

---

**LAUDO ARBITRAL**

**COBETO LIMITADA**

**CONTRA**

**EMPRESA DE SERVICIOS DE GENERACIÓN DE ENERGÍA Y MONTAJES – ESGEM  
WORLDWIDE CORPORATION**

Bogotá, D. C., 5 de agosto de 2008.

---

**LAUDO ARBITRAL**

**COBETO LIMITADA**

**CONTRA**

**EMPRESA DE SERVICIOS DE GENERACIÓN DE ENERGÍA Y MONTAJES – ESGEM WORLDWIDE CORPORATION**

Bogotá, D. C., 5 de agosto de 2008.

**1. CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES DEL TRÁMITE ARBITRAL**

**1.1** El 9 de marzo de 2006, Cobeto Limitada (en adelante “COBETO”) celebró con la Empresa de Servicios de Generación de Energía y Montajes – ESGEM Worldwide Corporation (en adelante “ESGEM”) el Contrato Diseño y Construcción de Obras Civiles para los Nuevos Sistemas de Ceniza en la Central Térmica de la Guajira – Termoguajira” (en adelante Contrato ESGEM-Cobeto)

**1.2** En la Cláusula Vigésima del Contrato ESGEM – COBETO se dispuso:

**“VIGESIMA: CLAUSULA COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con las siguientes reglas: a. El Tribunal estará integrado por tres árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso de que no fuere posible, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes. b. El Tribunal decidirá en derecho”**

**1.3** El 2 de abril de 2007, COBETO, por medio de apoderado, presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a fin de dirimir el conflicto suscitado con ESGEM respecto del Contrato ESGEM-Cobeto.

**1.4** El 9 de julio de 2007, el Tribunal admitió la solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento y procedió a notificar el auto admisorio de esa solicitud a ESGEM, corriéndole traslado de la demanda, según lo previsto por el artículo 10 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**1.5** El 10 de agosto de 2007, mediante apoderado judicial, la convocada contestó la demanda ante el Tribunal y propuso excepciones de mérito. Con la misma fecha el apoderado de ESGEM, presentó demanda de reconvención.

**1.6** El apoderado de COBETO recorrió, oportunamente, el traslado de las excepciones propuestas a la demanda principal.

**1.7** El 5 de septiembre de 2007, el Tribunal admitió la demanda de reconvención y notificó el auto admisorio de la reconvención a COBETO,

corriéndole traslado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 400 del Código de Procedimiento Civil.

- 1.8 El 2 de octubre de 2007, el apoderado de COBETO contestó la demanda de reconvencción ante el Tribunal y propuso excepciones de mérito.
- 1.9 El apoderado de ESGEM recorrió, oportunamente, el traslado de las excepciones propuestas en la demanda de reconvencción.
- 1.10 El 5 de septiembre de 2007 se citó a las partes para la audiencia de conciliación, la cual se llevó a cabo el 22 de octubre del 2007 y fue declarada fracasada por el Tribunal en razón a la falta de ánimo conciliatorio entre las partes.

## **2. CAPÍTULO SEGUNDO: EL PROCESO ARBITRAL**

### **2.1 DEMANDA**

#### **2.1.1 HECHOS EN QUE SE SUSTENTA LA DEMANDA**

Dada la extensión de los hechos contenidos en el texto de la demanda y con el propósito de evitar transcripciones inoficiosas que obran en el expediente, se hace referencia a los mismos según los títulos indicados por el apoderado de la parte convocante:

- 2.1.1.1 Hechos Generales del Contrato
  - 2.1.1.1.1 Solicitud abierta de ofertas.
  - 2.1.1.1.2 Compromiso del 10 de noviembre entre ESGEM y COBETO para la oferta de COBETO.
  - 2.1.1.1.3 Adjudicación del contrato de CORELCA a ESGEM.
  - 2.1.1.1.4 Adjudicación del contrato de ESGEM a COBETO.
  - 2.1.1.1.5 Objeto del contrato ESGEM-COBETO.
  - 2.1.1.1.6 Modalidad del contrato ESGEM-COBETO.
  - 2.1.1.1.7 Valor del contrato ESGEM-COBETO.
  - 2.1.1.1.8 Plazo del contrato ESGEM-COBETO.
  - 2.1.1.1.9 Acuerdos durante el desarrollo del contrato ESGEM-COBETO.
  - 2.1.1.1.10 Modificaciones del contrato ESGEM-COBETO.
  - 2.1.1.1.11 Valor total y duración total del contrato ESGEM-COBETO.
  - 2.1.1.1.12 Terminación del contrato ESGEM-COBETO.
- 2.1.1.2 Hechos Concretos e Incumplimientos contractuales imputables a ESGEM que generaron desequilibrio económico para COBETO.

- 2.1.1.2.1 Atraso en la ingeniería de las vías por la demora en la revisión de CORELCA, mencionado en el acuerdo del 10 de agosto de 2006.
- 2.1.1.2.2 Obra adicional correspondiente al relleno para horizontalizar la vía nueva, incluida en el acuerdo del 10 de agosto de 2006.
- 2.1.1.2.3 Exigencia de un nuevo trazado de las vías diferente a la descripción de lo ofrecido en las estructuras.
- 2.1.1.2.4 Obra adicional correspondiente a la demolición de parte de los campamentos provisionales.
- 2.1.1.2.5 Obra adicional correspondiente a la mayor excavación en el patio de maniobras.
- 2.1.1.2.6 Incumplimiento del pago a COBETO del préstamo de cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000), convenido en el acuerdo del 10 de agosto de 2006.
- 2.1.1.2.7 Negación del pago a COBETO del reclamo de las vías del acuerdo del 10 de agosto de 2006.
- 2.1.1.2.8 Obra adicional correspondiente al tratamiento del fallo en la vía a reconstruir, ocasionado por la filtración desde el humedal, cuya solución para impedir esa filtración, fue declarada por ESGEM como extracontractual.
- 2.1.1.2.9 Obra adicional correspondiente a los fallos en la vía nueva.
- 2.1.1.2.10 Obra adicional correspondiente a la cimentación de las tolvas del sistema sumergido de cenizas SSC U1 y U2.
- 2.1.1.2.11 Mayor alcance contractual de la tolva metálica del silo cenizas pesadas.
- 2.1.1.2.12 Mayor alcance contractual en la construcción de la tolva en concreto reforzado silo de cenizas volantes.
- 2.1.1.2.13 Mayor resistencia requerida en el diseño de los pavimentos.
- 2.1.1.2.14 Impedimento en la entrada y salida a Termoguajira el 11 y el 12 de octubre de 2006.
- 2.1.1.2.15 Impedimento en la entrada y salida a Termoguajira el 16 y el 17 de octubre de 2006.
- 2.1.1.2.16 Impedimento en la entrada y salida a Termoguajira el 24 de octubre de 2006.
- 2.1.1.2.17 Atraso del vaciado de concreto de la viga losa del silo de cenizas pesadas.
- 2.1.1.2.18 Negación del pago del perjuicio ocasionado por el impedimento en la entrada y salida a Termoguajira.

- 2.1.1.2.19 Obra adicional correspondiente al desmonte de la zona de las vías y del patio de maniobras.
- 2.1.1.2.20 Obra adicional correspondiente a la demolición de la vía a reconstruir.
- 2.1.1.2.21 Obra adicional correspondiente al banco de ductos enfrente de la Casa de Trituración.
- 2.1.1.2.22 Obra adicional correspondiente a los rellenos de la Caseta Exhauster del alcance de ESGEM.
- 2.1.1.2.23 Interferencias imputables a ESGEM.
- 2.1.1.2.24 Modificaciones ordenada por ESGEM durante la construcción.
- 2.1.1.2.25 Incumplimiento en la indicación del botadero para los residuos de excavación y demolición.
- 2.1.1.2.26 Incumplimiento en el suministro de agua para la construcción.
- 2.1.1.2.27 Suspensión construcción del tanque por causas imputables a ESGEM.
- 2.1.1.2.28 Sobrecostos por el subsidio de alimentación para los trabajadores locales, convenido el 2 de octubre de 2006.
- 2.1.1.2.29 Mayor permanencia.
- 2.1.1.2.30 Terminación ilegal del contrato por decisión unilateral por parte de ESGEM.
- 2.1.1.2.31 COBETO ha cumplido a cabalidad con todas y cada una de las obligaciones emanadas del Contrato, y pudo terminar la obra en el tiempo contractual si ESGEM lo hubiese permitido, por lo que es imperioso que se le reconozcan las sumas adeudadas.
- 2.1.1.2.32 COBETO, consciente de la necesidad de agotar los mecanismos de solución directa de las controversias contractuales, buscó acercamientos por todos los medios posibles con ESGEM para intentar efectuar un arreglo directo y avenirse a una liquidación del Contrato de mutuo acuerdo, sin embargo, dada la falta de celeridad y eficacia por parte de ESGEM y sus indefiniciones, a la fecha, la liquidación final del Contrato no se ha efectuado.
- 2.1.1.2.33 La no liquidación oportuna del Contrato por parte del ESGEM, la dilación e indefinición por su parte de las solicitudes del contratista, le están causando a COBETO LIMITADA graves perjuicios económicos. En la carta ESGEM-TG-0205-01-07de terminación unilateral del contrato, ESGEM certifica que el avance de la obra a la fecha de terminación era de 84,07%, lo cual todavía no está aceptado por COBETO, quien ha presentado un avance mayor.

## 2.1.2 PRETENSIONES

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

- 2.1.2.1 Que se declare que ESGEM incumplió el contrato, al cambiar el objeto contractual, y ordenar la ejecución de obras adicionales, así como de nuevas obras no previstas en el mismo, lo cual, ocasionó un desequilibrio económico para COBETO.
- 2.1.2.2 Que como consecuencia de la anterior declaración y con el propósito de restablecer el equilibrio económico al contratista, se condene al pago de las sumas a favor de COBETO o de las que resulten probadas, así:
- 2.1.2.2.1 Por concepto de la mayor permanencia ocasionada por la imposibilidad de ejecutar la obra en las condiciones de modo, tiempo y lugar contratadas, la suma correspondiente a \$ 494. 943.260 o la que resulte probada.
- 2.1.2.2.2 Por concepto del fallo en la reconstrucción de la vía, producto de la filtración desde el humedal no previsto en el contrato, que obligó un tratamiento no previsto en el contrato. la suma de \$ 45.674.181 o la mayor que resulte probada.
- 2.1.2.2.3 Por concepto del fallo en la construcción de la vía, producto de la filtración desde el humedal no previsto en el contrato, que obligó un tratamiento no previsto en el contrato. la suma de \$ 58.737.970 o la mayor que resulte probada.
- 2.1.2.2.4 Por concepto del incumplimiento de la obligación de garantizar la entrada y salida del sitio de la obra en Termoguajira, de los equipos de COBETO y de sus subcontratistas, la siguiente suma o las mayores que resulten probadas:
- 2.1.2.2.4.1 Por lucro cesante de los recursos de la obra el día 12 de octubre de 2006, la suma de \$ 10.142.929 la mayor que resulte probada en el proceso.
- 2.1.2.2.4.2 Por improductividad en los recursos de las vías, los días 16 y 17 de octubre de 2006, la suma de \$ 3.610.282, o la mayor que resulte probada en el proceso.
- 2.1.2.2.4.3 Por improductividad en los recursos de las vías, el día 24 de octubre de 2006, la suma de \$ 1.825.338, o la mayor que resulte probada en el proceso.
- 2.1.2.2.5 Por concepto del incumplimiento en el que incurrió ESGEM, al atrasar la aprobación de la ingeniería del tanque de recirculación, y posteriormente, ordenar la iniciación de la construcción pese a no contar con la autorización de CORELCA, la suma de \$ 8.441.661.
- 2.1.2.3 Que se declare que durante la ejecución y desarrollo del CONTRATO ESGEM - COBETO, celebrado entre la sociedad ESGEM y COBETO Ltda., ESGEM obligó a al CONTRATISTA realizar mayores cantidades de obra e ítems de obra nuevos no descritas en el alcance de la Oferta ni previstas en el Contrato en mención, lo cual conllevó a mayores costos en la ejecución de la obra y vías, sumas que no han sido reconocidos por ESGEM.

- 2.1.2.4 Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a ESGEM al pago de las siguientes sumas o de las que resulten probadas, así:
- 2.1.2.4.1 Por concepto del relleno para horizontalizar la vía nueva no reconocido ni compensado, la suma de \$ 56.410.561 o la que resulte probada.
- 2.1.2.4.2 Por concepto de la demolición de parte de los campamentos, producto del desplazamiento del patio de maniobras, no reconocida ni compensada, la suma de \$ 8.195.038 o la que resulte probada.
- 2.1.2.4.3 Por concepto de la mayor excavación en el patio de maniobras, por el desplazamiento del patio de maniobras, no reconocido ni compensado, la suma de \$ 7.791.819 o la que resulte probada.
- 2.1.2.4.4 Por concepto de los costos derivados del acarreo adicional por la falta del botadero, la suma de \$ 6.652.189 o la que resulte probada.
- 2.1.2.4.5 Por concepto de los costos derivados de la obtención del agua por fuera de lo previsto en el contrato, la suma de \$ 3.243.349 o la que resulte probada.
- 2.1.2.4.6 Por concepto de los costos derivados de la obra de Desmonte en la zona de las vías y del patio de maniobra no descritas en el alcance del contrato, la suma de \$15.656.850 o la mayor cantidad que resulte probada.
- 2.1.2.4.7 Por concepto de la demolición de la vía a reconstruir una suma de \$ 8.776.505 o la mayor que resulte probada en el proceso.
- 2.1.2.4.8 Por concepto de los costos derivados de la obra del Banco de ductos enfrente de la Casa de Trituración, no descritas en el alcance del contrato, la suma de \$ 466. 535 o la que resulte probada.
- 2.1.2.4.9 Por concepto de la construcción de la tolva metálica del silo de cenizas pesadas, no incluida en las Especificaciones Técnicas de la solicitud Abierta de Ofertas SCN02-2005-018, y por ser una obra no contemplada en el alcance del contrato, la suma de \$ 11.828.513 o la que resulte probada.
- 2.1.2.4.10 Por concepto de la modificación impuesta por ESGEM en la geometría de la tolva de concreto del silo de cenizas volantes prevista en la oferta, que obligó a COBETO a ejecutar una obra con mayor alcance contractual, la suma de \$ 47.203.419 o la mayor que resulte probada en el proceso.
- 2.1.2.4.11 Por concepto de la exigencia de una mayor resistencia del concreto, de 4200 psi en lugar de lo descrito en la oferta de 4000 psi, para los pavimentos de las vías y del patio de maniobras, la suma de \$ 4.765.499 o la que resulte probada.
- 2.1.2.4.12 Por concepto del pago del subsidio extralegal de alimentación a los trabajadores de la región, impuesto por ESGEM, la suma de \$ 13.008.000 o la que resulte probada.

- 2.1.2.5 Que se declare que ESGEM incurrió en incumplimiento del Contrato, al terminar el contrato de manera unilateral, desconociendo el plazo previsto en el Otrosí No. 3 que prorrogó la vigencia del Contrato, lo cual impidió la terminación y reparación de la obra por parte de COBETO, en los términos establecidos en el Contrato.
- 2.1.2.6 Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la parte demandada o convocada ESGEM a pagar a favor de COBETO, las siguientes sumas o las que resulten probadas, así:
- 2.1.2.6.1 Las utilidades dejadas de recibir en la facturación faltante por una suma de \$ 71.869.705
- 2.1.2.6.2 Los gastos fijos no recuperados en la facturación faltante, por una suma de \$ 3.280.999
- 2.1.2.6.3 Las demás sumas correspondientes al DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE a favor de COBETO, que resultaren probadas en el presente proceso.
- 2.1.2.7 Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a ESGEM a pagar a favor de COBETO los intereses comerciales y moratorios a la máxima tasa legal permitida conforme lo establece el Código de Comercio, vigente al momento en que se efectúe el pago, contados a partir de la ejecutoria del Laudo Arbitral.
- 2.1.2.8 Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a ESGEM a pagar a favor de COBETO, las sumas reconocidas en el Laudo Arbitral que se profiera en el presente proceso, ajustadas al valor presente a la fecha en la que se realice el pago efectivo de tales sumas.
- 2.1.2.9 Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a ESGEM a pagar a favor de COBETO, las costas y agencias en derecho que genere u ocasione este proceso arbitral.

## **2.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

### **2.2.1 RESPECTO DE LOS HECHOS**

El apoderado de la convocada, al contestar la demanda, negó algunos hechos, reconoció otros como ciertos o como parcialmente ciertos y frente a otros manifestó no constarle.

### **2.2.2 RESPECTO DE LAS PRETENSIONES**

Las rechaza todas y cada una de ellas y solicita se condene en costas y gastos del proceso a la parte actora.

### **2.2.3 EXCEPCIONES**

Con la contestación de la demanda, el apoderado de la demandada propuso las siguientes excepciones de mérito, de acuerdo con los fundamentos de derecho que allí mismo se esgrimieron.

- 2.2.3.1 Incumplimiento grave del contratista en relación con el desarrollo y ejecución de las obras civiles comprometidas bajo el contrato.
- 2.2.3.2 Mala fe del demandante.
- 2.2.3.3 Mayor permanencia en la obra
- 2.2.3.4 Inexistencia de elementos que acreditan que en el desarrollo del contrato se presentaron hechos extraordinarios, imprevistos o imprevisibles de acuerdo con el artículo 868 del Código de Comercio Colombiano.
- 2.2.3.5 Imposibilidad de alegar por parte del convocante su propia culpa en la ejecución del contrato
- 2.2.3.6 Compensación

### **2.3 DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

#### **2.3.1 HECHOS EN QUE SE SUSTENTA LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

Dada la extensión de los hechos contenidos en el texto de la demanda y con el propósito de evitar transcripciones inoficiosas que obran en el expediente, el Tribunal se referirá a ellos en el presente laudo según la numeración contenida en el texto de la demanda de reconvencción.

#### **2.3.2 PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

Las pretensiones de la demanda de reconvencción se refieren a las siguientes:

- 2.3.2.1 Que se declare que entre las sociedades ESGEM WORLD WIDE CORPORATION (en adelante demandante en reconvencción) por una parte y por la otra parte la sociedad COBETO Ltda. (en adelante la demandada en reconvencción) se celebró un contrato llave en mano para el diseño y construcción de las obras civiles para los nuevos sistemas de ceniza en la Central térmica de la Guajira – TERMOGUAJIRA- cuya duración se pactó en 185 días calendario contados a partir del acta de iniciación de obras, cuyo objeto en relación con las actividades de las obras civiles no concluyó el demandado en reconvencción, por estrictas razones de su continuo incumplimiento, pésimo manejo de los recursos financieros y mala administración del recurso humano y técnico colocado a disposición de las obras contratadas.
- 2.3.2.2 Que se declare que el demandado en reconvencción incumplió de manera grave y reiterada todos los términos del contrato a que se refiere la pretensión anterior, por las razones y motivos a los que se refieren los hechos de la presente demanda de reconvencción.
- 2.3.2.3 Que a consecuencia de lo anterior, se declare que la demandante en reconvencción terminó con justa causa el contrato, con fundamento en lo dispuesto en el mismo contrato y en los hechos de la presente demanda de reconvencción.

2.3.2.4 Que se declare que como consecuencia del incumplimiento grave y reiterado antes indicado, la demandada en reconvención debe pagar a mi representada los siguientes valores por los conceptos descritos.

2.3.2.4.1 El valor de la cláusula penal pecuniaria a que se refiere la cláusula décima del contrato tasada en el 10% del valor total del contrato que equivale a DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS VEINTIDÓS MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS (\$ 283.522.965,50)

2.3.2.4.2 Por concepto de anticipo no amortizado la suma de ciento veintiocho millones cuatrocientos cuarenta y dos mil cuatrocientos veintisiete pesos con cincuenta centavos (\$128.442.427.50)

2.3.2.4.3 Por concepto de la demolición y reconstrucción de 16 losas de concreto en las vías construidas por COBETO LIMITADA y pagadas por ESGEM en su momento, por defectos y mala calidad de construcción la suma de treinta y cinco millones setecientos treinta y seis mil ciento veinticinco (\$35.736.1254).

2.3.2.4.4 Por concepto de reforzamiento e inyección de las fisuras presentadas en las vigas de los niveles 5.50 de los silos de ceniza liviana y pesada debido a las bajas en la resistencia de los concretos y a la presencia de fisuras por defectos de construcción que ESGEM había cancelado en su oportunidad y que correspondían a los compromisos adquiridos durante el desarrollo de la obra y no ejecutadas por COBETO la suma de cuarenta y un millones de pesos (\$ 41.000.000.)

2.3.2.4.5 Que por los compromisos adquiridos por ESGEM de cancelar a los proveedores y personal de COBETO por diputación, mi representada canceló durante mas de dos meses, un mayor valor al que para ese entonces COBETO tenía derecho representados en trescientos cuarenta y dos mil setecientos veintiséis mil setenta pesos con setenta y nueve centavos \$ (342.726.070.79).

Para un gran total de ochocientos treinta y un millones cuatrocientos veinte siete mil quinientos ochenta y ocho con setenta y nueve centavos (\$ 831.427.588.79)

2.3.2.5 Que las sumas de dinero anteriormente indicadas deberán ser indexadas para efectos de ordenarse su pago, debiéndose condenar a COBETO Ltda. a pagar intereses moratorios equivalentes a la máxima tasa legal autorizadas por la superintendencia financiera, desde la fecha en que la demandada en reconvención debió cumplir el objeto del contrato, esto es, a partir del día siguiente a los 185 días de plazo de ejecución y sus prorrogas acordadas, y hasta el 25 de enero de 2.007

2.3.2.6 Que se declare que a consecuencia de lo anterior y que se prueben durante el proceso, se condene a la convocada en reconvención a favor de mi representada, las sumas correspondientes al daño emergente y lucro cesante que resulten probados en desarrollo del proceso.

2.3.2.7 Que se condene a la demandada en reconvención a pagar las costas y agencias en derecho que se causen por motivo del proceso que se origina con la presentación de esta demanda.

## **2.4 CONTESTACIÓN A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

### **2.4.1 RESPECTO DE LOS HECHOS**

El apoderado de la convocante, al contestar la demanda, negó algunos hechos, reconoció otros como ciertos o como parcialmente ciertos y frente a otros manifestó no constarle.

### **2.4.2 RESPECTO DE LAS PRETENSIONES**

Las rechaza todas y cada una de ellas y solicita se condene en costas y gastos del proceso a la parte reconveniente.

### **2.4.3 EXCEPCIONES**

Con la contestación de la demanda de reconvención, el apoderado de la parte reconvenida propuso las siguientes excepciones de mérito, de acuerdo con los fundamentos de derecho que allí mismo se esgrimieron.

2.4.3.1 Inexistencia de la Obligación

2.4.3.2 Excepción de Contrato no Cumplido

2.4.3.3 Violación de los principios de buena fe y lealtad contractual.

2.4.3.4 Principio *auditur propriam turpitudinem allegans*: "nadie puede alegar su propia culpa"

2.4.3.5 Responsabilidad de ESGEM respecto de las obras realizadas con posterioridad a la terminación del contrato

2.4.3.6 Indebida acumulación de pretensiones

2.4.3.7 Excepción genérica

## **3. CAPÍTULO TERCERO: DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL**

### **3.1 INSTALACIÓN**

El día 22 de mayo de 2007, el Tribunal fue debidamente integrado por los doctores Ramiro Araujo Segovia, Hernando Yepes Arcila y Jose Pablo Navas Prieto. En la instalación fue elegido como Presidente el doctor Ramiro Araujo Segovia. A su turno, los emolumentos fijados en el Auto No. 1 de 22 de mayo de 2007 fueron oportunamente consignados por las partes en la proporción que les correspondía.

De conformidad con lo señalado en el Reglamento de Procedimiento de la Cámara de Comercio de Bogotá, el Tribunal asumió competencia el 9 de julio de 2007.

La primera audiencia de trámite se celebró el 22 de octubre de 2007.

El 22 de octubre de 2007 el Tribunal decretó pruebas.

Por lo anterior, y por encontrarse reunidos los presupuestos procesales, el Tribunal entra a pronunciarse sobre el fondo de la controversia, para lo cual se encuentra en término, conforme al artículo 19 del Decreto 2279 de 1989 y el artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, habida cuenta que la primera audiencia de trámite finalizó el 22 de octubre de 2007 y el término fue suspendido de común acuerdo por las partes en tres (3) oportunidades, así: (i) entre el 11 de diciembre de 2007 y el 14 de enero de 2008, ambas fechas incluidas; (ii) entre el 1 de mayo de 2008 y 3 de junio de 2008, ambas fechas incluidas, y (iii) entre el 5 de junio de 2008 y 15 de julio de 2008, ambas fechas incluidas. Adicionalmente las partes de común acuerdo solicitaron al Tribunal prorrogar el plazo de duración del proceso por el término de tres (3) meses. Lo anterior permite al Tribunal pronunciarse de fondo sobre la controversia, toda vez que al momento de proferir el presente laudo no ha transcurrido el término máximo de doce meses, incluidas sus suspensiones y prórrogas, desde la fecha de la primera audiencia de trámite.

### **3.2 PRUEBAS**

#### **3.2.1 PRUEBAS SOLICITADAS POR LAS PARTES**

Mediante Auto No. 9 de fecha 22 de octubre de 2007, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes que cumplían con los requisitos legales para ello, las cuales fueron practicadas de la siguiente manera:

- Testimonio de Cesar Pineda Murillo, recibido el día 31 de octubre de 2007.
- Testimonio de Jimmy Hernandez, recibido el día 31 de octubre de 2007.
- Testimonio de Luis Eduardo Gómez Buitrado, recibido el día 31 de octubre de 2007.
- Testimonio de Carlos Acuña recibido el día 12 de junio de 2007.
- Interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad convocada, llevado a cabo el día 8 de noviembre de 2007.
- Interrogatorio de parte al representante legal de la sociedad convocante, llevado a cabo el día 8 de noviembre de 2007.
- Testimonio de Rafael Rojas, recibido el día 15 de noviembre de 2007.
- Testimonio de Henry Colmenares recibido el día 15 de noviembre de 2007
- Testimonio de Víctor Hugo Rodríguez recibido el día 19 de noviembre de 2007.
- Inspección Judicial en las instalaciones de Termoguajira, llevada a cabo el día 10 de diciembre de 2007, en dicha diligencia de inspección se recibieron los testimonios:
  - ✓ Testimonio de Azael Charris
  - ✓ Testimonio de Julio Mouthon
  - ✓ Testimonio de Johanna Margarita Covas Guzmán.
- Dictamen pericial técnico de ingeniería rendido el 15 de febrero de 2008 por el Perito Ingeniero, Hugo Sanchez Quintero.
- Dictamen pericial técnico de contabilidad, rendido el 15 de febrero de 2008 por la perito contable Ana Matilde Cepeda Mancilla.
- Por otra parte, fueron enviados todos y cada uno de los oficios que fueran solicitados y decretados como pruebas y las respuestas que se recibieron fueron incorporadas al expediente.

- De igual forma, se tuvieron en su valor legal los documentos debidamente allegados al proceso.

Dentro de las pruebas que se decretaron y no se practicaron por desistimiento de las partes:

- Testimonio de Wilson León Bernal
- Testimonio de Azael Charris, la cual fue posteriormente decretada de oficio por el Tribunal y practicada el día 10 de diciembre de 2008.
- Inspección judicial con exhibición de documentos en las instalaciones de CORELCA y de COBETO.

### 3.2.2 PRUEBAS DECRETADAS DE OFICIO

Posteriormente y mediante Auto No. 15 de fecha 19 de noviembre de 2008, el Tribunal, en ejercicio de la facultad consagrada en los artículos 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, decretó de oficio las siguientes pruebas:

- Testimonio de Azael Charris recibido el día 10 de diciembre de 2008.
- Testimonio de Julio Muthon recibido el día 10 de diciembre de 2008.
- Testimonio de Johanna Margarita Covas Guzmán, recibido el día 10 de diciembre de 2008.

### 3.3 SOBRE LA TACHA DE FALSEDAD DE UN DOCUMENTO PRESENTADO POR ESGEM

Procede el Tribunal a resolver la tacha de falsedad presentada por el apoderado de la parte convocante frente al documento presentado como oferta por la sociedad ESGEM como parte del acervo probatorio.

El apoderado de la parte convocante tachó la falsedad del documento presentado por ESGEM en el memorial de 23 de agosto de 2007, por el cual recorrió el traslado de las excepciones de mérito de la contestación de la demanda. Para sustentar los argumentos de la solicitud, el apoderado aportó un cuadro comparativo de algunas diferencias que contiene la oferta presentada por COBETO (según el apoderado de la convocante, la versión real) y la oferta presentada por ESGEM (según el apoderado, la versión falsa). Adicionalmente el apoderado de la convocante sostiene que en el Otrosí No. 1, la sociedad convocada reconoce como valores reales, los previstos en la oferta presentada por COBETO.

No obstante la falta de oportunidad procesal para la actuación referida, en el Auto No.9 del 22 de octubre de 2007, el Tribunal de Arbitramento al decidir sobre las pruebas solicitadas por la parte convocada sostuvo:

“(…)

#### II. Pruebas solicitadas por la Parte Convocada

##### A. Documentales

(…) Sobre la tacha de falsedad del documento presentado como oferta por la sociedad convocada como parte del acervo probatorio el Tribunal se pronunciará en el laudo. Le corresponde a la parte convocante sustentar la tacha y solicitar la práctica de las pruebas que ellas considere.” (El subrayado es nuestro)

Sobre el particular se debe destacar que de conformidad con el artículo 289 y 290 del Código de Procedimiento Civil, la tacha de falsedad de documentos

exige que quien ejerce esa facultad allegue las pruebas en que sustenta la referida tacha, ya sea presentando los documentos demostrativos de los hechos que la soportan o ya sea presentando la solicitud de prueba relativa a esos hechos.

Con base en lo anterior, en el memorial en el que se tacho de falso el documento no se sustentó la tacha y no se pidieron pruebas para su demostración, simplemente el apoderado se limitó a hacer una comparación de diferencias en las versiones y a deducir un indicio de falsedad de la lectura del Otrosi No. 1. No obstante lo anterior, el apoderado de la convocante y habiendo sido notificado del Auto que ordenaba tener el documento como prueba, no presentó escrito en su debida oportunidad legal, que sustentará la tacha y solicitara la práctica de pruebas que soportaran su alegación, tal como lo advirtió el Tribunal en su momento.

En este caso, el Tribunal observa que el requisito legal para demostrar la tacha no se cumplió, pues en realidad no se allegaron al expediente pruebas que permitan descalificarlo o que lo lleven a considerarlo como documento falso. Por lo tanto, el Tribunal de Arbitramento apreciará y valorará el documento presentado por ESGEM en conjunto con el acervo probatorio que obra en el expediente y lo tendrá en cuenta para la formación de su convencimiento de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, la tacha de falsedad contra el documento de oferta presentado por ESGEM, no habrá de prosperar.

#### **3.4 AUDIENCIA DE ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

El 4 de junio de 2008 tuvo lugar la audiencia de Alegatos de Conclusión, citada por Auto No. 21 del 30 de abril de 2008.

### **4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

#### **4.1 CUESTIÓN GENERAL**

Para resolver sobre las pretensiones de la demanda debe el tribunal decidir si el demandado ESGEM S.A incumplió las obligaciones contraídas con COBETO S.A. por virtud del contrato y si este incumplimiento causó un perjuicio a COBETO, perjuicio que el demandante enmarca dentro del concepto de "un desequilibrio económico para COBETO". Para resolver la demanda de reconvencción se analizará si COBETO incumplió sus obligaciones frente a ESGEM y, por ello, tuvo razón este último para declarar resuelto el contrato y pedir las indemnizaciones que solicita.

##### **4.1.1 INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA**

Debe precisar el Tribunal que la teoría del "equilibrio económico del contrato" tiene su origen y desarrollo en el derecho administrativo, en el cual se ha reconocido que cuando en un contrato entre el Estado y un particular, por circunstancias imprevistas (teoría de la impresión) o por el ejercicio de cláusulas exorbitantes, o por decisiones del mismo Estado ("hecho del príncipe") se modifican de manera sustancial las obligaciones del contratista, se debe revisar el contrato para no cometer una injusticia con este último. En derecho privado,

esta teoría tiene su equivalencia en el principio de justicia reconocido por la jurisprudencia y consagrado, entre otras, en el artículo 868 del Código de Comercio para el caso de que "circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración del contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión."

En este caso particular, entendemos que la intención de la demanda es pedir una indemnización, que obviamente es una forma de restablecimiento del equilibrio contractual, por un perjuicio supuestamente causado por el demandado, y no realmente por la ocurrencia de un hecho imprevisto e insuperable (aunque los hechos 14, 15 y 16 se refieren a fuerza mayor de la cual se le reclama una indemnización a ESGEM -a ellos nos referiremos específicamente más adelante-) y así se estudiarán las peticiones. No tiene sentido alguno pretender que el incumplimiento de las obligaciones contractuales del demandado constituyen un hecho imprevisible para el otro contratante, como para basar la demanda en la teoría del "equilibrio económico del contrato" de estirpe juspublicista.

#### **4.1.2 NORMAS SOBRE LAS QUE SE SOPORTA LA LITIS.**

Las normas con base en las cuales las partes defienden sus pretensiones son las que se mencionan a continuación.

La demandante: artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son una ley para las partes; se aduce que es un contrato atípico, "llave en mano", que debe regularse por la voluntad de las partes, por el régimen general de los contratos y por los principios generales del Derecho. Se menciona al artículo 1618 del Código Civil, que establece que "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras." También el artículo 1609 del mismo código, que establece que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos." Se hace una extensa exposición sobre los contratos "llave en mano", para resaltar que si bien en ellos el contratista se compromete a entregar una obra lista para funcionar, ello no implica que el contratante pueda variar el objeto de la obra contratada y se reiteran, en síntesis, los argumentos ampliamente desplegados en el capítulo de "hechos" de la demanda. Se vuelve a mencionar al art. 1609 del Código Civil para exponer que en este caso la demandante se exonera de responsabilidad por hechos del contratante (para reforzar lo cual se repiten los hechos ya mencionados y ampliamente argumentados en el capítulo de "hechos" de la demanda) por hechos de un tercero y por fuerza mayor o caso fortuito y por hechos imprevistos. Se vuelve a mencionar el principio de que el contrato es ley para las partes, pero para desarrollar en este punto la ocurrencia del desequilibrio económico del contrato y para afirmar que parte de las pruebas de que ESGEM incumplió sus obligaciones son los documentos en los cuales se pactaron modificaciones del contrato entre ESGEM y COBETO y para sostener que ESGEM engañó a COBETO, "insinuándole su voluntad de obligarse para que, mi representada aceptara firmar los documentos" y que, además, actuó siempre de mala fe y, finalmente, explicar que en los contratos conmutativos las prestaciones se entienden como equivalentes y que si una parte abusa para imponer su voluntad sobre la otra el afectado debe ser indemnizado. Finalmente, como fundamento jurídico, se trae a colación el artículo 1546 del Código Civil y

se procede a explicar que en este caso no procedía la terminación del contrato por ESGEM porque COBETO había cumplido sus obligaciones y había sido perjudicada por demoras y dilaciones provenientes de ESGEM.

La demandada, en su demanda de reconvención, cita los siguientes artículos del Código Civil: 1.546, 1551, 1592, 1593, 1613, 1614, 1618, 1621, 1622, 1625, 1714, 2.056, 2.059 y 2060, los cuales se refieren a la condición resolutoria tácita por el incumplimiento del otro contratante, a la definición de plazo, a la cláusula penal, a que la indemnización de perjuicios cubre el daño emergente y el lucro cesante, a la interpretación de los contratos, a los modos de extinguirse las obligaciones, a la compensación y a las reglas sobre el contrato de obra.

Para el Tribunal, se trata de resolver si las partes incumplieron las obligaciones pactadas en un contrato de obra, llave en mano, a precio fijo, de acuerdo con lo pactado en el contrato, sus modificaciones y documentos incorporados por referencia. Se aplicarán las reglas sobre contratos de Código Civil colombiano y las aplicables del mismo código sobre el contrato de obra. Poco importa, para estos efectos, si por ser llave en mano el contrato es o no atípico, pues lo es en cuanto a este aspecto, pero no en cuanto contrato de obra; de todos modos, la litis gira sobre si el contrato celebrado se incumplió o no por alguna de las partes.

#### **4.2 ANÁLISIS DE LA DEMANDA. ¿INCUMPLIÓ ESGEM SUS OBLIGACIONES OCASIONANDO UN DAÑO A COBETO?**

La obligación fundamental de ESGEM S.A., de acuerdo con el contrato, era pagar a COBETO S.A. el precio acordado. Hay petición basada en el incumplimiento de esta obligación, derivada de, según posición del demandante, la indebida terminación del contrato. Sin embargo, como esta es una petición de cuantía menor en relación con el resto de las pretensiones de la demanda, de ella nos ocuparemos al final. Respecto de los pagos causados antes de la terminación del contrato no hay reclamo por la demandante.

El grueso de las peticiones de la demanda se apoya en que el demandado incumplió su obligación de no cambiar el objeto del contrato y de no ordenar obras adicionales o nuevas. Obligaciones no expresas pero que se pueden entender implícitas en todo contrato bilateral conmutativo.

De esta pretensión surge una primera cuestión a resolver, cual es la de si el demandado tenía potestad contractual o legal para ordenar cambios en el objeto del contrato, o la ejecución de obras adicionales o nuevas, y si el demandante tenía obligación contractual o legal de cumplir esas órdenes.

Revisado el contrato y los documentos referenciados en él, se llega a la conclusión de que ni el demandado tenía esa facultad, ni el demandante tenía el deber de obedecer tales órdenes. Pero, puede deducirse de los planteamientos de la demanda, que, según el demandante, aunque esa no fuera una potestad expresa en el contrato, de hecho el demandado tenía una posición económica, o de cualquier otra naturaleza, que le permitía imponer su voluntad sobre el demandante.

Si bien en el expediente no hay prueba o indicio alguno que permita inferir esa prevalencia de ESGEM S.A. sobre COBETO S.A., analizaremos si, de hecho, hubo imposición de ESGEM sobre COBETO para que realizara obras adicionales o no previstas en el objeto del contrato, o si, de hecho, aun sin

imposición, hubo cambio o adiciones a las obras a realizar, de lo cual se causara un perjuicio económico al demandante, indemnizable por el demandado.

Para este efecto debe tenerse en cuenta que en el contrato se hace referencia, para que tengan el mismo valor jurídico del contrato mismo, a: (i) las especificaciones técnicas de la "Solicitud Abierta de Oferta SCN 02-2005-018 y sus anexos 1, 2, y 3" emitida por CORELCA S.A.; (ii) a los documentos que sean aprobados por CORELCA S.A.; (iii) a la oferta presentada por COBETO a ESGEM; (iv) a las garantías aprobadas por ESGEM; y (v) a las actas y acuerdos que sean firmados por COBETO y ESGEM (demandante y demandado). En caso de inconsistencia o conflicto entre lo estipulado en estos documentos, se pactó el siguiente orden de prelación: 1) la "Solicitud Abierta de Oferta SCN 02-2005-018 y sus anexos 1, 2, y 3," elaborada por CORELCA; 2) la oferta presentada por COBETO a ESGEM; 3) la ingeniería de detalle aprobada por CORELCA. De esta cláusula contractual y del documento "Acuerdo de Participación entre COBETO LTDA y ESGEM WORLDWIDE CORPORATION, firmado el 10 de noviembre de 2.005 (folio 219 del cuaderno de pruebas 1 de la demanda) queda claro que las partes sabían y aceptaban que las obras a construir tenían como destino final a CORELCA S.A y no a ESGEM S.A., y que CORELCA se había reservado la facultad de replantear los diseños propuestos por quien ejecutara las obras, lo cual tiene la relevancia que se pondrá de presente en el análisis que sigue.

Se aclara que para el tribunal los contratos a precio fijo no permiten que se modifiquen los precios por parte del contratista, ni que éste pida más precio por obras nuevas o adicionales ejecutadas sin previo acuerdo con el contratante, tal como lo establece el artículo 2.060 del Código Civil, pero que esto no implica en manera alguna, por razones de elemental justicia, que en estos contratos el contratante o algún tercero, tenga derecho a pedir al contratista cambios en el alcance de la obra, que no sean razonables en cuanto a contenido y costo, según el contrato celebrado.

#### **4.3 OBRAS NUEVAS O ADICIONALES ALEGADAS POR COBETO**

Las obras que el demandante considera como adicionales o nuevas, si bien no las presenta de una manera ordenada y clara, sino mezcladas con hechos que se consideran causales independientes de atraso en la realización de la obra, y con hechos que se deben entender también como incumplimientos de ESGEM aunque no sean obras nuevas o adicionales, son:

- 1) Relleno para horizontalizar la vía nueva.
- 2) Exigencia de un nuevo trazado de las vías diferente a la descripción de lo ofrecido en las estructuras.
- 3) Demolición de parte de los campamentos provisionales
- 4) Mayor excavación en el patio de maniobras
- 5) Tratamiento del fallo de la vía a reconstruir
- 6) Tratamiento del fallo en la vía nueva.
- 7) Cimentación de las tolvas del sistema sumergido de cenizas SSC U1 Y U2
- 8) Mayor alcance contractual de la tolva metálica del silo de cenizas pesadas
- 9) Mayor alcance contractual en la construcción de la tolva en concreto reforzado del silo de cenizas volantes
- 10) Mayor resistencia requerida en el diseño de los pavimentos
- 11) Desmonte de la zona de las vías y del patio de maniobras
- 12) Demolición de la vía a reconstruir

- 13) Banco de ductos enfrente de la casa de trituración
- 14) Rellenos en la caseta exhauster
- 15) Exigencia, en la subbase de las vías, de una densidad con un valor de 98%, superior al valor de 95% que se había ofrecido.
- 16) Apertura de la losa a +31.84 en el silo de cenizas volantes
- 17) Aperturas de la mampostería de las superestructuras
- 18) Supresión de una columna de arranque en la losa N+23.51

Examinada con detenimiento la correspondencia que se allegó con la demanda inicial, con la demanda de reconvencción, con la contestación de la demanda de reconvencción, vistas las anotaciones del libro de obra, las deposiciones de los testigos, las actas de obra que se acompañaron a las actuaciones de las partes, los interrogatorios de parte y evaluado el acervo probatorio como un todo, no se puede arribar a la conclusión, que pretende la demandante, en el sentido de que ESGEM modificó el objeto del contrato imponiendo u ordenado obras adicionales o nuevas. Lo que aconteció fue: 1) en ciertos aspectos, cuando se presentaron a la aprobación de CORELCA algunos diseños, esta entidad solicitó modificaciones (caso de la geometría de las vías, ubicación de los silos, ángulo de las tolvas); frente a estas solicitudes de CORELCA, ESGEM consultó con COBETO, quien en algunos casos controvertió la solicitud de CORELCA y no la aceptó y de hecho finalmente no construyó esas obras (capacidad de los drenajes, colocación de un box coulvert) y en otros aceptó y construyó total o parcialmente la obra, pero aclarando que lo consideraba una obra adicional (caso del relleno para horizontalizar la vía, cambio del trazado de la vía, relleno del patio de maniobras, cambio del ángulo de las tolvas, etc. ) 2) En otros casos COBETO se encontró con situaciones que a su parecer le imponían más trabajo del que ella había ofertado y exigió que se le reconociera un mayor precio del convenido en el contrato (caso del fallo de la vía, desmonte de árboles para la reconstrucción de la vía). Sin embargo, no hubo imposición de ESGEM. Como se dijo, en algunos eventos las obras se hicieron y en otros no (por ejemplo, no se hicieron los drenajes con las especificaciones que pedía CORELCA). Más adelante nos referiremos a las pruebas aducidas por las partes respecto de cada uno de estos hechos.

#### **4.3.1 ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS OBRAS NUEVAS DENUNCIADAS POR COBETO**

Descartado el argumento de que ESGEM impuso obras nuevas o adicionales, vamos a analizar si respecto de estas obras adicionales o nuevas según la demandante, las partes llegaron a algún acuerdo que se haya incumplido y que, por tanto, haya generado un perjuicio a COBETO, o si, en los casos de falta de acuerdo, de todos modos se generó un daño a COBETO que deba ser indemnizado por ESGEM.

##### **1) Relleno para horizontalizar la vía.**

Este punto fue objeto de acuerdo formal entre las partes, plasmado en documento del 10 de agosto de 2.006, que se incorporó al OTRO SÍ N° 1 del 6 de septiembre de 2.006. Allí se estableció que COBETO aceptaba la exigencia en las vías, a cambio de que ESGEM le hiciera un préstamo de \$50.000.000<sup>oo</sup> para liquidez. Se acordó que ESGEM haría una gestión para el reconocimiento del sobre costo por la modificación en las vías; si no se lograba el reconocimiento de este sobre costo COBETO no reclamaría, pero que si se lograba, ESGEM pagaría el sobre costo a COBETO. En este documento, del 10 de agosto, se acordó que COBETO no renunciaba a reclamar el atraso en la

aprobación de la ingeniería de las vías. Debe aclararse que quien se atrasó fue CORELCA y no ESGEM (COBETO sostiene que ESGEM no hizo lo suficiente para que CORELCA no se atrasara. Sin embargo, esto pierde relevancia con la modificación del contrato a que pasamos a referirnos)

En el OTRO SI N° 1, firmado el 6 de septiembre de 2.006 se pactó una indemnización de ESGEM COBETO por \$130.000.000<sup>00</sup>, por todos los atrasos que se hubieran presentado hasta ese día. Solo se dejó vigente el compromiso de reclamar a CORELCA por los sobrecostos de las vías.

Con este OTRO SÍ quedó saldada toda discusión sobre si la horizontalización de la vía era o no obra nueva y sobre si ella implicó o no un atraso en las obras. Ahora, si CORELCA aceptaba el reclamo de ESGEM, ésta le pagaría a COBETO el mayor costo en que hubiera incurrido por este concepto.

En la contestación de la demanda, al referirse al hecho 2 del capítulo de respuesta a los hechos concretos de la demanda, se admite por ESGEM que aceptó como obra adicional la horizontalización de la vía, si bien agregando que con el préstamo que se hizo por ESGEM a COBETO de \$50.000.000<sup>00</sup> habría quedado indemnizado este perjuicio, lo cual, para el Tribunal, no puede ser así, porque ese dinero tendría que ser devuelto a ESGEM, dado que fue un préstamo y no un pago por el perjuicio.

El perito Hugo Sánchez, en su respuesta 6, sobre si el relleno era una obra adicional contesta que sí lo fue, lo cual, como hemos dicho, ya no es relevante porque ello fue objeto del acuerdo contenido en el OTRO SI N° 1 de septiembre 6 de 2.006

Víctor Hugo Rodríguez, Ingeniero jefe de obras civiles de ESGEM durante la ejecución del contrato, en su testimonio, manifestó que efectivamente en el acuerdo del 10 de agosto de 2.006 (Nota del Tribunal: que luego se incorporó en el OTRO SÍ N° 1 septiembre 6 de 2.006) se acordó un préstamo a COBETO para horizontalizar la vía y que quedó pendiente hacer el reclamo a CORELCA por el mayor costo que esto representara

En fin, esta es la única obra en que las dos partes están de acuerdo que constituyó una tarea nueva o adicional. Pero, queda pendiente, y se analizará más adelante, si ESGEM recibió indemnización o hizo acuerdo con CORELCA por este sobrecosto, caso en el cual debería trasladar a COBETO lo que le correspondía.

**2) Exigencia de un nuevo trazado de las vías diferente a la descripción de lo ofrecido en las estructuras.**

Sobre este punto encontramos lo siguiente: del texto del contrato y de la Solicitud Abierta de Ofertas SCI -02 -2005-018, que forma parte de contrato, se estableció claramente que los diseños deben ser aprobados por CORELCA, lo cual implica que se puedan hacer modificaciones a las propuestas inicialmente presentadas por el contratista. En este caso, el cambio de una curva en ángulo recto por una curva circular no es un cambio esencial del diseño. De hecho, en el correo electrónico de agosto 22 de 2.005 (folio 57 del cuaderno de pruebas 2 de la demanda) COBETO manifiesta que el cambio en la geometría de la vía no tiene mucha incidencia.

El perito, en su respuesta a la pregunta (nº 4) de si el cambio del diseño de la vía representó mayores costos y atrasos, contesta que el cambio en el diseño de la vía no generó mayores costos ni atrasos.

- 3) **Demolición de parte de los campamentos provisionales y**
- 4) **Mayor excavación en el patio de maniobras.**

Estas dos obras, o mejor, tareas consecuencias de un cambio de diseño ordenado por el cliente final, son efecto de la potestad de modificar el diseño de la vía que ejerció CORELCA, potestad a la cual se sometió COBETO al firmar el contrato. No se trata, dentro del contexto del contrato celebrado, de un cambio esencial y más bien corresponde al tipo de ajustes que pueden considerarse razonables en un contrato de este tipo, en el que el compromiso era construir unas vías cuyo diseño final no se había hecho y así lo tenía que saber el contratista. De hecho, trasladar el 40% de un campamento, que era provisional, pues no es una "obra adicional"

El perito también conceptuó (respuesta nº 3) que estos cambios no eran sustanciales y estaban dentro del alcance de las reformas que se podían solicitar sin alterar el contrato.

Por otra parte, aclara el Tribunal que las comunicaciones que una parte dirige a la otra durante la ejecución del contrato no son necesariamente prueba a favor de lo que en ellas se afirma, sino solo de la existencia de la comunicación. En este proceso cada una de las partes tiende a darle a sus comunicaciones el valor de plena prueba a su favor de lo que afirmaron en la comunicación, lo cual no es un criterio compartido por el Tribunal.

- 5) **Tratamiento del fallo de la vía a reconstruir.**

Consiste esto en que se encontró que en la vía a reconstruir, en la zona entre K0 + 50 y K0 + 82, una infiltración de agua que generó inestabilidad en el terreno.

COBETO sostuvo, en numerosa correspondencia, que por tratarse de una filtración desde el humedal cercano a la vía, era un vicio oculto cuyos costos de reparación debían ser por cuenta de ESGEM. Esta última respondió que se trataba de un descuido de COBETO. En alguna comunicación del ingeniero de ESGEM, Víctor Hugo Rodríguez, al Ingeniero Iván Benítez, también de ESGEM (folio 279 del cuaderno 2 de pruebas de la demanda) le manifiesta que, en su opinión, la verdadera solución del tema de las filtraciones desde el humedal sería realizar un estudio, que el considera "extracontractual"; sin embargo, agrega que se han dado instrucciones a COBETO para que solucione el fallo limpiando el canal y abatiendo el nivel freático.

Finalmente COBETO reparó el fallo, pero dejó su reclamo en el sentido de que esa reparación le costó \$45.674.181<sup>00</sup> y le representó 29 días de atraso en la obra.

Sobre esta controversia el Tribunal encuentra: como se pudo constatar en la inspección judicial practicada y por los testimonios solicitados por COBETO, el humedal existía desde antes de iniciarse las obras y desde antes de la oferta de COBETO para realizar las obras civiles; por otra parte, una de las obligaciones asumidas expresamente por COBETO en el contrato, fue hacer un estudio de suelos. En las condiciones de ofertas de CORELCA, artículos 2.14.2 y 2.14.4.1 también se dejó muy clara esta obligación.

En fin, es caso es que, con independencia de estudio de suelos o no, para una empresa de ingeniería experimentada en obras civiles, que se compromete a reconstruir una vía que está dentro del ámbito de un humedal, debe ser previsible que la vía a reconstruir pueda tener filtraciones desde el humedal y, por lo tanto, deberá calcular en su presupuesto este tipo de contingencias.

El perito, en su respuesta nº 11, ratifica que el fallo, con independencia de si se originó o no en el humedal, debió ser previsto o detectado por COBETO y ratifica lo afirmado por COBETO en su correspondencia, en el sentido de que esto le costo \$45.674.181<sup>00</sup> y le significó 29 días de atraso. No dice el perito, porque no era su función, quien debía sufrir las consecuencias de mayor costo y de los atrasos, lo cual para el Tribunal es claro que recae sobre COBETO y, por lo tanto, esto no es algo que deba considerarse obra nueva o adicional, ni causa de un atraso por lo cual deba ser indemnizada. Más adelante explicaremos cómo el concepto de atraso indemnizable no aplica en este caso porque no hubo incumplimiento de los plazos contractuales.

#### **6) Tratamiento del fallo en la vía nueva.**

Por las mismas razones expresadas en el punto precedente no se acepta el tratamiento del fallo, ni el atraso generado en la obra a causa del mismo, como hechos indemnizables a favor de COBETO. Esta hizo un estudio de suelos y, en consecuencia, debería haber establecido los eventuales problemas a tratar al construir las vías.

Cabe aclarar que no es correcta la apreciación de la demandante en el sentido de que en carta ESGEM 883 10 06, del 27 de octubre, se define el tratamiento del fallo como una obra adicional. Si bien se afirma: "No nos apartamos de la posibilidad de que ocurran mayores cantidades de obra producto de posibles vicios ocultos por falta de información durante el proceso precontractual," esta afirmación continúa con lo siguiente, que no es correcto dejar de citar: "sin embargo, la mayoría de los trabajos acometido a la fecha eran plenamente conocidos tanto por ESGEM, como por COBETO durante el proceso de elaboración de la licitación." Por lo tanto, lo que se deriva de la carta de ESGEM no es una aceptación sino una negativa al reclamo de COBETO.

Por su parte, el perito, en su respuesta nº 12 concluye que COBETO tenía la obligación de realizar el estudio geotécnico y de suelos.

Tampoco es correcto el argumento de que COBETO no asume los costos por los fallos en las vías porque en el OTRO SI Nº 1 del 6 de septiembre se expresó que: "el alcance de COBETO solo llegará hasta la descripción de lo ofrecido en las estructuras." Primero, porque para el Tribunal es claro que en este contrato las "estructuras" son los silos y no las vías, y, segundo, porque aunque lo fueran, estas "estructuras" fueron asumidas como un compromiso de COBETO previo un estudio de suelos y examen de las condiciones del terreno en el que se realizarían las obras.

#### **7) Cimentación de las tolvas del sistema sumergido de cenizas SSC U1 y U2**

Esta obra no se considera adicional, porque fue acordada por las partes en el OTRO SI Nº 1 en reemplazo de las siguientes: un tanque, la estructura de la peletizadora, la escalera de gato, adecuación de las bases SSC U1 y U2, la base de reubicación de los ventiladores. A la nueva obra se le asignó un valor de \$82.116.225, igual al que tenían las obras que ya no se realizarían.

Por lo tanto, no es convincente la argumentación de la demandante en el sentido de que la realización de esta obra justificó el atraso de otros frentes de trabajo y absorbió los recursos financieros de COBETO.

Algunos sobrecostos y atrasos específicos ocasionados por ESGEM fueron indemnizados a COBETO pagándole la suma de \$15.216.000<sup>00</sup>, tal como quedó reconocido en el OTRO SI N° 2, del 28 de septiembre de 2.006

**8) Mayor alcance contractual de la tolva metálica del silo de cenizas pesadas**

COBETO sostiene que se ofreció una tolva metálica de acero A-283 y que ESGEM le impuso una en acero A-36 y que, además, se ofreció una tolva con un ángulo de 60° y ESGEM le impuso un ángulo de 70°. De lo anterior se alega que se deriva un mayor costo y, aunque se entregó en el plazo que se había programado, se manifiesta que es lógico reclamar también un plazo mayor que el estimado.

En la demanda se ofrecen los costos que demandó la fabricación de la tolva con las especificaciones exigidas por CORELCA y se comparan con los costos calculados en la oferta de COBETO, sin especificar cual es la diferencia real de costos entre el acero realmente utilizado con el que se había ofrecido.

Sin embargo, esto no es lo fundamental. Lo es determinar si la variación exigida por CORELCA, avalada por ESGEM, fue razonable y si pertenece al tipo de modificaciones que se pueden esperar en un contrato en que la oferta es la construcción de una tolva de metal, con un estimado de costos que es apenas una aproximación. En la demanda se acepta que el cambio en la especificación del acero se origina en la recomendación de un experto en el tema, National Conveyors (NCC) a la que se cita textualmente: **“Creemos que la tolva es típica de un espesor mínimo de 3/8 y acero ASTM A-36 bajo al carbono.”** Esta recomendación, por otra parte, coincide con la especificación general respecto del acero a utilizar para elementos estructurales, que CORELCA estipuló en el artículo 2.17.2 de la “Solicitud Abierta de Ofertas SCI-02-2005-018,” en la que se lee: “el acero para reemplazar los elementos de la estructura, de acuerdo con lo indicado en las especificaciones, será de calidad A-36...” Con lo cual quiere destacar el tribunal que el acero A-36 parece ser un acero razonable como para ser exigido por el cliente final, cuya voluntad se dejó como elemento importante dentro del contrato COBETO - ESGEM

Para el Tribunal, un cambio en las especificaciones del acero, dentro del contexto de lo expresado en el párrafo precedente, no es un cambio esencial que constituya la modificación del objeto del contrato. Ese no es un cambio que permita hablar de una obra adicional o nueva.

Por otra parte, la exigencia del cambio del ángulo de 60 a 70 grados, que es el punto que se destaca en la demanda como de gran importancia, es sin duda coherente con las especificaciones técnicas de la Solicitud Abierta de Ofertas de CORELCA que es, debe repetirse, parte integral y prevalente del contrato celebrado; en esas especificaciones, en el artículo 2.8.4, se dice que la forma del fondo del silo debía ser en un ángulo no menor de 60°, por lo cual es fácil deducir que exigir una variación de 10°, para que sea de 70°, no es una variación esencial, o mejor, no es variación alguna, porque está dentro del rango de lo aceptado por el contratista.

El perito, en su respuesta inicial a la pregunta 13, sobre este aspecto, basado únicamente en una la comunicación de ESGEM en la que se pide la modificación

del ángulo de la tolva de 60 a 70 grados, afirma que sí fue modificado el diseño y que eso ocasionó sobrecostos, pero no analizó, por no ser su función, si era una modificación contractualmente legítima. Sin embargo, al responder el pedido de aclaración de la demandada, concluye que el ángulo sí podía ser mayor a 60 grados.

En la demanda se cita la carta ESGM CE TG 0889 10 06 del 27 de octubre de 2.006, como prueba de gran contundencia (se la resaltó en negrilla) respecto de que ESGEM impuso esta "obra nueva" a COBETO. Sin embargo, se trata de una transcripción parcial de la carta de ESGEM, cuyo contenido completo, estima el Tribunal, da a entender precisamente lo opuesto a lo que pretende la demandante.

Dice la carta:

"Respetado Ingeniero:

Al igual que en nuestra comunicación ESGEM CE TG 0887 10 06 sobre el alcance en a construcción de la tolva del SCV, nos permitimos recordar que la modificación del ángulo de la tolva de 60° a 70° obedece a los resultados obtenidos en la ingeniería de detalle del proyecto, independientemente de quien la haya elaborado.

No es extraño en este tipo de proyectos "llave en mano" que se presenten cambios entre lo contemplado en la oferta como simple ejercicio matemático para la definición de los precios de venta y lo que en realidad se construirá como producto de la ingeniería de detalle, alcance igualmente del proyecto.

Aceptamos que la modificación del ángulo genera una mayor área de lámina en la tolva, sin embargo consideramos que lo más conveniente para la obra es continuar con los trabajos de construcción mientras se define si hay o no lugar a un reconocimiento económico por el incremento en el peso del suministro y no suspender o dilatar la ejecución de las actividades contractuales, con lo cual sólo se generan retrasos en la obra con los correspondientes sobrecostos para las partes y las posibilidades de multa conexas."

La carta lo que está diciendo es que lo del ángulo de la tolva no es una obra nueva, porque fue producto de la aprobación de la ingeniería de detalle, lo cual era de esperarse en este tipo de contratos. Al final, que es lo que se cita en la demanda, se deja abierta la posibilidad de revisar el tema, pero sin que en manera alguna la fórmula utilizada en la carta sea un reconocimiento a favor de COBETO. Casi se podría interpretar más como una manera diplomática de tratar de terminar una discusión que como una aceptación de responsabilidad.

Por lo expuesto, el Tribunal concluye que los cambios solicitados en la tolva del silo de cenizas pesadas no son una obra adicional o nueva, cuyos mayores costos deban indemnizarse a la demandante.

**9) Mayor alcance contractual en la construcción de la tolva en concreto reforzado del silo de cenizas volantes.**

La cuestión en este punto es igual a la del punto anterior, pero sin el elemento de cambio del material de la tolva. Lo único que se cambió en este caso fue el ángulo de la tolva, de 60 a 70 grados.

Por otra parte, también para este silo la exigencia técnica en la Solicitud Abierta de Ofertas, era presupuestar una tolva con un ángulo no mayor de 60° (art. 2.9.3)

Por lo tanto, no considera el Tribunal que este cambio haya constituido una obra adicional o nueva.

**10) Mayor resistencia requerida en el diseño de los pavimentos**

En la demanda se afirma que haber suministrado concreto de 4200 psi, cuando en la descripción de lo ofrecido era de 4.000 psi, constituye una obra adicional.

Sin embargo, no se demuestra que ESGEM haya hecho esa exigencia. Simplemente se asume que porque en una carta COBETO manifestó a ESGEM que la utilización de un concreto de 4.200 psi constituye una obra adicional, se debe tomar por absolutamente demostrado que las especificaciones del concreto fueron caprichosamente cambiadas de 4.000 a 4.200 psi y que esto resultó en unos costos adicionales para COBETO.

Por otra parte, como lo anota el perito en su dictamen (Pág. 24) no aparece documento alguno en el expediente que demuestre que de hecho se haya utilizado concreto de 4.200 psi. Por el contrario, en el libro de obra hay varias referencias a que realmente el concreto utilizado fue de 4.000 psi y no de 4200 psi. Por ejemplo, en el registro de diciembre 3 de 2.006 (folio 296) se lee: "suministro de 5.50 M3 concreto 4000 psi a ESGEM para cimentación de la banda transportadora"... "Colocación de concreto 7.50 M3 concreto psi para losas abscisas K0 + 240 a K0 + 247" En los registros del 19 de diciembre de 2.006 y del 13 de enero de 2007 también se hace referencia a un concreto de 4000 psi.

De todo lo cual parece lógico concluir que COBETO no utilizó en la obra concreto de 4.200 psi, sino de 4.000 O, al menos, no hay prueba de lo contrario.

**11) Desmonte de la zona de las vías y del patio de maniobras**

El argumento de la demanda consiste en que para la construcción de la vía y del patio de maniobras era necesario retirar árboles, cortar maleza y sacar raíces, pero que esta obra no estaba contemplada en su oferta inicial y que, además, ello fue ratificado por las partes al aceptar en el OTO SI N° 1, del 6 de septiembre de 2.006 que "...el alcance de COBETO solo llegará hasta la descripción de lo ofrecido en las estructuras..."

Como supuesta prueba de que esto era así se hace referencia a correspondencia de COBETO a ESGEM en la que se sostiene que, en opinión de COBETO, esa obra no es parte de sus obligaciones. ESGEM, por su parte, contestó esas cartas manifestando que no estaba de acuerdo con la posición contractual de COBETO y aportó

Para el Tribunal es claro que si se ofreció la construcción de una vía en una zona que el contratista visitó y pudo observar que había árboles y maleza que retirar para construirla, es obligación del contratista asumir el costo de esa labor. Además, en los artículos 2.15.2 y 2.15.3 de las Especificaciones Técnicas de la Solicitud Abierta de Ofertas SCN 02 2005 018, que es parte del contrato entre COBETO y ESGEM, se hace expresa e indiscutible mención a esta obligación.

Por último, en cuanto a que la inclusión en el OTRO SI N° 1, de septiembre 6 de 2.006, de la frase "...el alcance de COBETO solo llegará hasta la descripción de lo ofrecido en las estructuras..." no puede tener una interpretación jurídica distinta a ratificar algo que ya estaba en el contrato original, en el sentido de que era obligación de COBETO construir las estructuras que se comprometió en dicho contrato y no otras; es decir, que su compromiso era, en cuanto a estructuras: construir a todo costo un silo de ceniza pesada y un silo de ceniza liviana. Además, adquirió el compromiso de construir unas obras civiles, consistentes en vías, zonas de parqueo, cimentaciones de equipos electromecánicos y soportes, y todas las obras civiles complementarias, incluidos los sistemas de drenajes de la Central Térmica de la Guajira. Para ello, debía realizar un estudio de suelos, hacer los diseños, y proveer la ingeniería conceptual y de detalle requerida para la construcción de las obras mencionadas.

Dentro del contexto del contrato celebrado, no se puede pretender que si en la oferta no se incluyó el cálculo específico de algunos de los costos que COBETO debía indicar a ESGEM, como referencia, para soportar el precio de su oferta, entonces COBETO quedaría liberada de realizar trabajos como la limpieza del terreno, etc.

La posición de COBETO en este punto implicaría el absurdo de que quien contrata a un ingeniero para que construya un edificio tenga que aceptar que el ingeniero no inicie la construcción del edificio porque el contratante no ha hecho la excavación para los cimientos etc., pues el ingeniero se comprometió a construir el edificio y no a hacer el hueco para colocar los cimientos.

#### **12) Demolición de la vía a reconstruir**

Al igual que el punto precedente, para el Tribunal no genera duda alguna que si hubo el compromiso de reconstruir una vía, era evidente que esto implicaba demoler total o parcialmente lo que existiera de la vía previa, sin que esto pueda considerarse una obra adicional o nueva.

#### **13) Banco de ductos enfrente de la casa de trituración**

Respecto de este aspecto, no se precisa en la demanda en que consistió exactamente el hallazgo que obligó a la construcción de un banco de ductos, pero se puede establecer, por el registro en el libro de obra del 27 de septiembre, que se encontraron unas acometidas eléctricas que no habían sido reportadas por CORELCA.

El banco de ductos se hizo entre ESGEM y COBETO

El perito, en la respuesta a la pregunta 6, que se refiere, entre otras cosas, a los costos del banco de ductos y a los retrasos que esto pudo generar, concluye que ESGEM aceptó que eso constituyó una obra adicional, lo cual fundamenta en una carta del 28 de octubre de 2.006, en la cual el Ingeniero Víctor Hugo Rodríguez expresa que todos los trabajos que se encuentren por fuera de los alcances contractuales serán presentados a CORELCA y, más adelante, señala que el asunto era cuestión de colocar un solo tubo que era urgente para continuar con la construcción de la vía.

Para el Tribunal, no es evidente, como lo asume el perito, que el ingeniero Rodríguez comprometía automáticamente a ESGEM, pues COBETO sabía que él no era el representante legal de ESGEM, pero, en todo caso, se podría

aceptar que la construcción del banco de ductos para unas acometidas eléctricas generó un gasto no expresamente presupuestado; pero esto no es equivalente a una obra nueva o adicional que se constituya en un incumplimiento contractual de ESGEM. Primero, porque no fue un gasto impuesto por ESGEM, sino una negociación (calificación que corresponde al Tribunal y no al perito) y, segundo, porque fue consecuencia de un imprevisto de poca relevancia dentro de las obras contratadas. Este hallazgo constituye un típico imprevisto que debía cubrirse con el rubro que para estas eventualidades se presupuestó en la oferta de COBETO.

Por último, si no fuera un imprevisto típico, habría de tenerse en cuenta que en el artículo 2.14 de la Solicitud Abierta de Ofertas de CORELCA, se dejó expresamente previsto que las obras civiles incluían, entre otras cosas, la construcción de los bancos de ductos.

**14) Rellenos en la caseta exhauster**

Se denuncia como obra adicional el relleno de la caseta exhauster, pero no se reclama costo alguno por esta obra, sino que se toma como causal de retraso. Más adelante se analizará lo atinente a las pretensiones de indemnización por los retrasos

De hecho, en el interrogatorio de parte rendido por el ingeniero Jaime Becerra se acepta que este relleno fue cancelado por ESGEM. "...lo único que nos pagaron de los adicionales fue la venta de concreto y eso porque yo le decía no le doy un metro cúbico de concreto no me lo paga antes porque yo tenía que comprar cemento, pero no ha pagado ninguna obra y que obras adicionales habían aceptado ellos pero no lo pagaron, quince millones de la caseta de exhauster ellos aceptaron que era por fuera de nuestro alcance, entonces lo hicieron directamente y lo aceptaron explícitamente el documento y para eso yo les vendí el concreto y les vendí el relleno, también unas obras que hicimos en la tolva del silo de cenizas volantes y unas modificaciones a raíz del problema que tuvieron de que se acordaron a última hora que tenían que fabricar la transición pero específicamente la de esos 30 millones, el faltante...nunca nos los pagaron, no están en ningún documento contable."

**15) Exigencia, en la subbase de las vías, de una densidad con un valor de 98%, superior al valor de 95% que se había ofrecido.**

La exigencia de una mayor compactación en un terreno, que según la misma demanda es "difícil de cuantificar" (página 82 de la demanda) y que de hecho no se cuantifica, no constituye obra nueva ni adicional. Si el cliente pide mayor compactación de un terreno y se accede a ello, no es lógico pedir indemnización por obra adicional.

**16) Apertura de la losa a +31.84 en el silo de cenizas volantes**

El hecho de que ESGEM haya entregado a COBETO un plano indicando la ubicación de unos equipos en la losa del nivel 31.84 del silo de cenizas volantes no constituye evidencia alguna de que se haya ordenado a COBETO una modificación en las construcciones. (Página 82 de la demanda)

**17) Aperturas de la mampostería de las superestructuras.**

El hecho de que en un mensaje del 4 de enero de 2.007 el ingeniero Jaime Becerra haya expresado al ingeniero Rafael Rojas de ESGEM, "que en la

cubierta de ambos silos las dimensiones de la entrada y su ubicación las define ESGEM con base en sus necesidades y la llegada de la escalera", no constituye prueba alguna de que se haya ordenado una modificación en las obras a cargo de COBETO y, menos, que se trate de una obra no prevista en el contrato. (Página 82 de la demanda)

**18) Supresión de una columna de arranque en la losa N+23.51**

De lo que se narra en la demanda en relación con este hecho, se puede deducir que no se trató de una obra nueva o adicional sino de un requerimiento técnico debidamente justificado y no controvertido en sus aspectos de conveniencia técnica por parte de COBETO.

Por lo tanto, los días que se emplearon en definir los ajustes que debían realizarse y los que se utilizaron para la realización de los cálculos con las nuevas condiciones, no pueden tomarse como atrasos imputables a ESGEM. Menos, pueden tomarse como atrasos a ser indemnizados por ESGEM a COBETO, los días de vacaciones. Por lo demás, es claro que entre el 15 de diciembre y la fecha en que se solucionó el asunto, enero 22 de 2.007, COBETO continuó realizando tareas, tal como consta en el libro de obra, por todo lo cual no es sólida la pretensión de que hubo un atraso general por culpa de ESGEM.

Además, si, como enfáticamente sostiene COBETO, las obras se hubieran podido terminar para el 28 de febrero de 2.007, y así lo acepta el Tribunal al no considerar fundada la resolución del contrato que hizo ESGEM, pues debería concluirse, por este solo aspecto, que los atrasos que se presentaron entre el 15 de diciembre (fecha en que se hizo la última modificación del plazo del contrato) y el 25 de enero, no afectaban a COBETO como para reclamar indemnización por mayor permanencia en la obra, pues debe asumirse que no habría tal mayor permanencia.

Descartados como obras nuevas o adicionales los anteriores hechos, pasa el Tribunal a analizar el tema de otros hechos que se proponen como incumplimientos, por los cuales debería indemnizar ESGEM a COBETO y, además, algunas conductas realizadas por fuera de los plazos contractuales o razonables, por los cuales COBETO manifiesta haber sufrido perjuicios que deben ser indemnizados por ESGEM.

**4.4 HECHOS DE ESGEM QUE CAUSARON PERJUICIOS A COBETO.**

La demandante aduce como hechos de ESGEM que le causaron perjuicios que deben ser indemnizados:

- 1) Incumplimiento del pago a COBETO del préstamo de cincuenta millones de pesos (\$50.000.000<sup>oo</sup>) convenido en el acuerdo del 10 de agosto de 2006.**

Después de citar correspondencia relacionada con el préstamo ofrecido por ESGEM a COBETO, en la demanda se acepta que el préstamo se recibió el 16 de octubre de 2.006, es decir, con algún atraso desde el 10 de agosto de 2.006, fecha en la cual se llegó a un convenio en ese sentido con los ingenieros de ESGEM y el representante legal de COBETO, pero sin que en él se precisaran los plazos para la erogación del préstamo

No se trata de un incumplimiento sino de un supuesto retardo, por lo cual volveremos sobre el punto cuando analicemos los atrasos imputados por COBETO a ESGEM.

**2) Incumplimiento, por parte de ESGEM, del reconocimiento a COBETO por el reclamo por el arreglo de las vías negociado entre ESGEM y CORELCA.**

Aquí el asunto es el siguiente: el 10 de agosto se firma un convenio entre el representante legal de COBETO y los ingenieros de ESGEM, en el sentido de que COBETO aceptaba las exigencias de CORELCA en cuanto a modificaciones en las vías; para ayudar "con la liquidez para los sobrecostos", ESGEM concedería un préstamo de \$50.000.000<sup>00</sup> a COBETO; se acordó que ESGEM haría una gestión ante CORELCA para efectos de que ésta reconociera los sobrecostos en las vías y que, si esa gestión era exitosa, ESGEM pagaría a COBETO el sobrecosto de las vías; si la gestión no era exitosa, no habría reclamo de COBETO.

Este convenio fue aceptado por el representante legal de ESGEM, en cuanto a la obligación de reconocer a COBETO el mayor valor de las vías en caso de que la gestión ante CORELCA fuera exitosa, en la modificación del contrato contenida en el OTRO SI N° 1 del 6 de septiembre de 2.006. En materia de atrasos de cualquier naturaleza, se indemnizó a COBETO con la suma de \$130.000.000<sup>00</sup>

Ahora bien, en el OTRO SI N° 2, de septiembre 28 de 2.006, nuevamente se hace alusión al compromiso de ESGEM de reconocer a COBETO el mayor valor de las vías en caso de que la gestión en este sentido ante CORELCA fuera exitosa y se deja a salvo el derecho de COBETO de reclamar este derecho aun por la vía judicial. En el artículo CUARTO de este OTRO SI, se incorpora al mismo el acta de reunión del 28 de septiembre de 2.006 (la misma fecha en la que se firmó el OTRO SI N° 2) en la cual se dejó constancia, entre otras cosas, de que el representante legal de ESGEM, Iouri Ionuchine, había transigido con CORELCA el sobrecosto de las vías, contra la aceptación de CORELCA de unos tubos con el grado de dureza ofrecido por ESGEM.

En el interrogatorio de parte del señor Iouri Ionuchine, al ser preguntado por el reclamo de CORELCA a ESGEM respecto de la dureza de los tubos, el interrogado contestó: "Reclamo nunca fue hecho pero fue discusión bastante amplia sobre este tema porque CORELCA pidió tubos con dureza 350... es un indicador, pero los tubos, estos tubos en todo el mundo y no hay otros se fabrican con centrifugado todo los materiales más ligaduras que indolencia, pesados entonces parte interna es más blanda pero parte externa es muy dura entonces nosotros después de ciertas partes de...nosotros hicimos un estudio tiempo de vida de tubo suministrados por nosotros y tiempo de vida de tubo que tiene todo 350 por supuesto ese fue...y resultó que tiempo de vida es igual.

..."

Para el Tribunal queda claro que en el OTRO SI N° 2 se aceptó por ESGEM que el reclamo contra CORELCA por el sobrecosto de las vías se transigió, o se prescindió de él de manera unilateral por parte de ESGEM, cuando se llegó a un acuerdo con CORELCA respecto de la dureza de unos tubos.

Sobre esta base, aparece claro el derecho de COBETO a reclamar a ESGEM el mayor valor de las vías en lo que se haya aceptado como obra adicional, que, tal como se analizó en el capítulo precedente de estos considerandos, ha de limitarse a la horizontalización de la vía, sin incluir el cambio de su trazado, ni la

mayor excavación del patio de maniobras, ni el traslado del campamento. Estos 3 conceptos se excluyen porque ya se analizó que la modificación del trazado de la vía fue aceptado como un cambio al que tenía derecho CORELCA y de poca incidencia y los otros dos conceptos fueron resultado de esta modificación, lo cuales, además, fueron conceptuados como obras no adicionales por el perito.

De acuerdo con la demanda, la horizontalización de la vía tuvo un valor de \$56'410.561, costo que, de acuerdo con el perito Hugo Sánchez está debidamente soportado.

**3) Impedimento en la entrada y salida a Termoguajira el 11 y 12 de octubre de 2.006.**

Sobre este hecho deben resaltarse dos cosas: la primera, que no es atribuible a ESGEM, sino a CORELCA y, segundo, que tal como se deduce de la misma narración que se hace en la demanda, el impedimento fue razonable por motivo de alteraciones del orden público en la zona.

La ocurrencia de este tipo de hechos libera de responsabilidad a las partes y, por tanto, no tiene soporte alguno pretender una indemnización por este concepto de alguna de las partes contra la otra.

**4) Impedimento en la entrada y salida a Termoguajira el 16 y 17 de octubre de 2.006.**

Al igual que frente al hecho precedente, éste no es atribuible a ESGEM sino a CORELCA, pero también se encuentra debidamente soportado en un hecho imprevisto e imprevisible, como fue la consideración de el debilitamiento de un puente.

**5) Impedimento en la entrada y salida a Termoguajira el 24 de octubre de 2.006**

Valen las reflexiones que se hicieron respecto de los hechos precedentes

**6) El atraso en el vaciado de concreto de la viga losa del silo de cenizas pesadas (hecho 17 de la demanda) y la negación del pago del perjuicio ocasionado por el impedimento en la entrada y salida a Termoguajira (hecho 18 de la demanda)**

Como ya se ha explicado, es claro y se deduce de lo narrado en la demanda, los impedimentos de entrada a Termoguajira estuvieron justificados en razones de fuerza mayor, por lo cual no cabe indemnización de ninguna de las partes contra la otra.

**7) Interferencias imputables a ESGEM**

De la narración que sobre este hecho se hace en la misma demanda deduce el Tribunal que se trató de interferencias razonables, propias de una obra que se sabía que sería realizada en forma simultánea con otras empresas que estarían construyendo en el mismo sitio. Por lo demás, las interferencias no fueron de tal alcance como para que cada una afectara todos los frentes de trabajo. Por lo tanto, para el Tribunal estas interferencias debían haberse presupuestado por COBETO.

Pero, llama la atención que se pretenda que el descubrimiento de las acometidas eléctricas en la vía, a la altura de K0 + 083, que llevó a la construcción, entre ESGEM y COBETO, de un banco de ductos, haya significado un atraso general de la obra, es decir, que este detalle, según la demanda, impidió que se trabajara en el resto de las vías, en la construcción de los silos y en las demás obras civiles, durante 16 días, lo cual no es coherente con los registros del libro de obra durante esos días.

Sin embargo, lo importante en cuanto a estas interferencias, es analizar si los atrasos que ellas pudieron ocasionar generaron permanencia en la obra más allá de los plazos acordados por las partes. Una cosa es que la obra, por mutuo acuerdo de las partes, haya implicado unos plazos superiores a los inicialmente previstos (que la demandante y el perito llaman "mayor permanencia") y otra muy distinta que este mayor plazo ("mayor permanencia") implique indemnización al contratista o incumplimiento de su parte. Ni lo uno ni lo otro. Si se está dentro de los plazos del contrato, o del de sus modificaciones, no hay nada que reclamarse entre las partes por este concepto.

Es notoriamente inconsistente la posición de las partes en este caso cuando tratan de culpar a la otra de las ampliaciones de los plazos. Sea cual sea la razón por la que se llegó a esa modificación del contrato, estas modificaciones son parte del contrato y, por lo tanto, no pueden ser incumplimiento del mismo.

Mayor permanencia indemnizable sería si se llegara el plazo previsto en el contrato y el contratista, por las interferencias indebidas o no justificadas del contratante, tuviera que pasar más tiempo del convenido para terminar con las obras contratadas. Si esta mayor permanencia no se debiera a causas imputables al contratante, pues entonces sería el contratista el que estaría incumpliendo sus obligaciones y tendría que indemnizar al contratante. Pero estando dentro de los plazos contractuales no puede haber quejas de uno contra el otro por este concepto.

Ya hemos dicho que no se aceptará la resolución unilateral del contrato decretada por ESGEM, porque, precisamente, no hay prueba de que COBETO no pudiera cumplir para esa fecha, pero, aceptando éste que ello es así, no puede alegar mayor permanencia, porque según ella, sus labores terminarían el 28 de febrero de 2.007, es decir, dentro del plazo pactado.

**8) Incumplimiento en la indicación del botadero para los residuos de excavación y demolición.**

De acuerdo con la Solicitud Abierta de Ofertas, parte integral del contrato entre COBETO y ESGEM (art. 2.15.3) los materiales producto del descapote del terreno y de demoliciones, debía ubicarse en el sitio que CORELCA debería indicar a COBETO.

No existe diferencia entre las partes en el sentido de que CORELCA se tomó más del plazo que parecía razonable para indicar el sitio definitivo de ubicación de los materiales aludidos, lo cual generó algunos costos a COBETO, tal como lo reconoce el perito. La diferencia entre las partes radica en si esos costos son imputables a ESGEM y en si, con independencia del culpable de esos costos, deberían ser cubiertos con el rubro de imprevistos que calculó COBETO en su estimado de costos para la ejecución del contrato.

Si bien ESGEM contrató a COBETO la construcción de unas obras que a su vez ESGEM se obligó a entregar a CORELCA, esto no impone que las conductas

de esta última que afectaran a COBETO tuvieran que ser indemnizadas por ESGEM. CORELCA era un tercero con una potestad autónoma que COBETO conocía al momento de firmar el contrato con ESGEM y, por lo tanto, era un tercero aceptado por COBETO, cuyas conductas no tienen que constituirse en un incumplimiento del contrato por parte de ESGEM. Para el Tribunal, las conductas de CORELCA derivadas de su condición de dueña final de las obras que realizaba COBETO, tienen la connotación o de imprevisto que estaría cubierto por el rubro presupuestal correspondiente de COBETO, o como una suerte de fuerza mayor que podría afectar la relación entre ESGEM y COBETO, la cual podría ser tratada dentro de la teoría de la imprevisión contemplada en el art. 863 del Código de Comercio, para, en su momento, haber planteado una revisión de mutuo acuerdo de las obligaciones recíprocas dentro del contrato.

En otras palabras, no hay un nexo causal entre ESGEM y COBETO por la conducta omisiva de CORELCA. Ni, por otra parte, hubo título alguno por el cual ESGEM hubiera asumido en forma autónoma o solidaria las obligaciones de CORELCA frente al constructor final de la obra. Y, por último, no tiene el Tribunal competencia, ni se le ha solicitado, para juzgar una responsabilidad de CORELCA, que, ni es parte de esta litis, ni está cobijada por la cláusula arbitral.

En el caso específico del retraso de CORELCA en la designación oportuna del botadero de desechos, por la cuantía de los costos que ocasionó a COBETO, cabe perfectamente dentro del concepto de imprevisto del contrato y contra ese rubro ha de ser contabilizado, sin que, en todo caso, por no ser un hecho imputable a ESGEM, quepa reclamo indemnizatorio a su cargo.

El perito estimó que el valor de los costos en que incurrió COBETO por este concepto fue de \$1.196.654<sup>00</sup>, cifra que no es significativa dentro del estimado de imprevistos calculado por COBETO

Por último, cabe señalar que no hay prueba alguna de que ESGEM hubiera incidido en CORELCA para la demora en la designación de los botaderos de desechos.

#### **9) Incumplimiento en el suministro de agua para la construcción.**

Respecto de este hecho cabe similar análisis al que se desarrolló respecto de hecho precedente. No fue un incumplimiento de ESGEM y, por otra parte, las faltas de suministro de agua tampoco fueron capricho de CORELCA sino por escasez de la misma.

Para el Tribunal, tratándose de una obra a desarrollarse en un terreno e instalaciones que COBETO conoció y estudió antes de la firma del contrato y constituyendo el agua un suministro importante para estas obras, era prudente, para una empresa profesional de la ingeniería, tener un presupuesto para la eventualidad de una escasez de dicho elemento en el tanque de CORELCA.

En todo caso, la escasez de agua en el tanque inicialmente previsto constituye eso, un imprevisto, y no una fuerza mayor como para haber pedido una revisión del contrato, pero, como imprevisto, es responsabilidad de COBETO y no de ESGEM.

#### **10) Suspensión construcción del tanque por causas imputables a ESGEM.**

De acuerdo con la correspondencia citada en la demanda queda claro que la suspensión de la construcción del tanque de recirculación de agua no se debió a

ESGEM sino a falta de pronunciamiento de CORELCA respecto de los planos presentados por COBETO el 10 de noviembre de 2.006.

Si bien ESGEM solicitó a COBETO iniciar la construcción del tanque, COBETO no inició la construcción por no contar con la aprobación de CORELCA, aprobación que no había llegado el 25 de enero de 2.007 cuando se decidió por ESGEM la terminación unilateral del contrato.

Ahora bien, COBETO adujo la falta de aprobación de CORELCA a la construcción del tanque y no hay prueba de que haya tenido a disposición una formaleta específica para este efecto desde el 5 de diciembre de 2.006, hasta el 25 de enero de 2007. De hecho, ni en el libro de obra, ni en otro documento aparece evidencia de que se hubiera tenido que pagar algo por tener esa formaleta.

En los registros del libro de obra se lee:

El 9 de diciembre se hace la ubicación topográfica del tanque de recirculación.

En diciembre 12 una comisión topográfica traza los niveles del tanque.

En enero 11 de 2.007 se anota que llega acero de refuerzo para el tanque y para otras obras.

Solo en enero 19, 22, 23, 24 y 25 hay registros relacionados con los trabajos para armar la formaleta, lo cual descarta que ésta se haya alquilado desde el 5 de enero de 2.006 hasta el 25 de enero de 2.007 como se sostiene en la demanda. Ni los documentos citados en la demanda, ni los testigos, ni los experticios, dan cuenta alguna de que se haya tenido alquilada una formaleta en espera de la aprobación de los planos para la construcción del tanque de recirculación.

**11) Sobrecostos por el subsidio de alimentación para los trabajadores locales, convenido el 2 de octubre de 2006**

COBETO relata que 22 sus trabajadores cesaron actividades el 2 de octubre de 2.006 y reclamaron que se les debía pagar un auxilio de alimentación, para lo cual se reunieron con ellos en las instalaciones de CORELCA, junto con los ingenieros de ESGEM. En esta reunión COBETO tomó la decisión de pagar un auxilio de alimentación a sus trabajadores, por un valor total de \$13.008.000<sup>00</sup>

Se pretende que porque en una reunión previa a la celebración del contrato con ESGEM, CORELCA manifestó que no había regulación específica entre esta empresa y los trabajadores de los contratistas y porque en la reunión con los trabajadores CORELCA dio pautas sobre el tema del auxilio, entonces ESGEM, ni siquiera CORELCA, es responsable y debe indemnizar a COBETO por el valor de este auxilio que negoció con sus trabajadores.

No entiende el Tribunal el razonamiento, ni la relación de causalidad entre una negociación de COBETO con sus trabajadores y la pretendida responsabilidad de ESGEM al respecto y, menos, que esto se aduzca como causa de atrasos en la obra, imputable a ESGEM.

**4.5 MAYOR PERMANENCIA.**

Como resultado de todas las obras nuevas o adicionales supuestamente impuestas por ESGEM y demás alegados incumplimientos de esta empresa, COBETO pide que se le indemnice por la mayor permanencia en la obra, contada desde el plazo inicial de entrega pactada en el contrato (185 días calendario desde el 9 de marzo de 2.006) hasta el 25 de febrero de 2.007, cuando ESGEM declaró unilateralmente la terminación del contrato.

Como se ha analizado respecto de todos y cada uno de los hechos alegados por COBETO, no considera el Tribunal que haya habido imposición de obras nuevas o adicionales, ni sobrecostos imputables a ESGEM, ni, en general, atrasos indemnizables por ESGEM a COBETO.

El perito sostiene que sí hubo mayor permanencia en la obra por parte de COBETO, en relación con el compromiso asumido inicialmente por esta empresa. Pero es que eso es evidente, pues nadie en este caso discute que el plazo para la terminación de la obra, pactado de común acuerdo entre las partes, fue mucho mayor al inicialmente acordado. Pero este mayor plazo, o mayor permanencia, como se le quiera llamar, no fue por causa de ESGEM. La causa fue la modificación al contrato en este sentido que hicieron las partes.

Veamos esto con cierto detalle. Cuando estaba por vencerse el plazo inicialmente pactado para la entrega de la obra, es decir, cuando estaba por llegar el 14 de septiembre de 2.006 (185 días después del inicio de la obra que fue el 9 de marzo de de 2.006) día más o menos, que para estos efectos no tiene importancia por lo que se expone a continuación, las partes decidieron, asumiendo y aceptando ambas causas imputables a cada una, que las obras no se entregarían sino hasta el 11 de noviembre de 2.006. ESGEM se comprometió a indemnizar a COBETO por cualquier perjuicio que hubiera sufrido por los atrasos hasta ese momento, con la suma de \$130.000.000<sup>00</sup> y se acordó intentar un reclamo a CORELCA por el mayor valor en el cambio de las vías solicitado por esta empresa, según un convenio firmado entre los ingenieros de ESGEM y el representante de COBETO el 10 de agosto de 2.006. Además, en esa modificación del contrato se acordó que COBETO no realizaría una parte de las obras inicialmente pactadas y, a cambio, y sin variar el precio del contrato, realizaría otra.

Así las cosas, modificado el plazo del contrato por acuerdo de las partes, ninguna de ellas podía reclamar a la otra por haber trabajado más tiempo en la obra, menos aún si hubo una indemnización expresa a favor de COBETO. En otras palabras, esta modificación significó que ESGEM no podía jurídicamente pedir indemnización a COBETO por entrega tardía de las obras, ni ésta podía pedir más dinero a cambio de la obra.

El 28 de septiembre las partes vuelven a modificar el plazo de entrega de las obras, para fijarlo en el 17 de diciembre de 2.006. Además, ESGEM indemniza a COBETO por algunos sobrecostos y ambas partes dejan claro que con esa indemnización no hay más reclamos entre ellas, salva sí, la obligación de ESGEM de reconocer y pagar a COBETO el mayor valor de las vías que se lograra de CORELCA. Esta nueva prórroga del plazo para entrega de las vías fue una negociación sobre el plazo, no sobre el precio de la obra. Por lo tanto, no tiene sentido alguno que COBETO pida indemnización por trabajar durante un plazo que se negoció y aceptó. Tampoco tiene derecho ESGEM a pedir indemnización por los supuestos atrasos de COBETO por obras acometidas o entregadas después del plazo inicial, desconociendo la modificación del plazo acordado.

Por último, el 15 de diciembre de 2.006, las partes vuelven a modificar el plazo de entrega de las obras y lo fijan para el 28 de febrero de 2.007. Sobra repetir lo que se ha dicho en los párrafos anteriores. El nuevo plazo, como los pactados antes, no es "culpa" de nadie, es producto de la voluntad de las partes y ninguna de ellas tiene derecho, con posterioridad, a culpar a la otra de haber negociado un mayor plazo. Si un contrato se modifica sin hacer acuerdo sobre indemnizaciones en ese momento, luego no se puede pedir indemnización por haber consentido en modificarlo.

Así las cosas, resulta jurídicamente superflua toda la discusión sobre si hubo retraso de una parte u otra respecto del plazo, pues una vez que el contrato se modifica en este aspecto, sin haber incluido otros, deben estarse las partes al nuevo plazo sin reclamos por este aspecto. De otra manera no tendría sentido modificar de mutuo acuerdo los términos de un contrato.

Al respecto, los artículos 1608, 1609 y 1610 del Código Civil no dejan duda sobre el tema que nos ocupa. Establecen que el deudor está en mora cuando no ha cumplido su obligación dentro del plazo estipulado. Ahora, en tratándose de obligaciones de hacer, el acreedor, una vez que el deudor esté en mora, puede pedir la indemnización por la misma y, a elección suya (del acreedor) pedir que de todos modos el deudor realice el hecho convenido, u optar por realizarlo él, o pedir la indemnización por la infracción del contrato. Pues bien, en este contrato ninguna de las partes estuvo en mora de cumplir sus obligaciones, porque antes de que fuera posible el análisis sobre la ocurrencia de la misma, las partes, de mutuo acuerdo, ampliaron el plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, purgando de esta manera, cualquier mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

#### **4.6 TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.**

Descartada cualquier indemnización de ESGEM a COBETO (adicional a la que se deja señalada en relación con el reconocimiento por la horizontalización de la vía) bien por obras nuevas o por incumplimientos o causas autónomas de atrasos, debemos analizar si puede haberla por la terminación unilateral del contrato antes del plazo que se había negociado.

En la demanda se argumenta que la terminación unilateral del contrato fue ilegal porque no había sido COBETO la que había incumplido el contrato sino ESGEM. Bajo este supuesto, se procede a resumir, por la parte demandante, todo lo que consideró incumplimientos de ESGEM durante la ejecución del contrato: el relleno para horizontalizar la vía, la demolición de los campamentos provisionales, el tratamiento de los fallos en las vías, del desmonte de maleza y árboles en la zona de la vía, la demolición de la vía a reconstruir, la construcción del banco del ducto, el cambio en el diseño de las tolvas, la mayor excavación en el patio de maniobras, la mayor resistencia de los pavimentos, la imposibilidad de entrar a Termoguajira durante algunos días, la no indicación oportuna de los botaderos, los problemas con el suministro de agua, la permisividad de ESGEM a que CORELCA diera pautas para que COBETO concediera un auxilio de alimentación a sus empleados.

Se aduce que todos esos incumplimientos llevaron a COBETO a una situación de iliquidez que la llevó a acudir a ESGEM para que, por diputación, pagara a los proveedores de COBETO (página 102 de la demanda, últimas líneas)

Por otra parte, se aduce que "la historia de las ampliaciones de los plazos del contrato, demuestra que ellos fueron imputables a ESGEM" y que ello nunca constituyeron una renuncia a los sobrecostos generados por la mayor permanencia, sino que fueron actos de buena fe que buscaron la continuación de la obra sin mayores traumatismos para las partes contratantes.

Por su parte, la demandada, en la carta que manifestó la terminación unilateral del contrato, argumentó:

- Que a 25 de enero de 2.007 se podía establecer que era imposible que COBETO cumpliera con la ejecución de las obras contratadas el 28 de febrero de 2.007;
- Que a lo largo del contrato se había manifestado a COBETO de sus retrasos frente a la ejecución de la obra;
- Que la tendencia de los avances de las obras en noviembre de 2006 y diciembre y enero de 2.007 (10.40%, 4.41% y 3.65%, respectivamente) indican una tasa de producción del 4% mensual, con la cual las obras se terminarían en mayo del 2.007, lo cual era inaceptable;
- Que se han presentado problemas con la calidad de las obras (baja resistencia de la estructura del silo de cenizas pesadas, fisuras en las vigas a nivel N+5.50 del silo de cenizas pesadas, indebida fundición de la viga losa de del silo de cenizas pesadas a nivel N+5.50 generando una junta fría, fisuras en las losas de pavimento sin que se haya presentado el informe del asesor de SIKA, falta de tomas de cilindros de muestra en la losas del pavimento de la vía)
- La continua intención de disminuir los alcances del contrato "a sabiendas de que el contrato pactado es bajo la modalidad "llave en mano";
- Que desde fines de 2.006 ESGEM había asumido una serie de obligaciones de COBETO con sus proveedores;
- Que optó (COBETO) por paralizar una serie de frentes de trabajo mientras se resolvían reclamaciones "sin fundamento alguno" sin tener en cuenta que el contrato era "llave en mano".

En la demanda de reconvención ESGEM expone:

- Que se celebró un contrato llave en mano cuyo plazo y entrega de obras incumplió COBETO "por su continuo incumplimiento, pésimo manejo de los recursos financieros y mala administración del recurso humano y técnico colocado a disposición de las obras contratadas".
- Que COBETO incumplió de manera grave y reiterada todos los términos de contrato.

Sobre este punto, crucial no solo para resolver sobre la pretensión indemnizatoria de COBETO, sino sobre las pretensiones en demanda de reconvención de ESGEM contra COBETO, considera el Tribunal:

Sea lo primero señalar que la legalidad o no de la medida tomada por ESGEM no depende, como lo alega COBETO en el hecho 31 de la demanda, que se

refiere específicamente al punto, de que haya sido ESGEM la que había incumplido el contrato, aspecto sobre el cual ya concluimos que no era así, sino de si, bajo las circunstancias de ese momento, tenía o no derecho ESGEM a tomar unilateralmente esa medida, como lo controvierte COBETO en el hecho 32 de la demanda, en donde dice que ella hubiera podido terminar la obra para el 28 de febrero de 2.007.

¿Cuándo puede una parte, sin que se haya cumplido el plazo pactado, establecer que la otra no podrá cumplir las obligaciones de un contrato dentro de dicho plazo, y por lo tanto, resolver el contrato y pedir indemnización de perjuicios?

La respuesta, legal y en justicia, no puede ser otra que: cuando esté demostrado que la otra parte no puede cumplir dentro del plazo. Es decir, tiene que haber pruebas de que el cumplimiento es imposible. Por supuesto, como en todo, la evidencia, la demostración, no puede llevarse a los límites del absurdo. Por ejemplo, si el contrato fuera poner un barco a disposición de alguien el 4 de marzo, y el barco se hunde el 4 de enero, y esto está demostrado, queda probado que el contrato no se podrá cumplir y la parte contratante podrá inmediatamente darlo por terminado y salir a contratar otro barco. No valdría la alegación del contratista en el sentido de que él, con la ayuda especialísima de la marina de Los Estados Unidos y de Inglaterra, podría haber puesto a flote y en condiciones de navegabilidad el barco antes del 4 de febrero; eso, aunque físicamente fuera posible, jurídicamente no es razonable tomarlo en cuenta.

Sin embargo, tampoco es admisible el caso opuesto, es decir, no se puede pretender que el contratista no cumplirá porque parezca poco factible que lo haga, porque, por ejemplo, es evidente que tendría que hacer un importante esfuerzo económico, o porque en el pasado ha incumplido contratos similares, o porque es desordenado, o porque ha presentado innumerables reclamos y denota un ánimo francamente pendenciero, etc., etc. Este tipo de factores humanos o empresariales son "válidos" para la predicción, el vaticinio o la apuesta, pero no para la toma de decisiones de tipo jurídico. En fin, para declarar un incumplimiento anticipado de contrato deben suceder cosas como que la empresa sea declarada en quiebra, o que le embarguen y secuestren las máquinas con las que puede cumplir el contrato y no se trate de máquinas que estén disponibles para arriendo inmediato, etc.

En el caso que nos ocupa, las razones dadas por ESGEM para declarar terminado el contrato son más del género de la predicción o conjetura que de la demostración jurídica. La primera es que de acuerdo al comportamiento mensual de avance de obra de los últimos 3 meses (noviembre y diciembre de 2.006 y enero de 2.007) debe calcularse una rata de avance del 4% para el mes que resta de contrato, con lo cual no se lograría realizar el 16% de ejecución de obra que restaba.

Debe resaltar el Tribunal que el 4% calculado por ESGEM no es el promedio mensual (que sería el 6.15%) de avance en los meses que se tomaron de referencia, ni es la rata de avance más alta (10.4 en noviembre) ni la más baja (3.65% en enero del 2.007) Ahora, si seguimos la dudosa lógica de atribuir al mes que restaba de ejecución de obra una rata de avance basada en la historia mensual de los avances durante la ejecución del contrato, desligándola de la naturaleza de las obras que hacían falta y de otros factores, tendríamos que hacer un análisis completo de los porcentajes de avance de obra en otros meses del contrato, para lo cual nos remitimos a la información recogida por el perito

Hugo Sánchez y plasmada en su respuesta a la pregunta 1 del apoderado de ESGEM, la cual no fue controvertida por ninguna de las partes.

Allí encontramos que en julio de 2.006 se dio una rata de avance del 16.03%, que en octubre fue del 2.73%, y que hubo varios meses con ratas de avance superiores al 10%. El promedio de mayo (no hay información de la rata de abril) a octubre fue de 7.08%% y el promedio total habría sido de 8.4% (dividiendo el avance total a enero, en 10, que es el número de meses que habían transcurrido de contrato a ese momento). Si tomamos un promedio de avance de marzo a octubre, sin contar los meses tenidos en cuenta por ESGEM al declarar la terminación unilateral, el promedio sería de 9.3% mensual.

De estos cálculos lo único que quedaría claro es que no es riguroso vaticinar una rata de avance de enero 25 a febrero 28, de 2.007, del 4%, pues por la historia de los avances de obra se encuentra un mes del 16.03%, rata que hubiera alcanzado para terminar las obras en el mes que hacía falta.

Enfocado el asunto desde un ángulo diferente, veamos lo de la posibilidad de terminar la obra el 28 de febrero de 2.007, según la opinión de los testigos, aclarando que no se toma esto realmente como una prueba testimonial sino como meras opiniones que pidieron las partes durante el proceso: en opinión de los testigos Víctor Hugo Rodríguez y Antonio Rojas Merchán, citados a solicitud de ESGEM, el cumplimiento era "...difícil pero no imposible.." según el primero; para el segundo la posibilidad se veía así: con el personal que tenía COBETO a finales de enero de 2.007, opinó que no se podía cumplir. Lo cual, interpreta el Tribunal, quiere decir que, en opinión del testigo, con más personal si era posible la terminación el 28 de febrero/07

Para los testigos César Augusto Pineda y Luis Eduardo Gómez, citados a solicitud de COBETO, la posibilidad de cumplimiento era, para el primero "perfectamente posible" y, para el segundo, se contaba con todos los recursos administrativos para terminar la obra.

Con base en el análisis que precede, concluye el Tribunal que no existía prueba objetivamente confiable de que la obra no se cumpliría para el 28 de febrero de 2.007 y, por lo tanto, por este aspecto no se considera ajustada a Derecho la terminación unilateral del contrato.

En cuanto a las demás razones ofrecidas por ESGEM para dar por terminado el contrato, estima el Tribunal:

- Que se le hubiera manifestado a COBETO sus retrasos en la obra respecto de la última programación, no es una demostración de que no se pudiera cumplir para el 28 de febrero.
- Los supuestos problemas de calidad en las obras, de lo cual más adelante nos ocuparemos, tampoco es prueba de la imposibilidad de cumplir, así en opinión del testigo Víctor Hugo Rodríguez, después de manifestar que veía difícil pero no imposible el cumplimiento para el 28 de febrero del 2.007, haya contestado una pregunta diciendo que esa opinión era en el entendido de que se podría cumplir con dificultad, pero sin incluir las reparaciones y demoliciones. No hay una explicación satisfactoria del testigo de porqué esto es así, como para convertir su opinión en una prueba definitiva. Además, si cumplía en lo esencial, quedando solo reparaciones, pues ya se trataría de un incumplimiento reparable por el

mismo contratista, que, en últimas, según la cláusula octava del contrato, podría haberle implicado multas del 0.1% diario.

- Lo de la continua intención de disminuir el alcance del contrato, a sabiendas de que era llave en mano, como prueba de que el contrato no se cumpliría para el 28 de febrero de 2.007, es una apreciación asaz subjetiva de ESGEM, porque por el hecho de que el contrato fuera llave en mano y a precio único, no se puede privar al contratista de su derecho a objetar y discutir sobre el alcance de las obras a ejecutar. Al cabo, no es cierto, como ya se explicó, que en el contrato a precio único, llave en mano o no, implique que el contratista tenga que realizar, por el mismo precio y sin discusión, todo lo que solicite quien lo contrató o un tercero. En este caso hemos arribado a la conclusión de que no hubo exigencias de CORELCA tan importantes como para constituir una modificación del contrato que genere indemnizaciones a favor de COBETO, pero esto no implica que esté probado que sus reclamos, numerosos, por cierto, como también lo fueron los de ESGEM, tuvieran la intención de limitar *indebidamente* el alcance contractual.
- El hecho de que ESGEM hubiera asumido el pago de obligaciones de COBETO fue un acuerdo de las partes y, por lo tanto, no podía alegarse luego como un incumplimiento del contrato.
- La paralización *sin fundamento alguno* de obras mientras se resolvía si eran o no parte del contrato es algo que tendría que haberse resuelto al vencimiento del plazo, si definitivamente no se hubieran completado, pero no es prueba de que el contrato no se hubiera podido cumplir al 28 de febrero. Por lo demás, es cierto que había un par de aspectos que estaban pendientes de resolverse por parte de CORELCA, como eran el de los drenajes con la mayor pluviometría, el diseño del tanque de recirculación de agua y la construcción del box couvert.

Finalmente, en cuanto a que “por su continuo incumplimiento, pésimo manejo de los recursos financieros y mala administración del recurso humano y técnico colocado a disposición de las obras contratadas” y que incumplió de manera grave y reiterada el contrato (demanda de reconvencción) no encuentra el Tribunal prueba concreta de esto en el expediente. Al igual que se explicó al analizar las pretensiones de COBETO, no pueden aducirse supuestos o reales atrasos en algunos momentos de la obra, cuando finalmente las partes renegociaron los plazos. La situación de iliquidez que aceptó COBETO en la página 102 de la demanda (al final) y en otros documentos como la carta SECTG 06107 de diciembre 28 de 2.006, en rescate de la cual salió ESGEM, no puede atribuirse sin más a “pésimo manejo de los recursos y a mala administración del recurso humano y técnico” pues ello no está probado, por más inferencias que de sus propias cartas quiera hacer ESGEM. Además, ESGEM y COBETO llegaron a un acuerdo para solucionar ese problema, por lo cual, al igual que se manifestó respecto de la petición de reconocimiento de indemnización planteada por COBETO, debe recordarse que cuando se llega a una modificación del contrato ya no hay oportunidad de reclamar perjuicios por los hechos que motivaron la modificación, simplemente debe entenderse que la modificación lograda fue lo mejor para las partes; es como si lo hubieran pactado así desde el principio.

Analizaremos ahora las obras que se mencionan como indebidamente ejecutadas en la comunicación en la que se declara unilateralmente terminado el contrato por parte de ESGEM.

**4.6.1 OBRAS CONSIDERADAS POR ESGEM COMO INDEBIDAMENTE EJECUTADAS Y QUE DAN LUGAR A LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO.**

**4.6.1.1 BAJA RESISTENCIA EN ESTRUCTURA SCP.**

Sobre este punto no hay prueba alguna a la que se haga mención en la contestación de la demanda o en la demanda de reconvención. Sin embargo, en la comunicación de ESGEM a CORELCA TG 0159 09 06 agosto 15 de 2.006 (folio 421 del cuaderno de pruebas N° 2 de la demanda) se hace una clara referencia a una observación de CORELCA sobre la resistencia de los concretos estructurales del SCP y se da por superado el tema.

**4.6.1.2 FISURAS EN LAS VIGAS A NIVEL N+5.50 DEL SILO DE CENIZAS PESADAS.**

En carta de COBETO a ESGEM SECTG- 06066, se admiten las fisuras y se anuncia que se les aplicará el tratamiento pertinente de acuerdo con los especialistas de la firma SIKA y que se les hará un reforzamiento con cintas estructurales. Para el Tribunal, aplicando el criterio de la sana crítica a los testimonios que rindieron versión sobre el tema de las fisuras en los silos, en especial los de Víctor Hugo Rodríguez, de Azael Charris y de Julio Mutton, las fisuras no representaban un problema que pusiera en peligro el silo como para rechazarlo en cuanto obra de ingeniería y podían ser tratadas, como en efecto lo fueron después de declarada la terminación del contrato, aplicando una resina y colocando unas platinas. En la inspección judicial que se practicó se pudo apreciar que las estructuras no estaban comprometidas después del tratamiento de las fisuras. No está demostrado que esta reparación no la hubiera podido ejecutar por COBETO antes del 28 de febrero de 2.007.

El testigo Victor Hugo Rodríguez, al pronunciarse sobre la gravedad de las fisuras, advirtió que su especialidad no eran las estructuras y contó que el experto de SIKA le dijo que no se pararan debajo de la estructura porque era peligroso, pero después dijo que "creo que no había problema." El experto de SIKA, el ingeniero Julio Mutton, al contestar sobre si las fisuras comprometían estructuralmente la obra, contestó que no lo podía establecer. El Ingeniero Azael Charris, de CORELCA, al preguntársele por la naturaleza de las fisuras y sobre si comprometían la obra como tal, contestó, más o menos, que eran unas fisuras que era mejor reparar, es decir, a juicio del Tribunal no tenía el testigo elementos científico o técnicos para concluir que fueran fisuras que comprometieran estructuralmente la obra.

**4.6.1.3 INDEBIDA FUNDICIÓN DE LA VIGA LOSA DE DEL SILO DE CENIZAS PESADAS A NIVEL N+5.50 GENERANDO UNA JUNTA FRÍA.**

Este tema no corresponde a un incumplimiento del contrato. Como consta en la carta ESGEM 849 10 6 de octubre 21 de 2.006 (anexo 6 AZ única de pruebas de la demanda de reconvención) se trató de una observación que había hecho CORELCA respecto de la fundición de la viga losa al nivel +14, 41 (no, como se dijo por ESGEM en la carta de terminación, a nivel de +5.50) pero que fue resuelta entre COBETO y CORELCA incrementando el contenido de cemento

en la mezcla en 25 Kg/m<sup>3</sup>. Posteriormente, en carta de CORELCA a ESGEM de octubre 26 de 2.006, la primera vuelta a hacer referencia al tema de esta losa, expresando finalmente que si se presentan juntas frías se deberá demoler y proceder con las correcciones pertinentes. No hay indicio ni alegato en el sentido de que esto se haya presentado.

**4.6.1.4 FISURAS EN LAS LOSAS DE PAVIMENTO SIN QUE SE HAYA PRESENTADO EL INFORME DEL ASESOR DE SIKA Y FALTA DE TOMAS DE CILINDROS DE MUESTRA EN LA LOSAS DEL PAVIMENTO DE LA VÍA.**

Aquí la cuestión radica en que CORELCA, en reunión del 12 de enero de 2.007, de la cual se dejó constancia en memorando que aparece en folio 427 del cuaderno de pruebas N° 2 de la demanda, manifestó que al menos 10 losas de la vía deberían demolerse porque presentaban fisuras. ESGEM manifestó que las fisuras son una tendencia natural del concreto y que en el caso de las vías construidas se trataba de fisuras de retracción que no generan problemas de funcionabilidad ni duración del pavimento y que se estaba a la espera de un asesor de SIKA. COBETO manifestó que se harían los ensayos pertinentes pero que no demolería ninguna losa.

Cuando se dio por terminado el contrato se estaba a la espera del informe del asesor de SIKA. Con posterioridad ESGEM demolió y reemplazó 16 losas, por cuyo costo le reclama a COBETO.

Para establecer respecto de si las losas demolidas y reemplazadas lo fueron por indebida entrega del trabajo por parte de COBETO se recibieron versiones de los siguientes testigos:

- Víctor Hugo Rodríguez, quien manifestó que en principio parecieron fisuras de retracción, pero que cuando se hizo la prueba de sacar núcleos (después de la terminación del contrato) la situación fue indefendible.
- Rafael Antonio Rojas Merchán, sobre si las fisuras eran o no estructurales contestó que se invitó a los de SIKA a que hicieran una inspección pero, concluyó que "...en definitiva fuera cual fuera la recomendación de SIKA, así SIKA hubiera dicho que era reparable el cliente se negó rotundamente a que se repararan las losas sino que había que destruir, demolerlas y construir las con qué argumento, con el argumento que no tenía presentación que se presentaran."
- Luís Henry Colmenares expuso que cuando él llegó a la obra le contaron que habían ido unos asesores de SIKA, que tomaron muestras de los núcleos de algunas losas y el resultado fue que la fisura pasaba más de la mitad y que lo más recomendable era rehacerlas.
- Julio Mutton, representante de SIKA, manifestó, en resumen, que él no había dado un concepto respecto de que las losas debían demolerse, sino que se limitó a ofrecer recomendaciones sobre la utilización de los productos de SIKA, y que no presencié la toma de muestras de los núcleos de los pavimentos. La decisión sobre la demolición de las losas era del ingeniero diseñador. Ese ingeniero, pudo establecer el Tribunal, era Azael Charris de CORELCA

Con base en lo expuesto, estima el Tribunal que no hubo un procedimiento riguroso y técnico, con la debida participación de COBETO, como lo exigía el contrato para las observaciones relacionadas con eventuales incumplimientos del contrato, que hubiera permitido establecer que las fisuras de los pavimentos eran de tal naturaleza que su único tratamiento fuera demoler y reconstruir las losas. Por lo tanto, no se puede tomar el hecho de que ESGEM hubiera decidido demoler las losas, como un incumplimiento contractual de COBETO.

Bajo las anteriores consideraciones, encuentra el Tribunal elementos de juicio suficientes para:

- En cuanto a la demanda de COBETO, acceder a las pretensiones relacionadas con:
  - a) La indemnización por no haber ESGEM reconocido a COBETO la obra consistente en la horizontalización de la vía, por valor de \$56.410.561<sup>00</sup>, obra que ESGEM negoció con CORELCA. Para establecer esta cuantía se apoya el Tribunal en el concepto rendido sobre este particular por el perito Hugo Sánchez en el punto 2 de la respuesta a la pregunta 6 planteada por la convocante.
  - b) Reconocer a favor de COBETO la indemnización solicitada por terminación indebida del contrato, por la suma de ochenta millones ochocientos cuarenta y nueve mil quinientos cuarenta y nueve pesos (\$80.849.549) suma establecida por la perito Ana Matilde Cepeda, quien indicó que, según sus cálculos, esa es la liquidación correcta de la indemnización solicitada.

No se accede a la petición de que se reconozcan los costos fijos no recuperados en la facturación faltante, porque no hay prueba de que se haya incurrido en dichos costos.

- c) Sobre las sumas que se reconocerán a favor de COBETO se condenará a ESGEM pagar el ajuste a valor presente desde el momento en que se causaron hasta el día de la ejecutoria del laudo. Desde ese día en adelante se reconocen los intereses comerciales de mora previstos en el Código de Comercio, sin ajuste de las sumas, por cuanto los intereses de mora que se reconocen incluyen la pérdida del poder adquisitivo del dinero.
- En cuanto a la demanda de reconvención presentada por ESGEM, negar las pretensiones contenidas en dicha demanda.

#### **4.7 SOBRE LA INDEXACIÓN A LAS CONDENAS EN LA PROSPERIDAD DE ALGUNAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRESENTADA POR COBETO**

Para el reconocimiento de la indexación y ajuste a valor presente solicitada por la parte convocante, el Tribunal se asesoró del conocimiento profesional de la perito Ana Matilde Cepeda. Para el efecto anterior, teniendo en cuenta la prosperidad de algunas de las pretensiones reclamadas por la sociedad COBETO, se hace un cálculo de indexación y ajuste del valor de las condenas teniendo en cuenta la fecha en que surgió la obligación de pago a cargo de la parte deudora y la fecha en que se profiere el presente Laudo, es decir, el 5 de agosto de 2008. El cálculo de la indexación se hace de la siguiente manera:

**4.7.1 ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA POR TERMINACIÓN INDEBIDA DEL CONTRATO ESGEM – COBETO, COMO UTILIDADES DEJADAS DE PERCIBIR EN LA FACTURACIÓN FALTANTE.**

Actualización de la cifra de ochenta millones ochocientos cuarenta y nueve mil quinientos cuarenta y nueve pesos, desde el 28 de febrero de 2007 y hasta el 05 de agosto de 2008; a la fecha 05 de agosto de 2008, el último índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el DANE, corresponde al mes de julio.

Valor a	Índice de Precios al Consumidor	Índice de Precios al Consumidor	Valor equivalente a
28-feb-07	febrero-07	julio-08	05-ago-08
<b>\$80'849.548,95</b>	171,659605990	189,595477520	<b>\$89'297.122,36</b>

La suma de ochenta millones ochocientos cuarenta y ocho mil quinientos cuarenta y ocho pesos con noventa y cinco centavos moneda corriente \$80'849.548,95, equivale a ochenta y nueve millones doscientos noventa y siete mil ciento veintidós pesos con treinta y seis centavos \$89'297.122,36, de julio 31 de 2008.

**4.7.2 ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA POR CONCEPTO DEL RELLENO PARA HORIZONTALIZAR LA VÍA, COMO OBRA ADICIONAL.**

Actualización de la cifra de cincuenta y seis millones cuatrocientos diez mil quinientos sesenta y un pesos (\$56'410.561), desde el 28 de septiembre de 2006 y hasta el 05 de agosto de 2008; a la fecha 05 de agosto de 2008, el último índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el DANE, corresponde al mes de julio.

Valor a	Índice de Precios al Consumidor	Índice de Precios al Consumidor	Valor equivalente a
28-sep-06	septiembre-06	julio-08	05-ago-08
<b>\$56'410.561,00</b>	167,846524730	189,595477520	<b>\$63'720.039,88</b>

La suma de cincuenta y seis millones cuatrocientos diez mil quinientos sesenta y un mil pesos moneda corriente \$56'410.561,00, equivale a sesenta y tres millones setecientos veinte mil treinta y nueve pesos con ochenta y ocho centavos \$63'720.039,88 de julio 31 de 2008.

**5. SOBRE LAS EXCEPCIONES**

Con fundamento en las consideraciones contenidas a lo largo del numeral 4 del presente Laudo, el Tribunal procede a decidir sobre las excepciones propuestas por la parte convocada en la contestación de la demanda y por la parte convocante en la contestación de la demanda de reconvención.

**5.1 SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTA POR LA CONVOCADA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Se acepta la prosperidad de:

- a) La excepción de mérito denominada por ESGEM bajo el título "Mayor permanencia en la obra" en el sentido de que no hubo "mayor permanencia" que deba ser indemnizada por ESGEM;
- b) La excepción de mérito denominada "Inexistencia de elementos que acreditan que en el desarrollo del contrato se presentaron hechos extraordinarios, imprevistos o imprevisibles de acuerdo con el artículo 868 del Código de Comercio colombiano", en el sentido de que no se probó que los hechos ocurridos generen indemnización a cargo de ESGEM;
- c) La excepción denominada "Imposibilidad de alegar por parte del convocante su propia culpa en la ejecución del contrato en su favor", en el sentido de que no se acepta la "mayor permanencia" de COBETO como causa de indemnización a su favor.

Las demás excepciones propuestas por ESGEM en la contestación de la demanda principal a saber: (i) Incumplimiento grave del contratista en relación con el desarrollo y ejecución de las obras civiles comprendidas bajo el contrato; (ii) Mala fe del demandante, y (iii) Compensación; se habrán de resolver desfavorablemente en virtud de las razones expuestas en los apartes precedentes.

## **5.2 SOBRE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA PARTE CONVOCANTE EN LA CONTESTACIÓN A LA MANDA DE RECONVENCIÓN**

Se acepta la prosperidad de las que se plantean bajo los siguientes títulos:

- La de inexistencia de la obligación,
- La de contrato no cumplido,
- La de violación de los principios de buena fe y lealtad contractual y
- La de que nadie puede alegar su propia culpa, todas en el sentido de que no se probó que COBETO hubiera, al momento de la terminación del contrato, incumplido sus obligaciones;

No se acepta la excepción de "Responsabilidad de ESGEM respecto de las obras realizadas con posterioridad a la terminación del contrato," porque ella no tiene relación con las pretensiones de la demandante en reconvención. No se pronuncia el Tribunal sobre la excepción de indebida acumulación de pretensiones, puesto que todas serán negadas y, por lo tanto, resultaría superfluo dicho pronunciamiento.

## **6. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO**

### **6.1 COSTAS DEL PROCESO**

Se considera: la demanda presentada por COBETO generó a las partes unos costos de treinta y un millones trescientos cuarenta y ocho mil ciento noventa y cuatro pesos (\$31'348.194) moneda corriente. La demanda de reconvención presentada por ESGEM generó a las partes unos costos de veinticuatro millones seiscientos setenta y seis mil pesos (\$24'676.000) moneda corriente. Por la porción de las pretensiones de la demanda de COBETO, que prosperaron, se condenará en costas a ESGEM. Ahora, no obstante que la demanda de reconvención también generó unos costos, estos son de una cuantía inferior, aunque muy cercana, a los costos que generaron las pretensiones de COBETO

que no prosperaron. Por lo anterior y aplicando la proporción que se explica más adelante, a las pretensiones que no prosperaron de COBETO, les corresponderían, en costos, la suma de veintiséis millones cuatrocientos ochenta y nueve mil doscientos veinticuatro pesos (\$26'489.224) moneda corriente y, a las pretensiones de la demanda de reconvención, le corresponderían costos por veinticinco millones ciento setenta y dos mil pesos (\$25'172.000) moneda corriente; por esta razón el Tribunal se abstendrá de condenar en costas a ESGEM, en razón de los costos generados por la demanda de reconvención.

Adicionalmente, se hizo una evaluación general y en justicia del tipo de pretensiones de ambas partes que no prosperaron y se llegó a la conclusión que no hay en este caso posibilidad de hacer una valoración de lo que corresponde asumir a cada parte en materia de costas, distinta de la de solo decretar una condena en costas en proporción matemática a las peticiones despachadas favorablemente a COBETO, aceptando que la jurisprudencia arbitral y ordinaria reconocen también la utilización de otros criterios menos rígidos.

Así, teniendo en cuenta que en el proceso arbitral, a diferencia del proceso en la justicia ordinaria, la cuantía de las pretensiones de las partes determina de forma relevante los costos del proceso, se toma en cuenta la prosperidad solo parcial de las pretensiones de la demanda presentada por COBETO, y, por tanto, de conformidad con lo previsto por el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal dispondrá condenar en costas a ESGEM en una proporción de las mismas equivalente al porcentaje de éxito de la demanda de COBETO, así:

COBETO presentó demanda por una suma de ochocientos ochenta y dos millones quinientos veinticuatro mil seiscientos dos mil pesos (\$882'524.602) y obtuvo un fallo a favor por la suma de ciento treinta y siete millones doscientos sesenta mil quinientos cuarenta y nueve pesos (\$137'260.549), es decir, en un 15.5% del total de las pretensiones. Por lo anterior y teniendo en cuenta que los costos del proceso por la demanda de COBETO fueron de treinta y un millones trescientos cuarenta y ocho mil ciento noventa y cuatro pesos (\$31'348.194), de los cuales COBETO pagó la suma de quince millones seiscientos setenta y cuatro mil noventa y siete pesos (\$15'674.097); el 15.5% de este monto corresponde a la suma de dos millones cuatrocientos veintinueve mil cuatrocientos ochenta y cinco (\$2'429.485) moneda corriente, suma ésta que deberá ser pagada por ESGEM a COBETO.

## **6.2 AGENCIAS EN DERECHO**

No se condenará al pago de agencias en derecho a ninguna de las partes, debiendo cada una asumir las propias.

## **7. PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### **RESUELVE**

**PRIMERO:** Declarar infundada la tacha de falsedad formulada por COBETO Ltda. contra el documento de oferta presentado por la Empresa de Servicios de Generación de Energía y Montajes – ESGEM Worldwide Corporation, en la contestación de la demanda.

**SEGUNDO:** Declarar parcialmente probadas las siguientes excepciones de mérito alegadas por ESGEM a su favor, denominadas así: (i) "Mayor permanencia en la obra" por la que se acepta que no hubo "mayor permanencia" que deba ser indemnizada por ESGEM; (ii) la excepción de "Inexistencia de elementos que acreditan que en el desarrollo del contrato se presentaron hechos extraordinarios, imprevistos o imprevisibles de acuerdo con el artículo 868 del Código de Comercio Colombiano, y (iii) "Imposibilidad de alegar por parte del convocante su propia culpa en la ejecución del contrato en su favor"; todas en el sentido que no se acepta la "mayor permanencia" de COBETO como causa de indemnización a su favor.

**TERCERO:** Declarar probadas las siguientes excepciones de mérito alegadas por la sociedad COBETO Ltda. a su favor, denominadas así: (i) "Inexistencia de la Obligación", (ii) "Excepción de Contrato no Cumplido", (iii) Violación de los principios de buena fe y lealtad contractual, (iv) "Principio auditur propriam turpitudinem allegans: Nadie puede alegar su propia culpa"; todas en el sentido de que no se probó que COBETO hubiera, al momento de la terminación del contrato, incumplido sus obligaciones;

**CUARTO:** Desestimar las demás excepciones presentadas por la Empresa de Servicios de Generación de Energía y Montajes – ESGEM Worldwide Corporation en la contestación de la demanda presentada por COBETO Ltda.

**QUINTO:** Desestimar las demás excepciones presentadas por la sociedad COBETO Ltda. en la contestación a la demanda de reconvencción presentada por la Empresa de Servicios de Generación de Energía y Montajes – ESGEM Worldwide Corporation.

**SEXTO:** Denegar la pretensión del numeral 1 de la demanda presentada por COBETO Ltda., en relación a que se declare que ESGEM incumplió el contrato, al cambiar el objeto contractual, y ordenar la ejecución de obras adicionales, así como de nuevas obras no previstas en el mismo.

**SÉPTIMO:** Como consecuencia de la anterior declaración, denegar las condenas consecuenciales señaladas en la pretensión del numeral de 2 de la demanda presentada por COBETO Ltda.

**OCTAVO:** Denegar todas y cada una de las pretensiones de la demanda de reconvencción presentada por la Empresa de Servicios de Generación de Energía y Montajes – ESGEM Worldwide Corporation.

**NOVENO:** Declarar parcialmente fundada la pretensión del numeral 3 de la demanda presentada por COBETO Ltda., en relación a que se declare que durante la ejecución y desarrollo del CONTRATO ESGEM - COBETO, celebrado entre la sociedad ESGEM y COBETO Ltda., ESGEM obligó al CONTRATISTA a realizar mayores cantidades de obra e ítems de obra nuevos no descritas en el alcance de la Oferta ni previstas en el Contrato en mención, lo cual conllevó a mayores costos en la ejecución de la obra y vías, sumas que no fueron reconocidas por ESGEM.

**DÉCIMO:** Como consecuencia de la anterior declaración, reconocer como única obra adicional no descrita en el alcance de la Oferta ni prevista en el contrato, aquella relacionada con el relleno para horizontalizar la vía y, por lo tanto, denegar las demás pretensiones consecuenciales de condena señaladas en el numeral 4 de las pretensiones de la demanda presentada por COBETO Ltda.

**UNDÉCIMO:** Declarar probada la pretensión del numeral 5 de las pretensiones de la demanda presentada por COBETO Ltda., en relación a que se declare que ESGEM incurrió en incumplimiento del Contrato, al terminar el contrato de manera unilateral, desconociendo el plazo previsto en el Otrosí No. 3 que prorrogó la vigencia del Contrato, lo cual impidió la terminación y reparación de la obra por parte de COBETO, en los términos establecidos en el Contrato.

**DUODÉCIMO:** Como consecuencia de la anterior declaración, reconocer la pretensión consecuencial de condena sobre las utilidades dejadas de recibir en la facturación faltante y denegar las demás pretensiones consecuenciales de condena señaladas en el numeral 6 de las pretensiones de la demanda presentada por COBETO Ltda.

**DÉCIMO TERCERO:** Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, el Tribunal resuelve:

13.1 Abstenerse de condenar a la Empresa de Servicios de Generación de Energía y Montajes – ESGEM Worldwide Corporation a efectuar pagos a la sociedad COBETO Ltda., como consecuencia de restablecer el equilibrio económico del contratista, por los siguientes conceptos reclamados por la sociedad convocante, así:

13.1.1 La mayor permanencia ocasionada por la imposibilidad de ejecutar la obra en las condiciones de modo, tiempo y lugar contratadas.

13.1.2 El fallo en la reconstrucción de la vía, producto de la filtración desde el humedal no previsto en el contrato, que obligó un tratamiento no previsto en el contrato.

13.1.3 El fallo en la construcción de la vía, producto de la filtración desde el humedal no previsto en el contrato, que obligó un tratamiento no previsto en el contrato.

13.1.4 El incumplimiento de la obligación de garantizar la entrada y salida del sitio de la obra en Termoguajira, de los equipos de COBETO y de sus subcontratistas.

13.1.5 El atraso de la aprobación de la ingeniería del tanque de recirculación y el ordenar el posterior inicio de la construcción.

13.2 Abstenerse de condenar a la Empresa de Servicios de Generación de Energía y Montajes – ESGEM Worldwide Corporation a efectuar pagos a la sociedad COBETO Ltda., como consecuencia del reconocimiento de la realización de mayores cantidades de obra por parte de la sociedad COBETO Ltda., según los siguientes conceptos reclamados por la sociedad convocante así:

13.2.1 La demolición de parte de los campamentos, producto del desplazamiento del patio de maniobras.

13.2.2 La mayor excavación en el patio de maniobras, por el desplazamiento del patio de maniobras.

13.2.3 Los costos derivados del acarreo adicional por la falta del botadero.

- 13.2.4 Los costos derivados de la obtención del agua por fuera de lo previsto en el contrato.
- 13.2.5 Los costos derivados de las obra de desmonte en la zona de la vías y del patio de maniobras.
- 13.2.6 La demolición de la vía a reconstruir.
- 13.2.7 Los costos derivados de las obras del Banco de Ductos.
- 13.2.8 La construcción de la tolva metálica del silo de cenizas pesadas.
- 13.2.9 La modificación en la geometría de la tolva de concreto del silo de cenizas volantes.
- 13.2.10 La exigencia de una mayor resistencia del concreto.
- 13.2.11 El pago de subsidio extralegal de alimentación a los trabajadores de la región.
- 13.3 Abstenerse de condenar a la Empresa de Servicios de Generación de Energía y Montajes – ESGEM Worldwide Corporation a efectuar pagos a la sociedad COBETO Ltda., como consecuencia de la declaratoria de que ESGEM incumplió el contrato por terminarlo en forma unilateral, según los siguientes conceptos reclamados por la sociedad convocante así:
  - 13.3.1 Los gastos fijos no recuperados en la facturación faltante.
  - 13.3.2 Las demás sumas correspondientes al Daño Emergente y Lucro Cesante que resultare probado en el presente proceso.
- 13.4 Condenar a la Empresa de Servicios de Generación de Energía y Montajes – ESGEM Worldwide Corporation a pagar a la sociedad COBETO Ltda., la suma de cincuenta y seis millones cuatrocientos diez mil quinientos sesenta y un pesos (\$56'410.561) moneda corriente por concepto del relleno para horizontalizar la vía nueva no reconocido ni compensado.
- 13.5 Condenar a la Empresa de Servicios de Generación de Energía y Montajes – ESGEM Worldwide Corporation a pagar a la sociedad COBETO Ltda., la suma de ochenta millones ochocientos cuarenta y nueve mil quinientos cuarenta y nueve pesos (\$80'849.549) moneda corriente como indemnización por la terminación unilateral e indebida del contrato en razón a las utilidades dejadas de percibir en la facturación faltante.
- 13.6 Reconocer que los pagos a los que se refieren los numerales 13.4 y 13.5 se ajusten e indexen a la fecha en que se profiere el presente Laudo, en los siguientes valores:
  - 13.6.1 La suma de ochenta millones ochocientos cuarenta y nueve mil quinientos cuarenta y nueve pesos (\$80'849.549) a la suma de ochenta y nueve millones doscientos noventa y siete mil ciento veintidós pesos (\$89'297.122) moneda corriente.

13.6.2 La suma de cincuenta y seis millones cuatrocientos diez mil quinientos sesenta y un pesos (\$56'410.561) a la suma de sesenta y tres millones setecientos veinte mil cuarenta pesos (\$63'720.040)

**DÉCIMO CUARTO:** Que como consecuencia de las condenas anteriormente declaradas, ordenar a la Empresa de Servicios de Generación de Energía y Montajes – ESGEM Worldwide Corporation a pagar a la sociedad COBETO Ltda. la suma total de ciento cincuenta y tres millones diecisiete mil ciento sesenta y dos pesos (\$153'017.162) moneda corriente.

**DÉCIMO QUINTO:** Condenar en costas a ESGEM, a favor de COBETO Ltda., en el pago de la suma de dos millones cuatrocientos veintinueve mil cuatrocientos ochenta y cinco pesos (\$2'429.485) moneda corriente.

**DÉCIMO SEXTO:** Abstenerse de proferir condena en agencias en derecho a cargo de las partes.

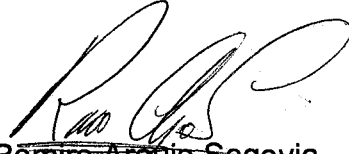
**DÉCIMO SÉPTIMO:** Los pagos a los que se refieren las condenas anteriores, se deberán realizar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este Laudo. Vencido este término la sociedad convocada deberá pagar a la convocante intereses moratorios sobre las referidas sumas a la tasa máxima legal permitida.

**DÉCIMO OCTAVO:** Ordenar la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida correspondiente a "protocolización, registro y otros", de los costos de funcionamiento de este Tribunal de Arbitramento, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.


**DÉCIMO NOVENO:** Disponer, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 18 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el archivo del expediente en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**VIGÉSIMO:** Expedir copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes.

Esta providencia queda notificada en estrados

  
Ramiro Araujo Segovia  
Presidente

  
Hernando Yepes Arcila  
Arbitro

  
Jose Pablo Navas Prieto  
Arbitro

  
Eduardo Mantilla Serrano  
Secretario