

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ARBITRAL

**FERNANDO CESAR URIBE BLANCO Y COMPAÑÍA (FCUB & CIA) S.A.S.
y TECS S.A.S., antes LTDA.**

contra

PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015).

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede este Tribunal Arbitral a proferir en derecho el laudo que resuelve las diferencias planteadas por FERNANDO CESAR URIBE BLANCO Y COMPAÑÍA (FCUB & CIA) S.A.S. (en adelante "FCUB") y TECS S.A.S., antes LTDA. (en adelante "TECS"), que componen la unión temporal CONSORCIO FT (en adelante también "CFT"), contra PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA. (en adelante "PRAXAIR").

I. ANTECEDENTES

1. Las controversias

Las controversias que se deciden mediante este laudo se originan en Contrato de Obra DJC 37-11 de fecha 29 de julio de 2011.

2. Las partes del proceso

La parte convocante y demandante inicial dentro del presente trámite está integrada por FCUB y TECS, que componen el denominado CONSORCIO

FT, ambas sociedades comerciales, legalmente existente y con domicilio en Barrancabermeja.

La parte convocada y reconviente es PRAXAIR, también sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Tocancipá.

3. El pacto arbitral

El texto del pacto arbitral acordado por las partes tiene la forma de cláusula compromisoria y está contenido en la cláusula trigésima quinta del Contrato de Obra DJC 37-11 de fecha 29 de julio de 2011. El texto de dicho pacto es el siguiente:

***“CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA-** Las diferencias que se presenten entre las **PARTES** por razón del presente Contrato, durante su negociación, celebración, ejecución, vigencia, terminación y liquidación, será obligatoriamente sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento constituido por un árbitro designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá y su fallo se proferirá en derecho. El tribunal de arbitramento se sujetará a las normas vigentes sobre la materia para la fecha de su ejecución.*

4. El trámite del proceso

1) El día 21 de diciembre de 2012 FCUB y TECS solicitaron la convocatoria de este Tribunal de Arbitramento y formularon demanda contra PRAXAIR ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

2) De conformidad con el pacto arbitral, el árbitro fue nombrado de común acuerdo, según escrito del día 7 de febrero de 2013.

3) El día 27 de febrero de 2013 tuvo lugar la audiencia de instalación en la cual, mediante Auto No. 1, el Tribunal Admitió la demanda, y de ella ordenó correr traslado a PRAXAIR, quien fue notificada mediante aviso recibido el día 8 de abril de 2013 y reiterado mediante notificación personal del día 11 de abril siguiente.

- 4) Con escrito radicado el día 9 de mayo de 2013 PRAXAIR dio respuesta a la demanda, en la cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y en la misma fecha presentó demanda de reconvención. La reconvención cual fue aceptada por Auto No. 2 del 2 de julio de 2013, notificado a la parte convocante mediante aviso remitido el 29 de julio siguiente.
- 5) La parte convocante contestó la demanda de reconvención con escrito del 2 de septiembre de 2013.
- 6) De las excepciones mutuas se corrió traslado a las partes, el cual fue descrito por la convocante mediante escrito radicado el 12 de septiembre de 2013.
- 7) La demanda de reconvención fue reformada con escrito del 18 de septiembre de 2013 con la solicitud de nuevas pruebas, y tal reforma fue admitida por Auto No. 4 del día 19 del mismo mes, el cual quedó notificado en estrados.
- 8) Con escrito del 1º de octubre de 2013 la convocante dio contestación a la mencionada reforma, en el cual se ratificó en su respuesta a la reconvención inicial.
- 9) Así mismo, se surtió la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012 el día 17 de octubre, sin lograrse acuerdo alguno.
- 10) En esa misma oportunidad, mediante Auto No. 6, el Tribunal señaló las sumas a cargo de las partes por concepto de gastos y honorarios, las cuales fueron giradas oportunamente.
- 11) La primera audiencia de trámite tuvo lugar el día 19 de noviembre de 2013, oportunidad en la cual, mediante Auto No. 7, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias surgidas entre las partes. Igualmente mediante Auto No. 8 el Tribunal decretó pruebas del proceso.

12) Entre el 9 de diciembre de 2013 y el 21 de octubre de 2014 se instruyó el proceso.

13) El día 10 de diciembre de 2014 tuvo lugar la audiencia de alegaciones, en la cual los apoderados de las partes expusieron los argumentos que consideraron del caso y al final de sus intervenciones presentaron sendos resúmenes escritos de lo alegado, los cuales se agregaron al expediente.

14) El presente proceso se tramitó en veinticinco (25) audiencias, en las cuales el Tribunal se instaló y admitió la demanda; integró el contradictorio y surtió los respectivos traslados; asumió competencia; decretó y practicó pruebas; resolvió varias solicitudes de las partes; recibió las alegaciones finales; y ahora profiere el fallo que pone fin al proceso.

15) Corresponde al Tribunal mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno. En efecto, el plazo legal para fallar, establecido en seis (6) meses pero las partes o prorrogaron en seis (6) meses más. Adicionalmente, las partes solicitaron la suspensión del proceso en varias ocasiones, todo lo cual hace que el plazo para fallar venza el 17 de mayo del presente año, de manera que este laudo se profiere en tiempo oportuno.

5. Las pretensiones de la demanda principal

En su demanda FCUB y TECS elevaron al Tribunal las siguientes pretensiones:

- 1. Que se declare que entre la parte **CONVOCANTE** y la **CONVOCADA**, se celebró el **CONTRATO DE OBRA DJC # 37 – 11** (en adelante, el “**CONTRATO**”) suscrito por éstas el 29 de julio de 2011, en Bogotá, D.C.*
- 2. Que se declare que entre la parte **CONVOCANTE** y la **CONVOCADA**, se celebró **OTROSÍ NO. 1** del **CONTRATO** suscrito por éstas el 20 de marzo de 2012, en Bogotá, D.C.*

3. Que se declare que el **CONVOCANTE** cumplió con la totalidad de la obra contratada, incluyendo los trabajos adicionales y mayores cantidades de obra que fueron indispensables para el óptimo desarrollo y finalización del proyecto.
4. Que se declare que **PRAXAIR** incumplió sus obligaciones adquiridas en virtud del **CONTRATO** al no pagar a **CONSORCIO FT** el valor total de las obras que éste ejecutó en estricto cumplimiento de sus obligaciones contractuales y ejercicio de su buena fe comercial.
5. Que se declare que **PRAXAIR** incumplió sus obligaciones contractuales al retrasar injustificadamente el desarrollo de la obra objeto del **CONTRATO**, causando perjuicios económicos a **CONSORCIO FT**.
6. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a **PRAXAIR** a pagar a **CONSORCIO FT** la suma correspondiente al dinero dejado de pagar por parte de **PRAXAIR** a **CONSORCIO FT** por la obra ejecutada en su totalidad por el **CONVOCANTE** a favor de la **CONVOCADA**.
7. Que se condene a **PRAXAIR**, en el plazo que defina el Laudo arbitral, a pagar a **CONSORCIO FT** la suma que resulte probada dentro del procedimiento por concepto de perjuicios, como el daño emergente presente y futuro ocasionado al **CONVOCANTE** por el incumplimiento del contrato imputable a la **CONVOCADA**, así como los intereses calculados sobre estas sumas a la tasa máxima permitida por la ley, desde el momento en que se determine que debió ocurrir el pago hasta que éste se efectúe.
8. Que se condene a **PRAXAIR** a pagar a **CONSORCIO FT**, los intereses moratorios que se causaron y se siguen causando desde el momento en que se hizo exigible el cumplimiento de la obligación de pagar el valor total de la obra, y hasta el momento en que efectivamente se realice dicho pago.

9. Que se condene a **PRAXAIR** a pagar, en el plazo que se defina en el Laudo, al **CONVOCANTE**, las costas y agencias en derecho que incluyan los costos generados por la convocatoria del Tribunal y la práctica de pruebas.

6. Los hechos de la demanda principal

Las sociedades convocantes invocaron los siguientes hechos:

1. El día 29 de julio de 2011, **LAS PARTES** suscribieron el **CONTRATO**, en virtud del cual **CONSORCIO FT** se obligó con **PRAXAIR** para realizar las obras del montaje electromecánico de la planta **PL2**, de producción de 200 toneladas diarias de oxígeno, argón y nitrógeno, en la población de Tocancipá, Departamento de Cundinamarca, en los predios e instalaciones que **PRAXAIR** dispuso para tal fin.
2. El **CONTRATO** fue suscrito por los señores **SERGIO LUÍS LEITE TEIXEIRA**, identificado con la cédula de extranjería No. 383.035, y **GERMAN BARRETO RODRÍGUEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.582.661, en su calidad de representantes legales de la **CONVOCADA** para la fecha de la suscripción; mientras que por parte del **CONVOCANTE**, el firmante del **CONTRATO** fue el señor **HENRY ESCALANTE PULIDO**, representante legal del **CONSORCIO FT**.
3. La guía detallada de operaciones y desarrollo de la obra fue consignada en el **MEMORIAL DESCRIPTIVO # MD-25040-09-004 REV 1.0** (en adelante, el "**MEMORIAL DESCRIPTIVO**" o "**MD**"), documento técnico que hace parte integral del **CONTRATO**.
4. De acuerdo a lo establecido en los párrafos primero y tercero de la cláusula primera del **CONTRATO**, el **CONVOCANTE** sería el responsable de proporcionar los materiales consumibles menores, equipos menores para las actividades de construcción, herramientas y mano de obra calificada para cumplir con los requisitos de calidad de la **CONVOCADA** para el desarrollo de la obra.
5. El suministro de los demás elementos y materiales no contemplados en los párrafos en mención, a la luz de lo dispuesto por el párrafo cuarto de la cláusula primera del **CONTRATO**, se regirían por las condiciones y directrices de suministro de materiales contempladas en el **MEMORIAL DESCRIPTIVO**. Según consta en dicho documento, el suministro de materiales y equipos era responsabilidad de la **CONVOCADA**.
6. Según la cláusula segunda del **CONTRATO**, los únicos documentos que podrían ser utilizados para la construcción de la obra serían los entregados por la **CONVOCADA** al **CONVOCANTE**, a través del delegado para tal fin.
7. El acta de inicio de obra o acta de reunión kick-off fue suscrita por las **PARTES** el día 21 de julio de 2011. Como representantes de la **CONVOCADA** suscribieron el acta los señores **PEDRO BITTAR**, **LEONILDO ANDRADE**, **JORGE BERNAL** y **MARTA TORRES**; por parte del **CONVOCANTE** el acta fue firmada por **HENRY ESCALANTE** y **JUAN CAMILO URIBE**.
8. La obra se inició formalmente el día 4 de agosto de 2011, y, de acuerdo a la cláusula séptima del **CONTRATO**, la duración de la misma sería de, máximo, ciento cuarenta y cuatro (144) días calendario contados a partir de la fecha de inicio de la obra.
9. No obstante, y por causas imputables a la **CONVOCADA** – falta de entrega oportuna de materiales, equipos, instrumentos e ingeniería de detalle –, la cláusula séptima del contrato tuvo que ser objeto de una modificación (otrosí), debido a que la obra no pudo ser entregada en los tiempos pactados inicialmente.

10. En efecto, el día 20 de marzo de 2012, las **PARTES** suscribieron el **OTROSÍ No. 1** (en adelante, el **OTROSÍ**) del **CONTRATO**, en el que se extendió el término máximo de duración de la obra, ya que el mismo había expirado y era necesario que el **CONVOCANTE** siguiera con la ejecución del contrato. Así, el plazo de duración de la obra se extendió hasta el día 30 de mayo de 2012.
11. El incumplimiento contractual de **PRAXAIR** (el excesivo retraso en la entrega de materiales y equipos, así como la deficiencia en la información de ingeniería, entre otros) generó impactos técnicos y administrativos perceptibles en varios frentes de la obra; como en la disciplina mecánica, eléctrica, de instrumentación y de calidad. Por tanto, el cronograma de la obra tuvo que ser objeto de varias modificaciones para ajustar los tiempos allí consignados a las condiciones y fechas en las que **PRAXAIR** cumplía el **CONTRATO** arbitrariamente.
12. En total, los días adicionales que tomó la terminación de la obra por responsabilidad directa de la **CONVOCADA** fueron setenta y nueve (79). Estos setenta y nueve (79) días de demora se produjeron por varias razones, entre otras, la no entrega oportuna de materiales y equipos de construcción, la demora en la entrega de equipos de proceso, tardanza en la entrega de información de ingeniería, retraso en dar respuestas a inquietudes de construcción y demoras en actividades previas al montaje electromecánico, por parte de **PRAXAIR**.
13. La demora en el desarrollo de la obra por causas imputables a **PRAXAIR** generó como consecuencia directa que el personal administrativo y operativo de **CONSORCIO FT** tuviera que permanecer más tiempo del inicialmente previsto en el campo.
14. Lo anterior generó cuantiosos gastos y costos en los que **CONSORCIO FT** tuvo que incurrir para poder desarrollar la obra a medida que **PRAXAIR** cumplía de manera injustificadamente tardía e imperfecta con sus obligaciones contractuales; principalmente, el suministro de materiales, equipos e información de ingeniería indispensable para la realización de la obra.
15. En términos de ingeniería, el cumplimiento imperfecto y tardío que **PRAXAIR** le dio al **CONTRATO** produjo dos fenómenos: uno conocido como **mayor permanencia en la obra** y el otro se define como **improductividad**. La mayor permanencia en la obra se compone, fundamentalmente, de los costos y gastos en los que incurrió el **CONVOCANTE** para sostener a su personal administrativo (nómina indirecta) en el campo de trabajo durante el tiempo adicional que tomó el desarrollo de la obra por la tardanza de **PRAXAIR** (costos de baños, vestieros, bodegas, mantenimiento, limpieza, oficinas, etc.). Por otra parte, la improductividad se refiere a los costos y gastos que **CONSORCIO FT** asumió con relación al tiempo adicional del que tuvo que disponer su personal operativo (nómina directa) en el campo de trabajo para terminar la obra, mientras que **PRAXAIR** no entregaba oportunamente los equipos, materiales, herramientas e ingeniería de detalle necesaria para llevar a cabo la ejecución de la obra en forma oportuna. En otras palabras, la improductividad está ligada al hecho que **CONSORCIO FT** tenía plena disposición de mano de obra calificada para desempeñar su labor, pero como no recibía oportunamente de **PRAXAIR** los elementos e ingeniería necesarios para la obra, el personal era **improductivo**, ya que no rendía al 100% pero seguía generando costos y gastos (nómina, fedecajas, herramientas, equipos, etc.) como si lo estuviera siendo.
16. Como consecuencia directa de las demoras de **PRAXAIR** en el cumplimiento del contrato, se afectó de manera sistémica la organización económica y el equilibrio financiero de **CONSORCIO FT** así como del proyecto en sí, pues la facturación de la obra tampoco funcionó de acuerdo a los parámetros preestablecidos, lo que perturbó el flujo de caja del **CONVOCANTE** y lo forzó a tomar créditos bancarios para soportar las erogaciones en las que tuvo que incurrir para cumplir con el desarrollo de la obra en la medida que **PRAXAIR** cumplía deficientemente con el **CONTRATO**. Los créditos, evidentemente, generaron intereses que el **CONVOCANTE** ha tenido que cubrir en su totalidad pero que no tendría que haber pagado si la **CONVOCADA** hubiera cumplido con sus obligaciones contractuales de manera diligente.

17. Adicionalmente a lo anterior y desde el inicio del proyecto, **CONSORCIO FT** notó varias inconsistencias en la información de ingeniería de detalle suministrada por el grupo de ingenieros de **PRAXAIR**. Como la información no era precisa, idónea, ni completa, los materiales que se recibían de acuerdo a esos estudios no siempre correspondían a las especificaciones técnicas de la obra ni a las condiciones del campo de trabajo.
18. Actualmente **PRAXAIR** adeuda a **CONSORCIO FT** una cifra cercana al DIEZ POR CIENTO (10%) del valor de ciertas actividades ejecutadas en la planta **PL2** (prefabricación de tubería, lanzado, montaje y conexión de cableado en la obra, instalación de luminarias, malla de aterrizamiento, tubería eléctrica, etc.) que por sus características y particularidades técnicas debían ser probadas y testeadas por la parte **CONVOCADA** a su satisfacción, para, al final de la obra, efectuar el pago de las mismas. Aunque **PL2** se encuentra en óptimo funcionamiento y los resultados de las pruebas de las actividades realizadas por el **CONVOCANTE** fueron positivas, a la fecha, la **CONVOCADA** no ha cancelado la totalidad de éstos trabajos.
19. Se debe mencionar que, entre otros contratiempos, **CONSORCIO FT** también vio gravemente afectado su rendimiento en la obra debido a la presencia de terceros contratistas de la parte **CONVOCADA** en el campo de trabajo. En muchas oportunidades, éstos terceros causaban interferencia con el normal desarrollo de los trabajos de la **CONVOCANTE**, pues sus operaciones se desarrollaban simultáneamente en los mismos espacios y tiempos, dificultando desmedidamente el avance de la obra y demostrando la deficiente organización de **PRAXAIR**.
20. La entrega de materiales y equipos de obra por parte de **PRAXAIR** no solo fue tardía, sino también errónea e inadecuada. Puesto que, según se aprecia en las pruebas, en numerosas ocasiones los materiales y equipos entregados por la parte **CONVOCADA** no correspondían a las especificaciones técnicas ni a las cantidades necesarias para desarrollar los trabajos en debida y cabal forma.
21. Como también se demostrará incontestablemente en el período pertinente, **PRAXAIR** manejó de un modo poco serio y profesional la coordinación de la obra; desde la entrega inoportuna de materiales y equipos, pasando por la falta de documentos de ingeniería de detalle, hasta el incumplimiento en los pagos de los trabajos realizados.
22. Hacia el final de la obra, la parte **CONVOCANTE** también realizó un trabajo de aislamiento térmico en las instalaciones de la planta **PL2**. A la fecha, dichos trabajos no han sido pagados pese a que fueron recibidos a conformidad de la **CONVOCADA** según se demuestra en las pruebas que se aportan.
23. Pese a las dificultades que el **CONVOCANTE** tuvo que superar para desarrollar la obra a plenitud - principalmente la negligencia de **PRAXAIR** -, la misma fue entregada a satisfacción de la convocada según consta en el acta de reunión final del 8 de mayo de 2012, la cual se encuentra suscrita por parte de, entre otros, **LEONILDO ANDRADE**, **ALFREDO SUÁREZ**, **FRANCISCO ORTEGA**, y **ANILTON VIANA**, como representantes de la **CONVOCADA**, mientras que por parte de **CONSORCIO FT** los suscriptores del acta fueron **HENRY ESCALANTE**, **CARLOS GUTIÉRREZ**, **IVÁN FURNIELES** y **FABIÁN CALVO**.
24. La **CONVOCADA** no ha pagado al **CONVOCANTE** los perjuicios generados como consecuencia de la mayor permanencia en la obra y la improductividad. Del mismo modo, no ha querido efectuar el pago de los intereses bancarios, el DIEZ POR CIENTO (10%) de las actividades pendientes de pago y los trabajos de aislamiento térmico.
25. Todos los incumplimientos contractuales de **PRAXAIR** se encuentran ampliamente documentados en la información técnica que se producía en la obra; tales como los relatorios o informes diarios de obra, relatorios o informes semanales de obra, registros de no conformidades en campo y registros de liberación de materiales, entre otros. Todos estos documentos demuestran y evidencian la entrega tardía de materiales y equipos, las falencias en la ingeniería de detalle, el atraso en dar respuestas a inquietudes de ingeniería, y, en general, el indiscutible incumplimiento contractual de **PRAXAIR**.
26. Actualmente la planta **PL2** es plenamente productiva y funcional como consecuencia de los trabajos realizados por el **CONVOCANTE**, a pesar de esto, la **CONVOCADA** no

responde por el pago de los trabajos, cierre financiero del proyecto y los perjuicios causados por su negligencia administrativa, operativa y contractual.

7. La oposición de la convocada PRAXAIR a la demanda principal

PRAXAIR se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las siguientes excepciones de mérito:

- 1) Del incumplimiento grave de la parte convocante a sus obligaciones contractuales.
- 2) Excepción de contrato no cumplido – *exceptio non adimpleti contractus*.
- 3) Aplicación del principio *Venire contra Factum proprium*.
- 4) El contrato es ley para las partes: Artículo 1602 del Código Civil.
- 5) Los riesgos de la actividad que desarrolló el Consorcio FT son de su cargo.
- 6) Nadie puede alegar su propia torpeza (*“Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”*).
- 7) Ausencia de buena fe exenta de culpa por parte de la convocante.
- 8) Compensación.
- 9) Inexistencia de causa jurídica para responsabilizar civilmente a mi representada y consecuentemente reclamar indemnización por perjuicios.
- 10) La actuación surtida por mi representada está ajustada a derecho. Cumplimiento de las obligaciones contractuales que le correspondían a mi representada.
- 11) Inexistencia de los perjuicios alegados.
- 12) Autonomía empresarial de la demandante.
- 13) Cobro de lo no debido.
- 14) Falta de legitimación en la causa por activa.
- 15) Falta de legitimación en la causa por pasiva.
- 16) La parte convocante no sujetó su conducta a los términos del Contrato y por ello no está legitimada para demandar los perjuicios reclamados.
- 17) Inexistencia del desequilibrio financiero alegado por la parte demandante.

18) Las reclamaciones de la parte demandante son ajenas a los términos del Contrato. Incompetencia del Tribunal para conocer de las pretensiones de la demanda.

19) Excepción genérica.

8. Respuesta de PRAXAIR a los hechos de la Demanda principal

En su contestación a la demanda PRAXAIR se pronunció sobre los hechos de la siguiente manera:

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 1.

Es cierto.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 2.

Es cierto.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 3.

Es cierto. Llamo la atención del Honorable Tribunal en que la copia auténtica del Memorial Descriptivo # MD-25040-09-004 que fue aportada por la parte convocante no corresponde a la versión finalmente aprobada por las partes, la Rev. 1.0., sino a una versión previa, la Rev. 0. Copia de la Rev. 1.0. es aportada con la presente contestación.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 4.

No es un hecho sino una referencia a los Parágrafos Primero y Tercero de la Cláusula Primera del Contrato. Me atengo al tenor literal de estas disposiciones contractuales.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 5.

No es un hecho sino una referencia a los Parágrafos Primero, Tercero y Cuarto de la Cláusula Primera del Contrato, y al Memorial Descriptivo # MD-25040-09-004 (en adelante el "Memorial Descriptivo"). Me atengo al tenor literal de esas disposiciones y del Memorial Descriptivo, aclarando una vez más que la versión aportada por la parte convocante, la Rev. 0, no corresponde a la que fue finalmente aprobada por las partes, esto es, la Rev. 1.0., que apporto como prueba.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 6.

No es un hecho sino una referencia a la Cláusula Segunda del Contrato. Me atengo al tenor literal de esa disposición.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 7.

Es cierto que el acta de inicio de obra fue suscrita por el 21 de julio de 2011 por las personas mencionadas en el numeral. Debe aclararse que los señores Pedro Bittar, Leonildo Andrade, Jorge Bernal y Marta Torres, firmaron en su condición de funcionarios de White Martins/GSS. Asimismo, que por parte de White Martins/GSS también firmaron el Acta los señores Ricardo Muñoz e Iván Barrero.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 8.

No es cierto en la forma en que está planteado. Es cierto que las partes acordaron que se iniciarían actividades en obra desde el 4 de agosto de 2011. Sin embargo, como será demostrado, por incumplimientos contractuales atribuibles al Consorcio FT las actividades que habían sido programadas para iniciar en esa fecha fueron objeto de retrasos que

terminaron afectando la totalidad del desarrollo de la obra. En cuanto a la referencia que hace la parte convocante a la Cláusula Séptima del Contrato, me atengo al tenor literal de esta disposición.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 9.

No es cierto que la obra no haya podido ser entregada en los tiempos pactados inicialmente por causas imputables a PRAXAIR. Como será demostrado en el proceso, desde el inicio de la ejecución de la obra, el Consorcio FT incurrió en graves e injustificados incumplimientos contractuales para el normal desarrollo de la obra, entre otros:

- (i) Retraso en la puesta a punto para el inicio de la ejecución de la obra en la fecha acordada por las partes.
- (ii) Retraso en el diseño, construcción y entrega de calços, soportes sobre los cuales debía erigirse gran parte de la estructura del proyecto.
- (iii) Retraso en la entrega del "canteiro" u oficina de administración y campamento de obra, instalación ésta de la cual dependía la puesta en marcha de las oficinas de administración, calidad, seguridad, datos y comunicación, y baños; un almacén; vestuarios; así como el servicio de energía e instalaciones eléctricas, absolutamente necesarias para el normal desarrollo de la obra.
- (iv) Retraso en la entrega oportuna de un cronograma de obra que siguiera una secuencia lógica de construcción del proyecto. En general, el Consorcio FT incurrió en reiteradas inconsistencias en la planeación de la obra, obligación ésta que recaía exclusivamente en la parte convocante.
- (v) Retraso en la fabricación, montaje y entrega del pipe rack, estructura principal de la obra compuesta de tubería, estructuras metálicas y eléctricas, transportadoras de gases y equipos relacionados, la cual se erigía como la espina dorsal del proyecto. Sobre esta estructura y a su alrededor habría de construirse la totalidad de la obra, y mientras no fuese entregada debidamente por el Consorcio FT, la obra no podía tener un normal desarrollo. De esta estructura dependía el desarrollo y ejecución de más del 70% de las actividades de otro tipo que debían ser ejecutadas en la obra, y que se vieron comprometidas negativamente por el atraso en su instalación.
- (vi) De manera injustificada e intempestiva la convocante cambió el lugar donde se haría el montaje del pipe rack, lugar en el que mi representada debía entregar los materiales para hacer el montaje en cuestión (inicialmente la convocante informó a Praxair que sería Barrancabermeja y luego decidió que lo haría supuestamente en un sitio cercano a Tocancipá). Esta decisión, que no fue anunciada oportunamente ni discutida con mi mandante, resultaba totalmente inconveniente para la ejecución del proyecto pues, de un lado, no se puede improvisar con un asunto tan delicado como el lugar del montaje y, de otro lado, ello implicó que mi mandante tuvo que incurrir en gastos adicionales y reprogramar toda su logística para la entrega de los materiales.
- (vii) Insuficiente personal disponible en obra, generando un déficit de Horas/Hombre durante más de 5 meses, que terminó por atrasar la totalidad del proyecto.

Es cierto que entre las partes fue firmado el Otrosí # 1, pero rechazo la afirmación de la parte convocante en cuanto que la firma de ese acuerdo haya sido debido a atrasos imputables a PRAXAIR. Todo lo contrario, la cadena de retrasos e incumplimientos en que incurrió la demandante desde el mismo inicio de la obra provocó que el término de la obra inicialmente convenido tuviera que ser modificado.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 10.

No es cierto en la forma en que está planteado este hecho. Si bien es cierto que las partes suscribieron el Otrosí # 1 el 20 de marzo de 2012, en el que se extendió el término máximo

de duración de la obra, no es cierto que la celebración de este Otrosí tuviera como consecuencia supuestos atrasos en obra imputables a PRAXAIR. Sobre el particular me remito a lo manifestado en los hechos anteriores.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 11.

No es cierto. PRAXAIR no incumplió el Contrato. Es cierto que el cronograma de obra tuvo que ser objeto de varias modificaciones, pero esas modificaciones fueron consecuencia de causas imputables al Consorcio FT. La convocante presentó cronogramas elaborados deficientemente, entre otras razones, porque eran cronogramas que no correspondían a una secuencia lógica en la ejecución de la obra. También es cierto que las deficiencias en la ejecución de la obra por parte del Consorcio FT generaron impactos técnicos y administrativos, que a su vez derivaron en retrasos injustificados y perjuicios en contra de PRAXAIR.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 12.

No es cierto. Insisto en que si hubo retrasos en obra no fue por causas imputables a PRAXAIR, sino por el contrario fueron consecuencia de la ejecución deficiente de la obra por parte del Consorcio FT, que implicó atrasos injustificados en actividades iniciales que eran esenciales para avanzar en todos los frentes de la obra.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 13.

No es cierto. Si hubo mayor permanencia de personal en obra del Consorcio FT fue como consecuencia de conductas imputables a la parte convocante.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 14.

No es cierto en la forma en que está planteado este hecho. Consorcio FT incumplió el Contrato en cuanto ejecutó deficientemente y por fuera de las fechas pactadas actividades esenciales para el desarrollo de la obra, como fue explicado atrás. No es cierto que los costos o gastos que Consorcio FT alega haber tenido que asumir sean consecuencia de un supuesto incumplimiento de las obligaciones contractuales de PRAXAIR. Los incumplimientos por parte de Consorcio FT desde el mismo inicio del Contrato tuvieron un efecto trascendental en la ejecución del Contrato, y en general retrasaron la obra en su totalidad.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 15.

No es cierto que PRAXAIR haya cumplido imperfecta o tardíamente el Contrato. En cuanto al resto del hecho, me atengo a lo que se pruebe.

En todo caso, debe resaltarse desde ya que según lo descrito en este numeral, la conducta de la parte convocante constituye un incumplimiento del Contrato, y además va en contravía de sus propios actos y del principio según el cual nadie puede alegar su propia torpeza.

Nótese que la Cláusula Décima Segunda del Contrato establece:

“CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA. AVISOS DE ACTOS QUE PUEDAN AFECTAR LOS TRABAJOS. EL CONTRATISTA se obliga a notificar por escrito dentro de los cinco días corrientes siguientes a que tenga conocimiento de cualquier hecho o circunstancia relacionada con la realización de la Obra de los que pudiere resultar un daño, perjuicio o provecho para LA EMPRESA.

Dentro de esta cláusula se entiende también la obligación del **CONTRATISTA** de notificar a la **EMPRESA**, de todo retraso que a su juicio pueda ser imputado a **LA EMPRESA**. Estos informes deberán ser conciliados en un plazo máximo de una semana. Si no se cumple esta obligación por parte del **CONTRATISTA** dentro de los términos aquí establecidos, no será reconocido ningún pago adicional que con posterioridad se genere por este concepto.” (Subrayado y negrillas originales).

En el mismo sentido, el Parágrafo Tercero de la Cláusula Quinta del Contrato, establece:

“PARÁGRAFO TERCERO. De igual manera se realizarán las concertaciones necesarias para resolver lo pertinente a las causas que generen retraso de la Obra, que a juicio del **CONTRATISTA** puedan ser imputadas a **LA EMPRESA** si a ello hubiere lugar; para tal efecto se levantará un acta suscrita por las partes”.

En ningún momento durante la ejecución de la obra el Consorcio FT cumplió con su obligación de notificar de cualquier retraso, menos de los retrasos de los que ahora en sede de este Tribunal Arbitral se duele, que pudieran a su juicio ser imputados a PRAXAIR. Por supuesto, la fase de conciliación a la que se obligaron las partes en caso de estos retrasos jamás tuvo lugar, y mucho menos fue levantada cualquier acta al respecto. De esta forma, siendo que la conducta del Consorcio FT en este punto es contraria al mismo Contrato y a los principios antes mencionados, mal puede reconocérsele suma de dinero a cualquier título en este Tribunal de Arbitramento.

Asimismo, debe resaltarse que era el Contratista – el Consorcio FT – y no PRAXAIR el llamado a asumir el riesgo que pudiera derivarse de la “improductividad” o “la mayor permanencia en obra”. Lo anterior se deriva de dos razones elementales:

- (i) Era el Consorcio FT quien tenía el control absoluto en cuanto a la planeación y ejecución de la obra, y de esa forma debía determinar cuánto personal era necesario que compareciera en obra a medida que se ejecutaba el proyecto. La “mayor permanencia en obra” e “improductividad” que menciona la parte convocante en este hecho, si es que la hubo, es una consecuencia de sus propios actos, y, como será demostrado, se debe a la improvisación del Consorcio FT en la planeación de las actividades que debían ejecutarse en el transcurso de la obra. Al no haber una adecuada planeación, fueron presentándose circunstancias, como por ejemplo, la insuficiencia de personal en obra de acuerdo al histograma acordado por las partes, que no permitió una adecuada ejecución de las actividades.
- (ii) Aunado con lo anterior, la remuneración que iba a obtener el Consorcio FT correspondía a cantidades de obra efectivamente realizadas¹, y en nada tenía que ver esa remuneración la cantidad de personal que tuviera el Consorcio en obra, mucho menos, por supuesto, la cantidad de personal que estuviese improductivo en la obra. Por su parte, para PRAXAIR lo que importaba era la entrega efectiva y adecuada del proyecto, siendo indiferente la cantidad de personal en obra. De esta forma, la manera en que fue convenido el Contrato permitía al contratista – el Consorcio FT – apostar por determinados márgenes de utilidad, jugando con variables internas de producción, por ejemplo, el personal que disponía en obra. Si su “apuesta” no dio los resultados que esperaba en este caso, no tiene fundamento jurídico alguno que pretenda trasladar a mi representada este riesgo en sede de este Tribunal de Arbitramento.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 16.

No es cierto. Fue el Consorcio FT quien incurrió en demoras que afectaron el proyecto.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 17.

Me atengo a lo que se pruebe dentro del proceso. En todo caso, si es que existieron “varias inconsistencias en la información de ingeniería de detalle suministrada por el grupo de ingenieros de PRAXAIR”, y, como lo dice el numeral, el Consorcio FT las “notó”, era su obligación informarlas a mi representada a través de un “Relatorio de No Conformidad”, o la vía convenida contractualmente que estimare procedente.

Como es confesado en el mismo hecho, si bien la parte convocante “notó” las supuestas inconsistencias, nunca las reportó oficialmente, ni explicó en detalle cuáles eran las supuestas inconsistencias para que mi representada pudiese efectivamente realizar las

¹ Véase la Cláusula Sexta y el Parágrafo Primero de la Cláusula Novena del Contrato..

correcciones necesarias. Mal podía PRAXAIR corregir falencias de las cuáles no tenía conocimiento. Teniendo el control total de la planeación y ejecución de la obra, el Consorcio FT era el obligado no solo a “notar” las inconsistencias, sino en buena fe, a trabajar conjuntamente y facilitar el trabajo de mi representada para corregir las que hubiesen ocurrido.

Por lo demás, en la industria es común que en obras de la dimensión del proyecto Planta PL2 se presenten inconsistencias en la ingeniería de detalle, las cuales normalmente pueden ser superadas trabajando en conjunto con un contratista diligente.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 18.

No es cierto.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 19.

No es cierto. Los demás contratistas contratados por PRAXAIR para la ejecución de la obra no interfirieron con la realización de trabajos por parte del Consorcio FT.

La demandante se contradice en sus propias afirmaciones pues, de un lado, alega una supuesta improductividad de su personal porque no contaba con los elementos e ingeniería necesarios para la obra – Hecho 15 – pero, por otro lado, resulta que su rendimiento estuvo afectado porque “terceros contratistas de Praxair causaban interferencia con el normal desarrollo de los trabajos que realizaba la convocante, pues sus operaciones se desarrollaban simultáneamente en los mismos espacios y tiempos, dificultando desmedidamente el avance de la obra y demostrando la deficiente organización de Praxair.”

De suerte que, según la tesis de la convocante, la estrategia de mi representada para desarrollar su proyecto (“Planta PL2”) consistió, de un lado, en mantener la mayor parte del tiempo improductivo a su contratista Consorcio FT y, supuestamente, las pocas veces en que éste podía ser productivo mi mandante ponía a otros contratistas a interferir y entorpecer el normal desarrollo de sus actividades. Francamente cuesta mucho creer que un empresario que está desarrollando un proyecto que es crucial para su plan estratégico de desarrollo empresarial opte por una decisión de esta naturaleza.

La verdad es otra. Olvida mencionar la demandante que fueron sus propias desorganización, improvisación y falta de planeación para cumplir con sus obligaciones contractuales las causantes de los retrasos e inconvenientes en el desarrollo del proyecto. Solo para mencionar un ejemplo de lo anterior: la “columna vertebral” de un proyecto como el de la Planta PL2 es el pipe rack. El orden de una obra de esta naturaleza es que a partir del desarrollo e instalación de esta estructura se deben desarrollar y construir las otras instalaciones y adecuaciones de la planta. No al revés. Sin embargo, el Consorcio FT optó por lo segundo.

Nótese que el Consorcio FT decidió cambiar sin explicación alguna el lugar donde se haría el montaje del pipe rack, montaje que requiere de infraestructura, maquinaria y equipos adecuados. El cambio improvisado del lugar de montaje (lugar que sufría de las falencias esperadas propias de tal improvisación) retrasó forzosamente la construcción del pipe rack y, con ello, el avance general de toda la obra. La parte convocante pretende hacer ver a la sociedad que represento como un contratante negligente y descuidado que incumplió sus obligaciones contractuales, pero resulta que ocurrió todo lo contrario.

De otro lado, debe insistirse en que el control de la planeación y ejecución de la obra lo tenía el Consorcio FT. Lo anterior para decir que era su obligación actuar con la diligencia de un buen gerente de obra y en consecuencia coordinar internamente las actividades diarias y a mediano plazo que habían de ejecutarse, previniendo confusiones de personal en obra, fuere quien fuere el contratista a cargo de la actividad. Es decir, si el Consorcio FT hubiese cumplido sus obligaciones no hubieren existido las “interferencias” de terceros en el desarrollo de sus actividades. Una adecuada planeación a cargo de la parte convocante, habría debido incluir una delimitación de tareas en cada zona del proyecto y por los diferentes agentes que participaban en él, dependiendo del avance de obra. Sin embargo, como será demostrado, la planeación por parte del Consorcio FT fue insuficiente y equivocada y ello generó múltiples problemas en obra que acabaron por retrasarla sustancialmente.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 20.

No es cierto en la forma en que está redactado. PRAXAIR hizo entrega de los materiales y equipos de obra en la medida que iba constatando que hubieran sido ejecutados en su totalidad las actividades esenciales para la ejecución de la obra, tales como, por ejemplo, la instalación de calços o del pipe rack, que estaban a cargo exclusivamente del Consorcio FT.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 21.

No es cierto que PRAXAIR haya manejado “de un modo poco serio y profesional la coordinación de la obra”. Por lo demás, la planeación y coordinación de la obra eran obligaciones contractuales del Consorcio FT y no de PRAXAIR². Tampoco es cierto que PRAXAIR haya incumplido “en los pagos de los trabajos realizados”.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 22.

Me atengo a lo que se demuestre en el proceso.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 23.

No es cierto que la parte convocante hubiese tenido que superar “la negligencia de PRAXAIR” como una dificultad en la ejecución de la obra. Como será demostrado, los retrasos en la obra tuvieron como consecuencia los incumplimientos contractuales imputables al Consorcio FT.

No es cierto, como está redactado, que la obra hubiese sido entregada “a satisfacción” de PRAXAIR. Lo cierto es que la obra fue finalizada luego de múltiples, reiterados y graves incumplimientos contractuales del Consorcio FT que causaron perjuicios a mi representada.

Nótese cómo en los puntos 7 y 9 del Acta de Reunión Final, fueron establecidas actividades pendientes de ejecutar a cargo del Consorcio FT.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 24.

No es cierto. PRAXAIR no adeuda ningún perjuicio ni intereses bancarios al Consorcio FT porque no es civilmente responsable frente a la parte convocante.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 25.

No es un hecho como tal, sino valoraciones equivocadas de la parte convocante respecto de los documentos que se producían en la obra. En todo caso, no es cierto, y rechazo la afirmación de la parte convocante respecto de los supuestos incumplimientos contractuales por parte de PRAXAIR.

CONTESTACIÓN AL HECHO No. 26.

Es cierto que la planta PL2 funciona actualmente. El resto del hecho no es cierto: PRAXAIR no adeuda ningún perjuicio al Consorcio FT porque no es civilmente responsable frente a la parte convocante.

9. Las pretensiones de la Demanda de Reconvención

En su demanda PRAXAIR formuló al Tribunal las siguientes pretensiones:

² Véase el Parágrafo Sexto de la Cláusula Primera del Contrato y el numeral 5 del Memorial Descriptivo.

PRIMERA: Que se declare que entre PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA. y las sociedades TECS LTDA. y FCUB & CIA S.A.S. fue celebrado el Contrato de Obra DJC No. 37-11 el día 29 de julio de 2011.

SEGUNDA: Que se declare que las sociedades TECS LTDA. y FCUB & CIA S.A.S. incumplieron todas, algunas o alguna de las obligaciones del Contrato de Obra DJC No. 37-11 de 29 de julio de 2011, en la forma y términos precisados en los hechos de esta demanda de reconvención.

TERCERA: Que se declare que las sociedades TECS LTDA. y FCUB & CIA S.A.S. incurrieron en retrasos que afectaron la entrega final de la Obra y por ello son responsables y están obligadas a reconocer las Multas y Cláusula Penal previstas en la Cláusula Séptima del Contrato de Obra DJC No. 37-11 de 29 de julio de 2011.

CUARTA: Que como consecuencia de la anterior declaración se declare que las sociedades TECS LTDA. y FCUB & CIA S.A.S. son solidariamente responsables del pago a favor de mi representada, PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA., de las Multas previstas en la Cláusula Séptima del Contrato de Obra DJC No. 37-11 de 29 de julio de 2011.

QUINTA: Que como consecuencia de la declaración prevista en la pretensión Tercera se declare que las sociedades TECS LTDA. y FCUB & CIA S.A.S. son solidariamente responsables del pago a favor de mi representada, PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA., de la Cláusula Penal prevista en la Cláusula Séptima del Contrato de Obra DJC No. 37-11 de 29 de julio de 2011.

SEXTA: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en las pretensiones Tercera y Cuarta, se condene a las sociedades TECS LTDA y FCUB & CIA S.A.S. a pagar solidariamente a mi representada, PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA., las Multas correspondientes al uno por ciento (1%) del Valor Estimado del Contrato de Obra DJC No. 37-11 de 29 de julio de 2011 por cada día de retraso en la entrega final de la obra y según la cuantía que quede demostrada en el presente trámite arbitral, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la ejecutoria del laudo.

SÉPTIMA: Que como consecuencia de las declaraciones contenidas en las pretensiones Tercera y Quinta, se condene a las sociedades TECS LTDA y FCUB & CIA S.A.S. a pagar solidariamente a mi representada, PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA., la suma de MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS TRES PESOS (\$1.236.567.403) o el mayor o menor valor que quede demostrado en este proceso arbitral, por concepto de la Cláusula Penal prevista en la Cláusula Séptima del Contrato de Obra DJC No. 37-11 de 29 de julio de 2011, dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la ejecutoria del laudo.

OCTAVA: Que se condene a las sociedades TECS LTDA. y FCUB & CIA S.A.S. a pagar solidariamente a mi representada, PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA., los intereses comerciales moratorios sobre las sumas mencionadas en las pretensiones Sexta y Séptima a la tasa máxima

legal permitida desde que dichas sumas se hagan exigibles y hasta que su pago se realice.

NOVENA: Que se declare que las sociedades TECS LTDA. y FCUB & CIA S.A.S. están obligadas a cancelar a mi representada, PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA., las sumas que finalmente resulten probadas en este proceso por concepto de una indebida, injusta e ilegal estimación de perjuicios de conformidad con lo previsto en el artículo 206 del Código General del Proceso.

DÉCIMA: Que si a ello hubiere lugar porque las pretensiones de la demanda principal resultan resueltas favorablemente, total o parcialmente, se reconozca y declare la compensación entre las sumas aquí reconocidas y las que lo fueren de la demanda principal, en la forma y términos que finalmente aparezcan debidamente demostradas y reconocidas.

DÉCIMA PRIMERA: Que se condene a TECS LTDA. y FCUB CIA S.A.S. a pagar las costas y gastos de este proceso arbitral.

10. Los hechos de la demanda de Reconvención

PRAXAIR invocó los siguientes hechos:

1. El día 29 de julio de 2011, PRAXAIR y las sociedades miembros del Consorcio FT celebraron el Contrato de Obra DJC No. 37-11 (en adelante, el "Contrato").
2. En la Cláusula Primera del Contrato, las partes pactaron como objeto del Contrato que "EL CONTRATISTA se compromete a realizar el Montaje Electromecánico para Planta PL2 en las instalaciones de la EMPESA (...) de acuerdo con el manual descriptivo MD-25040-09-004, Rev. 1, las planillas de precios unitarios (PPU), planos y en general todas las normas y procedimientos que LA EMPESA determine y que el CONTRATISTA debe observar."
3. Las partes estimaron de común acuerdo el valor de los servicios objeto del Contrato en cuatro mil ciento veintiún millones ochocientos noventa y un mil trescientos cuarenta y cinco pesos (\$4.121.891.345), IVA incluido, tal y como fue estipulado en la Cláusula Cuarta del Contrato.
4. En virtud del Contrato, el Consorcio FT se obligó, entre otras cosas, a lo siguiente:
 - 4.1. Realizar con debida diligencia, profesionalismo, el máximo de responsabilidad y eficiencia el objeto de este Contrato, y dedicar a la ejecución de las labores objeto de este Contrato el tiempo necesario para la correcta ejecución del mismo. (Cláusula 9.1.).

- 4.2. *Garantizar el cumplimiento de las normas y reglamentaciones que rigen las actividades contratadas, así como garantizar su habilidad e idoneidad en la ejecución de los trabajos a LA EMPRESA. Estas normas y reglamentaciones incluyen las normas de seguridad industrial y ambiental de LA EMPRESA sobre las cuales EL CONTRATISTA debe informarse y respetar. (Cláusula 9.2).*
- 4.3. *Contar con personal altamente calificado y con todo el material, recursos económicos, maquinaria, transportación y en general, con todos los implementos materiales y humanos necesarios para la ejecución puntual y eficaz de la Obra. (Cláusula 9.6).*
- 4.4. *Cumplir con el Plan de Seguridad para Construcciones del Proyecto No. 25040-PLANTA PL2 y de acuerdo a lo establecido en el plan WM-PR-03827, sobre el cual se realiza la evolución de desempeño para seguridad de las empresas de construcciones. (Cláusula 9.13).*
- 4.5. *Brindar el soporte y asistencia técnica de la Obra a LA EMPRESA, cada vez que se requiera durante el término de garantía establecido en este Contrato. (Cláusula 9.14).*
- 4.6. *EL CONTRATISTA tendrá la obligación de reportar a LA EMPRESA todos los pagos realizados a terceros durante la ejecución del Contrato, 15 días siguientes a su efectiva cancelación a través de informes debidamente auditados y firmados por el contador o el revisor fiscal si EL CONTRATISTA estuviere obligado por ley a tenerlo. (Cláusula 9.16).*
- 4.7. *EL CONTRATISTA se obliga a entregar a LA EMPRESA en un plazo máximo de 10 días contados a partir de la fecha de firma del presente Contrato, un "PROGRAMA DETALLADO DE ACTIVIDADES" con fechas para la ejecución de la Obra, debiendo incluir la fuerza de trabajo y maquinaria mayor que se utilizará en la realización de cada etapa, las especificaciones de la Obra y, en general, cualquier otro dato que establezcan las Partes. (Cláusula Décima).*
- 4.8. *EL CONTRATISTA se obliga a notificar por escrito dentro de los cinco días corrientes siguientes a que tenga conocimiento de cualquier hecho o circunstancia relacionada con la realización de la Obra de los que pudiere resultar un daño, perjuicio o provecho para LA EMPRESA. Dentro de esta cláusula se entiende también la obligación del CONTRATISTA de notificar a LA EMPRESA, de todo retraso que a su juicio pueda ser imputado a LA EMPRESA. Estos informes deberán ser conciliados en un plazo máximo de una semana. Si no se cumple esta obligación por parte del CONTRATISTA dentro de los términos aquí establecidos, no será reconocido ningún pago adicional que con posterioridad se genere por este concepto. (Cláusula Décima Segunda).*
5. *Por su parte, PRAXAIR se obligó a pagar a la parte demandante el valor del Contrato según los términos previstos en la Cláusula Sexta, lo cual realizó en la forma y plazos convenidos.*

6. En la Cláusula Séptima del Contrato las partes pactaron que “el plazo máximo para entrega final de la Obra por parte de EL CONTRATISTA a LA EMPRESA será de Ciento cuarenta y cuatro días (144) calendario contados a partir del día en que efectivamente se de inicio a la realización del Montaje electromecánico para la Planta PL2”. Este plazo no se cumplió en razón a los incumplimientos en que incurrió el Consorcio FT desde el mismo inicio de la obra.

7. Posteriormente, las Partes firmaron el día 20 de marzo de 2012 el Otro Sí No. 1 al Contrato en virtud del cual se modificó la cláusula Séptima del Contrato “ampliando el plazo de duración del mismo hasta el treinta (30) de mayo de 2012” y se precisó igualmente que “las cláusulas de EL CONTRATO inicialmente firmado entre las partes que no contraríen lo estipulado en el presente Otrosí No. 1, permanecen vigentes y sin modificación alguna”.

8. Durante la ejecución del Contrato, el Consorcio FT incurrió en incumplimientos graves a sus obligaciones contractuales, como pasa a exponerse:

8.1 Retraso en la puesta a punto para el inicio de la ejecución de la obra en la fecha acordada por las partes.

8.2 Retraso en el diseño, construcción y entrega de calços, soportes sobre los cuales debía erigirse gran parte de la estructura del proyecto.

8.3 Retraso en la entrega del “canteiro” u oficina de administración y campamento de obra, instalación ésta de la cual dependía la puesta en marcha de las oficinas de administración, calidad, seguridad, datos y comunicación, y daños; un almacén; vestuarios; así como el servicio de energía e instalaciones eléctricas, absolutamente necesarias para el normal desarrollo de la obra.

8.4 Retraso en la entrega oportuna de un cronograma de obra que siguiera una secuencia lógica de construcción del proyecto. En general, el Consorcio FT incurrió en reiteradas inconsistencias en la planeación de la obra, obligación ésta que recaía exclusivamente en la parte demanda en reconvención.

8.5 Retraso en la fabricación, montaje y entrega del pipe rack, estructura principal de la obra compuesta de tubería, estructuras metálicas y eléctricas, transportadoras de gases y equipos relacionados, la cual se erigía como la espina dorsal del proyecto. Sobre esta estructura y a su alrededor habría de construirse la totalidad de la obra, y mientras no fuese entregada debidamente por el Consorcio FT, la obra no podía tener un normal desarrollo. De esta estructura dependía el desarrollo y ejecución de más del 70% de las actividades de otro tipo que debían ser ejecutadas en la obra, y que se vieron comprometidas negativamente por el atraso en su instalación.

8.6 De manera injustificada e intempestiva el Consorcio FT cambió el lugar donde se haría el montaje del pipe rack, lugar en el que mi representada debía entregar los materiales para hacer el montaje en cuestión (inicialmente la convocante informó a Praxair que sería Barrancabermeja y luego decidió que lo haría supuestamente en un sitio cercano a Tocancipá). Esta decisión, que no fue anunciada oportunamente ni discutida con mi mandante, resultaba totalmente inconveniente para la ejecución del proyecto pues, de

un lado, no se puede improvisar con un asunto tan delicado como el lugar del montaje y, de otro lado, ello implicó que mi mandante tuvo que incurrir en gastos adicionales y reprogramar toda su logística para la entrega de los materiales.

8.7 *Insuficiente personal disponible en obra, generando un déficit de Horas/Hombre durante más de 5 meses, que terminó por atrasar la totalidad del proyecto.*

9. *Los constantes incumplimientos contractuales en que incurrió el Consorcio FT retrasaron el normal desarrollo y ejecución de la Obra y le causaron perjuicios a la sociedad que represento.*

10. *De conformidad con la cláusula Trigésima Primera del Contrato “La falta o demora del ejercicio de cualquiera de las Partes de cualquier derecho o potestad establecidos en este Contrato no implicará la renuncia de esa parte a tal derecho o potestad ni una aceptación tácita a la modificación de los términos del Contrato”.*

11. *La Cláusula Séptima del Contrato impone al Contratista una serie de Multas así como una Cláusula Penal por incumplimiento en el plazo de entrega pactado. Veamos:*

“Si vencido este plazo (los 144 días), y por causas imputables al CONTRATISTA éste no entrega la obra según las directrices establecidas en el manual descriptivo MD-25040-09-004, Rev. 1 y a las especificaciones técnicas contratadas a satisfacción de LA EMPRESA, deberá pagar a LA EMPRESA por concepto de multas el uno por ciento (1%) del Valor Estimado del Contrato por cada día calendario de retraso en la entrega final; cualquier monto aplicable por concepto de multas será descontado de la cuenta que LA EMPRESA le adeude al CONTRATISTA por cualquier concepto, aspecto éste que desde ya acepta EL CONTRATISTA. Si el retraso llega a exceder quince (15) días calendario, LA EMPRESA podrá dar por terminado el presente Contrato con justa causa y cobrar, en adición a las multas antes establecidas, una cláusula penal accesoria equivalente al treinta por ciento (30%) del Valor Estimado del Contrato.”

12. *Los incumplimientos del Consorcio FT arriba descritos le causaron graves perjuicios a mi representada, perjuicios que las sociedades demandadas en reconvencción están obligadas a reparar.*

13. *Las sociedades demandadas en reconvencción, no obstante su conducta incumplida, decidieron convocar un Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de unos inexistentes perjuicios supuestamente causados por mi mandante.*

14. *PRAXAIR me ha conferido poder amplio y suficiente para actuar en este asunto, tanto para contestar la demanda a que hace referencia el hecho anterior como para presentar esta demanda de reconvencción, y adelantar todas las gestiones necesarias con el fin de procurar la defensa de los derechos que le asisten a mi mandante con ocasión del incumplimiento de las sociedades miembros del Consorcio FT a las obligaciones nacidas del contrato objeto de este escrito.*

11. La oposición de las convocantes a la demanda de reconversión

FCUB y TECS se opusieron a las pretensiones de la demanda de reconversión y formularon las siguientes excepciones de mérito:

- 1) Incumplimiento del contrato por parte de PRAXAIR.
- 2) Excepción de contrato no cumplido (*non adimpleti contractus*).
- 3) Principio de derecho “nadie puede alegar su propia culpa en su favor” (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).
- 4) El pago de las multas y la cláusula penal reclamado por PRAXAIR en su demanda de reconversión constituiría enriquecimiento sin justa causa.
- 5) CFT ejecutó el contrato de buena fe, mientras que PRAXAIR lo ejecutó de mala fe.
- 6) PRAXAIR recibió la obra a conformidad y el contrato terminó sin que PRAXAIR hiciera mención de los incumplimientos, multas y perjuicios que reclama en la demanda de reconversión.
- 7) Por causas que solo son imputables a PRAXAIR, el contrato, desde antes de celebrarse, estaba condenado a cumplirse por fuera de los tiempos pactados por las partes, y CFT no fue informado de la situación adecuadamente.

12. Respuesta de las convocantes a los hechos de la Demanda de Reconversión

En su contestación a la demanda FCUB SAS Y TECS LTDA. se pronunciaron sobre los hechos de la siguiente manera:

AL 1: *Es cierto.*

AL 2: *No es un hecho, es la transcripción parcial de la primera cláusula del Contrato de Obra DJC No. 37-11 (en adelante el **CONTRATO**).*

AL 3: No es cierto, es la interpretación acomodada de la cláusula cuarta del **CONTRATO** por parte de **PRAXAIR**.

La realidad es diferente: Dicha cláusula en su párrafo tercero establece que el valor real del **CONTRATO** al momento de su celebración es indeterminado, y que se determinará al multiplicar los precios unitarios establecidos en su Anexo I por el número de unidades efectivamente ejecutadas en su desarrollo.

Por otro lado, el encabezado de la cláusula cuarta establece un valor estimado del **CONTRATO**, que en efecto corresponde a la suma de CUATRO MIL CIENTO VEINTIÚN MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$4.121.891.345,00), solamente pactado para efectos de constitución de pólizas y seguimiento administrativo.

AL 4: No es un hecho, es la transcripción literal de las siguientes cláusulas del **CONTRATO** que establecen algunas de las obligaciones de **CFT**:

- 4.1. Cláusula 9, numeral 1.
- 4.2. Cláusula 9, numeral 2.
- 4.3. Cláusula 9, numeral 6.
- 4.4. Cláusula 9, numeral 13.
- 4.5. Cláusula 9, numeral 14.
- 4.6. Cláusula 9, numeral 16.
- 4.7. Cláusula 10.
- 4.8. Cláusula 12.

AL 5: No es cierto. Precisamente el incumplimiento de esta obligación a cargo de **PRAXAIR** llevó a **CFT** a presentar la demanda arbitral que dio origen al Tribunal de Arbitramento que nos ocupa, en la cual se reclama el pago a **CFT** por parte de **PRAXAIR** de algunos servicios pendientes, así como de los daños y perjuicios que su incumplimiento constante y reiterado de las obligaciones derivadas del contrato le causaron, así:

- 5.1. Capital pendiente de pago por los trabajos de aislamiento térmico, mas los respectivos intereses de mora.
- 5.2. Capital pendiente de pago por ítems de cableado, tuberías, luminarias y malla de aterrizamiento, más los intereses moratorios.
- 5.3. Daño emergente generado con ocasión de la mayor permanencia en la obra imputable a **PRAXAIR**, más los intereses máximos permitidos.
- 5.4. Daño emergente generado con ocasión de la improductividad de la obra imputable a **PRAXAIR**, más los intereses máximos permitidos.
- 5.5. Daño emergente relacionado con los intereses bancarios que **CFT** ha tenido que pagar por los préstamos solicitados para mitigar económicamente el impacto financiero del incumplimiento contractual de **PRAXAIR**.
- 5.6. Y, naturalmente, daño emergente presente y futuro, relacionado con los costos y gastos en los que ha incurrido y, se estima razonablemente, incurrirá **CFT** con ocasión del presente trámite arbitral.

AL 6: No es cierto. Si bien las partes pactaron un plazo de entrega final de la obra de ciento cuarenta y cuatro (144) días calendario contados a partir del día en que se diera inicio a la realización del objeto del contrato, éste no se cumplió por causas exclusivamente imputables a **PRAXAIR**. El cronograma inicial de la obra fue objeto de constantes modificaciones como consecuencia de los incumplimientos reiterados de las obligaciones contractuales (retrasos en la entrega de materiales y equipos, entrega de información de ingeniería de detalle³

³ Hacen parte de la ingeniería de detalle documentos como los planos, las planillas, los croquis, las memorias de cálculo, las especificaciones técnicas, en forma y con alcance tal que permitan realizar al contratista todos los trabajos detallados.

deficiente y tardía, etc.) en cabeza de **PRAXAIR** y en general, de su comportamiento arbitrario durante la ejecución del **CONTRATO**.

AL 7: Es cierto, aunque se debe aclarar que la suscripción del Otrosí No. 1 (en adelante el **OTROSÍ**) del **CONTRATO**, en el que se extendió el término máximo de duración de la obra hasta el 30 de mayo de 2012, tuvo lugar por causas exclusivamente imputables a **PRAXAIR**.

AL 8: No es cierto. **CFT** no solo cumplió con la totalidad de sus obligaciones contractuales, sino que además se vio obligado a ajustar sus tiempos y presupuestos para cumplirlas en medio del incumplimiento constante del **CONTRATO** por parte de **PRAXAIR**. Dicha situación lo avocó, por ejemplo, a asumir sobrecostos generados por la mayor permanencia en la obra y la improductividad de su personal, y a tomar créditos bancarios para mitigar la desorganización económica y el desequilibrio financiero del proyecto, consecuencia de los retrasos y la arbitrariedad de **PRAXAIR**.

Con respecto a los supuestos incumplimientos listados por **PRAXAIR** en el numeral 8 del capítulo de **HECHOS** de la demanda de reconvenición, se tiene:

8.1. La formulación del supuesto retraso listado en el numeral 8.1. es contradictoria. Dice el apoderado de **PRAXAIR** que **CFT** retrasó la "puesta a punto para el inicio de la ejecución de la obra" en la fecha acordada por las partes.

Por lo tanto, es importante hacer tres aclaraciones:

8.1.1. La puesta a punto⁴ de la planta **PL2** no era parte del alcance de **EL CONTRATO**. **PRAXAIR** no contrató a **CFT** para llevar a cabo la puesta a punto de dicha planta; sino solamente para realizar su montaje electromecánico.

8.1.2. Por otro lado, la ejecución de la obra se inició el 4 de agosto de 2011, de conformidad con lo acordado por las partes en la reunión inicial del **CONTRATO** (o "Kick off Meeting"), tal como consta en el Acta suscrita el 21 de julio de 2011.

8.1.3. Aunque el commissioning⁵ de la planta **PL2** tampoco hacía parte del alcance del **CONTRATO**, y por lo tanto, no era obligación de **CFT** llevarlo a cabo, se aclara al Señor Árbitro que **PRAXAIR** solicitó a **CFT** el suministro de personal para servir como apoyo técnico durante el commissioning de algunas áreas de la planta, y **CFT** dio respuesta positiva a esta solicitud. Sin embargo, la responsabilidad del commissioning de la planta **PL2**, en general, y de las áreas en donde se empleó personal de **CFT**, en particular, recaía enteramente en **PRAXAIR**. La aclaración se hace, puesto que **PRAXAIR** anexó a la demanda de reconvenición documentos relacionados con el suministro de personal de commissioning, sin mencionar siquiera que éste obedeció a un requerimiento extracontractual de **PRAXAIR**.

8.2. Todas las fechas relacionadas con el diseño de los calzos quedaron consignadas en el Acta de inicio del **CONTRATO**, fechada 21 de julio de 2011. Como se puede observar, en el numeral 8 denominado "OTROS", **PRAXAIR** se obligó a entregar los diseños de los equipos, cimientos y locación de bases a **CFT** el 22 de julio de 2011. Con base en dichos diseños, **CFT** debía proceder a realizar los planos de los calzos y a entregarlos a **PRAXAIR** para su aprobación el 29 de julio de 2011, y **PRAXAIR** debía devolverlos a **CFT** aprobados el 4 de agosto de 2011.

Vale la pena resaltar que los calzos (o calços) son estructuras cuya función consiste en absorber el asentamiento de la carga en los bloques de concreto sobre los cuales **CFT** debía instalar los equipos, en virtud del **CONTRATO**. Sin conocer las especificaciones técnicas de dichos equipos, era imposible diseñar los calzos apropiados para sus soportes.

⁴ O "start up" o "puesta en funcionamiento".

⁵ O "comisionado" o "comisionamiento".

No obstante, y pese a que se trataba de estructuras fundamentales para el normal desarrollo de la obra objeto del **CONTRATO**, **PRAXAIR** entregó la información requerida para diseñar los calzos el 5 de agosto de 2011, es decir, después de la fecha acordada y pactada en el Acta de inicio del **CONTRATO**. La entrega tardía de información fundamental para la programación y ejecución de la obra está probada en la correspondencia que las partes cruzaron, en donde sobresalen los constantes requerimientos de **CFT**. Por supuesto, y como era de esperarse, el retraso en la entrega de la información por parte de **PRAXAIR** conllevó el retraso en la elaboración del diseño y la elaboración de los planos de los calzos por parte de **CFT**, y la consecuente aprobación de los mismos por parte de **PRAXAIR**, que tuvo lugar solamente hasta el 20 de agosto de 2011. Es decir, la información relevante para proceder con la construcción de los calzos solamente estuvo lista dieciséis (16) días después de la fecha inicialmente pactada, y la razón de dicho retraso es imputable exclusivamente a la demora con que **PRAXAIR** entregó la información necesaria para el efecto.

- 8.3. El compromiso de las partes de conformidad con el Acta de Inicio del **CONTRATO** con respecto al campamento de obra (o canteiro), consistía en que su instalación iniciaría el 15 de agosto de 2011 y terminaría el día 30 del mismo mes. Sin embargo, como demuestran las pruebas, el 12 de agosto de 2011 mi poderdante remitió a **PRAXAIR** el plano de las instalaciones provisionales (campamento o canteiro), y para el 16 de agosto de 2011, **PRAXAIR** seguía haciendo comentarios y modificaciones a los planos enviados por **CFT**, sin dar una aprobación definitiva. Por supuesto **CFT** no inició la instalación de ningún componente de la obra sin la aprobación previa de **PRAXAIR**, luego la instalación del campamento solamente pudo comenzar el 24 de agosto de 2011, tras surtir y terminarse el proceso de aprobación de los planos por parte de **PRAXAIR**.

Lo cierto es que, el retraso en la instalación del campamento causada por **PRAXAIR** no impidió que **CFT** comenzara las actividades correspondientes al montaje electromecánico de la planta **PL2**. Antes de la aprobación de los planos del campamento, y de manera simultánea a su instalación, **CFT** fue adelantando las actividades de obra que la información incompleta y deficiente que **PRAXAIR** le entregaba, por lo general de manera tardía, le permitía adelantar. **CFT** siempre estuvo comprometido a cumplir con los tiempos de la obra y a minimizar el impacto que los retrasos pudieran generar en ella.

- 8.4. El Acta de inicio del **CONTRATO** estableció el 29 de julio de 2011 como la fecha en que **CFT** debía entregar el cronograma de la obra. Sin embargo, para esa fecha, **CFT** aún no había recibido un documento fundamental para la planeación y montaje electromecánico de la planta **PL2**: El Plan Rigging. Este documento contiene la información relacionada con la llegada a puerto y después, de llegada al sitio de obra, de los equipos especializados cuyo montaje **CFT** debía hacer en desarrollo del objeto del **CONTRATO**. Todo lo que se dijera sin él, era sujeto a futuras modificaciones porque no se podía saber con certeza cuándo iniciaría el montaje de cada uno de estos equipos sin saber cuándo estarían in situ. No obstante, como consecuencia de la presión generada por **PRAXAIR** y la necesidad de **CFT** de sacar adelante el proyecto dentro del ambiente de desinformación causado por **PRAXAIR**, mi poderdante realizó y entregó un cronograma provisional de obras el 4 de agosto de 2011, es decir, el día que comenzaron dichas obras.

Es cierto que hubo reiteradas inconsistencias en la planeación de la obra; lo que no es cierto es que ellas sean imputables a **CFT**. La correspondencia cruzada entre las partes demuestra que el 11 de agosto de 2011 **PRAXAIR** hizo entrega a **CFT** de un plan Rigging incompleto, es decir, que una nueva versión del cronograma de obras sería objeto de nuevas modificaciones mas adelante, cuando finalmente el Plan Rigging se entregara completo. Las demás entregas del Plan Rigging tuvieron lugar en fechas posteriores.

No solamente la entrega tardía y por partes del Plan Rigging afectó la programación de la obra, y en consecuencia, su cronograma. También tuvieron incidencia en el cronograma la entrega tardía de los diseños de los equipos que se iban a instalar, la entrega tardía de ingeniería de detalle, la entrega tardía de equipos y materiales de construcción de la obra, la entrega de ingeniería de detalle deficiente, etc. La

correspondencia de las partes demuestra que, el 4 de enero de 2012, es decir, a pocos días del vencimiento del plazo inicial de entrega de la obra, **CFT** seguía requiriendo de **PRAXAIR** equipos e ingeniería. Por supuesto, todas estas obligaciones estaban a cargo de PRAXAIR, y fue PRAXAIR quien, con su incumplimiento, exclusivamente, generó un ambiente de desorganización e improvisación indigno e impropio de una obra de la envergadura de la planta PL2.

8.5. Es cierto que hubo retrasos en la fabricación, montaje y entrega del pipe rack. Algunos de esos retrasos obedecieron a incumplimientos contractuales de los proveedores con que **CFT** contrató el suministro de los materiales. Otros, la gran mayoría, tuvieron origen en causas exclusivamente imputables a **PRAXAIR**; veamos:

8.5.1. Al igual que en otras áreas del proyecto, **PRAXAIR** entregó con retrasos materiales necesarios para el montaje del pipe rack. Por ejemplo, la entrega del 100% de la tubería (incluidos los accesorios) estaba programada para el 19 de septiembre de 2011. Sin embargo, después se aplazó para el 30 de noviembre de 2011. Pese a lo anterior, para el 16 de febrero de 2012 **CFT** seguía pendiente de la entrega de algunos accesorios, indispensables para finalizar el montaje del pipe rack. Es decir, se trata de un retraso de **PRAXAIR** de casi cinco (5) meses.

8.5.2. Las conexiones del pipe rack a los equipos objeto del montaje electromecánico tampoco fueron suministradas oportunamente por **PRAXAIR**.

8.5.3. Las obras civiles, necesarias para la instalación del pipe rack, solamente se entregaron hasta el 22 de noviembre de 2011, y niquiera estaban completamente terminadas. En el Acta de Entrega de 005 del 22 de noviembre de 2011 suscrita por **PRAXAIR** y el **CONSORCIO OBRAS TOCANCIPÁ**⁶, se lee:

“Se hace claridad que a la fecha queda pendiente la entrega de algunas zonas específicas en las cuales se encuentran equipos de otras empresas desarrollando trabajos propios de su actividad.

Las siguientes zonas tienen gravilla amarilla y **hace falta colocar gravilla negra:**

(...)

Pipe Racks (5.0 m² Aprox)”. (Subrayas y negrilla fuera del texto original).

8.5.4. En consecuencia, según el documento de avance de la obra del 16 de febrero de 2012, la participación de **PRAXAIR** en las improductividades relacionadas con el montaje del pipe rack, era del -3.05% en el área 611, mientras que la de **CFT** era de 0%; en el área 616 la participación de **PRAXAIR** fue de -0.89% al tiempo que la de **CFT** fue de -0.62%; y así sucesivamente en todas las áreas, para llevar a que, las improductividades totales del proyecto a la fecha fueran en un 1.32% imputables a **CFT** y en un 4.359% imputables a **PRAXAIR**, lo que en términos de horas hombre perdidas significa un total de 17.000, de las cuales **PRAXAIR** debía reconocer a **CFT** un 76.738% (equivalente a un total de 13.045) y **CFT** debía asumir el 23.262% restante (equivalente a un total de 3955).

8.5.1. En efecto, cuando **CFT** tuvo conocimiento del retraso de su proveedor y de las improductividades que éste iba a generar en el proyecto, por su impacto

⁶ El **CONSORCIO OBRAS TOCANCIPÁ** era el contratista de **PRAXAIR** encargado de realizar las obras civiles previas al montaje electromecánico de la planta **PL2** en el lote en donde esta queda ubicada.

en el montaje del pipe rack, **CFT** procedió a informar a **PRAXAIR** y a asumir los costos económicos que dicho retraso generaba. **CFT** no intentó trasladarlos a **PRAXAIR**, como ahora ésta última pretende. Aunque no es deseable que haya incumplimientos en el desarrollo de una obra, mucho menos cuando se deben a terceros - como en este caso, un proveedor de materiales – también es cierto que estos imprevistos no son ajenos a este tipo de proyectos y por lo tanto, **CFT** cumplió con el procedimiento establecido para enfrentarlos.

8.6. Si bien es cierto que **CFT** decidió cambiar el lugar del montaje del pipe rack, de Barrancabermeja a un lote cercano (a 1.5 km de distancia) al lugar de ejecución de **EL CONTRATO**, **no es cierto** que:

8.6.1. **CFT** no pudiera hacerlo. **CFT** contaba con la autonomía técnica, administrativa y constructiva que la facultaba para realizar cambios, como éste.

8.6.2. El cambio fuera inconveniente para la ejecución del proyecto. La decisión se tomó con base en la reducción de los costos y el consecuente aumento de los beneficios que conllevaría hacer el montaje en Tocancipá, y no en Barrancabermeja, como la reducción de los costos de transporte y la disminución de los riesgos que podrían correr los materiales mientras eran transportados hasta el lugar de la obra (por razones de seguridad, de topografía, del mal estado de las carreteras, la posibilidad de tener un mayor control de calidad de la prefabricación del montaje, etc.) en un recorrido como el inicialmente pensado.

8.6.3. Dicho cambio hubiera sido injustificado e intempestivo, y hubiera generado gastos adicionales para **PRAXAIR**. **CFT** informó del cambio a **PRAXAIR** el 12 de agosto de 2011, es decir, ocho (8) días después del comienzo de la obra. Lo anterior demuestra que la decisión no se tomó de un día para otro, sino desde el comienzo del proyecto. **PRAXAIR** nunca respondió a este correo. De haber tenido objeciones, como las planteadas en la demanda de reconvencción, seguramente las habría puesto en conocimiento de **CFT**. Su silencio solamente podía ser interpretado como la aceptación del cambio planteado por **CFT**, sin objeciones, y así lo hizo mi poderdante. A juzgar por lo alegado en la demanda de reconvencción, en realidad su silencio se debió a su propia negligencia, y en tal caso, los perjuicios alegados y los supuestos sobrecostos que tuvo que asumir, son consecuencia de la omisión de **PRAXAIR**.

8.7. No es cierto que **CFT** no haya contado con suficiente personal disponible en obra durante cinco (5) meses. Los documentos que **CFT** debía entregar a **PRAXAIR** semanalmente de conformidad con el Memorial Descriptivo, en particular los de Estructura de Avance de Proyecto (**EAP**) y los histogramas de mano de obra y equipos, dan cuenta que en ningún momento hubo un déficit de personal en la obra, como afirma el apoderado de **PRAXAIR**.

Tampoco es cierto que se pueda responsabilizar a un supuesto déficit de personal de obra –que no hubo- del retraso de la totalidad del proyecto. Se reitera que la razón por la cual fue necesario extender el plazo inicial de la entrega de la obra mediante la celebración del **OTROSÍ** fue el retraso en la entrega de información, en la entrega de ingeniería de detalle, en la entrega de información de ingeniería de detalle deficiente, y el retraso en la entrega de materiales⁷, equipos y obras civiles por parte de **PRAXAIR**.

⁷ Lo cual en parte se debía a la organización interna de **PRAXAIR** y a la burocracia que se requería para que se tomaran decisiones con la agilidad que el proyecto requería. Esto llevó a que, en varias ocasiones, pese a que los materiales estaban disponibles para ser usados, **CFT** no pudo emplearlos a tiempo por la ausencia de autorizaciones en este sentido por parte de **PRAXAIR**.

AL 9: No es cierto. El normal desarrollo y la ejecución de la obra se retrasaron por los constantes incumplimientos contractuales de **PRAXAIR**, y por lo tanto, fue la conducta incumplida de **PRAXAIR** la que le generó perjuicios a **CFT**.

AL 10: No es un hecho, es la transcripción literal de la cláusula trigésimo primera del **CONTRATO**.

AL 11: No es un hecho, es la transcripción parcial de la cláusula séptima del **CONTRATO**.

AL 12: No es cierto. **CFT** cumplió rigurosamente sus deberes contractuales y por lo tanto, no está obligado a reparar a **PRAXAIR** por ningún concepto. Al contrario, es **PRAXAIR** quien debe reparar los daños y perjuicios ocasionados al **CFT** como consecuencia de sus múltiples y reiterados incumplimientos contractuales.

AL 13: No es cierto. **CFT** recurrió a la justicia arbitral para obtener la reparación de los daños y perjuicios que los múltiples y reiterados incumplimientos contractuales de **PRAXAIR** le generaron, y que **PRAXAIR** se negó a pagar pese a los múltiples requerimientos de **CFT** en este sentido. Por el contrario, **PRAXAIR** presentó la demanda de reconvención que nos ocupa para obtener el pago de unos daños y perjuicios inexistentes, supuestamente causados por la conducta contractual de **CFT**.

AL 14: No me consta, me atenderé a lo que resulte probado dentro del proceso.

13. La reforma a la demanda de reconvención

La convocada reformó la demanda con el único propósito de solicitar nuevas pruebas. Dicha reforma fue admitida en los términos ya expuestos y dentro del término del traslado las convocantes se ratificaron en “todas y cada una de las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda de reconvención” y solicitaron “que se tengan como pruebas las aportadas con/solicitadas en la contestación de la demanda de reconvención”.

14. Pruebas practicadas

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus posiciones las partes aportaron varios documentos. Otros tantos fueron aportados como consecuencia de la exhibición de documentos por las sociedades convocantes.

A solicitud de las partes se recibieron varios testimonios y los interrogatorios de los representantes legales de FCUB, TECS, y PRAXAIR.

Igualmente, se recibió un dictamen por parte de un experto en materias contables y financieras el cual fue objeto de aclaraciones y complementaciones y fue objetado parcialmente por la parte convocada.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

De acuerdo con la información extractada de la demanda instaurada por las sociedades FCUB y TECS, integrantes el CONSORCIO FT, y su contestación por PRAXAIR, la demanda de reconvención y su respectiva contestación, y de las pruebas documentales, tales como el contrato, y las abundantes comunicaciones entre las partes; las actas que documentan la relación comercial, los desempeños y nuevos compromisos que se fueron adquiriendo en la ejecución del contrato, es posible establecer que los siguientes hechos son los relevantes para dilucidar la cuestión planteada:

1.- Los señores SERGIO LUIS LEITE TEIXEIRA y GERMAN BARRETO RODRIGUEZ en nombre y representación de PRAXAIR, en su calidad de contratante, suscribieron el día 29 de julio de 2011 el contrato de prestación de servicios de obra denominado "*CONTRATO DE OBRA DJC No. 37-11*" a precios unitarios con el CONSORCIO FT, en su condición de contratista, para el montaje electromecánico de la Planta PL 2 en las instalaciones de aquella. Del contrato formaba parte el memorial descriptivo de la obra y la planilla de precios unitarios.

2.- El contrato estableció un plazo máximo de entrega de 144 días calendario contados a partir del 4 de agosto de 2011 hasta el 25 de diciembre de 2011, no obstante lo cual, su ejecución se postergó hasta el 8 de mayo de 2012 fecha en que las partes firmaron el acta de reunión final, lo que determinó que su término de duración fue de 135 días adicionales a los inicialmente pactados.

Dicha ampliación del plazo tiene como fundamento el hecho de que el día 20 de marzo de 2012 las partes suscribieron un otro sí al contrato, modificando

su cláusula séptima y ampliando el plazo de duración del mismo hasta el 30 de mayo de 2012.

3. CONSORCIO FT, convocó este Tribunal Arbitral con el objeto que se declare el incumplimiento contractual por parte de PRAXAIR al retrasar injustificadamente el desarrollo de la obra y al no pagar al consorcio el valor total de las que ejecutó en su totalidad, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales y se le condene al pago de \$2.425.552.855 por mayor permanencia en la obra, improductividad, trabajos de aislamiento técnico, materiales y equipo que suministro, intereses bancarios por préstamos solicitados, y costos y gastos en que ha incurrido.

4. Por su parte, PRAXAIR niega cualquier incumplimiento y se revela contra las pretensiones del consorcio. Asimismo formuló demanda de reconvención en la que solicita que se declare el cumplimiento del contrato al cancelar la totalidad de la obra ejecutada y el incumplimiento del contrato por parte del CONSORCIO FT en los siguientes aspectos: entrega tardía del campamento de obra; instalación del "Pipe Rack" sin ninguna estrategia de fabricación, sin contar con las instalaciones adecuadas, su ensamblaje por sus partes en el sitio y no por módulos, lo que generó retrasos graves en las actividades del proyecto; no contar con el personal suficiente para adelantar actividades entre agosto y diciembre de 2011; no entregar el cronograma detallado de la obra en tiempo, sino dos meses después de la fecha prevista; e, instalación tardía de los calzos, lo cual impidió adelantar actividades de montaje de obra.

El debate se centra entonces en determinar si existió cumplimiento del contrato por parte del CONSORCIO FT que le permita demandar la obligación principal con indemnización de perjuicios; si existió incumplimiento por el convocante contrario a derecho en el montaje electromecánico de la planta al retardar de manera injustificada la ejecución de las obras; o si, *contrario sensu*, fue PRAXAIR quien incumplió el contrato, lo cual le impide demandar los efectos que surgen de la mora, esto es, cobrar perjuicios, las multas y cláusula penal que surgen del contrato.

1. Postulados que rigen la teoría general del contrato. La autonomía de la voluntad privada y fuerza vinculante del contrato.

Es bien sabido que mediante el contrato las partes crean su propia ley⁸ dándole un marco normativo a la relación negocial, al disponer cómo regir sus relaciones en cuanto a su duración, terminación, obligaciones, responsabilidades, etc., potestad de la que gozan los particulares para celebrar o no cualquier acto determinado, reconocida por el postulado de la *autonomía de la voluntad privada*⁹.

En tal virtud de tal principio, las cláusulas del contrato pactadas en desarrollo del principio de la soberanía contractual, tienen fuerza de ley para las partes contratantes, de tal manera que no pueden ser invalidadas sino por consentimiento mutuo o por causas legales (artículo 1602 del Código Civil), dando paso al principio de la *"fuerza obligatoria del contrato"*¹⁰, por lo cual, ambos postulados se erigen como pilares fundamentales de la teoría general del contrato, con los consabidos límites trazados por el orden público y las buenas costumbres¹¹.

Ahora bien, como el contrato tiene una plenitud hermética, este comprende no sólo aquello que los contratantes pactaron, sino además lo que no pactaron pero suple la ley¹².

⁸ **CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. ARTICULO 1602.**—*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*

⁹ GARIBOTO, Juan Carlos. *Teoría General del Acto Jurídico. Ediciones de Palma Buenos Aires. 1991. Pg. 25.*

¹⁰ "El contrato no tiene fuerza sino para las *partes contratantes*, en el sentido de lo que por él se manda, se prohíbe, se permite o se sanciona... no puede ser exigido sino por ellos y a ellas, no *por terceros ni a terceros.*" RICARDO URIBE HOLGUÍN. *De las Obligaciones y del Contrato en General. Segunda Edición. Editorial Temis Bogotá. Pág. 237.*

¹¹ "La autonomía privada reconoce como límite a su extensión el impuesto por el orden público, en el sentido de que la voluntad particular, al concertar negocios jurídicos, no puede sustituir, modificar ni renunciar las normas que interesan al orden público....

La imperatividad de las leyes que afectan al orden público, y de allí que este opere como concepto límite de la autonomía privada, unas veces de manera expresa y otras de modo implícito, determinado un régimen de restricciones en la esfera de libertad de los individuos: se comprende que así sea, si se repara en la primacía del interés social – para ser efectiva-exige que esos interés general no pueda ser desvirtuado por la extralimitación de las conductas tendientes a obtener la satisfacción de los intereses particulares de los miembros de la comunidad..". GARIBOTO, Juan Carlos. *Teoría General del Acto Jurídico. Ediciones de Palma Buenos Aires. 1991. Págs. 26, 27 y 28.*

¹² RICARDO URIBE HOLGUÍN. *De las Obligaciones y del Contrato en General. Segunda Edición. Editorial Temis Bogotá. Pág. 238.*

Bajo las anteriores premisas, las cláusulas del contrato pactadas en desarrollo del principio de la soberanía contractual, tienen fuerza de ley para las partes contratantes, de tal manera que no pueden ser invalidadas sino por consentimiento mutuo o por causales legales (artículo 1602 del Código Civil).

2. Del contrato de prestación de servicios

Ya en laudo del 21 de noviembre de 2014 proferido dentro de un proceso arbitral que vinculó a las mismas partes y en el que se decidió la controversia originada en el Contrato de Obra DJC No. 32-11 del 29 de julio de 2011, por parte de este mismo árbitro, se señaló que "*Dentro del marco del contrato de prestación de servicios, existen diferentes tipos entre los cuales se destaca el contrato de obra al que ninguna mención hace el Código de Comercio colombiano, pero que nuestro Código Civil sin desarrollar una definición del mismo, sujeta el contrato de prestación de servicios y el contrato de obra a las reglas generales del contrato de arrendamiento, de acuerdo con los artículos 2053, y 2059 del mencionado estatuto*"¹³.

Sin embargo, se mencionaba también, que en tal articulado no se regulaba de forma completa este tipo de contrato, lo cual guarda consonancia con el que hoy nos atañe, quedando sometido fundamentalmente a lo expresamente pactado por las partes en el denominado "CONTRATO DE OBRA DJC No. 37-11" celebrado por PRAXAIR, como contratante, con el CONSORCIO FT, en su condición de contratista, para el montaje electromecánico de Planta PL 2, ya sea que la voluntad real de las partes en cuanto a sus elementos, personales, temporales o reales (partes, objeto, duración y prestaciones debidas) consten por escrito en los documentos que aquellas suscribieron, (tales como el denominado "*Estrategia de Ejecución*", Memorial Descriptivo MD- 2504-09-004 y el cronograma de obra y plan

¹³ **Artículo 2053.** Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artifice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.

El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que sigue.

detallado de trabajo), o que se hayan expresado de cualquier otro modo inequívoco, dependiendo de cuál fue la aplicación práctica del contrato que hicieron las partes.

3. Elementos y características del “Contrato de obra DJC No. 37-11”.

Del documento denominado “*CONTRATO DE OBRA DJC No. 37-11*”, se establece que se trata de un contrato comercial, al ser su objeto una empresa de obra, de conformidad con el numeral 15 del artículo 20 del Código de Comercio¹⁴; y de otra parte, porque de acuerdo con los artículos 10 y 13 *ibídem*, en los extremos de la relación se hallan sociedades comerciales.

En lo correspondiente a la existencia de un contrato bilateral válido, es indiscutible que PRAXAIR, en su condición de contratante, y CONSORCIO FT, en su posición de contratista, celebraron un convenio, cuya finalidad era, a cambio de un precio, la prestación por parte del último de los servicios de montaje electromecánico de Planta PL 2 en las instalaciones de la primera, consistente principalmente en la realización de varias actividades, tales como movilización y desmovilización de personal y campamento, montaje de equipos de proceso, prefabricado, montaje e instalación de un “Pipe Rack” (soporte de tubería y cableado que interconecta todos los equipos que conforman la planta PL2), utilidades y eléctricos; la instalación de “calzos” o bases sobre las cuales se erigen las piezas que componían la planta; una serie de montajes de equipo de proceso, tubos, válvulas, estructuras metálicas, sistemas de aislamiento, sistemas de iluminación, de seguridad de tanque y plataformas, etc., tal como específicamente se describe en la cláusula primera del contrato elevado a escrito el 29 de julio de 2011.

Pues bien, de las prestaciones mencionadas a cargo de la partes se establecen sin lugar a dudas que el contratista CONSORCIO FT, se obligó con la parte contratante PRAXAIR, a ejecutar por su propia cuenta las actividades que tienen por objetivo la obtención de un resultado a cambio del

¹⁴ **Artículo 20.** *Son mercantiles para todos los efectos legales:..... 15) Las empresas de obras o construcciones, reparaciones, montajes, instalaciones u ornamentaciones;...”*

pago de un precio por esta última como contraprestación al servicio recibido, sin que exista subordinación alguna.

En virtud de las obligaciones recíprocas que adquirieron las partes, el contrato es bilateral; es oneroso, en la medida que ambas partes reciben un beneficio o utilidad económica; es conmutativo, en razón a que existe equivalencia en las obligaciones pactadas de entregar un trabajo por parte del extremo contratista y de pagarse un precio por la parte contratante; y, es consensual, pues según lo dispone el artículo 824 del Código de Comercio *“los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco..”*.

Lo anterior constituye una regla general al régimen de contratación establecido en el Código de Comercio, según el cual el contrato se perfecciona con la aceptación de oferta, la cual debe contener los elementos esenciales del contrato (arts. 864¹⁵ y 845¹⁶), y que en el caso que nos ocupa se refieren precisamente a partes, plazo, servicio, valor, etc., es decir, que se precisan en el mismo contrato.

En relación con los elementos del contrato, y en atención a que el artículo 824 del Código de Comercio prescribe que los comerciantes podrán expresar su voluntad de obligarse verbalmente o **por escrito**. Se advierte, en cuanto a los personales, que las partes están constituidas en su condición de contratantes por PRAXAIR y por CONSORCIO FT. Y, en cuanto a los reales, la prestación de hacer a cargo del contratista consistió esencialmente en la ejecución de la obra civil y montaje electromecánico de Planta PL 2 en las instalaciones de la contratante; de parte del contratante, el objeto de la obligación consistió principalmente en la prestación de pagar el precio del contrato y en la entrega al contratista, previa al inicio de ejecución de las

¹⁵ **Artículo 845.** *La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.*

¹⁶ **Artículo 864.** *El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.*

Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851.

obras, de la totalidad de la ingeniería de detalle aprobada, antes de iniciar las actividades de obra civil y montaje de la planta PL2, así como en de la entrega de materiales y equipos para tal fin.

Como no se observa ausencia de alguna de las condiciones de existencia y validez que impida la formación del contrato y su ejecución por las partes y su subsistencia es presupuesto para que permanezca intangible el vínculo obligatorio durante el tiempo pactado tanto en el contrato original como en su Otrosí que amplió su plazo de ejecución.

En efecto, PRAXAIR y el CONSORCIO FT, prestaron su consentimiento libre de vicios (error, fuerza o dolo), motivado por una causa lícita¹⁷ y para desarrollar una empresa de obra que no está prohibida por la ley, el orden público y las buenas costumbres. También se advierte que la voluntad de las partes se manifestó de forma clara y precisa en cada una de sus cláusulas y en el Otro Si al contrato.

Llegado el momento de evaluar la ejecución del “*CONTRATO DE OBRA DJC No. 37-11*”, son de vital importancia para la recta interpretación de la voluntad que tuvieron las partes al celebrarlo y ejecutarlo, la actividad que ellas desplegaron de manera previa a la existencia del contrato y la que acometieron durante su ejecución, que permita determinar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones del consorcio y de la contratante desde su inicio en las condiciones y plazos establecidos; así como la posibilidad del contratante y contratista de exigir del otro el cumplimiento junto con indemnización de perjuicios, multas y cláusula penal, o solamente exigir el cumplimiento de la obligación principal, para lo cual la jurisprudencia resalta la importancia de la actividad de las partes durante el período de formación y ejecución del contrato con miras a establecer cuál fue la intención que estas tuvieron al celebrar el contrato, señalando al respecto lo siguiente:

¹⁷ **CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Artículo 1524.**- *No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.
Se entiende por causa el motivo que índice al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o orden público...*”

"La intención de los contratantes puede desentrañarse, '...tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; los hechos posteriores de las mismas, que tiene relación con lo que se disputa; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra; y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes. En una palabra, el juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su contenido.' (Subrayado fuera de texto). (Sentencia del 3 de junio de 1946. G.J. T LX. Pag. 656)".

Al respecto debe precisarse, que CFT asumió el compromiso de realizar la planeación de los trabajos del montaje electromecánico de la planta PL2, bajo la condición de que PRAXAIR debía entregarle previamente al inicio de la ejecución de las obras, el 100% de la ingeniería de detalle, los planos para construcción y especificaciones técnicas, tales como el "Plan de Riggín" (cronograma de llegada de equipos a puerto) y la información técnica necesaria para el diseño de los planos de calzos – como parte de la ingeniería de detalle –, tal como se desprende del numeral 5.1. del documento *Estrategia de Ejecución*, que formaba parte del contrato.

Así mismo, dentro de las varias actividades que debía desarrollar el consorcio FT para la instalación de la planta electromecánica se encontraba la instalación del campamento y la fabricación y montaje del citado Pipe Rack.

De las varias eventualidades surgidas en el montaje de la planta, especialmente en lo concerniente a incumplimientos por parte de la convocada en la entrega de ingeniería de detalle, de materiales y equipos requeridos por el contratista para la ejecución de las obras contratadas, como también de incumplimientos por parte de la convocante, referentes a la fabricación y entrega del Pipe Rick, las partes suscribieron un Otrosí al

contrato por virtud del cual ampliaron su término de duración del 25 de diciembre de 2011 al 8 de mayo de 2012. En esa oportunidad señalaron con claridad lo siguiente:

“PRIMERO: Que teniendo en cuenta que el término de duración del Contrato DJC-37 (en adelante “El Contrato”) expiró, y que después de su expiración PGI requiere que EL CONTRATISTA continúe con la ejecución del Contrato, toda vez que a la fecha faltan por ejecutar actividades de montaje electromecánico para la PL2 Las PARTES acuerdan:

1. Modificar la cláusula séptima del Contrato, ampliando el plazo de duración del mismo hasta el treinta (30) de mayo de 2012.

2. Que las cláusulas de EL CONTRATO inicialmente firmado entre las partes que no contraríen lo estipulado en el presente Otrosí No.1, permanecen vigentes y sin modificación alguna.”

En tal virtud, para este Tribunal es claro lo siguiente:

(i) La existencia de obligaciones en cabeza de ambos contratantes que no fueron cumplidas, pero que no suponen incumplimientos de tal entidad para ponerlos en situación de frustrar el fin del contrato.

De todo el material probatorio, se reconoce por este Tribunal la existencia de obligaciones previas en cabeza de PRAXAIR, que no aparecen determinadas en la cláusula primera del contrato de obra, pero que se advierten en el documento *Estrategia de Ejecución*, que formaba parte del mismo.

Los señalados compromisos previos también están detallados en las distintas declaraciones obtenidas en la etapa probatoria del presente trámite arbitral.

Así, en la declaración del señor OLIVIO PARRA, tal como se cita textualmente:

"Uno de los inconvenientes que tuvimos en el área eléctrica y de instrumentación era la falta de ingeniería, completa, la ingeniería nunca estuvo completa" "Entonces nosotros no podíamos avanzar en la construcción por términos de ingeniería".

Este aspecto también lo confirma el Sr. ESCALANTE, representante legal de TECS:

"su compromiso era que nos tenía que entregar toda la ingeniería necesaria, todos los materiales necesarios y todas las tuberías de salida hacia la conexión de los equipos en la parte mecánica para que nosotros pudiéramos materializar el servicio del Pipe Rack, es decir el Pipe Rack era un accesorio que requería el proyecto pero no la razón de ser, ni es el centro de materialización del servicio, es poner en servicio los equipos, es que todos los equipos instalados tengan energía, tengan conexión a procesos esa era nuestra tarea".

Lo mismo se deduce de la declaración del Sr. LÓPEZ:

"Antes de iniciar el proyecto". "20 de marzo y todavía estaba llegando ingeniería, estamos hablando de 3, 4 meses después de finalizada la entrega. "... inclusive hasta el 8 de mayo del siguiente año que es la fecha en la cual se celebró o se firmó el acta de finalización de los trabajos mecánicos".

Por su parte, el CONSORCIO FT incurrió en retardos en la instalación del campamento y en la fabricación y montaje del Pipe Rack, como fue confesado por parte del representante legal del consorcio y de TECS, señor HENRY ESCALANTE:

"Sí nosotros incurrimos en unos desvíos los cuales fueron perfectamente cubiertos, pagados al CONSORCIO FT para poder darle certeza a la materialización de los servicios a los cuales nosotros nos comprometimos con PRAXAIR...". Pero esos retrasos en la obra nosotros los cubrimos...".

Por su parte, el CONSORCIO FT incurrió en retardos en la instalación del campamento y en la fabricación y montaje del Pipe Rack, como fue confesado por parte del representante legal del consorcio y de TECS, señor Henry Escalante:

“Sí nosotros incurrimos en unos desvíos los cuales fueron perfectamente cubiertos, pagados al CONSORCIO FT para poder darle certeza a la materialización de los servicios a los cuales nosotros nos comprometimos con PRAXIAR...”. Pero esos retrasos en la obra nosotros los cubrimos...”

No obstante establecerse que el CONSORCIO FT debía recibir de PRAXAIR la totalidad de la ingeniería de detalle, aprobada antes de iniciar las actividades de obra civil y montaje de la planta PL2, esto no sucedió, poniendo al contratista en situación de incumplir.

Así mismo, son evidentes los incumplimientos del Consorcio en materia de prefabricado, montaje e instalación del Pipe Rack que generaron costos, como mano de obra adicional y retardo en el tiempo previsto para su instalación, pero no es menos cierto que fueron asumidos por el propio contratista adoptando estrategias de doble turno y subcontratación con un tercero, lo cual permitió la instalación del mismo en diciembre de 2012, sin perjuicio de considerar que tales retrasos, también pueden ser imputables al contratante por la falta de suministro de accesorios y tuberías, necesarios para el prefabricado y montaje del Pipe Rack.

Ni que decir de otros incumplimientos achacados al Consorcio, como el retardo en la instalación del campamento o en la elaboración de los calzos, que además de ser subsanados, finalmente no fueron determinantes para poner al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir.

Las mismas conclusiones se predicán de las obligaciones previas adquiridas por el contratante, tales como la entrega previa al inicio de la ejecución de las obras del 100% de la ingeniería de detalle, los planos para construcción y las especificaciones técnicas, tales como el Plan de Riggín (cronograma de llegada de quipos a puerto) y la información técnica necesaria para el diseño

de los planos de calzos como parte de la ingeniería de detalle, pero que finalmente no fueron determinantes o no constituyeron un incumplimiento de tal gravedad para ponerlos en situación de incumplir el fin del contrato.

(ii) El contrato no se ejecutó dentro del plazo estipulado por incumplimientos imputables a ambos contratantes.

El contrato estableció un plazo máximo de entrega de 144 días calendario contados a partir del 4 de agosto de 2011 hasta el 25 de diciembre de 2011, no obstante su ejecución se postergó hasta el 8 de mayo de 2012, fecha en que las partes firmaron el acta de reunión final, razón por la cual su término de duración fue de 135 días adicionales a los inicialmente pactados. En efecto, el plazo fue inicialmente previsto en la cláusula tercera del contrato al señalarse, que *"El plazo máximo para la entrega final de la obra por parte de EL CONTRATISTA a LA EMPRESA será de Ciento Cuarenta y Cuatro (144) días calendario contados a partir del día en que efectivamente se de inicio a la realización del Montaje electromecánico.."* . Sin embargo, el día 20 de marzo de 2012 las partes suscribieron el mencionado Otro sí, modificando la cláusula séptima del contrato para ampliar el plazo de duración del contrato hasta el 30 de mayo de 2012.

Pero si bien es cierto que el término de duración del contrato se extendió más allá del plazo inicialmente pactado, no es menos cierto que ello se debió a causas imputables a ambos contratantes, lo cual se puede establecer de varias declaraciones rendidas ante el Tribunal, según se detalla a continuación:

- Testimonio del Ingeniero Parra:

"Los equipos que se instalaron en la subestación eléctrica que debería haberse instalado alrededor de noviembre, llegó el 22 de diciembre fecha de finalización de la obra y todavía no estaban en obra.Inclusive de los equipos podemos decir que nunca llegaron todos"

- Testimonio de Luis Hernando Salinas;

"Por la consecución de los materiales, los materiales nunca llegaron a tiempo". (Pipe Rack).

- Testimonio del ingeniero Ceballos:

"... los materiales llegaban tarde y muchas veces llegaban sin documentación, la documentación la entregaban posteriormente, aparte de eso también había muchos materiales sin especificación... entonces también tocaba devolver o hacer algún tipo de trámite, o hacer una no conformidad para poder utilizar esos material o llegaba sin certificados de calidad".

Los distintos incumplimientos quedaron también consignados en los denominados RDOS 87, 88 y 89 del 28 al 30 de noviembre de 2011, 94, 96 100 del 2, 8, y 12 de diciembre de 2011 y 127, 128, 129 y 139 del 11, 12, 13 y 23 de enero de 2012.

Así mismo, el CONSORCIO FT incurrió en retardos en la instalación del campamento y en la fabricación y montaje del Pipe Rack como se pudo establecer en la declaración de parte ya citada.

(iii) Las partes purgaron expresamente lo que era un incumplimiento del contrato mediante la celebración de un Otrosí:

Las partes contratantes suscribieron el Otrosí No. 1 del siguiente tenor:

"PRIMERO: Que teniendo en cuenta que el término de duración del Contrato DJC-37 (en adelante "El Contrato") expiró, y que después de su expiración PGI requiere que EL CONTRATISTA continúe con la ejecución del Contrato, toda vez que a la fecha faltan por ejecutar actividades de montaje electromecánico para la PL2 Las PARTES acuerdan:

3. Modificar la cláusula séptima del Contrato, ampliando el plazo de duración del mismo hasta el treinta (30) de mayo de 2012.

4. Que las cláusulas de EL CONTRATO inicialmente firmado entre las partes que no contraríen lo estipulado en el presente Otrosí No.1, permanecen vigentes y sin modificación alguna.”

Al respecto la cláusula séptima dispone:

“CLÁUSULA SÉPTIMA. LUGAR DE ENTREGA Y PLAZO: El plazo máximo para la entrega final de la obra por parte de EL CONTRATISTA a LA EMPRESA será de Ciento Cuarenta y Cuatro (144) días calendario contados a partir del día en que efectivamente se dé inicio a la realización del Montaje electromecánico para la Planta PL2 con sujeción a lo establecido en el cronograma estipulado en el ANEXO V del presente contrato. Si vencido este plazo, y por causas imputables al CONTRATISTA este no entrega la obra según las directrices establecidas en el manual descriptivo MD 25040-09.004 REV.1 y a las especificaciones técnicas contratadas a satisfacción de LA EMPRESA, deberá pagar a LA EMPRESA por concepto de multas el uno por ciento (1%) del Valor Estimado del Contrato por cada día calendario de retraso en la entrega final...”. Si el retraso llegare a exceder quince (15) días calendario, LA EMPRESA podrá dar por terminado el presente Contrato con justa causa y cobrar en adición a las multas antes establecido una cláusula penal accesoria equivalente al treinta por ciento (30%) del Valor Estimado del Contrato...”.

De la lectura del Otrosí No. 1 al contrato de obra suscrito entre las partes, se determina que ellas acordaron ampliar el plazo de duración del contrato hasta el día 30 de mayo de 2012, modificando la cláusula séptima del contrato de obra y manteniendo vigentes las demás cláusulas.

Ahora bien, la detallada redacción de la cláusula primera del Otrosí, dada las eventualidades que se habían presentado para la ejecución de la obra en el plazo originalmente pactado, es suficientemente indicativa de la clara intención de las partes de que se continuara con la ejecución del contrato hasta el 30 de mayo de 2012, toda vez que al 25 de diciembre de 2011, plazo estipulado originalmente para dar cumplimiento al contrato, no se habían

ejecutado todas las actividades de montaje electromecánico de la Planta PL2, por causa imputable a ambos contratantes, como ya se precisó.

Fueron las mismas partes quienes, para evitar que se viera frustrado el interés que perseguían, mediante un acto positivo de aceptación mutua de prórroga, optaron por hacer desaparecer los efectos negativos del incumplimiento, reflejados en la expiración del plazo sin el cumplimiento de los cometidos por mutua responsabilidad, con lo cual convirtieron los incumplimientos mutuos y sus efectos, en simple retardo, excluyente del incumplimiento del contratista en la ejecución del contrato en la fecha inicialmente pactada y restándole facultad al contratante para demandar en reconvencción el cumplimiento de la cláusula séptima del contrato para el cobro de multas y cláusula penal.

Aún si se aceptara que la concurrencia de culpas no tiene la virtualidad de exonerar completamente al convocante por la ejecución imperfecta de la obligación, frente a ese mutuo incumplimiento, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1609 del Código Civil¹⁸ resulta claro que cuando ambos contratantes han incumplido ninguno de ellos está en mora, pero ambos pueden demandar la obligación principal, solo que sin los efectos de ésta, esto es, sin cláusula penal ni indemnización de perjuicios.

Con mayor razón, si el artículo 1594 del Código Civil establece que *“Antes de constituirse el deudor en mora no puede demandar el acreedor a su arbitrio la obligación o la pena, sino sólo la obligación principal”*.

En esta hipótesis, ¿Podría exigir entonces el convocado PRAXAIR el cumplimiento de la obligación principal? Sin duda que sí, pero sin indemnización de perjuicios, multas, ni cláusula penal. La exigibilidad de la obligación surge del incumplimiento no de la mora, como de tiempo atrás lo ha sostenido nuestra jurisprudencia¹⁹. No obstante, al encontrarse ejecutada

¹⁸ **ARTICULO 1609.**—*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.*

¹⁹ *“Si ambos han incumplido, ninguno de los dos contratantes está en mora. ¿Qué es la mora? Es un incumplimiento calificado que produce ciertas consecuencias jurídicas. No todo incumplimiento produce mora; pero sí toda mora supone un incumplimiento. Los efectos del*

por el contratista la obligación principal dentro del plazo estipulado en el Otrosí, por sustracción de materia la demanda carecería de objeto, al hallarse cumplido el contrato, dando al traste con la pretensión.

(iv) El Contratista cumplió con la totalidad de la obra contratada, razón por la cual puede pedir el cumplimiento del contrato.

En esta línea, el Tribunal observa que el CONSORCIO FT hizo entrega de la obra a satisfacción de PRAXAIR el día 8 de mayo de 2012, de acuerdo con las actas avaladas y firmadas por contratista y contratante de común acuerdo, como quiera que sus textos no permiten suponer otra cosa en cuanto que las partes no consignaron observación alguna. Lo cual no deja lugar a dudas que las obras se ejecutaron por el contratista a satisfacción del contratante en la fecha establecida en el Otrosí suscrito el 20 de marzo de 2012, con satisfacción total de su derecho o interés en el montaje electromecánico de la planta PL2, a cuyo fin se dirigía la relación obligatoria, máxime, si sólo hasta la fecha de convocatoria de este Tribunal, acudió en demanda de reconvención a exigir el cumplimiento de las obligaciones del contrato.

Del mismo modo, el cumplimiento de la convocante aparece confirmado sin ambages con lo establecido en el dictamen pericial, en el cuadro de medida de los Boletines de Medición (BMs) y su respectiva facturación, según el cual para el 9 de julio de 2012, ya evidenciaba en su Boletín de Medición No. 7 un

incumplimiento son unos, los de la mora son otros. En consecuencia, lo que el artículo 1609 dice es que en los contratos bilaterales, si ambos han incumplido, de ninguno se podrán predicar los efectos que surgen de la mora, únicamente se les pueden aplicar los efectos propios del incumplimiento. ¿Cuáles son los efectos de la mora? Tres, a saber: 1) Permite cobrar perjuicios (arts. 1610 y 1615 del C. C.). 2) Hace exigible la cláusula penal (arts. 1594 y 1595 del C. C.). Y 3) Invierte el fenómeno de la carga del riesgo sobreviniente respecto de la cosa debida (arts. 1731 y 1733). Es decir, en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede exigir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas sobre el riesgo sobreviniente. Eso, y nada más, pero tampoco nada menos, es lo que dice el artículo 1609...". "...La exigibilidad surge del incumplimiento, no de la mora. Ello es claro. Pero si alguna duda quedare sobre el particular, la despeja el artículo 1594 del C. C., que dice: «Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal. . .». ¿Puede quedar alguna duda? Antes de constituirse el deudor en mora el acreedor puede demandar la obligación principal, pero no puede demandar la pena". Sentencia Sala de Casación Civil, 7 de diciembre de 1982, M.P. Dr. JORGE SALCEDO SEGURA

avance de obra del 137% con respecto al valor del contrato (\$4.121.891.345) y valor acumulado de facturación de \$5.649.525.913, de manera que de conformidad con peritazgo practicado a la contabilidad de las partes, tal ejecución contractual en relación con la cantidad de obra y el precio fue la siguiente:

OBSERVACIONES DE LA EJECUCION DEL CONTRATO DIC- 3711										PRESTAMOS OBTENIDOS POR CONSORCIO FT DURANTE LA EJECUCION DE PROYECTO PL2		
BMS	PLAN DE PAGOS ACORDADOS		PLAN DE AVANCE DE OBRA ACORDADA		PAGOS EFECTUADOS		EJECUCION DE AVANCE DE OBRA			FECHA	VALOR PRESTAMO	VALOR ACUMULADO
	%	\$/CONTRATO	%	\$/CONTRATO	%	COMP. INGRESO	%	FACTURADO	FECHA CUMPLIMIENTO			
	30%	\$ 1.236.567.404	0%	\$ 0	30%	\$ 1.236.567.404	0%	\$ 0	06-ago-11			
										04-nov-11	\$ 600.000.000	\$ 600.000.000
										30-nov-11	\$ 500.000.000	\$ 1.100.000.000
1	20%	\$ 2.060.945.673	40%	\$ 1.648.756.538	57%	\$ 2.333.056.552	40%	\$ 1.630.276.549	07-dic-11			
2	20%	\$ 2.885.323.942	60%	\$ 2.473.134.807	68%	\$ 2.820.574.629	57%	\$ 2.340.529.328	25-ene-12			
										16-feb-12	\$ 59.956.310	\$ 1.159.956.310
										03-abr-12	\$ 170.000.000	\$ 1.329.956.310
										03-abr-12	\$ 170.000.000	\$ 1.499.956.310
3	20%	\$ 3.709.702.211	90%	\$ 3.709.702.211	82%	\$ 3.384.422.189	78%	\$ 3.196.677.013	16-may-12			
4					98%	\$ 4.046.994.026	88%	\$ 3.634.990.444				
5					115%	\$ 4.753.195.184	118%	\$ 4.864.227.458				
6	10%	\$ 4.121.891.345	100%	\$ 4.121.891.345	121%	\$ 4.987.118.873	124%	\$ 5.101.615.461	22-oct-12			
7							137%	\$ 5.649.525.913				

Ampliación y complementación Dictamen pericial Caso PL2 pagina 15

(v) La parte Convocada incumplió con el pago de las obligaciones adquiridas en el contrato de obra.

En las pretensiones de la demanda principal la parte convocante reclama el pago de la totalidad de las obras por concepto de aislamiento térmico realizados en la planta PL2 por valor de \$230.165.305.00, la suma de \$228.851.521 correspondientes al reproceso de aislamiento térmico de unas líneas de tubería, inicialmente realizado por un contratista de PRAXAIR y corregido por EL CONSORCIO FT, así como un 10% del valor de actividades ejecutadas en la planta PL2, tales como prefabricación de tubería, lanzado, montaje y conexionado de cableado de la obra, instalación de luminarias, malla de aterrizamiento, tubería eléctrica, entre otras, más intereses moratorios causados desde la fecha en que debió generarse el pago, junto a otras condenas correspondientes a indemnización de perjuicios. Para este Tribunal cabe declarar el incumplimiento de la convocada del contrato de servicios de obra civil por la mora en el pago de lo correspondiente a trabajos y cantidades ejecutadas correspondientes al reproceso de aislamiento térmico y de un 10% del valor de actividades ejecutadas, que forman parte de la obligación principal.

Sobre el particular la cláusula cuarta del contrato en cuestión señala:

“CLAUSULA CUARTA. VALOR DEL CONTRATO. *El valor del presente contrato es indeterminado, sin embargo las Partes acuerdan como suma estipulada para efectos de la constitución de pólizas y seguimiento administrativo la suma de CUATRO MIL CIENTO VEINTIÚN MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS (\$4.121.891.345) IVA INCLUIDO.*

PARÁGRAFO PRIMERO. *Los pagos realizados al CONTRATISTA se efectuarán teniendo en cuenta los COMITÉS DE OBRA, reglamentados en la cláusula quinta del presente contrato en los cuales se presentará por parte del CONTRATISTA, la curva de avance, en el que indicará en que porcentaje de ejecución se encuentra la obra.*

PARÁGRAFO SEGUNDO. *El valor real del contrato será el que resulte de multiplicar los precios unitarios establecidos en el **Anexo I** del presente Contrato por el de las unidades que efectivamente se ejecuten en desarrollo del mismo, con sujeción a la cláusula anterior y la cláusula quinta del presente contrato.*

A su vez, el Parágrafo segundo de la cláusula quinta dispone:

“PARÁGRAFO SEGUNDO. *De los valores por pagar al CONTRATISTA presentados en los informes de Curva de avance se deducirá el valor de las penalidades...*” (Subrayado fuera de texto).

Así mismo, el Parágrafo primero de la cláusula sexta sobre forma de pago dispone:

“LA EMPRESA entregará al **CONTRATISTA por concepto de anticipo un TREINTA POR CIENTO% del valor estimado del contrato.... 2. El resto del valor estimado del contrato será pagado en cortes así: 20% del Valor Estimado del Contrato contra el 90% de avance de obra y pago final, finalizada y recibida la obra con acta de finalización, cuyo monto dependerá**

de las cantidades de obra efectivamente ejecutadas y que estén pendientes de pago. En todo caso, el valor final del Contrato será ajustado contra la medición final de las cantidades de obra real ejecutadas de acuerdo con la planilla de precios unitarios (PPU), la cual hace parte integrante del presente Contrato”.

Deriva de lo anterior, que la determinación del precio del contrato dependía de las partes, teniendo en cuenta el porcentaje de ejecución y avance de obra reportado en los comités de obra. Y no le cabe duda a este Tribunal, que de la simple lectura de la cláusula cuarta del Contrato de Obra y de su párrafo segundo, el valor real del contrato no era el allí previsto sino el que resultaba de multiplicar los precios unitarios por el de las unidades que efectivamente se ejecutaran en desarrollo del mismo, lo cual no quita que el precio del contrato sea cierto, serio y en dinero, como ya se expresó en otras ocasiones por la jurisprudencia arbitral sobre la materia:

“El Tribunal dilucida atendiendo el convenio de las partes plasmado en el texto contractual antes referido, donde reconociéndose -con razonabilidad, según se explicó líneas arriba – la posibilidad de “modificación en los tiempos parciales de programación”, se establece que ello no afectaría el “valor aprobado (para las diversas actividades constitutivas de los trabajos)” (énfasis añadido), entendiendo por tal el resultado de “multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por el precio unitario fijo en ellas, más el AIU”²⁰.

Y en otra oportunidad en relación con la misma materia de la controversia también se indicó:

“Para el Tribunal es claro que el objeto del contrato, es decir las obligaciones que en su conjunto contiene, son física y legalmente posibles, lícitas, determinadas y esto, unido al hecho de encontrar también el precio o valor pactado es cierto, serio y en dinero lo cual hace que el Tribunal considere

²⁰ Laudo en Derecho del 5 de marzo de 2007. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Árbitros: Nicolás Gamboa Morales, Juan Caro Nieto y Alvaro Isaza Upegui. Demandante Construcciones C.F. Ltda. Demandado Banco de la República.

*que existió un Contrato Civil de Obra entre Compañía Internacional de Alimentos Ltda. Como contratante y Formametal E.U como contratista con plenos efectos*²¹.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1603 del Código Civil “*Los contratos debe ejecutarse de buena fe*”, y según el artículo 1614 del Código Civil en concordancia con el artículo 63 del mismo estatuto, las partes contratantes deben cumplir diligentemente o allanarse a cumplir a cabalidad sus obligaciones que adquirieron en virtud del pacto celebrado. Igualmente el artículo 871 del Código de Comercio, dispone que “*Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural*”.

Por otro lado, como quedó establecido, la convocante cumplió o se allanó a cumplir las obligaciones adquiridas en virtud del contrato de obra inicialmente celebrado y de su Otrosí. No obstante, no ocurrió lo mismo respecto de la contratante, puesto que en el expediente está demostrado suficientemente que en el Boletín de Medición No. 7, por virtud del cual se especifica el avance de obra cercano al diez por ciento (10%) con relación a las actividades ejecutadas en la planta PL2 y el reproceso de aislamiento térmico, concluido y recibido a satisfacción por PRAXAIR a través del ingeniero Samuel Moreno, tal como consta en el acta de entrega y recibido de los trabajos de aislamiento térmico, la suma correspondiente a estas actividades asciende a quinientos setenta y nueve millones novecientos diecisiete mil ciento ochenta pesos (\$579.917.180), según se puede determinar de los estados financieros obrantes a páginas 23 y 36 del Dictamen pericial Caso PL2 y de la confesión efectuada por German Barreto representante legal de PRAXAIR, quien a la pregunta de si era cierto o no que PRAXAIR le debía al Consorcio FT el valor de los trabajos de aislamiento término realizados en la planta PL2 este respondió: “*Es cierto,*

²¹ *Laudo Arbitral del 8 de septiembre de 2009. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, Árbitros: Humberto Bueno Cardona, Fernando Puerta Castrillón y Carlos Mauricio Valencia López. Demandante. Formametal E.U. Demandado: Compañía Internacional de Alimentos Ltda.*

este es el punto que mencionamos dos preguntas antes, era el único punto que faltaba por definir”.

Aunado a lo anterior, el dictamen pericial permite establecer que el consorcio recibió un valor de \$5.069.948.475, de un valor total facturado de \$5.649.525.913, para una diferencia correspondiente a la suma de \$579.917.180.

En tal sentido, referente al BM7, que corresponde a las facturas No. 471, 474, 478, y 480 se afirma lo siguiente en el dictamen:

“Para efectos de dar respuestas a los numerales 2.3 y 2.4. los cuales hacen referencia al total del capital de aislamiento térmico y a los ítems de cableado, tubería, luminarias y mallas; se asume el costo facturado por legalizar y por cobrar referente al BM7, que corresponde a las facturas No. 471, 474, 478, y 480 y remanentes de los BM anteriores; el cual se aproxima a un valor de \$579.917.180; este valor es relativamente proporcional al 10% del valor de la ejecución del contrato que correspondería al último pago de acuerdo a las condiciones de pago establecidas en el contrato”

Ahora bien, en virtud de que el artículo 870 del Código de Comercio en armonía con el 1546 del Código Civil establece que *“En los contratos bilaterales en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”*, tal indemnización compensatoria total, parcial, o moratoria, procede siempre y cuando el contratante que promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o haya estado dispuesto a hacerlo. En el caso concreto de los contratos para confección de una obra material, el Art. 2056 del mismo estatuto civil indica que *“Habrá lugar a reclamación de perjuicios según la regla general de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución”*.

Así las cosas, frente al cumplimiento de una de las partes y el incumplimiento de la otra, las pretensiones por concepto de capital pendiente de pago, que

corresponden a la obligación principal, deben reconocerse con intereses de mora a partir de la reconvención judicial (ordinal 3º. del artículo 1608 del Código Civil)²², si no existe plazo vencido, fundamentado en que el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil que dispone en su párrafo segundo que *“la notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto de requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, sino se hubiere efectuado antes”*. Así las cosas, la notificación del auto admisorio de la demanda produce el efecto de requerimiento judicial para constituir en mora a la parte convocada, razón por la cual es dable conceder el pago de intereses moratorios a partir de entonces.

De conformidad con lo expuesto las pretensiones sobre daño emergente por mayor permanencia en obra por valor de \$481.760 454, por improductividad de la obra imputable a PRAXAIR por valor de \$1.180.965.473; por costos y gastos del trámite arbitral por valor de \$193.900.000 y por intereses bancarios por préstamos solicitados por la convocante para mitigar el impacto financiero que dijo padecer \$109.910.102, no están llamadas a prosperar.

En ese sentido la gravedad del incumplimiento, como requisito que determina la declaración consecencial con la condena a pagar perjuicios, según lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, es asunto que no solo depende de la materialidad del mismo, definida por el juez con base en la valoración de las pruebas, sino que también es asunto que deben calificar las partes. En ese sentido, por grave que pueda parecer a simple vista un determinado retraso, no puede tener esa entidad si la parte supuestamente afectada, o ambas partes involucradas, no lo han considerado así.

En el asunto *sub examine* el Tribunal encuentra que los incumplimientos mutuamente imputados tuvieron lugar antes de la suscripción del

²² **ARTICULO 1608.**—*El deudor está en mora:*

1. *Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.*
2. *Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.*
3. *En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.*

mencionado Otro sí y ningún reclamo, manifestación o reserva aparece consignado en aquel, lo que determina una mutua voluntad de ignorarlos o de no reconocerles la entidad de “graves” y ese comportamiento compromete la posición que ahora asumen las partes de cara a este proceso arbitral.

De acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. En esta dirección, si el daño *“no aparece como real y efectivamente causado, sino apenas como una posibilidad de producirse, no entra en el concepto jurídico de daño indemnizable”* (sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 25 de septiembre de 1996, G.J. CLII, p. 320).

De otro lado, siguiendo los principios de la carga de la prueba, debe indicarse, que quien demanda judicialmente la indemnización del perjuicio que ha sufrido le incumbe demostrar el daño cuya reparación reclama y su cuantía. La parte convocante no justifica, ni el perjuicio ni el monto del mismo, entonces, para que la condena a pagar perjuicios sea procedente es indispensable, en todo caso, que en el proceso aparezca la prueba de que ellos se produjeron y que faltó solamente liquidar su monto.

Con más veras, si el dictamen pericial establece que de los perjuicios por daño emergente asociados a créditos solicitados por la convocante para mitigar el perjuicio sufrido, no aparecen probados *“... y no se pueden tener en cuenta el monto de estos créditos solicitados en el Banco de Colombia... De acuerdo con el análisis planteado... los pagos se efectuaron en la medida en que se facturó la ejecución de la obra, observándose que no existía relación directa con estos créditos con la ejecución del proyecto... Sobre el valor de los intereses bancarios referenciados por el consorcio respecto de los créditos anteriormente relacionados, expuesto por el consorcio por un valor de \$194.389.459., este saldo no se pudo verificar en ninguna cuenta auxiliar... o este valor no se pudo constatar en ninguna certificación bancaria relacionada con los intereses”*. Ampliación y complementación Dictamen pericial Caso PL2 página 25.

Las demás sumas reclamadas, como lo son mayor permanencia en obra y por improductividad de la obra, tampoco está llamadas a reconocerse en los montos y por los conceptos que se solicitaron en la demanda por la convocante, por la poderosa razón de que cualquier reclamación relacionada con la ejecución de la obra carece de causa, con ocasión de la suscripción del Otrosí de fecha 20 de marzo de 2012, por virtud del cual las partes de común acuerdo ampliaron el término de duración del contrato.

Tampoco existe relación de causalidad entre el incumplimiento del convocado en el pago de capital pendiente asociado con el Boletín de Medición No.7, con el daño que se supone ocasionado, es decir, el hecho del no pago no trae como consecuencia la mayor permanencia en obra, ni necesidad de apalancamiento pues contablemente no fue confirmada por el peritazgo; ni improductividad de la obra imputable a PRAXAIR, porque como bien lo establece la doctrina de tiempo atrás, cuando la fuente de la responsabilidad civil que se reclama por el actor es la contractual o extracontractual, esta sólo puede tener lugar una vez comprobados los elementos que dan lugar a la imputación de la responsabilidad, cuales son: la Culpa, el Daño y el Nexo Causal entre la Culpa y el Daño.

Importa hacer notar, que si bien hay responsabilidad por incumplimiento si no se ejecuta la obligación o se ejecuta imperfectamente, lo cual le permitirá al contratante cumplido pedir la obligación principal con indemnización de perjuicios, porque con intención o sin ella (dolo o culpa) el obligado no ejecuta lo ordenado en el contrato. No será suficiente para el contratante cumplido el incumplimiento o inejecución imperfecta de la obligación del no cumplido para reclamar el daño, sino lo prueba, y probándolo no determina el alcance de la obligación de reparar, razón por la cual no tendrá derecho a recibir indemnización alguna derivada del incumplimiento.

Así lo tiene determinado la Corte Suprema de Justicia, que al respecto ha dicho lo siguiente:

“Pertinente memorar que el daño es uno de los presupuestos estructurales imprescindibles de la responsabilidad, sin cuya existencia y plena probanza

en el proceso, es evanescente e ilusoria, a punto de resultar innecesaria la verificación y análisis de sus restantes elementos, desde luego que ante su ausencia no surge ninguna obligación indemnizatoria”.

Descendiendo al caso de autos, se pudo establecer en cuanto al incumplimiento total del pago de la obligación principal correspondiente a la mayor cantidad de obra vinculada al Boletín de Medición No. 7, que el menoscabo patrimonial: el perjuicio, coincide con la pretensión insatisfecha a que tiene derecho la parte convocante invocada en la pretensión No. 6 al solicitar la condena al pago de la totalidad de la obra ejecutada, junto con los intereses moratorios respectivos, lo que no impide, que cuando el acreedor considere que sufrió daños que no alcanzan a quedar cubiertos con el capital debidos y su interés moratorio, pueda suministrar prueba de ello y obtener una indemnización mayor, lo que para infortunio de la parte convocante no logró. Criterio que ha sido reiterado por la doctrina y jurisprudencia como paso a citar:

“Los intereses moratorios valen como resarcimiento del daño por el retardo: se deben siempre independiente de la prueba de parte del acreedor de haber sufrido un daño, por ser considerado el dinero un bien que por su naturaleza produce interés, de modo que la falta de pago del capital, produce al acreedor, consecuentemente un daño automático. Sin embargo el acreedor puede probar haber sufrido en daño que es resarcible con la tasa de interés.... “ (Galgano)”. Referencias citadas por Fernando Hinestrosa, Tratado de las Obligaciones, U. Externado de Colombia 2002, I Ed. Pag. 166.

Lo que también ha ponderado la Corte Suprema de Justicia, para quien *“el acreedor de sumas de dinero conserva su derecho a la indemnización del daño ulterior o complementario que... le haya ocasionado la mora del deudor, pero ya no amparado por la norma de “favor creditoris”, que es en su parte medular el artículo 1617 del Código Civil, sino asumiendo la carga de probar positivamente esa insuficiencia del interés moratorio como compensación resarcitoria”* (Casación civil, del 24 de enero de 1990).

Para nuestro caso en estudio, la concurrencia de culpas que se pudo determinar, pero a su vez su saneamiento por virtud del Otrosi al contrato celebrado por las partes, no puede derivar en otro juicio distinto al de determinarse la falta de acreditación por aquel a quien le correspondía la carga de probar los elementos de la responsabilidad ya mentados.

Se debe entonces concluir que no obstante el cumplimiento del convocante frente al incumplimiento del convocado, únicamente existe causa para demandar el cumplimiento del contrato por parte del consorcio por concepto de capital pendiente de pago, junto con sus intereses moratorios, pero sin que se reconozcan las demás pretensiones invocadas relativas a los perjuicios consecuenciales por él solicitados, así como tampoco las referentes al pago de las multas y cláusula penal solicitados en la demanda de reconvención por la parte convocada.

En tal orden de ideas, este Tribunal ordenará el pago por las sumas probadas como debidas, que ascienden a \$579.917.180 más los intereses moratorios que ascienden a la suma de \$321'080.441 desde 9 de abril de 2013 hasta la fecha del laudo.

III. LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE AL DICTAMEN PERICIAL CONTABLE FINANCIERO

Mediante escrito radicado el 15 de octubre de 2014 la convocante formuló objeción por error grave frente al dictamen pericial contable – financiero y para el efecto acompañó un Informe elaborado por la experta Gloria Zady Correa Palacio, de conformidad con el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, según el cual, *“En ningún caso habrá lugar a trámite especial de objeción del dictamen por error grave. Dentro del término de su traslado, o del de sus aclaraciones o complementaciones, las partes podrán presentar experticias para controvertirlo”*.

Mediante Auto No. 29 del 21 de octubre de 2014 el Tribunal señaló que consideraba necesaria la citación del perito ni de la experta a la que acudió la

parte demandada para controvertir el dictamen porque cuenta con todos los elementos de juicio que de ambos surgen y con el resto del material probatorio, razón por la cual se abstuvo de citarlos.

La referida objeción plantea los siguientes errores que replica así:

1. El perito rechazó costos de 2013 relacionados con arrendamiento de equipos y herramientas aduciendo (i) que el documento soporte está cargado a un centro de costos distinto del contrato, pero desconoce que la factura si está contabilizada en el centro de costos del contrato; (ii) que no hay relación de causalidad porque el gasto se registró con posterioridad a la terminación del contrato, olvidando que la fecha de la factura es anterior y que los costos no se están analizando desde el punto de vista fiscal; (iii) que según el párrafo tercero de la cláusula primera del contrato la herramienta debía ser suministrada por el contratista, posición que excede su competencia.

2. El perito rechazó considerar el crédito externo al que tuvo que acudir el Consorcio FT debido al flujo de caja negativo del contrato aduciendo: (i) que el plan de pagos y que durante la ejecución del contrato se hicieron pagos contra avance de obra, análisis no le competía al auxiliar de la justicia y además, una cosa es el sistema de precios unitarios previsto y otra la contabilidad del proyecto; (ii) que no existe relación de causalidad entre los créditos y la ejecución del contrato, desconociendo la contabilidad registrada; (iii) que el gasto se registró en un centro de costos distinto al del contrato, lo que no evita que se imputable al mismo.

3. El perito no incluyó dentro del lucro césate la utilidad esperada por el Consorcio, los intereses que éste dejó de percibir por las facturas impagadas ni los intereses generados por la pérdida de aquel

4. El perito se equivocó al calcular la actualización de las multas porque tuvo en cuenta el valor de la inflación mensual y acumulativa y como índice final para todos los meses el de julio de 2014.

Para resolver el Tribunal debe en primer lugar poner de presente que no cualquier error en el dictamen puede aparejar la prosperidad de una objeción sino únicamente los errores graves. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha decantado de antaño el alcance de la objeción por error grave y en forma reiterada ha dicho lo siguiente:

“(...) ‘si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos’ (G.J. Tomo LII, pág 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, ‘es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene, o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciado equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven’.”²³

En ese sentido no encuentra el Tribunal que los yerros imputados al perito tengan esa entidad porque no están cambiando la naturaleza del objeto sobre el cual versó su trabajo sino que, simplemente, su posición obedece a un criterio profesional y técnico así no esté exento de opiniones diversas.

En segundo lugar ha de tenerse presente que las preguntas que le fueron sometidas al perito no se limitaban a señalar qué conceptos y gastos estaban incluidos en la contabilidad sino que indagaban por el daño emergente sufrido por el Consorcio FT, lo que necesariamente comporta un ejercicio mucho menos mecánico que debe abordar lo conceptual y por eso se pidió, decretó y practicó un dictamen contable – financiero y no uno meramente contable, de manera que no puede haber error cuando el perito, cuando, además de revelar la imputación contable – alguna de ella equivoca o registrada en un centro de costos distinto al del contrato – se pronuncia sobre la vinculación del gasto con

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de agosto de 1997. Radicación 4533.

el daño alegado. En esa misma línea, el hecho de que el perito no pueda pronunciarse sobre aspectos jurídicos, ello no lo releva de examinar el contrato para hacer los pronunciamientos que le corresponden desde la perspectiva técnica – contable de su encargo. No por citar cláusulas contractuales o el tipo de remuneración acordada en él puede decirse que el perito excedió el marco de su competencia, aspecto que, de haber ocurrido, tampoco implica de por sí un error grave.

Finalmente, la objeción tampoco aparece probada porque el experticio aportado para soportarla tan solo hace la presentación de otra perspectiva pero no llega a demostrar que las afirmaciones del perito estén en grave equivocación o que choquen con los principios elementales de la ciencia contable, con el contrato o con los pagos acordados por avance de obra.

Por las razones expuestas no habrá de prosperar la objeción por error grave.

IV. COSTAS

El numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso señala que *“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”*

Como ha quedado expuesto, salvo algunas declaraciones generales, no prosperarán las pretensiones de la demanda de reconvención. Pero, a su vez, resulta evidente que tampoco prosperarán todas las pretensiones de la demanda principal ni mucho menos por la cuantía que fue reclamada, al punto que las condenas por capital resultan ser apenas del orden del 25% de lo reclamado.

Así las cosas, cuantitativamente hablando, la convocante podría ser condenada parcialmente en costas por el defecto en un orden de magnitud de cerca del

75%. A su vez, la no prosperidad de las pretensiones de la reconvención hace que la parte convocante haya obtenido un éxito, también cuantitativamente hablando, del orden del 75%. Este porcentaje de éxito de la convocante debe reducirse en un porcentaje similar por las pretensiones que le fueron negadas con ocasión de su propia demanda.

Pero más allá de esas consideraciones cuantitativas, desde el punto de vista material, el Tribunal ha reconocido en este fallo el mutuo incumplimiento de las partes y la purga de sus consecuencias. A su vez, el Tribunal considera que el éxito parcial de ambas partes, la convocante por la no prosperidad de la demanda de reconvención y la convocada por la no prosperidad de todas las pretensiones de la demanda principal en su número y cuantía, determina que, con base en la norma arriba señalada, no deba imponerse condena en costas.

Los excedentes no utilizados de la partida “*Otros gastos*”, si los hubiera, serán reembolsados por árbitro a las partes en igual proporción.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir en derecho las controversias surgidas entre FERNANDO CESAR URIBE BLANCO Y COMPAÑÍA S.A.S. y TECS S.A.S., antes LTDA., y PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley,

RESUELVE

I. En relación con la demanda principal:

Primero. Desestimar las excepciones propuestas por PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA. frente a la demanda principal.

Segundo. Declarar que entre el CONSORCIO FT, integrado por las sociedades FERNANDO CESAR URIBE BLANCO Y COMPAÑÍA S.A.S. y TECS S.A.S., antes LTDA., y PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA., se celebró el Contrato de Obra DJC No. 37 – 11 el 29 de julio de 2011, en Bogotá, D.C.

Tercero. Declarar que entre el CONSORCIO FT, integrado por FERNANDO CESAR URIBE BLANCO Y COMPAÑÍA S.A.S. y TECS S.A.S., antes LTDA., y PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA., se celebró Otrosí No. 1 del Contrato de Obra DJC No. 37 – 11 suscrito por éstas en Bogotá el 20 de marzo de 2012.

Cuarto. Declarar que PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA. incumplió sus obligaciones adquiridas en virtud del Contrato de Obra DJC No. 37 – 11 al no pagar a CONSORCIO FT el valor total de las obras que éste ejecutó por concepto de actividades y materiales asociados al BM7.

Quinto. Condenar a PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA. a pagar a las sociedades FERNANDO CESAR URIBE BLANCO Y COMPAÑÍA S.A.S. y TECS S.A.S., antes LTDA. la suma de quinientos setenta y nueve millones novecientos diecisiete mil ciento ochenta pesos (\$ 579.917.180) moneda corriente.

Sexto. Condenar a PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA. a pagar a las sociedades FERNANDO CESAR URIBE BLANCO Y COMPAÑÍA S.A.S. y TECS S.A.S., antes LTDA., los intereses moratorios causados sobre la suma anterior hasta la fecha de este laudo por la suma de trescientos veintiún millones ochenta mil cuatrocientos cuarenta y un pesos (\$321'080.441) moneda corriente.

Séptimo. Negar las demás pretensiones de la demanda principal.

II. En relación con la demanda de reconvención:

Octavo. Desestimar las excepciones propuestas por las sociedades FERNANDO CESAR URIBE BLANCO Y COMPAÑÍA S.A.S. y TECS S.A.S., antes LTDA. frente a la demanda de reconvención.

Noveno. Declarar que entre PRAXAIR GASES INDUSTRIALES LTDA. y el CONSORCIO FT, integrado por las sociedades FERNANDO CESAR URIBE BLANCO Y COMPAÑÍA S.A.S. y TECS S.A.S., antes LTDA. fue celebrado el Contrato de Obra DJC No. 37 – 11 el día 29 de julio de 2011.

Décimo. Negar las demás pretensiones de la demanda de reconvención.

III. En relación con otras decisiones del Tribunal:

Undécimo. Declarar que no prospera la objeción por error grave formulada por la parte convocante al dictamen pericial contable – financiero.

Duodécimo. Abstenerse de condenar en costas.

Decimotercero. Ordenar la expedición de copias auténticas de esta providencia con destino a las partes.

Decimocuarto. Ordenar la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

Notifíquese.

JOSÉ OCTAVIO ZULUAGA RODRÍGUEZ

Arbitro

ROBERTO AGUILAR DIAZ

Secretario