entregó la obra y hay un acta firmada de entrega de obra y hay un acta firmada de entrega de los pilotes completos, de los que nos dijeron que había que hacer, de eso quedó constancia en los controles que tenían ellos de obra y quedó constancia de que se hizo. Ellos no tuvieron que contratar por otro lado acabar las cimentaciones que se hicieron hasta el final.

"Hay un dato que me viene a la cabeza en este momento para que ustedes se den cuenta de la situación por la cual pasamos, cuando yo fui a visitar la obra vi otra piloteadora, no nuestra, de otros, y pregunté, nosotros en este medio conocemos a todo el mundo, y por qué están los señores de Terratest aquí, es que como queríamos agilizar el tema les dijimos que trajeran la piloteadora también para que ayudaran a poner pilotes, después me enteré con los señores de Terratest que también les hicieron llevar la máquina, ellos fueron un poquito menos confiados y no arrancaron a colocar ningún pilote hasta que no les firmaran el contrato y no se lo firmaron y no hicieron ningún trabajo con Terratest, y los señores de Terratest sacaron la máquina del proyecto y no les trabajaron, nosotros de buena fe llevamos la máquina, les trabajamos y después desconocieron lo que habíamos acordado. (...)."

"(...) SR. RODRÍGUEZ: El otrosí número 2 si se suscribió.

"DR. FIGUEROA: Si se firmó.

"SR. RODRÍGUEZ: No, no se firmó, de parte nuestra sí se firmó, de parte de los señores de Isolux claramente vinieron las evasivas para firmarlo después de que ya estaba acordado, como consta en los correos que se enviaron, ahí claramente se deduce que fue acordado y aceptado por Isolux, cosa que desconoce el último señor que llegó de Isolux, quiso desconocer con el motivo de no pagar ese compromiso. (...)"

- 3.1 Con miras a determinar el efecto vinculante del enunciado contenido en el aludido anexo, concretamente, en lo concerniente con la incorporación a la actividad desarrollada por la subcontratista de una segunda máquina a cambio de una remuneración adicional de \$400.000.000, es menester, comenzar por precisar que, dejando de lado una perspectiva eminentemente subjetiva de la buena fe, que alude un estado de conciencia, esto es, a un convencimiento acerca de la legitimidad de un derecho o respecto de una situación jurídica, lo cierto es que el acatamiento del mandato de la **buena fe objetiva** impone a los sujetos un deber de comportamiento ceñido a reglas de honestidad y corrección, lealtad, transparencia, diligencia, responsabilidad, consideración del interés del otro, entre los distintos deberes que emanan permanentemente del profuso carácter normativo propio del principio citado.

En consecuencia, la buena fe objetiva presupone que las personas deben obrar en el ámbito de los negocios jurídicos, ya sea en sus etapas preliminares, como en las de ejecución de lo acordado, conforme a concretos criterios de rectitud, corrección y lealtad. Desde esa perspectiva, la buena fe apareja distintas normas de comportamiento implícitas, tanto en el ordenamiento, como en el negocio jurídico, motivo por el cual, de cara a una determinada circunstancia, le imponen al sujeto una conducta encaminada a no agraviar los intereses jurídicos ajenos.

Refiriéndose al tema, ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

"en tratándose de relaciones patrimoniales, la buena fe se concreta, no sólo en la convicción interna de encontrarse la persona en una situación jurídica regular, aun cuando, a la postre, así no acontezca, como sucede en la posesión, sino también, como un criterio de hermenéutica de los vínculos contractuales, amén que constituye un paradigma de conducta relativo a la forma como deben formalizarse y cumplirse las obligaciones. Todo lo anterior sin dejar de lado que reglas tales como aquellas que prohíben abusar de los

derechos o actuar contrariando los actos propios, entre otras, que en la actualidad, dada su trascendencia, denotan un cariz propio, encuentran su fundamento último en la exigencia en comento.

"Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás, en síntesis, pues, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad." (Sentencia del 9 de agosto de 2000, Exp.5372)

- 3.2 Justamente, bajo la premisa de la buena fe, acontece que las actitudes asumidas por un sujeto al exteriorizar los designios de su voluntad, ya sea mediante usos lingüísticos o mediante su mero comportamiento, genera en aquellas personas que son destinatarias de los mismos, expectativas y persuasiones que, en el contexto en el que se han producido, les hacen pensar que determinados derechos o relaciones jurídicas han surgido o se han consolidado, porque conforme a las reglas de la buena fe objetiva no otra cosa puede deducirse. Las conductas y expresiones que una parte exterioriza, generan en la otra confianza y seguridad de manera que le es dado al receptor anidar la firme convicción sobre el sentido de aquellas, su seriedad y carácter vinculante y, fundamentalmente, que no serán desatendidas de manera caprichosa o arbitraria.

Por lo mismo, las exigencias actuales del tráfico jurídico reclaman la coherencia en el comportamiento, esto es la cabal correspondencia de los actos que las personas habrán de ejecutar con aquellos que realizaron con anterioridad y que les han generado a terceros la expectativa de que la persona actuará de conformidad con los comportamientos que hasta el momento ha desplegado. De ahí la importancia de reglas como el "estoppel", o la institución alemana de origen jurisprudencial del "Verwirkung", pero, particularmente, del principio general del Derecho de no contrariar los actos propios ("*venire contra factum proprium non valet*"), "*que en definitiva conclusión, puede anunciarse que es la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que lo realizado en el pasado, que ha servido, a su vez, como determinante o referente del proceder de otras o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas, no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva, caprichosa o arbitraria, si con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás*"²⁹.

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación Civil del 24 de enero de 2011.

"La buena fe, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, implica que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles.

*"El acatamiento de dichos principios implica para el contratante el sentimiento de proceder como lo hace cualquier ser humano digno de confianza, que honra su palabra, que actúa conforme a las buenas costumbres, que respeta a sus semejantes, que responde con honestidad sus compromisos, aviniéndose, incondicionalmente, a reconocer a sus congéneres lo que les corresponde. Obrar dentro de esos parámetros es prohiar conductas que han sido erigidas como referentes sociales de comportamientos apropiados. Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas. Inclusive, bueno es destacarlo, desarrollo de estos parámetros es la regla que impide reclamar amparo a partir de la negligencia o descuido propios: **'Nemo auditur propriam turpitudinem allegans'**".*

*"En cabal realización de estas premisas, las personas, al interaccionar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué grado de confianza merecen o qué duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada **"Teoría de los Actos Propios...** Aparece, entonces, que asumir posiciones diversas y contradictorias respecto de los mismos aspectos fácticos y los mismos intereses económicos, puede constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante³⁰".*

Como ya se ha puesto de presente, las partes discutieron en torno al ingreso de la segunda máquina y acordaron la conveniencia de que se integrara a la obra. Los consorciados, además de dejarlo expresamente consignado en el texto del Otro sí 2, destacaron en sus mensajes que su incorporación tendría un valor adicional de \$400.000.000 que no fueron protestados por la convocada. En el punto sugirió algunas modificaciones en la forma de pago y reiteradamente respondió que uno de sus funcionarios viajaría a firmar el documento. Incluso, cuando llegó la máquina se le permitió su ingreso sin repulsión alguna por ISOLUX y así lo admitió el señor Juan José Arroyo en su declaración.

³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación Civil del 9 de agosto de 2007.

De la actitud asumida por la demandada es dable colegir que aceptó la propuesta de incorporar ese elemento a cambio de una contraprestación económica, como desde un momento le fue subrayado. En ese orden de ideas no es admisible que aduzca, con miras a desconocer la deuda que, a la postre, el documento no se firmó.

Por supuesto que en tratándose de un contrato consensual, como lo es el de este asunto, la suscripción de un escrito es irrelevante cuando ya ha mediado la aceptación tácita de la propuesta mediante el comportamiento asumido por el destinatario. La conducta de las partes es, en este caso, significativa del acuerdo de voluntades cabalmente formado.

En consecuencia, independientemente de que pudiera inferirse que el consorcio demandante se comprometió en su propuesta a alcanzar unas cotas de rendimiento en la hincada de pilotes superior a la capacidad de una máquina, lo cierto es que mediante la correspondencia que se cruzaron y la conducta que sobre el punto desplegaron, siempre quedó clara la incorporación de la segunda máquina que tendría un costo adicional y ninguna objeción planteó al respecto la convocada.

Por tanto, ejerciendo la función integradora de la prueba que compete al juzgador, resulta claro que frente al desequilibrio nemotécnico y conceptual de las declaraciones de las partes, complementado con los demás actos positivos y negativos de éstas sobre el consenso que habría habido entre ellas para la aportación a la obra de la nueva máquina piloteadora y la remuneración que correspondería por la misma, merece mayor credibilidad para el Tribunal la probanza en favor de lo alegado por la parte convocante.

Para el Tribunal es claro que en Derecho Comercial rige el principio general de consensualidad en los términos del artículo 824 de Estatuto Mercantil; que los contratos solamente son solemnes cuando la ley ha establecido para ellos alguna ritualidad particular, lo que no ocurre en este caso y, por ende, que los mensajes de datos tienen plena eficacia para manifestar la voluntad de obligarse, en razón del principio de equivalencia funcional que les confiere la Ley 527 de 1999.

Como arriba quedó resaltado, la parte convocante envió reiteradamente el texto del Otrosí a la parte convocada, quien jamás se opuso de ninguna manera a que existiera tal documento complementario o modificadorio de la contratación, no lo rechazó, no hizo manifestaciones contundentes que desvirtuaran el supuesto contenido, etc., por lo que debe entenderse que aceptó su contenido.

Por consiguiente, es evidente que el denominado Otrosí No. 2 podrá considerarse existente para los efectos puntualmente controvertidos, pues se encuentra probado que, en efecto, se produjo el acuerdo de voluntades.

4. PILOTES FABRICADOS E HINCADOS Y FABRICADOS NO HINCADOS

Como se destaca en las dos pretensiones iniciales de la demanda, (2.1.1. y 2.1.2.), la convocante busca que se le reconozcan conceptos derivados del objeto central del subcontrato cual era *"la fabricación e hincado de pilotes"* los cuales corresponden, puntualmente, tanto a los que se fabricaron e hincaron, como a los que, aun habiendo sido fabricados por el subcontratista, no fueron hincados por cualquier causa no imputable a éste.

Dentro de las pruebas que obran en el proceso sobre este particular, el Tribunal considera pertinente destacar:

En el Subcontrato se pactó al respecto lo siguiente³¹:

"2.1. El precio de este Contrato será la cantidad que resulte de aplicar los precios unitarios que figuran en el presupuesto de ejecución que constituye el Anexo nº. 1 a las obras realmente ejecutadas, según sus correspondientes mediciones mensuales."

Por su parte, el mismo documento, al referirse a unidades de trabajo no previstas, estableció:

"6.3. En caso de que fuera necesario ejecutar unidades no previstas en este contrato, será indispensable tanto para la ejecución, como para su abono, que previamente se haya aceptado por escrito por el CONTRATISTA el precio y nuevo plazo. De no ser así, EL CONTRATISTA declina toda responsabilidad de pago de todos los trabajos efectuados, aún cuando hubiera existido aceptación de su personal. Por tal motivo, EL CONTRATISTA no se hará cargo de cualquier otro trabajo no comprendido en las unidades de obra descritas en el cuadro de precios del presente Contrato, o sus ampliaciones posteriores."

No obstante lo pactado y antes transcrito, es claro para el Tribunal, según la abundante prueba procesal al respecto, que las variaciones que se produjeron en la ejecución contractual en unidades adicionales de piezas fabricadas o en el metraje de éstas, derivaron especialmente de circunstancias no imputables al Subcontratista relacionadas principal, aunque no exclusivamente, con las diferencias en las características del suelo y con las demoras en la entrega de los planos por parte del Contratista.

Esto, porque como se sabe, el Subcontrato derivaba de una propuesta económica del Subcontratista, que en sus partes pertinentes señalaba, entre otras cosas:

³¹ Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 011 a 032.

"La propuesta que se presenta es por la modalidad de precios unitarios. El valor final de la oferta corresponderá a las cantidades realmente ejecutadas por los precios unitarios propuestos³²."

En este sentido, en las observaciones a la propuesta económica se señala:

"Observaciones a la propuesta económica:

"En caso de que un pilote no se puedan hincar en su totalidad por rechazo de suelo, deberá pagar la totalidad del pilote³³."

Dentro de las declaraciones de parte, se destaca sobre este particular la del señor Jairo Rodríguez Porras, representante legal de Industrial de Pilotajes, quien señaló al Tribunal³⁴:

"(...) SR. RODRÍGUEZ: Posteriormente a eso se dio inicio al fundido de los pilotes y al hincado, pero para sorpresa de todo mundo y sobre todo de Isolux el terreno tenía unas condiciones de mayor capacidad portante de la que había establecido el estudio original de suelos, eso implicó para ellos volver a hacer toda una reingeniería del tema porque estaban diseñados unos pilotes de 24 metros y realmente la capacidad de hincada daba 12 o 13 metros y ya presentaban un rechazo importante, a veces hasta antes de los 12 metros, en lo cual Isolux comunicó al propietario de la obra y decidieron volver a hacer un nuevo estudio de suelos con una empresa Geopro, quien ya dictaminó que la longitud de los pilotes debería ser de 12 metros, por cierto eso también implicó una cierta economía del propietario de la obra de pasar de pilotes de 24 metros a 12 metros (...)."

"(...) SR. RODRÍGUEZ: Entregaron los estudios originales y la determinación ya de que eran pilotes de 24 metros lineales, lo que pasa es que subsecuentemente, o sea el sistema nuestro tiene una ventaja, los otros sistemas que hay en el mercado es que como aplicamos la carga directamente al pilote porque es un sistema que el pilote es así, viene la máquina, lo aprieta y lo empuja, digamos que estamos sabiendo más o menos qué cargas se le están aplicando al pilote, con base en eso y dado el rechazo se llamó a los señores de Isolux y se mostró que el suelo estaba presentando un rechazo muy importante para hincar pilotes de 24 metros, a lo que ellos se dieron cuenta y obviamente mandaron a hacer nuevamente un estudio de suelos ya más real digámoslo así, y ese como consecuencia... disminuir la longitud del pilote en una forma importante,

³² Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 211 a 219

³³ Cuaderno de Pruebas No. 1 Folio 214

³⁴ Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio 271 y ss

entonces fue una economía para el propietario de la obra y ya se hizo el estudio y con base en eso ellos tenían que hacer una reingeniería total de la cimentación porque cambió todo en la parte que implica la cimentación profunda que es lo nuestro (...)."

"(...) SR. RODRÍGUEZ: Esa reingeniería yo no lo entendería muy bien porque no es de nuestro círculo digamos así, pero vino incremental, o sea de los 28 mil metros lineales de pilote generalmente se fabricaron 38 mil, hubo un incremento muy importante en metros lineales pero más importante de eso es que el número de pilotes que originalmente como manifesté eran mil ciento algo, pasó a ser como 3.100, pero todos estos cambios además de la reingeniería que hicieron originalmente estos incrementos se fueron presentando en el transcurso del tiempo, no fueron todos entregados en el mes de abril, o sea los planos definitivos no fueron entregados en el mes de abril sino fueron entregándolo poco a poco e incrementando el número de pilotes (...)."

En sentido similar se manifestó el representante legal de Contein y del Consorcio, señor Ernesto Rodríguez De Francisco, de la siguiente manera³⁵:

"(...) Un dato tip muy específico acá, cuando se terminó el contrato, la fecha de terminación del contrato que era abril, no me acuerdo exactamente pero mes de abril, solo nos habían entregado el 50% de los diseños, quedaba todavía por hincar si no estoy mal algo así más de 1.500 metros lineales de pilote o 2 mil metros lineales de pilote porque no habían salido los diseños para decir: aquí van en esta localización los pilotes, y esa entrega de diseños se fue hasta el mes de junio o hasta el mes de julio, los últimos que entregaron, con la característica de que en los dos últimos meses cambiaron como dos o tres veces la cantidad de pilotes que querían que les hiciéramos, inicialmente eran 2.900, después dijeron que no, que 3 mil, después 3.200, aquí en esta comunicación está el resumen de eso, entonces subían, bajaban, que fabriquen más, que fabriquen menos, pero hasta última hora estuvimos recibiendo planos, en las reuniones con el señor Campderá que en su momento era el director de proyecto, previo a esta situación cuando ya los tiempos se estaban acabando y no habían salido los diseños fue que se tomó la decisión de parte de Isolux de aprobarnos llevar una segunda máquina para el hincado de los pilotes, ese proceso lastimosamente puedo decir que hasta donde yo conozco fue una decisión técnica sensata del señor Campderá en la cual se determinaron todas las cosas, ahí están todos los correos que van y todos los correos que vienen aceptando esa situación.(...)"

³⁵ Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio 279 Vuelto y ss

Por su parte, al rendir su dictamen sobre este punto, el perito en Ingeniería Civil señaló³⁶:

"(...) En el balance final de fabricación el subcontratista construyó más pilotes de los que requería el proyecto, esto debido a la falta de planeación ocurrida por la entrega tardía de los planos de ubicación de los pilotes por parte del contratista. En consecuencia, estos pilotes que se construyeron de forma adicional deben ser reconocidos por el contratista al subcontratista."

En cuanto a la primera categoría arriba mencionada, los que finalmente fueron hincados, señala el perito en su dictamen:

"(...) De los pilotes fabricados e hincados se tienen registros de 3,073 (incluyendo los siete pilotes de prueba y los quince adicionales). De estos registros se tiene una longitud de hincado, según la revisión hecha a cada registro, de 36,121.3 y una longitud de rechazo de 754,7 (ver Tabla 6.1.). Esta parte del pilote que no pudo ser hincada por condiciones intrínsecas del subsuelo debe ser reconocida para pago como pilote fabricado."

"TABLA 6.1. PILOTES HINCADOS"

DESCRIPCIÓN	CANTIDAD (UNIDAD)	HINCADO (ML)	CABEZA DE PILOTES (ML)	TOTAL
Requeridos por el diseño	3,051	35,883	729	36,612
Adicionales	15	174	6	180
Prueba	7	64.3	19.7	84
TOTAL	3,073	36,121.3	754,7	36,876

"Los pilotes fabricados y no hincados se contabilizan como 107, los cuales 3 presentaron rotura en su manejo por parte del subcontratista (ver anexo 8.4), por lo que se tienen 104 pilotes para su reconocimiento para una longitud correspondiente a 1,248 metros lineales."

"En conclusión, el reconocimiento al subcontratista por este ítem sería de 2,002.7 metros lineales, equivalente a la sumatoria de los pilotes"

³⁶ Cuaderno de Pruebas No. 13, Folio 033 y ss

fabricados y no hincados 1,248 ml más la cabeza de los pilotes hincados 754,7 ml.”

Por consiguiente, respecto al primer concepto señalado, Pilotes Fabricados e Hincados, se tiene que el perito reconoce que hay unos metros de éstos pendientes de liquidación, cuyo valor cuantifica en \$911.789.747,70³⁷, monto que sin embargo, es calculado por la convocante en \$903.769.618,26³⁸. Por tanto, ante la norma procesal que prohíbe al juez condenar por cantidad superior a la pretendida en la demanda³⁹, el Tribunal tomará en cuenta esta última como base de liquidación y a ella le aplicará el descuento correspondiente al valor del acero suministrado por la convocada, en cuyo valor hay consenso en la liquidación propuesta por ambas partes⁴⁰ y en la propuesta por el perito, \$249.193.222, para el valor reclamado en la pretensión analizada, esto es, un neto de \$654.576.394.

Ahora bien, respecto al segundo concepto, el de los pilotes fabricados no hincados a que alude la pretensión 2.1.2., se trata entonces de un ítem que también se acreditó debidamente, generado por razones imputables al contratista, según lo expuesto y también corroborado por el perito, que éste, según lo reseñado en el punto 6.1. de su dictamen y liquidado en la tabla 7.10 del mismo, cuantificó en \$114.745.122,07⁴¹ que reconocerá el Tribunal en el laudo a favor del subcontratante.

5. MAYOR VALOR DEL ACERO UTILIZADO Y MANO DE OBRA ADICIONAL

En la pretensión 2.1.3. de su demanda, la parte convocante reclama pagos por concepto de mayor valor del acero utilizado y mayor valor por mano de obra, como consecuencia de la modificación de los diseños de los pilotes.

Como anteriormente se ha reseñado, el Subcontrato de Obra se celebró bajo la modalidad de precios unitarios, que se pactaron como fijos y no sujetos a revisión, siempre y cuando la obra se iniciara en la primera semana de diciembre de 2011, tal como se estableció en los numerales 2.1. y 2.3. del mismo⁴².

A este propósito, el representante legal de Contein y del Consorcio, señor Ernesto Alonso Rodríguez De Francisco, explicó al Tribunal⁴³:

³⁷ Cuaderno de Pruebas No. 13, Folio 50, Tabla No. 710

³⁸ Demanda Reformada, Pretensión 2.1.1.

³⁹ C.G.P. Art. 281, inciso segundo

⁴⁰ Cuaderno de pruebas No. 13, Tabla 5.7. Folio 029, ítem 9

⁴¹ Cuaderno de pruebas No. 13, Tabla 7.10, Folio 051, ítem 2

⁴² Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 012 y 013

⁴³ Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio No. 279 Vuelto y ss

"(...) DR. MUNAR: Le entendí que para lograr esa extensión de 24 metros de todas formas se hacían pilotes de 12 metros que a través de un proceso llamado por juntas daban los 24 metros.

"SR. RODRÍGUEZ: Se unía uno con otro, haga de cuenta 12 lápices que se unen, la unión requiere un elemento metálico que es la junta.

"DR. MUNAR: Pero el pilote se hacía de 12 metros y se juntaba con otro para los 24.

"SR. RODRÍGUEZ: Exactamente.

"DR. MUNAR: Eso lo debemos entender como cierto.

"SR. RODRÍGUEZ: Exacto, se juntaba y se soldaba.

"DR. MUNAR: Igualmente significa que los pilotes que se habían hecho hasta ese momento estaban cortados todos de 12 metros y que por lo tanto no se iban a perder porque lo que no se iba a necesitar era juntarlos pero los pilotes hechos.

"SR. RODRÍGUEZ: Sí, y así fue y se usaron pero lo que sí se perdió fue la junta.

"DR. MUNAR: Por favor explíquenos qué es una junta, cómo se hace la junta y qué valor aproximado puede tener una junta.

"DR. CUBEROS: Y le complemento, y por qué se pierde y no se deja para otra obra o para otra cosa o se devuelve.

"DR. CUBIDES: O para la misma obra más adelante.

"SR. RODRÍGUEZ: Voy a comenzar de atrás para adelante, por qué se pierde, porque ese es un elemento metálico que en el momento en el cual se hace el prefabricado, se funde el elemento que se vacía concreto en una formaleta ese elemento queda... en el pilote, o sea ya queda siendo parte del pilote, no es que yo lo pueda separar y decir: aquí la separo y entonces la voy a vender por otro lado o me sirve para el próximo trabajo, o sea, queda ya embebido en el pilote, por esa razón la junta se pierde, por qué no se pierde el pilote, porque el pilote a pesar de que tenga una junta metida en su punta yo lo puedo hincar, yo lo puedo meter a la máquina y le pongo presión y lo hinco, y así fue lo que se hizo porque obviamente no tenía sentido botar los pilotes que debieron haber quedado con junta, esos se hincaron así pero claramente esas juntas

nosotros las cobramos porque era lo que estaba técnicamente, nos habían dicho técnicamente que había que hacer entonces lo que estaba previsto técnicamente (...)."

Estima el Tribunal que la utilización de mayores cantidades de acero y el empleo de mayor mano de obra alegados por la convocante no requieren mayor análisis probatorio adicional, pues, aunque hay diversas probanzas al respecto, lo cierto es que la propia convocada reconoce tales circunstancias⁴⁴ como lo corrobora el perito ingeniero en su Dictamen al analizar el proyecto de liquidación elaborado por la convocada.

En cuanto a lo primero, según el dictamen pericial, la liquidación propuesta por el contratista, incluye los siguientes ítems⁴⁵:

No.	DESCRIPCIÓN	UNIDAD DE MEDIDA	PENDIENTES DE LIQUIDACIÓN	PRECIOS APLICADOS COP	IMPORTES QUE RESULTAN
3	MAYOR CUANTÍA DE HIERRO UTILIZADO	KG	8.564,28	\$1850	\$ 15,843,918
4	MANO DE OBRA COLOCACIÓN MAYOR CUANTÍA DE HIERRO	KG	8.564,28	\$ 250	\$ 2,141,070

Por su parte, la del subcontratista sobre los mismos conceptos es la siguiente ⁴⁶:

No.	DESCRIPCIÓN	UNIDAD DE MEDIDA	PENDIENTES DE LIQUIDACIÓN	PRECIOS APLICADOS COP	IMPORTES QUE RESULTAN
3	MAYOR CUANTÍA DE HIERRO UTILIZADO	KG	8.564	\$1,850	\$ 15,843,400
4	MANO DE OBRA COLOCACIÓN MAYOR CUANTÍA DE HIERRO	KG	8.564	\$ 250	\$ 2,141,000

Finalmente, el perito compara las dos liquidaciones y hace la suya propia⁴⁷, y allí se destaca que existen discrepancias menores entre ambas, por cuanto la primera, la del contratista, incluye algunos decimales en los pendientes de liquidación, lo cual arroja unas diferencias mínimas en el saldo final, de tan solo quinientos dieciocho pesos (\$518), para el primer concepto y setenta pesos (\$70) para el segundo, que son partidas prácticamente inateriales pero, además, como según la ley el Juez no

⁴⁴Cuaderno de pruebas No. 4 , Folio 243

⁴⁵ Cuaderno de Pruebas No. 13, Folio 029

⁴⁶ Cuaderno de Pruebas No. 13, Folio 030

⁴⁷ Cuaderno de Pruebas No. 13, Folio 051

puede reconocer al demandante más de lo pedido, el Tribunal habrá de reconocerle por el primer concepto exactamente el valor reclamado en sus pretensiones \$15.843.918 por mayor valor del acero utilizado y \$2.141.070 por el segundo, esto es, por el mayor valor de la mano de obra, partidas ligeramente superiores al cuadro reseñado por el perito en la página 29 de su dictamen, pero coincidente con el cuadro de la página 28 que corresponde a la propuesta del contratista.

6. LA CONSTRUCCIÓN DE LA PISTA

Como quiera que la convocante reclama un pago "*por concepto de haber tenido que asumir el costo de la construcción de una pista de 50 m x 40 m y 0.1 m de profundidad (...) labor que correspondía efectuar a ISOLUX, de acuerdo a lo establecido en la comunicación C-610-11 del 16 de noviembre de 2011, que hacen parte de la documentación contractual, según lo establecido en la cláusula 21 del contrato*⁴⁸", destaca el Tribunal:

El documento en cita contiene ciertamente la "*Propuesta Pilotaje Hincado Planta Integrada de Producción de Etanol Carburante "El Alcaraván"*" formulada por el Consorcio a Isolux, que al determinar el alcance señaló:

(...) "No incluye:

"Suministro de un área para prefabricación de los pilotes, la cual se estima, para la opción de un plazo de tres meses de hincas, de 2.000 M2 de superficie. Esta área deberá ser entregada por ISOLUX, con un relleno compactado al 95% del Proctor y una losa de hormigón de 10 cm de espesor armada con una malla electrosoldada para control de retracción del concreto suministrados (...)." ⁴⁹ (sic).

Sobre este aspecto de la controversia se tiene, entre otras, la declaración de parte del representante legal de uno de los integrantes del Consorcio, Industrial de Pilotajes, el señor Jairo Rodríguez Porras, quien indicó⁵⁰:

"(...) SR. RODRÍGUEZ: En el inicio del contrato había una condición que era muy importante que era la entrega de la pista de pre fabricación por parte de Isolux, esa pista nunca fue terminada de construir por ellos, solamente hicieron la sub base pero no hicieron la placa en concreto, lo que generó ya de por sí una demora en poder fundir los pilotes prefabricados, esa situación al final nos tocó asumirla a nosotros porque de alguna manera tenemos que empezar y se fundió una pista de 2 mil

⁴⁸ Pretensión 2.1.4 de la demanda

⁴⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1 Folios 211 y ss

⁵⁰ Cuaderno de Pruebas No. 5 Folios 271 y ss

metros cuadrados sobre un terreno de 3.700 metros cuadrados que ellos ya habían alistado, que por cierto esa obra hasta el momento no ha sido reconocido su valor de construcción (...)."

La ejecución de los trabajos reclamados no tiene mayor discusión, porque así como está claro que fue una tarea expresamente excluida por el subcontratista en su oferta, resulta nítido que el contratista reconoce que tales trabajos efectivamente estuvieron a cargo de aquel, al punto que la "Prefabricación patio" constituye uno de los ítems incluidos por Isolux en su propuesta de liquidación del contrato, aunque por un valor diferente al ahora reclamado, según lo reseña el perito ingeniero en la Tabla 5.7 de su dictamen⁵¹.

Entonces, en ese sentido resulta pertinente la liquidación de tales trabajos, respecto a la cual el perito Ingeniero concluyó en su dictamen⁵²:

"Esta placa finalmente no fue entregada por el contratista y tuvo que ser construida por el subcontratista según se registra en la bitácora de campo del 18 de enero de 2012 y en el registro fotográfico suministrado al perito (...)."

"Dentro de las buenas prácticas de la ingeniería, es recomendable construir una pista en concreto para la fabricación de pilotes donde el área lo permita, con ello se reduce el riesgo de accidentes laborales y ofrece un mejor manejo constructivo. Por lo anterior, se considera acertada la reclamación hecha por el subcontratista en relación al pago por la construcción de la placa o pista de prefabricación."⁵³

Dado lo expuesto, el Tribunal habrá de reconocer el valor calculado por el perito para tal concepto, según la tabla 7.10 del dictamen, que asciende a \$9.353.056.68.

7. EL PAGO AL CONSORCIO DE LOS COSTOS DE TRASLADO, PUESTA EN FUNCIONAMIENTO Y POSTERIOR MOVILIZACIÓN DE UNA SEGUNDA MÁQUINA DE PILOTAJE.

En la pretensión 2.1.5 de la demanda, la parte convocante pide que se declare que la convocada debe cancelar al Consorcio demandante la suma de \$400.000.000 "acordada entre las partes por el traslado a la obra de una segunda máquina de pilotaje, la puesta en funcionamiento y su posterior desmovilización."

⁵¹ Cuaderno de Pruebas No. 13, Folio 029

⁵² Cuaderno de Pruebas No. 13, Folio 032 y ss

⁵³ Cuaderno de Pruebas No. 13, Folios 033 a 036

Ya se ha hecho referencia en otros apartes del Laudo a la razón de ser de esta reclamación, que la convocada rechaza por considerar -entre otras razones- que la segunda máquina piloteadora aludida, era un ofrecimiento hecho en su momento por el propio Consorcio sin estipulación de contraprestación adicional; que el traslado, utilización y desmovilización, aunque en efecto se dieron, obedecieron a necesidades propias del contrato y del resorte del mismo subcontratista, quien la requería para cumplir con lo pactado y en alguna medida, para compensar sus propias ineficiencias en el proceso constructivo y, finalmente, que el pago ahora reclamado pretende soportarlo el subcontratista en el denominado Otrosí No. 2, que nunca se firmó y sobre el cual, ni siquiera hubo nunca acuerdo entre las partes.

Respecto a lo primero, es claro para el Tribunal que en el punto 3.3. del Subcontrato de Obra se pactó ⁵⁴:

"Si a juicio de EL CONTRATISTA, no fuera adecuado el ritmo de trabajos para lograr el cumplimiento del plazo o plazos establecidos, podrá solicitar a EL SUBCONTRATISTA la aceleración de los mismos, comprometiéndose EL SUBCONTRATISTA a aportar la maquinaria, medios auxiliares y personal que se le solicite, sin que por esta causa, tenga derecho a reclamación alguna."

Adicionalmente, también es cierto que en su oferta del 16 de noviembre de 2011, soporte de la contratación, el Consorcio oferente señaló⁵⁵:

"En Bogotá, tenemos otra máquina similar disponible en caso de necesidad y en mes y medio está prevista debe la llegada de otra (sic)."

Igualmente se observa, para los efectos de este análisis, que en la oferta aludida el consorcio manifestó, a propósito del equipo ofrecido, lo siguiente:

"Equipo:

*"El equipo disponible para del hincado de los pilotes es:
Tipo: Compactadora hidráulica estática de pilote."*

Modelo: Z YJ 240.

Año: 2009.

Fuerza máxima de Hinca: 120 Toneladas y 200 Toneladas con lastre.

Mordaza cuadrada y redonda de ocho cilindros.

*Tamaño de pilotes 25 × 25 hasta 50 × 50."*⁵⁶

⁵⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 011 y ss

⁵⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 211 y ss

⁵⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, Folio 214

Destaca el Tribunal entonces, al integrar e interpretar tanto el contrato como la ejecución de las labores contratadas, que el subcontratista ofreció un equipo básico para la realización de los trabajos, que es el arriba especificado, adecuado -según él- para condiciones normales de ejecución, no obstante lo cual señaló también que, en caso de requerirse, existía equipo de respaldo, lo cual no quiere decir, de manera alguna, que lo estuviera poniendo a disposición de la obra y que estuviera dispuesto a aportarlo a ésta sin contraprestación alguna de requerirse equipo adicional por causas externas, es decir, ajenas por completo a su responsabilidad.

No puede aceptar el Tribunal que la interpretación de la cláusula 3.3. del Subcontrato, arriba transcrita parcialmente, pudiera facultar al contratista para imponer equipo, medios, o personal auxiliar para acelerar los trabajos sin contraprestación, si el eventual retraso en los mismos pudiera deberse a causas no imputables al subcontratista, porque ello constituiría un abuso del primero contra este último y conduciría a un desequilibrio contractual, con el consiguiente enriquecimiento injustificado de aquel en detrimento de éste.

En el presente caso se ha evidenciado que quien dio lugar a los cambios producidos en la ejecución y ritmo del Subcontrato fue el propio contratista, quien a pesar de haber resarcido al Consorcio -en alguna medida- a través de lo pactado en el Otrosí No. 1 y en el Acuerdo de Compensación por tiempo improductivo, continuó afectando el ritmo de la ejecución del contrato, especialmente con *"la entrega tardía de los planos de ubicación de los pilotes⁵⁷"*. Ello, a pesar del concepto del mismo perito, quien sostiene que *"no se le debe reconocer la utilización del segundo equipo al Subcontratista⁵⁸"*, porque para arribar a dicha conclusión el experto se limitó a comparar el rendimiento de hincado del subcontratista con el rendimiento teórico de la máquina propuesta, cuando lo cierto es, para el Tribunal, que esa era una sola de las variables a considerar, pero que existían otras más, especialmente relacionadas con el ritmo de entrega de los planos, que tuvieron el efecto de trasladar la responsabilidad al contratista.

A este propósito el señor Juan José Arroyo Saavedra, quien en su momento fue funcionario de Isolux, involucrado en los correos a que se hizo referencia anteriormente, sobre este particular declaró⁵⁹:

"(...) Una segunda piloteadora no hubiera sido necesario, esa segunda piloteadora bajo mi criterio, llevado a nivel de construcción, habría sido necesaria anteriormente, dado el gran retraso que tenía concretamente Contein, pero yo ahora añado un punto personal, el avance y retraso de Contein no estaba realmente en la máquina piloteadora y en la hincada sino en la campaña de producción de pilotes, la campaña de producción de pilotes

⁵⁷ Cuaderno de Pruebas No. 13, Dictamen Pericial, Numeral 6.1., Folio 33

⁵⁸ Cuaderno de Pruebas No. 13, Dictamen Pericial, Numeral 6.1., Folio 37

⁵⁹ Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio 299 y ss

por parte de Contein no era capaz de sacar suficiente producción de pilotes para dar trabajo a la máquina, de hecho que cuando llegó la segunda máquina nunca llegó a funcionar, fue suficiente con una única máquina.

"¿Por qué llegó una máquina, quién mandó una máquina?, lo desconozco y no lo sé exactamente, bajo mi criterio como técnico, como ingeniero que soy, en el momento que llegó estaba fuera de lugar y es más, no se usó (...)"

En este sentido, el Tribunal considera del caso destacar algunos apartes de la declaración del señor Ernesto Alonso Rodríguez De Francisco, representante legal de Contein y del Consorcio, quien señaló⁶⁰:

"(...) DR. FIGUEROA: Yo quisiera, si es correcta la lectura que acabo de hacer respecto del documento, esta es la comunicación que acabo de enunciar y la remisión y la disponibilidad donde dice: en Bogotá tenemos una máquina similar disponible en caso de necesidad en un mes y medio estará prevista debe llegar a la obra, está firmada por usted, Ernesto Rodríguez de Francisco, de fecha 16 de noviembre 2011.

"SR. RODRÍGUEZ: Hago la claridad, qué es caso de necesidad, caso de necesidad es que se requiera por causas nuestras llevar un equipo de remplazo, ejemplo: se dañó la piloteadora entonces aquí estamos diciendo: señor cliente, nosotros tenemos como empresa que hacemos este tipo de trabajos no solo una máquina sino tenemos otra máquina que la podemos poner a su disposición en un mes y medio si es necesario, pero aquí no le estamos diciendo: señor, yo le voy a enviar otra máquina y se la voy a enviar gratis, eso no lo estoy diciendo ahí ni lo firmé, no se está diciendo ni que se va a enviar otra máquina gratis ni que se va a enviar sin el requerimiento de ellos, está de nuestra autonomía ni hay una falla en el equipo tener otro equipo para suplir el trabajo que se está contratando."

Como si lo anterior no bastare como argumento, es claro que el perito no podía conceptuar en contra del propio reconocimiento hecho por el mismo contratista en el Otrosí No. 2 -cuyo valor probatorio ha sido reconocido ya, dadas las circunstancias- como quiera que en las tratativas orientadas al mismo, éste aceptó pagar compensación por la utilización de la segunda máquina piloteadora obligada por las circunstancias.

⁶⁰ Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio 277 Vuelto y ss

Finalmente, reiterando lo relativo a la existencia y validez del denominado Otrosí No. 2 por no haber sido suscrito nunca por las partes, en el numeral tercero precedente ha quedado claro que según los documentos contenidos en el Cuaderno de Pruebas No. 5, existió un acuerdo tácito de voluntades en los cruces de correos electrónicos que se dieron entre los representantes de las partes, lo cual se complementó, además, con la aquiescencia tácita del contratista al permitir el ingreso a obra de la segunda máquina piloteadora y al no haberse opuesto jamás al cobro que pretendía el subcontratista, contenido en el numeral 6 del pretendido documento.

Así las cosas, el no haber rechazado el contratista el contenido del Otrosí aludido y el haber admitido el ingreso del equipo a la obra sin objeción alguna, además del amplio intercambio de correos sobre la materia en el sentido de aceptar la propuesta, constituyen indicios en contra de su oposición que forman parte también de la buena fe contractual, principio cardinal del derecho contractual según el cual, las conductas positivas y omisivas de Isolux no pueden liberarla del pago de unas prestaciones a favor del subcontratista que legítimamente confió en que el contenido del Otrosí No. 2 se encontraba aceptado y actuó de conformidad con el mismo, en paralelo con el proceso de formalización del Acuerdo, que nunca se dio por razones imputables al contratante.

Por tanto, bajo las precedentes consideraciones, el Tribunal accederá al reconocimiento pedido por la convocante en la pretensión 2.1.5., cuyo valor estaba previsto en el prenombrado Otrosí No. 2, tácitamente aceptado por la convocada, en la suma de \$400.000.000.

8. EL PAGO POR LAS JUNTAS

En la pretensión marcada como 2.1.7. de la demanda, la convocante busca que el Tribunal declare que Isolux debe cancelar al Consorcio *"la suma de \$33.329.625,00 por concepto de 175 juntas a razón de \$150.000,00, más el correspondiente A.I.U. del 26,97%, para un total unitario de \$190.455,00"*.

Ya se vio, al analizar la pretensión 2.1.3., la declaración del representante legal de Contein y del Consorcio referente a la razón de ser del pago reclamado por las juntas.

Coincidente con ello es el dictamen del perito ingeniero quien concluye⁶¹:

"(...) Por lo anterior, las juntas para pilotes no estaban incluidas dentro del APU propuesto por el subcontratista para el prefabricado e hincado de dichos elementos a una longitud de 24 metros, por lo cual se deben

⁶¹ Cuaderno de Pruebas No. 13, Folio 039 y ss

reconocer en el caso de que sean requeridas y no descontadas del valor del APU como lo propone el contratista.

"De acuerdo con la información extractada de la reforma de la demanda y la contestación a la reforma a la demanda, este perito pudo establecer que el subcontratista utilizó 175 juntas metálicas para 300 pilotes (...)

Igualmente, al proponer la liquidación final del contrato, en el cuadro respectivo el perito ingeniero señala sobre este ítem⁶²:

No.	DESCRIPCIÓN	UNIDAD DE MEDIDA	PENDIENTES DE LIQUIDACIÓN	PRECIOS APLICADOS COP	SUBTOTAL
5	JUNTAS	UNIDAD	175.0	\$ 190.455	\$33.329.625.00

Lo anterior coincide con el contenido del punto sexto del Otrosí No. 1 en el que se acordó:

"3. MEDICION. En la oferta se estimará un número orientativo de metros lineales de pilotes que se hincarán en obra, que podrá variar en más o en menos tanto en valor absoluto como en proporción recíproca por la inclusión o supresión de nuevas unidades de obra. La medición final de los pilotes se realizará teniendo en cuenta los metros lineales de pilotes hincados y el número de juntas colocadas. La medición considerada como hincada para cada pilote será siempre la realmente hincada. En el caso de no poder hincar la totalidad de la unidad del pilote prefabricado, se liquidará el valor acordado para el ítem (...)."

De la estipulación precedente desgaja el Tribunal dos consideraciones concretas: la primera, que se consideraba separado el valor del metro lineal del valor de la junta; y la segunda, que a sabiendas de que no se necesitarían, en principio, nuevas juntas, las partes no aludieron a que debía descontarse de la medición el valor de estas. Si las cosas son de este modo, debe colegirse que se halla fundada la experticia, destacando por demás que sobre el punto ningún reparo hizo la convocada.

Por la misma razón tampoco hay lugar a descontar el valor de las juntas del precio unitario del metro lineal hincado.

De esta manera, el Tribunal habrá de declarar próspera esta pretensión, la 2.1.7., en la cuantía y por el concepto precitados.

⁶² Cuaderno de Pruebas No. 13, Folio 051 y ss

9. PAGO A LOS 60 DÍAS DE TERMINACIÓN

La convocante pretende en su demanda, bajo el numeral 2.1.6., que se declare que las sumas adeudadas *"debían haber sido pagadas por ISOLUX a los sesenta (60) días de la terminación de la obra, que según las partes lo fue el 1º de agosto de 2012"*.

Revisado el acervo probatorio y las conclusiones a las que ha llegado el Tribunal sobre el mismo, resulta que mientras algunas de las partidas reclamadas estaban sujetas a discusión entre las partes y por tanto, era razonable su no pago por el contratista; respecto a otras, en cambio, no existía discusión entre aquellas, por lo cual el pago de estas últimas debería haberse hecho en la forma contractualmente pactada.

Sobre este particular se destaca que el Subcontrato de Obra dispuso⁶³:

"(...) 7.12. Forma de pago: EL CONTRATISTA pagará al SUBCONTRATISTA el importe de sus facturas, mediante Transferencia bancaria a 60 días, excepto el hito de pago anticipado (...)."

Por su parte, si la cuestión hiciera referencia a cuentas pendientes para la liquidación final del contrato, la cláusula respectiva estableció:

"(...) 7.18. La liquidación final del presente contrato, se realizará de mutuo acuerdo entre las partes en un plazo máximo de veinte (20) días, si dicho acuerdo no se alcanzase, aplicará establecido (sic) en la cláusula 18 del presente contrato (...)."

Resalta el Tribunal, primeramente, que la cláusula citada para la liquidación no es la aplicable, por cuanto ésta se refiere a la validez del contrato, pero lo que resulta claro es que las partes tenían mutuamente un término de veinte (20) días para efectuar los pagos de las partidas no controvertidas.

En lo referente a la fecha que estima la convocante aplicable para iniciar el conteo del término del pago, encuentra el Tribunal que, en efecto, la obra física se terminó el 1 de agosto de 2012 -según el Otrosí No. 2 el plazo final era el 4 de agosto- como lo acredita el perito en la página 18 del dictamen.⁶⁴

En el orden de ideas citado y según el análisis y conclusiones precedentes, es claro que las partes han debido proceder a la liquidación del Subcontrato en el término pactado, veinte (20) días y al existir acuerdo entre ellas sobre las partidas señaladas

⁶³ Cuaderno de Pruebas No. 5, Folio 011 y ss

⁶⁴ Cuaderno de Pruebas No. 13, Folio 019

en las pretensiones 2.1.1., 2.1.3. y 2.1.5., ha debido Isolux proceder a su pago, dentro de los sesenta (60) días siguientes, puesto que respecto a aquellas no había conflicto ni discusión y por tanto, tampoco razón que justificara la demora de Isolux en reconocer y hacer el pago pertinente. Así, con respecto a estas partidas, habrá de accederse a la declaración pretendida, destacándose que, por tratarse de un término contractualmente pactado, los días a que alude la cláusula 7.18 del contrato, han de entenderse días calendario, a tono con lo dispuesto en el parágrafo primero del artículo 829 del Código de Comercio.

Ahora bien, en cuanto a las demás partidas señaladas y que concederá el Tribunal resulta evidente que fueron objeto de controversia entre las partes, al punto de ser también objeto del litigio que ahora se desata, por lo que, ante la indeterminación sobre su responsabilidad o cuantía, no podrá declararse como procedente la pretensión en comento.

Así las cosas, el Tribunal declarará que las partidas mencionadas en las pretensiones 2.1.1., 2.1.3. y 2.1.5. de la demanda, por un valor en conjunto de \$1.072.561.382, correspondientes a conceptos en que las partes estuvieron de acuerdo por su manifestación expresa o por la apreciación probatoria del Tribunal como se expresó atrás, debieron quedar pagadas por la entidad contratista a más tardar el 1° de octubre de 2012, es decir sesenta días después de la terminación de la obra. Al no haberlo hecho se causan intereses moratorios.

La causación de intereses moratorios deviene, primeramente, de la naturaleza mercantil de las obligaciones impagadas, para las cuales el artículo 65 de la Ley 45 de 1990 dispone que “el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella”. De otro lado, y en cierto sentido en forma complementaria de este artículo 65, el artículo 884 del Código de Comercio precisa que en ausencia de tasa fijada por las partes la moratoria será equivalente a una vez y media el interés bancario corriente.

Esta tasa moratoria se causará entonces desde el primero (1°) de octubre de 2012 hasta el 22 de noviembre de 2017, fecha del presente Laudo, y asciende a la suma de \$1.489.105.611 conforme a la liquidación que obra en siguiente cuadro:

Consorcio ACR, Industrial de Pilotaje, Contein vs ISOLUX

Liquidación intereses moratorios (tasas efectivas)

Período	Capital	Tasa Bancaria Corriente Anual	Tasa Moratoria Anual	Tasa Moratoria Mensual	Intereses Período (moratorios)
----------------	----------------	--	-------------------------------------	---------------------------------------	---

Tribunal Arbitral de **Contein SAS y Otros**
 Contra **Isolux Ingeniería S.A. Sucursal Colombia**

oct-12	1,072,561,382	20.89	31.34	2.2978	24,645,315
nov-12	1,072,561,382	20.89	31.34	2.2978	24,645,315
dic-12	1,072,561,382	20.89	31.34	2.2978	24,645,315
ene-13	1,072,561,382	20.75	31.13	2.2841	24,498,375
feb-13	1,072,561,382	20.75	31.13	2.2841	24,498,375
mar-13	1,072,561,382	20.75	31.13	2.2841	24,498,375
abr-13	1,072,561,382	20.83	31.25	2.2919	24,582,034
may-13	1,072,561,382	20.83	31.25	2.2919	24,582,034
jun-13	1,072,561,382	20.83	31.25	2.2919	24,582,034
jul-13	1,072,561,382	20.34	30.51	2.2438	24,066,132
ago-13	1,072,561,382	20.34	30.51	2.2438	24,066,132
sep-13	1,072,561,382	20.34	30.51	2.2438	24,066,132
oct-13	1,072,561,382	19.85	29.78	2.196	23,553,448
nov-13	1,072,561,382	19.85	29.78	2.196	23,553,448
dic-13	1,072,561,382	19.85	29.78	2.196	23,553,448
ene-14	1,072,561,382	19.65	29.48	2.1763	23,342,153
feb-14	1,072,561,382	19.65	29.48	2.1763	23,342,153
mar-14	1,072,561,382	19.65	29.48	2.1763	23,342,153
abr-14	1,072,561,382	19.63	29.445	2.174	23,317,484
may-14	1,072,561,382	19.63	29.445	2.174	23,317,484
jun-14	1,072,561,382	19.63	29.445	2.174	23,317,484
jul-14	1,072,561,382	19.33	28.995	2.1443	22,998,934
ago-14	1,072,561,382	19.33	28.995	2.1443	22,998,934
sep-14	1,072,561,382	19.33	28.995	2.1443	22,998,934
oct-14	1,072,561,382	19.17	28.755	2.1285	22,829,469
nov-14	1,072,561,382	19.17	28.755	2.1285	22,829,469
dic-14	1,072,561,382	19.17	28.755	2.1285	22,829,469
ene-15	1,072,561,382	19.21	28.815	2.1324	22,871,299

Tribunal Arbitral de **Contein SAS y Otros**
 Contra **Isolux Ingeniería S.A. Sucursal Colombia**

feb-15	1,072,561,382	19.21	28.815	2.1324	22,871,299
mar-15	1,072,561,382	19.21	28.815	2.1324	22,871,299
abr-15	1,072,561,382	19.37	29.055	2.1483	23,041,836
may-15	1,072,561,382	19.37	29.055	2.1483	23,041,836
jun-15	1,072,561,382	19.37	29.055	2.1483	23,041,836
jul-15	1,072,561,382	19.26	28.89	2.1374	22,924,927
ago-15	1,072,561,382	19.26	28.89	2.1374	22,924,927
sep-15	1,072,561,382	19.26	28.89	2.1374	22,924,927
oct-15	1,072,561,382	19.33	28.995	2.1443	22,998,934
nov-15	1,072,561,382	19.33	28.995	2.1443	22,998,934
dic-15	1,072,561,382	19.33	28.995	2.1443	22,998,934
ene-16	1,072,561,382	19.68	29.52	2.1789	23,370,040
feb-16	1,072,561,382	19.68	29.52	2.1789	23,370,040
mar-16	1,072,561,382	19.68	29.52	2.1789	23,370,040
abr-16	1,072,561,382	20.54	30.81	2.2633	24,275,282
may-16	1,072,561,382	20.54	30.81	2.2633	24,275,282
jun-16	1,072,561,382	20.54	30.81	2.2633	24,275,282
jul-16	1,072,561,382	21.34	32.01	2.3412	25,110,807
ago-16	1,072,561,382	21.34	32.01	2.3412	25,110,807
sep-16	1,072,561,382	21.34	32.01	2.3412	25,110,807
oct-16	1,072,561,382	21.99	32.985	2.4039	25,783,303
nov-16	1,072,561,382	21.99	32.985	2.4039	25,783,303
dic-16	1,072,561,382	21.99	32.985	2.4039	25,783,303
ene-17	1,072,561,382	22.34	33.51	2.4376	26,144,756
feb-17	1,072,561,382	22.34	33.51	2.4376	26,144,756
mar-17	1,072,561,382	22.34	33.51	2.4376	26,144,756
abr-17	1,072,561,382	22.33	33.495	2.4366	26,134,031
may-17	1,072,561,382	22.33	33.495	2.4366	26,134,031

jun-17	1,072,561,382	22.33	33.495	2.4366	26,134,031
jul-17	1,072,561,382	21.98	32.97	2.403	25,773,650
ago-17	1,072,561,382	21.98	32.97	2.403	25,773,650
sep-17	1,072,561,382	21.48	32.22	2.3547	25,255,603
oct-17	1,072,561,382	21.15	31.725	2.3227	24,912,383
nov-17	1,072,561,382	20.96	31.44	1.6712	17,924,646

1,489,105,611

(*) 22 días de noviembre

10. OTROS PAGOS

Controvertidas por las partes y analizadas por el perito como quedó comentado líneas atrás, prosperan las pretensiones marcadas con los números 2.1.2., 2.1.4. y 2.1.7. de la demanda, relativas respectivamente al valor de los pilotes fabricados no hincados, al valor de construcción de la pista de 200 metros cúbicos y al valor de 175 juntas. Sin embargo no es el caso de liquidar intereses moratorios como en las pretensiones anteriores en que hubo voluntad de las partes, explícita o deducida por interpretación del Tribunal, y éste en el Laudo no hará más que declarar el derecho; en el caso de estas últimas pretensiones la decisión del Tribunal es constitutiva del derecho y en tal virtud no se condenará a intereses.

El total de los valores contemplados en las pretensiones 2.1.2., 2.1.4. y 2.1.7., objeto de condena en la parte resolutive del Laudo, es la suma de \$157.427.803,75.

VII.- COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como "*los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso.*"¹

En materia de costas y agencias en derecho, el presente proceso se regula por la Ley 1563 de 2012 y por el Código General del Proceso, norma que en su artículo 365 dispone lo siguiente:

"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

(...)

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...)."

En el presente caso, habiendo prosperado todas las pretensiones de la demanda referentes al pago de sumas adeudadas por la convocada, y de su lado no habiendo prosperado ninguna de las excepciones que ésta propuso desde la contestación de la demanda, corresponde a la convocada el pago de costas y agencias en derecho conforme a la siguiente liquidación:

1.1. Honorarios y Gastos del Trámite Arbitral¹

Honorarios de los 3 Árbitros	\$	122'610.000
IVA 19%	\$	23'295.900
Honorarios de la Secretaria	\$	20'435.000
IVA 19%	\$	3'882.650
Gastos de Funcionamiento y Administración Cámara de Comercio de Bogotá	\$	20'435.000
IVA 19%	\$	3'882.650
Gastos	\$	5'000.000
TOTAL	\$	199'541.200

1.2 Honorarios y gastos del perito

Honorarios	\$	40'000.000
IVA 19%	\$	7.600.000
TOTAL		\$ 47'600.000

1.2. Agencias en Derecho

En cuanto al pago de agencias en derecho se impone a cargo de la parte convocada y en favor de la convocante la suma de \$40.870.000.

1.2. Total costas y agencias en derecho

Teniendo en cuenta que la parte convocante asumió el cien por ciento de las sumas de gastos y honorarios fijadas por el Tribunal, que además solicitó al Tribunal la correspondiente certificación de lo pagado por cuenta de la convocada, y que adicionalmente, según lo ha informado al Tribunal, se encuentra realizando el correspondiente cobro ejecutivo, respecto de tal suma no se impondrá orden de pago a la convocada a la luz de lo previsto en el artículo 27 de la ley 1563 de 2012.

En cuanto los honorarios del perito y el IVA correspondiente, teniendo en cuenta que la parte convocante asumió el cincuenta por ciento de los mismos, la parte convocada deberá reembolsarle a la primera tal valor que asciende a la suma de \$23.500.300.

En cuanto a las agencias en derecho la condena a cargo de la parte convocada y a favor de la parte convocante asciende a la suma de \$40.870.000.

VII.- PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre las sociedades ACR CONSTRUCTORA S.A.S., INDUSTRIAL DE PILOTAJE S.A.S. y CONTEIN S.A.S. integrantes del CONSORCIO ACR - INDUSTRIAL DE PILOTAJE - CONTEIN, como parte convocante e ISOLUX INGENIERÍA S.A., SUCURSAL COLOMBIA, como parte convocada, en decisión unánime, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Por las razones expuestas en las consideraciones que motivan este Laudo, declarar que no prosperan las excepciones propuestas por la parte convocada.

Segundo. Por las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente Laudo declarar que prosperan las pretensiones de la demanda marcadas con los números dos uno uno (2.1.1.), dos uno tres (2.1.3.) y dos uno cinco (2.1.5.), relativas, respectivamente, al valor de los pilotes fabricados e hincados (\$654.576.394), al mayor valor del acero y la mano de obra utilizados por la modificación de los diseños (\$17.984.988) y al valor del traslado y puesta en funcionamiento de una segunda máquina de pilotaje (\$400.000.000).

Tercero. Declarar que la convocada debe pagar a la convocante por los conceptos indicados en el numeral anterior la suma de mil setenta y dos millones quinientos sesenta y un mil trescientos ochenta y dos pesos (\$1.072.561.382) junto con los intereses de mora liquidados sobre esta suma desde el 1° de octubre de 2012 hasta la fecha de la presente providencia, como se explica y expone en la parte motiva, intereses que ascienden a la cantidad de mil cuatrocientos ochenta y nueve millones ciento cinco mil seiscientos once pesos (\$1.489.105.611)

Cuarto. Por las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente Laudo declarar que prosperan las pretensiones de la demanda marcadas con los números dos uno dos (2.1.2.), dos uno cuatro (2.1.4.) y dos uno siete (2.1.7.), relativas respectivamente al valor de los pilotes fabricados no hincados (\$114.745.122,07), al valor de construcción de la pista de 200 metros cúbicos (\$9.353.056,08) y al valor de 175 juntas (\$33.329.625).

Quinto. Declarar que la convocada debe pagar a la convocante por los conceptos indicados en el numeral anterior la suma de ciento cincuenta y siete millones cuatrocientos veintisiete mil ochocientos tres pesos con setenta y cinco centavos (\$157.427.803,75).

Sexto. Decretar condena en costas y agencias en derecho en un ciento por ciento (100%) a cargo de la parte convocada, por la suma de sesenta y cuatro millones trescientos setenta mil trescientos pesos (\$64.370.300) conforme a la liquidación que obra en la parte motiva del Laudo.

Séptimo. Señalar un término de diez días hábiles, contados desde la fecha de ejecutoria del presente Laudo, para que la parte convocada cancele a favor de la convocante, las sumas de dinero a que se refieren los puntos Tercero (\$2.561.666.993), Quinto (\$157.427.803,75) y Sexto (\$64,370.300) de esta parte resolutoria, en total dos mil setecientos ochenta y tres millones cuatrocientos sesenta y cinco mil noventa y seis pesos con setenta y cinco centavos (\$2.783.465.096,75).

Octavo. En caso de mora en el pago de las sumas a que se refiere el numeral anterior de esta parte resolutive, a partir del undécimo día hábil desde su ejecutoria se causarán intereses moratorios a cargo de la parte convocada conforme al artículo 884 del Código de Comercio.

Noveno. Disponer que se entregue a los árbitros y a la secretaria del Tribunal el saldo de sus honorarios.

Décimo. Ordenar la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida decretada para gastos del proceso, si a ello hubiere lugar, en las proporciones que correspondan a las partes que en su momento las sufragaron.

Décimo Primero. Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.

Décimo Segundo. Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Art. 47 de la ley 1563 de 2012).

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ

Presidente

JORGE CUBIDES CAMACHO

Árbitro

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

Árbitro

GABRIELA MONROY TORRES

Secretaria