

## Laudo Arbitral

Álvaro Orozco Asociados Ltda.

v.

Bavaria S.A.

Marzo 21 de 2001

## CAPÍTULO PRIMERO

### Trámite arbitral

#### 1. Antecedentes

- a) En 1996, según lo dice el hecho primero de la demanda, la sociedad Bavaria S.A. invitó a varias firmas y consorcios a presentarle propuestas para la construcción de las plantas de tratamiento de aguas residuales en sus cervecerías de Armenia y Pereira;
- b) Y al efecto les remitió los pliegos de condiciones identificados con los números 271 y 272, con base en los cuales ella deseaba celebrar los respectivos contratos de diseño, suministro y montaje de equipos, construcción y puesta en marcha de los correspondientes sistemas de tratamiento anaerobio de dichas aguas, con 25 y 27 litros de vertimiento por segundo respectivamente;
- c) Buscando ofrecer los mejores precios y condiciones técnicas, como lo manifiesta el hecho segundo de la demanda, se unieron temporalmente varias firmas especializadas a fin de presentar conjuntamente ofertas para construir tales plantas, a saber: Álvaro Orozco Asociados Ltda., Constructora Colombiana S.A., Codistil S.A. Dedini, y Unión Industrial de Astilleros de Barranquilla Unial S.A.;
- d) Con cartas del 2 de septiembre de 1996 la primera de dichas sociedades le hizo llegar a la empresa invitante, a nombre de la citada Unión Temporal de contratistas, sus mejores ofertas finales para la construcción de las dos mencionadas plantas;
- e) En razón de lo cual, el día 20 de noviembre de 1996 Bavaria S.A. y la citada Unión Temporal encabezada por Álvaro Orozco Asociados Ltda. celebraron el contrato 8000-1638 para la construcción de la planta de Armenia; y al día siguiente, o sea el 21 del mismo mes y año, las mismas partes celebraron el contrato 8000-1637 para la construcción de la planta de Pereira, y
- f) En ambos contratos se pactó el arbitraje en derecho, para dirimir toda diferencia que surja entre las partes por razón de la interpretación, ejecución, cumplimiento, terminación y consecuencias futuras de tales contratos; como se aprecia en sus cláusulas novenas, donde además se convino que los gastos que ocasionare el juicio arbitral serían por cuenta de la parte vencida.

#### 2. Desarrollo del proceso

- a) El 9 de agosto de 1999, la sociedad Álvaro Orozco Asociados Ltda., solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, para dirimir el conflicto suscitado entre ella y la sociedad contratante Bavaria S.A., en razón de la ejecución y pago de las obras antes mencionadas;
- b) El 17 del mismo mes y año el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, admitió tal solicitud y ordenó la notificación de la demanda y su traslado;
- c) El 17 de septiembre de 1999, Bavaria contestó oportunamente la demanda;
- d) En audiencia realizada por dicho centro de arbitraje el 27 de octubre de 1999, se intentó infructuosamente la

conciliación; y el 24 de noviembre del mismo año la convocante desistió de los perjuicios por daño emergente derivados del contrato con la firma Greeley and Hansen;

e) En vista de lo cual, el 25 de noviembre de 1999 el mismo centro de arbitraje y conciliación designó al efecto los árbitros; y luego de surtido el trámite de aceptación de los nombrados y el cambio de algunos de ellos en razón de impedimentos expresados por los mismos, el tribunal se integró con los doctores Isaías Chaves Vela, César Uribe Urdinola y Álvaro Rojas Tejada; y en la instalación fue nombrado como presidente el doctor Isaías Chaves, quien aceptó la designación;

f) Las partes consignaron oportunamente los emolumentos y gastos de funcionamiento fijados en el acta de instalación;

g) El 19 de septiembre de 2000 se realizó la primera audiencia de trámite, durante la cual el tribunal se declaró competente y decretó las pruebas solicitadas por las partes;

h) El 3 de octubre del mismo año se realizó la recepción de los testimonios decretados; y el día 11 del mismo mes la exhibición de documentos, la posesión de peritos y la declaración de parte;

i) Mediante auto del 16 de noviembre de 2000 el tribunal decretó como prueba de oficio la exhibición de los documentos mencionados en el mismo;

j) El 22 de noviembre siguiente se llevó a cabo dicha diligencia de exhibición, se resolvió sobre la objeción propuesta al dictamen pericial y se señaló fecha para alegar de conclusión, audiencia que tuvo lugar el 18 de diciembre de 2000; a continuación de la cual el proceso se suspendió entre los días 19 de diciembre de ese mismo año y el 15 de enero de 2001;

k) Mediante auto de marzo 7 de 2001 se citó a las partes para audiencia de fallo, el día 21 de marzo de 2001 a las 10 de la mañana en la sede norte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y

l) Estando por tanto en tiempo, habida cuenta de dicha suspensión, el tribunal emite su laudo en esta misma fecha.

## CAPÍTULO SEGUNDO

El proceso

1. Demanda

1.1. Pretensiones

Las pretensiones de la demanda son las siguientes, literalmente tomadas de esta pieza: “...

1. Declárese que Bavaria incumplió los contratos 8000-1637 para la construcción planta de tratamiento de aguas residuales Pereira y 8000-1638 para la construcción planta de tratamiento de aguas residuales Armenia fechados el 20 y 21 de noviembre de 1996, así como las actas de modificación firmadas por las partes en cuanto al pago de los reajuste por Tasa Representativa de Mercado (TRM) del componente de moneda extranjera del contrato estipulados en el mismo así como por el incumplimiento en los pagos que se debieron hacer dentro de los plazos contractuales de las actas parciales de obra de acuerdo con las propuestas presentadas por la Unión Temporal Álvaro Orozco Asociados (AOA), Codistil, Unial, y Parque Central Bavaria, en adelante UT.

2. Condénese a pagar a Bavaria:

a) El valor de los ajustes por diferencia de cambio que no le fueron cancelados en su momento a AOA, a la tasa representativa de mercado del momento en que se produzca el reconocimiento, así como los intereses de mora correspondientes;

b) El valor de los perjuicios causados a la firma AOA por los incumplimientos de Bavaria en la ejecución de los contratos de la referencia. Dentro de estos pagos deberá reconocerse a AOA:

— el daño emergente

— lucro cesante que le fueron ocasionados, como se demuestra dentro de la presente demanda.

c) Que se condene en costas a Bavaria”.

## 1.2. Hechos

Según versión tomada directamente del libelo introductorio del proceso, la demanda se sustenta en los siguientes

“Hechos

1. En el año de 1996 Bavaria solicitó a varias firmas y consorcios presentar propuestas para la construcción de las plantas de tratamiento de aguas residuales (PTAR) en las cervecerías de la compañía en las ciudades de Armenia y Pereira.

2. Para la presentación de estas propuestas se unieron varias firmas especializadas en este tipo de actividades, buscando lograr los mejores precios y condiciones técnicas para Bavaria, es por ello que inicialmente las firmas Álvaro Orozco Asociados, AOA, Limitada, Constructora Colombiana S.A., Codistil S.A. Dedini y Unión Industrial de Astilleros de Barranquilla, “Unial S.A.” se unieron para presentar oferta y contratar.

3. Dentro del proceso de evaluación y negociación de las propuestas, para cada uno de los contratos se presentaron varias comunicaciones, comunicaciones que aclararon y depuraron las ofertas, documentos que hacen parte integral de los contratos, como reza en la cláusula primera de los mismos. Los contratos establecen que los documentos fechados y designados como cotización de agosto 8 de 1996, y las comunicaciones de agosto 30, septiembre 2 (pruebas 1 y 2) y 10, octubre 30 (prueba 3) y noviembre 7 de 1996 hacen parte integral de los contratos de cada una de las plantas.

4. Respecto a las comunicaciones a las que se hace referencia en los contratos, y que son parte integral de los mismos, es importante mencionar algunos aspectos de estas fueron objeto de indebida interpretación por parte de cervecería Bavaria y ello generó, primordialmente, gran parte de los problemas de los contratos:

— En comunicación del 2 de septiembre de 1996 se entregaron las mejores ofertas finales a Bavaria para la realización de las obras solicitadas; en dicho documento se establece con claridad que los precios en moneda extranjera son “(1) Precios en dólares —CIF-Obra— pagaderos a la tasa representativa” y en el cuadro correspondiente se establece que el valor del componente en moneda extranjera es de \$ 703.022, Importado (US\$)-CIF(1) (ver pruebas 1 y 2).

— El 20 de septiembre del mismo año los proponentes envían una nueva comunicación en donde se establece que el precio tiene componente en moneda nacional y extranjera: de Col 1.318.839.208 la componente nacional y US\$ 703.022 (dólares CIF) la componente extranjera (ver prueba 4).

— El 30 de octubre de 1996 se envía una comunicación a cervecería Bavaria en la que se definen los valores en pesos colombianos de ambos contratos (ver prueba 3).

Todo lo anterior llevó a que fuera claro para los contratistas, y consideramos no debía quedar ninguna duda para los contratantes que las obras contratadas contenían dos componentes monetarios (pesos y dólares) y que en el momento de la elaboración de los contratos cervecería Bavaria tomó una decisión de proceder a realizar una cuantificación estimada, en pesos, del contrato con el fin de tener un valor de referencia del mismo, decisión que al parecer se tomó con el fin de facilitar y establecer con claridad el valor del impuesto de timbre a ser pagado, sin que ello implicase que sería el valor único y final del mismo.

De la ejecución de los contratos

Con el fin de diferenciar las situaciones contractuales que se presentaron en cada uno de ellos procederemos a realizar una descripción detallada de los trámites surtidos y los problemas que en cada uno de ellos se presentaron:

## 5. El contrato 8000-1637 planta de tratamiento (PTAR) de Pereira

5.1. El día 21 de noviembre de 1996 se firmo el contrato 8000-1637 para “construir la planta de tratamiento anaerobio de las aguas residuales para un caudal vertido de 27 lps de la cervecería de Pereira conforme los trabajos estipulados en la cláusula décimo novena de este contrato” (prueba 5).

5.2. El contrato para la construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales, en adelante PTAR, de la ciudad de Pereira establecía inicialmente un plazo de “cuarenta y ocho semanas contadas a partir del día en que la empresa ordene por escrito la iniciación de los trabajos” (ver cláusula tercera del contrato) (ver prueba 5).

5.3. El 13 de enero de 1997 se firmó una primera modificación al contrato en que se amplió el plazo de ejecución a 15 meses.

En esta modificación se establecieron las siguientes cambios al contrato:

— Se nombró a Álvaro Orozco Jaramillo para “realizar actas, firmas y demás trámites que tengan relación con la parte administrativa del contrato”

— Las partes aclaran que el contrato principal es “llave en mano”

— Se define el sitio en donde se harán los pagos

— Las partes acuerdan corregir el plazo del contrato a quince meses

5.4. Las partes firmaron el acta de iniciación del contrato el 7 de febrero de 1997 con lo cual la fecha límite para entrega de las obras sería el 7 de mayo de 1998 (15 meses).

5.5. El 2 de diciembre de 1997 se firma una nueva modificación del contrato que corresponde al cambio de uno de los miembros de la Unión Temporal, hecho que se da por la compra que hizo Impsa Andina de la firma Unial S.A. (miembro inicial de la UT) y se establece en este documento que la nueva firma realizará las labores inicialmente contratadas a la última mencionada (ver prueba 6).

A título meramente informativo y sin querer hacer ningún tipo de juicio por las situaciones que a continuación se comentan, es importante hacer las siguientes precisiones:

La firma Impsa Andina, según información de 1998, estaba controlada por Bavaria pues información pública (ver copia del informe de la Revista Semana de mayo 4-11 de 1998, 835) la segunda controla el 50% del capital accionario de Impsa S.A. (ver prueba 7).

En la misma modificación del contrato, a la que hacemos mención, otro de los miembros de la Unión Temporal, Parque Central Bavaria, entidad controlada por el grupo Bavaria (ver copia del informe de la Revista Semana 835 de mayo 4-11/98) decide no continuar con las labores que le correspondían; es de anotar que en esta modificación no se hizo referencia al cambio interno de Constructora Colombiana, firmante inicial del contrato, que fue absorbida por Parque Central Bavaria y esta última asumió “*de facto*” las labores de la primera (ver prueba 8).

Parque Central Bavaria ofreció ceder y cedió a AOA la parte que le correspondía de la realización de las obras civiles, anotando que dicha firma, empresa controlada por el contratante, había recibido su parte correspondiente del anticipo en enero de 1997 y que desde esa fecha hasta que se produce la cesión no realizó obra alguna, ni compra de materiales y que lo único que realizó fue un traslado de recursos sin reconocimiento de la desvalorización monetaria ocurrida en ese lapso.

De información verbal que en su momento se tuvo, se informó a AOA que el retiro de Parque Central Bavaria se debía a que dentro de un proceso de reorganización interna en el grupo esta firma se encargaría, en el futuro del manejo de las obras y contratación para el grupo Bavaria, y que por ello no podía efectuar estas obras sin incurrir en una incompatibilidad. Hasta que esta situación no fue oficial y se realizó la cesión de la parte correspondiente del contrato, Parque Central Bavaria no ejecutó obra alguna siendo esta causa principal en la necesidad de ampliación de plazos subsiguientes (ver num. 5.8).

5.6. El 15 de diciembre de 1997 se envía una comunicación a Bavaria en que nuevamente se remiten copias de las mejores ofertas presentadas el 2 y 20 de septiembre de 1996 y en la misma se establece:

“Hacemos notar que en las mencionadas ofertas se discriminan los valores en pesos para el componente nacional y en dólares para los equipos importados aclarándose al final del cuadro que los dólares son pagaderos a la tasa representativa del mercado” (la negrilla es mía) (ver prueba 9).

5.7. El mismo 15 de diciembre de 1997 Álvaro Orozco actuando en su calidad de gerente del proyecto hizo una aclaración a Bavaria, de la cual no se recibió respuesta, en el sentido de:

“Por solicitud de los ingenieros del departamento de proyectos de Bavaria y para agilizar el pago del primer corte de obra de los contratos de la referencia hemos liquidado dicho corte con una tasa de \$ 1.180 pesos por dólar. Sin embargo y de acuerdo con nuestras mejores ofertas, de las que adjuntamos copia, el cambio del dólar se debe hacer a la tasa representativa de mercado (TRM) a la fecha de hoy (1.307.42 pesos por dólar) (ver prueba 10).

Como puede verse del texto de la comunicación, en ningún momento AOA había considerado recibir el pago de los dólares a un valor inferior al de la tasa representativa de mercado y tanto así se aceptó la solicitud de ingenieros de Bavaria de presentar la cuenta con ese valor para agilizar el pago. Pero desde ese momento mi cliente estaba solicitando el reconocimiento a la tasa del mercado del momento (\$ 1.307.42).

Esta situación, el pago de los dólares a \$ 1.180 pesos, generó serios problemas para el flujo de caja y liquidez de la obra pues al recibirse los dólares a valor inferior al que se encontraban en el mercado se causaron gastos no contemplados en las propuestas e hicieron que el equilibrio económico del contrato fuese vulnerado, en relación con las condiciones iniciales propuestas, que como ya hemos dicho hacen parte integral del contrato, como el mismo lo establece.

5.8. El 27 de abril de 1998 se presenta una nueva modificación y se acuerda cambiar el plazo de terminación del contrato y que el mismo sea el 8 de septiembre de 1998 (ver último párrafo del num. 5.5) (ver prueba 11).

Es de anotar que en el mes de abril del 98 se presentaron retardos en los pagos pues cuentas presentadas en los meses de marzo y abril únicamente fueron canceladas en el mes de junio y Bavaria solicitó informe sobre la forma como se están utilizando los recursos del contrato, hecho este no contemplado en el clausulado del contrato.

5.9. El 20 de mayo de 1998 se envió una comunicación a Bavaria respecto al monto del IVA a ser pagado pues la entidad manifestaba que no podría cubrir estos costos adicionales pues el contrato debía cumplir con el llamado IVA presupuestado (ver prueba 12).

Situación que como otras muchos, no obtuvo respuesta por Bavaria.

5.10. El día 2 de septiembre de 1998 las partes firman una nueva ampliación de plazo para la terminación de las obras hasta el 30 de noviembre (ver num. 5.5) (ver prueba 13).

5.11. El 24 de septiembre de 1998 se le pide a Bavaria establezca su posición sobre la forma en que se ha interpretado la cláusula referente a la retención de garantía contemplada en el contrato y que al parecer de los contratistas, esta es contraria a la interpretación dada por los proponentes. Pues de aceptarse la interpretación dada por Bavaria se disminuyó el flujo de fondos del contrato en un 4% y estos recursos se encontraban dentro de lo presupuestado por los contratistas como recursos financieros para la terminación de obras y el no poder contar con estos recursos afectaba la posibilidad de cumplimiento. Esto, adicional al problema financiero creado por el pago de los dólares a \$ 1.180 pesos y no a la tasa representativa de mercado (TRM), según la propuesta presentada por los proponentes (ver prueba 14).

Como fue costumbre en este contrato Bavaria no dio respuesta a esta solicitud y tampoco se manifestó respecto a las peticiones tanto escritas como verbales presentadas de proceder al reconocimiento de la diferencia de cambio (TRM) dejada de pagar a los contratistas que los abocaron a serios problemas financieros.

5.12. La Unión Temporal (UT) inició la etapa de puesta en marcha de la planta el pasado 30 de octubre de 1998 y

estuvo operándola desde esa fecha hasta el 31 de enero de 1999.

La planta en este momento se encuentra operando de manera satisfactoria, según los parámetros contractuales y los contratistas cumplieron con sus compromisos, habiéndose Bavaria negado al recibo definitivo de las obras y reteniendo a la fecha una facturación cercana al 13% del valor del contrato, esto sin tener en cuenta los sobrecostos causados a los contratistas por la diferencia de cambio (TRM) no reconocida.

5.13. El 2 de diciembre de 1998 la Unión Temporal envía una nueva comunicación informando sobre los problemas que se presentan para la terminación del contrato en especial con los problemas que se han presentado para el pago del acta de obra de Pereira que inicialmente fue autorizada pero de la cual no se ha recibido el pago correspondiente. Así mismo se informa que en el acta 15 de Armenia fue recortada, en su monto, de manera unilateral por parte de Bavaria y que ello afecta el flujo de fondos previstos para la terminación de las obras (ver prueba 15).

5.14. El 7 de diciembre de 1998 la Unión Temporal hace un reclamo formal por los problemas que se están presentando en los contratos y en especial los problemas que se tienen por la no disponibilidad de recursos para terminar las obras (ver prueba 16).

5.15. El mismo 7 de diciembre se dirige una nueva comunicación en que se solicita respuesta a la situación del pago del componente en moneda extranjera y que se dé respuesta a la aclaración sobre la fórmula de pago con el fin de poder cumplir con las obligaciones contractuales (ver prueba 17).

5.16. El 21 de diciembre de 1998 la firma brasileña Codistil envía un fax a Bavaria apoyando la solicitud de la firma Álvaro Orozco Asociados con el fin de que se resuelvan las solicitudes presentadas para poder contar con los recursos económicos necesarios para terminar las obras (ver prueba 18).

5.17. El 23 de diciembre de 1998 AOA envía nuevamente un reclamo formal a Bavaria solicitando se defina el tema de los dólares y el manejo del anticipo, que en concepto de los contratistas ha sido equivocado. Esta solicitud se presentaba de acuerdo con lo establecido en la cláusula 9ª del contrato respecto a la solución amigable entre las partes (ver prueba 19).

5.18. El 30 de diciembre de 1998 Bavaria informa a los miembros de la Unión Temporal que no pondrá a disposición de esta recursos pues ha recibido solicitud de pago por parte del Banco del Pacífico de acuerdo con un contrato de cesión de derechos patrimoniales (ver prueba 20).

Es importante anotar que esta situación se presentó por las continuas y reiteradas demoras de Bavaria en resolver los reclamos presentados, situación que no permitió a AOA poder cumplir a tiempo con las obligaciones adquiridas con la entidad financiera y con otros contratistas y proveedores de la Unión Temporal.

Con el fin de llevar una cronología adecuada y siendo que los hechos y actuaciones de las partes ocurridos en el año de 1999 son iguales para ambos contratos se procede a presentar la cronología del contrato de Armenia.

## 6. El contrato 8000-1638 planta de tratamiento de Armenia

6.1. El día 22 de noviembre de 1996 se firmó el contrato 8000-1638 para “construir la planta de tratamiento anaerobio de las aguas residuales para un caudal vertido de 25 lps de la cervecería de Armenia conforme los trabajos estipulados en la cláusula décimo novena de este contrato” (ver prueba 21).

6.2. El contrato para la construcción de la PTAR de la ciudad de Pereira establecía un plazo de “doce meses contados a partir del día en que la empresa ordene por escrito la iniciación de los trabajos” (cláusula tercera) (ver prueba 21).

6.3. El 13 de enero de 1997 se firma un acta de modificación del contrato en donde se establecen los siguientes aspectos: (ver prueba 22)

— Se nombra a Álvaro Orozco Jaramillo para “realizar actas, firmas y demás trámites que tengan relación con la parte administrativa del contrato”.

— Las partes aclaran que el contrato principal es “llave en mano”.

— Se define el sitio en donde se harán los pagos.

— Las partes acuerdan ampliar el plazo del contrato a quince meses.

6.4. El 7 de febrero de 1997 se suscribe el acta de iniciación de obras y con ello la fecha de entrega de las mismas sería el 7 de mayo de 1998.

6.5. El 2 de diciembre de 1997 uno de los miembros de la Unión Temporal, Parque Central Bavaria, entidad controlada por el grupo Bavaria (ver copia del informe de la revista Semana 835 de mayo 4-11/98) decide no continuar con las labores que le correspondían y ofrece ceder a AOA la parte que le correspondía en la realización de las obras civiles (ver punto 5.5. de la presente demanda) (ver prueba 23).

6.6. El 15 de diciembre de 1997 se envía una comunicación a Bavaria en que nuevamente se remiten copias de las mejores ofertas presentadas el 2 y 20 de septiembre de 1996 y en la misma se establece: (ver prueba 9).

“Hacemos notar que en las mencionadas ofertas se discriminan los valores en pesos para el componente nacional y en dólares para los equipos importados aclarándose al final del cuadro que los dólares son pagaderos a la tasa representativa del mercado (la negrilla es mía).

6.7. El mismo 15 de diciembre de 1997 Álvaro Orozco actuando en su calidad de gerente del proyecto hizo una aclaración a Bavaria, de la cual no se recibió respuesta en el sentido de: (ver prueba 10)

“Por solicitud de los ingenieros del departamento de proyectos de Bavaria y para agilizar el pago del primer corte de obra de los contratos de la referencia, hemos liquidado dicho corte con una tasa de \$ 1.180 pesos por dólar. Sin embargo y de acuerdo con nuestras mejores ofertas, de las que adjuntamos copia, el cambio del dólar se debe hacer a la tasa representativa de mercado a la fecha de hoy (1.307.42 pesos por dólar).

Esta situación generó serios problemas para el flujo de caja y liquidez de la obra pues al recibirse los dólares a un valor inferior al que se encontraban en el mercado se causaron gastos no contemplados en las propuestas e hicieron que el equilibrio económico del contrato fuese vulnerado.

6.8. El día 27 de abril de 1998 las partes firman una nueva ampliación de plazo para la terminación de las obras hasta el 23 de diciembre de 1998 (ver prueba 24).

6.9. El 20 de mayo de 1998 se envió una comunicación a Bavaria respecto al monto del IVA a ser pagado pues la entidad manifestaba que no podría cubrir estos costos adicionales pues el contrato debía cumplir con el llamado IVA presupuestado.

Sobre este tema no hubo respuesta formal por parte del contratante (ver prueba 12).

6.10. El 24 de septiembre de 1998 se le pide una aclaración a Bavaria sobre la forma en que se ha interpretado la retención del contrato y que al parecer la misma es contraria a la interpretación dada por los proponentes, pues ello hace que se disminuya el flujo de fondos del contrato en un 4% y que dentro del proceso de terminación de las obras contar con estos recursos es básico para el cumplimiento por parte de los contratistas (ver prueba 14).

6.11. El 2 de diciembre de 1998 la Unión Temporal envía una nueva comunicación informando sobre los problemas que se presentan para la terminación del contrato en especial con los problemas que se han presentado para el pago del acta de obra de Pereira que inicialmente fue autorizada pero de la cual no se ha recibido el pago correspondiente. Así mismo se informa que en el acta 15 de Armenia fue recortada, en su monto, de manera unilateral por parte de Bavaria y que ello afecta el flujo de fondos previstos para la terminación de las obras (ver prueba 15).

6.12. El 7 de diciembre de 1998 la Unión Temporal hace una reclamación formal por los problemas que se están presentando en los contratos y en especial los problemas que se tienen por la no disponibilidad de recursos para terminar las obras (ver prueba 16).

6.13. El mismo 7 de diciembre se dirige una nueva comunicación en que se solicita respuesta a la situación del pago del componente en moneda extranjera y que se de respuesta a la fórmula de pago con el fin de poder cumplir con las obligaciones contractuales (ver prueba 17).

6.14. El 21 de diciembre de 1998 la firma brasileña Codistil envía un fax a Bavaria apoyando la solicitud de la firma Álvaro Orozco Asociados con el fin de que se resuelvan las solicitudes presentadas con el fin de poder contar con los recursos económicos necesarios para terminar las obras (ver prueba 18).

6.15. El 23 de diciembre de 1998 se envía nuevamente un reclamo formal a Bavaria solicitando se defina el tema del pago del componente en moneda extranjera (TRM) y lo relacionado con el manejo del anticipo, que en concepto de los contratistas ha sido equivocado. Esta solicitud se presentaba de acuerdo con lo establecido en la cláusula 9ª del contrato respecto a la solución amigable entre las partes (ver prueba 19).

6.16. El 30 de diciembre de 1998 Bavaria informa a los miembros de la Unión Temporal que no pondrá a disposición de esta recursos pues ha recibido solicitud de pago por parte del Banco del Pacífico de acuerdo con un contrato de cesión de derechos patrimoniales (ver parr. 5.18) (ver prueba 20).

## 7. Hechos ocurridos en el año de 1999

7.1. Comunicación del 7 de enero de 1999 de Bavaria a los miembros de la UT en la cual Bavaria solicita la realización de algunas obras pendientes para la entrega definitiva de la planta de Pereira (ver prueba 25).

Es importante anotar, que se reciben comunicaciones de Bavaria, pero ninguna de ellas da respuesta a las solicitudes y reclamos presentados con anterioridad y en este caso solo se presentan algunas observaciones menores a las obras que se han realizado.

7.2. El 12 de enero de 1999 AOA da respuesta a las inquietudes presentadas por Bavaria y aclara que muchos de los puntos requeridos han sido solucionados y que la planta se encuentra operando debidamente (ver prueba 26)

7.3. El 15 de enero AOA, en comunicación a uno de los miembros de la UT, Impsa Andina, reitera lo manifestado respecto al funcionamiento de la planta de Pereira y menciona los problemas que se tienen con Bavaria relacionados con la forma de amortización del anticipo y el pago del componente en moneda extranjera (TRM) pues la posición que ha sido asumida por el contratante de no querer responder a las solicitudes presentadas ha generado serios problemas financieros a la Unión Temporal que ha dificultado cumplir con la terminación de las obras, en especial la de Armenia pues la de Pereira ya se encuentra en plena operación y únicamente faltarían ajustes menores (ver prueba 27).

7.4. El 21 de enero de 1999 se realiza una reunión en que Bavaria intentó imponer de manera unilateral su posición en contra de la Unión Temporal y en especial de la firma AOA para que esta última empresa asuma todas las responsabilidades y obligaciones, en resumen esta acta buscaba que se hicieran las siguientes declaraciones: (ver prueba 28)

— Declarar el incumplimiento del contratista y una multa diaria de \$ 300.000.

— El contratista deberá asumir los costos que se generen por la prórroga del contrato de interventoría.

— Pago de las multas que llegase a imponer Carder.

— Modificación de la forma de pago y reconocimiento del 54% del valor facturado (lo que llevaría a un pago del 90% de lo facturado). Cuando se factura el 90% de obra ejecutada todavía se conserva un 4% del anticipo recibido.

— Se obligaba al contratista a abrir una cuenta conjunta con la interventoría para el manejo de los dineros a serle entregados.

Como se desprende del acta propuesta se buscaba imponer a la firma AOA y con ello a la Unión Temporal un desconocimiento de sus derechos y de los reclamos que habían sido presentados de manera oportuna con el fin de que fuese esta firma AOA la única afectada por los incumplimientos y las no respuestas de Bavaria.



7.5. El 3 de febrero de 1999, AOA informa a Bavaria la posibilidad que un tercero, Pavco termine las obras como solución a los impases que se han presentado con la firma Álvaro Orozco Asociados (AOA) y la no respuesta a las solicitudes que habían sido presentadas por parte de los contratistas (ver prueba 29).

7.6. El 24 de febrero AOA envía una comunicación a Bavaria, con copia a los socios de la UT en donde informa de los problemas que presentan los contratos y la posición que ha sido asumida por Bavaria (ver prueba 30).

7.7. Comunicación del 26 de febrero de 1999 de Impsa Andina a los comentarios presentados en la comunicación de AOA (ver prueba 31).

— En ella no se comparten los comentarios de AOA respecto a los problemas de la obra civil y de haberse recibido la misma de constructora colombiana

— Considera que el reclamo por tasa de cambio debió hacerse de manera más vehemente en su momento

— Considera que al no haber obtenido respuesta de Bavaria se debió acudir a otras instancias

— Que debió cumplirse la fecha de entrega independientemente de los reclamos

— Que las multas solo deben aplicarse a AOA

Como puede verse la posición de uno de los miembros de la UT hace una defensa parcial de Bavaria, volviendo anotar que esta compañía tiene el control de la misma, por lo cual no puede pensarse en su objetividad en el manejo del tema, pero también se traduce de la misma comunicación que el hecho de no haberse resuelto los reclamos por parte del contratante hubiese sugerido la realización de otras acciones diferentes por parte de AOA, lo que corrobora la existencia del derecho que aquí se ha reclamado y el apoyo de los miembros de la UT ante la posición expresada por Bavaria.

7.8. En marzo 1° de 1999 Bavaria se manifiesta respecto a la comunicación enviada a los socios de la UT, anotando que dicho documento no fue enviado por el remitente AOA a dicha empresa Bavaria hace algunas apreciaciones desobligantes a los miembros de la UT y en especial a la firma AOA (ver prueba 32).

En dicha comunicación como fue costumbre de Bavaria en los contratos en cuestión no resolvió ninguna de las peticiones y reclamos hechos y menciona que si existía una aceptación para el pago del 4% y “de esa manera el contratista obtuviera liquidez que le permitiera terminar las obras de la ciudad de Armenia. Lógicamente, había unas condiciones muy claras de por medio, que consistían en garantizar que los fondos liberados fueran destinados al fin propuesto y que el contratista pagara al final los perjuicios derivados de las moras en la entrega y unas multas que están incluso pactadas contractualmente”.

A pesar de la posición intransigente y arbitraria de la firma contratante —cervecería Bavaria— la Unión Temporal continuó explorando mecanismos para poder finalizar las obras y fue así como los miembros de la UT se reunieron y buscaron fórmulas para que fuera una tercera firma la que terminara las obras.

7.9. El 15 de marzo de 1999 la Unión Temporal presentó una propuesta formal a Bavaria para terminar las obras, fórmula que buscaba finalizar las obras con el menor daño posible para las partes y AOA renunciaría, en caso de aceptarse este mecanismo, a las reclamaciones que había presentado (ver prueba 33).

Es importante hacer referencia en este punto y como se verá más adelante que la firma AOA tuvo toda la intención de asumir pérdidas cuantiosas con el fin de que las obras se terminarán y mantener el buen nombre de su empresa, era una cesión de unos derechos ciertos en aras de terminar con los inconvenientes que se presentaban en los contratos.

7.10. El 23 de marzo Bavaria hace algunas aclaraciones a la propuesta presentada. En dicha comunicación Bavaria hace algunas manifestaciones sobre el tema técnico y en el aspecto legal se menciona que AOA procedería a la “renuncia a lo que él llama su reclamación sobre el reconocimiento de la tasa de cambio, siempre y cuando Bavaria no aplique el cobro de cualquier tipo de multa o sanción y sobre costos que se originen por estos contratos” (ver prueba 34).

De manera poco seria Bavaria continúa en su comunicación manifestando que para la entidad sería importante conocer “las cifras de lo que significan la reclamación por tasa de cambio, que las calculó y las puede aportar Colseguros, y las multas acumuladas hasta el momento, que pueden ser calculadas por ustedes. Una vez tenidas estas cifras, nosotros las estaremos presentando a consideración de la vicepresidencia técnica”.

En este momento vuelve a aparecer una posición de “prepotencia” de la compañía contratante en el sentido de manifestar que no conoce las reclamaciones y que para ella estas no tienen ningún significado.

7.11. El 29 de abril Bavaria envía un borrador para firma el contrato de transacción entre las partes para finalizar los problemas que presentan los contratos. En contrato debemos resaltar los siguientes puntos: (ver prueba 35)

— Se establecía que como fórmula de transacción que los contratistas “renuncian en forma expresa a cualquier tipo de reclamación posterior en contra de la empresa por concepto de reconocimiento de la diferencia de la tasa de cambio representativa surgida con ocasión de la ejecución de los contratos” (cláusula primera).

— De la misma manera Bavaria renunciaba a la imposición de multas.

Este era el mecanismo de transacción que aparentemente era benéfico para Bavaria y que no lo era de igual manera para AOA, pues los daños financieros ocasionados firma (sic) ya eran irreversibles, pero mi cliente estuvo hasta ese momento en disposición de asumir esta situación con el fin de dar por terminado el contrato.

7.12. Las firmas Impsa Andina y Codistil hicieron algunas observaciones y aclaraciones del borrador del contrato de transacción el 13 y 11 de mayo de 1999, respectivamente. Observaciones de carácter menor en su contenido, y la firma AOA no quiso hacerlas con el fin de que Bavaria no pudiese argumentar que cualquier observación que hiciese AOA buscaba entorpecer el acuerdo. En ese momento AOA hubiese aceptado la fórmula de arreglo propuesta, mencionando eso sí, que la demora en la respuesta de Bavaria seguía causando graves perjuicios a la compañía de mi poderdante (ver prueba 36).

7.13. El 21 de mayo de 1999 Bavaria informa que el plazo improrrogable y único para firmar el contrato era el 24 de mayo y que no se acepta ningún cambio al borrador de transacción enviado (ver prueba 37).

Aquí se vuelve a presentar la misma posición de Bavaria en cuanto a considerar que los contratos a que aquí hemos hecho referencia eran simples contratos de adhesión y que únicamente se deben atender sus exigencias y que este no es un contrato bilateral y conmutativo en que las partes tienen igualdad de derechos.

7.14. El 27 de mayo Impsa Andina, miembro de la UT, y quien en ese momento tenía la vocería de la misma, rechaza los términos de la comunicación de Bavaria, pues considera que:

“La posición de Bavaria no es oportuna en este momento, toda vez que justamente la esencia de la transacción es resolver un conflicto con la intervención de las partes involucradas, para precaver un litigio futuro. En este caso el rechazo de todos los comentarios y observaciones de los miembros de la UT por parte de Bavaria hace que la decisión propuesta por usted sea unilateral en todo sentido” (ver prueba 38).

Como queda claro de la posición de la UT era imposible hablar de un contrato de transacción cuando una de las partes busca imponer su posición de manera unilateral.

7.15. El pasado 30 de Junio se recibió una comunicación de Colseguros en donde se menciona que Bavaria ha solicitado el pago de indemnización por el incumplimiento de los contratos (ver prueba 39).

7.16. La firma AOA dio respuesta a la comunicación de Colseguros el 1º de julio manifestando su inconformidad por la solicitud de Bavaria y no aceptando los pagos solicitados por la firma contratista (ver prueba 40).

7.17. El día 8 de julio de 1999 Impsa Andina envía una extensa comunicación a Colseguros en donde se hace un recuento de todas las labores hechas por la Unión Temporal en este año y la intención que existió en todo momento para las firmas de lograr un acuerdo, y en ella Impsa Andina reitera la posición de la UT de recurrir a las normas del arbitramento pactadas con el fin de lograr solucionar los problemas que se presentan en los contratos de la referencia (ver prueba 41).

## 2. Contestación de la demanda

### 2.1. Pronunciamiento sobre las pretensiones

El correspondiente escrito inicia diciendo que se opone a todas y cada una de ellas.

### 2.2. Pronunciamiento sobre los hechos

Respecto a los hechos el señor apoderado de la convocada dijo así:

“Contestaré los hechos de la demanda en el mismo orden utilizado por la parte actora y con los mismos nomencladores, en la siguiente forma:

Hecho 1. Es cierto.

Hecho 2. Es cierto.

Hecho 3. Es cierto, pero aclaro que la cotización de agosto 8 de 1996 y las comunicaciones de las fechas que menciona constituyen simples antecedentes del contrato, el cual es el que regula, en definitiva, las relaciones jurídicas.

Hecho 4. No es cierto que Bavaria, S.A. le haya dado una “indebida interpretación” a los contratos.

Es cierto que el 2 de septiembre se entregaron “las mejores ofertas finales”; pero de ninguna manera las referencias a los denominados componentes de los precios en moneda extranjera cambia el contenido de las cláusulas décimo segunda y vigésima de los contratos, las cuales en forma expresa e inequívoca establecen que el precio se señala en pesos colombianos y en cifras exactas.

Es cierto que el 20 de septiembre de 1996 —antes de la celebración de los contratos— se habla de que “el precio tiene componente en moneda nacional y extranjera”; pero reitero que tal manifestación tiene un alcance puramente informativo.

Es cierto que el 30 de octubre de 1996 se dirige una comunicación a Bavaria S.A. —antes de la celebración de los contratos— en la cual se “detallan” o indican los costos globales de los dos proyectos. No es cierto que se “definan” tales componentes nacionales. Insisto en que se trata de meras informaciones y que lo que “define” o determina las relaciones jurídicas son los contratos celebrados posteriormente.

No es cierto, por tanto, la afirmación de que el precio de los contratos fue “una cuantificación estimada” en “pesos”. Muy por el contrario: El precio señalado en la cláusula décimo segunda de los dos contratos es el “valor único y final del mismo”, con la única salvedad que consagra la cláusula vigésima.

Para contestar toda esta mezcla de hechos, apreciaciones subjetivas y conclusiones contrarias a la verdad, contenida en este hecho, hago a continuación breve historia de lo ocurrido:

a) Bavaria S.A. y la sociedad demandante definieron desde antes de la celebración de los contratos lo relativo a lo que esta última denominó “componente de moneda extranjera” en la cotización del valor de los equipos importados;

b) Con fecha 4 de junio de 1996 Bavaria S.A. recibió de Álvaro Orozco Asociados Ltda. la propuesta económica, en la cual aparece la conversión en pesos colombianos de los equipos importados;

c) En la mejor oferta final entregada en septiembre 2 de 1996 por Álvaro Orozco Asociados Ltda. a la vicepresidencia financiera y cuya fotocopia informal presento con esta respuesta y que difiere inexplicablemente del mismo documento cuya fotocopia presenta con la demanda Álvaro Orozco Asociados Ltda., esta calculó el precio de los contratos en moneda legal colombiana a una tasa “proyectada” a quince meses de \$ 1.180, siendo la tasa representativa del mercado en ese momento de \$ 940, aproximadamente.

d) Pocos días después de recibida la carta de Álvaro Orozco Asociados Ltda., de fecha 15 de diciembre de 1997

—13 meses después de firmados los contratos—, en la reunión celebrada por Camilo Cifuentes Contreras, jefe del departamento de proyectos de Bavaria, S.A. Eduardo Ojeda Burbano, ingeniero del departamento de proyectos de Bavaria S.A. y Mauricio Velandia C., quien actuaba como representante de Álvaro Orozco Asociados Ltda. como contador de dicha empresa, se llegó a la conclusión de que si se pretendía modificar el contrato en cuanto a su precio para establecer que el valor de los equipos se calculara a la tasa representativa del mercado, Álvaro Orozco Asociados Ltda. tendría que devolver a Bavaria, parte de los valores recibidos por concepto del anticipo y del primer avance de obra, ya que en las fechas en que recibió dichos valores la tasa representativa del mercado era inferior a \$ 1.180, tasa esta última que tuvo en cuenta Álvaro Orozco Asociados Ltda. para suscribir el contrato por un precio determinado y en moneda legal colombiana. En virtud de lo anterior el señor Velandia aceptó que los pagos se continuaran haciendo conforme al contrato.

En adelante, me referiré siempre a estas explicaciones que, en mi opinión, contestan todas y cada una de las dudas que ha querido plantear la sociedad demandante sobre la materia.

Hecho 5.1. Es cierto.

Hecho 5.2. Es cierto.

Hecho 5.3. Es cierto.

Hecho 5.4. Es cierto.

Hecho 5.5. Es cierta la modificación del 2 de diciembre de 1997.

Rechazo las conjeturas o suposiciones que hace el demandante respecto a la adquisición de Impsa Andina de los derechos de la firma Unial, S.A. y a los motivos para la cesión que hizo Parque Central Bavaria, S.A. de sus derechos en la Unión Temporal, así como lo relativo a la “desvalorización monetaria” de las sumas que le entregara Parque Central Bavaria, S.A. al cesionario y a la circunstancia de que el retiro de la citada firma haya sido causa principal en la ampliación de los plazos subsiguientes, pues no solamente se trata de hechos cuando menos parcialmente falsos sino que son irrelevantes dentro del litigio.

Hecho 5.6. Es cierto; pero por razones de claridad y precisión, me remito a la respuesta dada al hecho 4.

Hecho 5.7. Es cierta la existencia de esta comunicación, como lo expresé anteriormente, pero es falsa la forma como presenta el contenido de la misma. Me remito a lo expresado al contestar el hecho 4. Por consiguiente, rechazo como falsa la afirmación de que Álvaro Orozco Asociados Ltda. en ningún momento “había considerado recibir el pago de los dólares a un precio inferior a la tasa representativa de mercado” porque, como lo he expresado enfáticamente, el precio fue pactado en moneda colombiana y en una cifra que de ninguna manera podía ser superior. Podía ser inferior, con arreglo a la cláusula vigésima.

No sobra anotar que la Unión Temporal recibió el 19 de febrero de 1997, cuando la tasa del dólar era inferior a \$ 1.180, por concepto del anticipo, un mil seiscientos millones de pesos (\$ 1.600.000.000), en números redondos, los cuales, como ya se anotó, se establecieron en el contrato con el cálculo que el propio demandante hizo de la tasa “proyectada” a que hice alusión precedentemente. Por lo cual es inexplicable la iliquidez de que habla Álvaro Orozco Asociados Ltda., salvo que se piense en el mal manejo de las cuantiosas sumas recibidas. Es preciso destacar, además, que de esos un mil seiscientos millones de pesos, le correspondieron a Parque Central Bavaria, S.A. cuatrocientos treinta y cuatro millones de pesos, los cuales entregó el 10 de octubre de 1997 a Álvaro Orozco Asociados Ltda., quien voluntariamente adquirió sus derechos en la Unión Temporal.

Hecho 5.8. Es cierto en cuanto se refiere a la nueva modificación del 27 de abril de 1998, pero es falso en cuanto a los supuestos retardos en los pagos por parte de Bavaria S.A.

Para desvirtuar las falsas afirmaciones de la sociedad actora en esta materia, es importante explicar el proceso de aprobación y pago de las cuentas de cobro que presente cualquier contratista a Bavaria, S.A.:

a) El contratista elabora el acta soporte de la cuenta de cobro y la misma, con base en las actividades ejecutadas;

- b) Presenta para aprobación de la firma interventora tanto la cuenta de cobro como el acta soporte;
- c) De encontrarse ajustada a la realidad, la firma interventora aprueba la cuenta de cobro. En el evento de encontrar irregularidades o inconsistencias en los porcentajes de ejecución y su precio, devuelve al contratista para su corrección;
- d) Una vez aprobada la cuenta de cobro por la firma interventora es revisada y aprobada por Bavaria, S.A., coordinación del proyecto;
- e) Obtenida la aprobación de la compañía, el contratista puede radicar la cuenta de cobro en las oficinas de caja de la calle 94;
- f) De la oficina de caja, se envía a la división de ingeniería la factura con el desprendible de radicación, con el fin de anexarle los soportes correspondientes.

Es preciso señalar que transcurren únicamente tres (3) días del paso d) al f);

- g) Ya con los soportes se traslada a contabilidad para hacer un formato y pasar a auditoría técnica, quienes revisan toda la parte técnica e imparten su aprobación;
- h) Una vez aprobada por la auditoría técnica pasa a contabilidad para elaborar orden de pago y luego pasa a la división de contabilidad al representante en relaciones industriales para el visto bueno.

La auditoría técnica demora tres (3) días, si no encuentra inconsistencias o irregularidades;

- i) Una vez otorgado el visto bueno de división de contabilidad pasa a la división de auditoría para su aprobación. Este paso demora dos (2) días;
- j) Pasa a división de tesorería para realizar el pago, quedando disponible.

Todos los contratistas cumplen la reglamentación descrita, la cual se ha venido practicando a través de los años por parte de la empresa y en razón del volumen de los negocios.

De los informes de control de contratos y pagos, es preciso resaltar concretamente:

1. El acta 3 de cervecería de Pereira, fue presentada a la interventoría el 15 de febrero de 1998 y fue devuelta al contratista por tener inconsistencias en el cuadro de liquidación de obra civil. En febrero 24 del mismo año, presentan por segunda vez para aprobación de la interventoría, la cual aprueba el 27 de febrero 1998. Esta factura llega para aprobación de Bavaria, S.A. el 3 de marzo de 1998, y la orden de pago sale el 10 de abril de 1998. En consecuencia, desde la fecha de radicación en Bavaria, S.A. hasta su pago efectivo, transcurrieron 21 días hábiles.

Del 15 de febrero hasta el 3 de marzo de 1998, es tiempo que corre por cuenta de la Unión Temporal.

2. El acta 6 de cervecería de Pereira: fue presentada a la interventoría el 22 de abril de 1998 y es devuelta por primera vez al contratista el 29 de abril de 1998; se presenta por segunda vez el 4 de mayo de 1998; el acta se devuelve por segunda vez el 12 de mayo de 1998; es presentada por tercera vez el 20 de mayo de 1998 y aprobada el 27 de mayo del año en mención.

El contratista radica la cuenta de cobro sin obtener aprobación por parte de la interventoría y de la división de ingeniería de Bavaria S.A., el 20 de mayo de 1998. En razón de haberse saltado este paso, la factura solamente pudo ser cancelada el 18 de junio de 1998.

3. Álvaro Orozco Asociados Ltda. manifiesta que cuentas de cobro presentadas en abril de 1998, fueron canceladas únicamente en junio del citado año. Al respecto debemos manifestar:

En abril de 1998, se presentan dos actas, la 5 y la 6 (descrita en el num. 2º). Respecto al acta 5, esta se presenta a la interventoría el 11 de abril de 1998, esta aprueba el 14 del mismo mes y año y Bavaria, S.A. la aprueba el 17 de abril de 1998. Es preciso señalar, que esta factura fue presentada por la firma Impsa Andina, S.A., por los trabajos

realizados por dicha sociedad.

De la relación de pagos, es posible concluir que el lapso promedio, entre la fecha de presentación de facturas y su pago efectivo, no supera los treinta (30) días hábiles, los cuales se enmarcan dentro de los cánones y procedimientos normales en una relación comercial.

La firma Impsa Andina, S.A. radicó factura 0838, correspondiente al acta 13. Sin embargo, la división de ingeniería mediante comunicación del 23 de septiembre de 1996, informa a la coordinadora general de las obras, que esta, no sería cancelada en razón de que el montaje del reactor IC, no estaba concluido.

Así las cosas, los pagos fueron hechos a la demandante dentro de los plazos reglamentarios, en vivo contraste con su incumplimiento, como demostraré más adelante.

Hecho 5.9. No es cierto como está presentado Bavaria, S.A. si resolvió los problemas del llamado IVA presupuestado e inclusive pagó la diferencia reclamada, de lo cual nada dijo la demandante, ajustándose a lo pactado en el contrato.

Hecho 5.10. Es cierto; pero la ampliación obedeció a los retardos de las obras por parte de Álvaro Orozco Asociados Ltda., como habrá oportunidad de puntualizar. Me remito a los hechos que fundamentan la excepción.

Hecho 5.11. No es cierto. Bavaria S.A. se ciñó estrictamente al contrato.

Es falsa la afirmación del contratista en el sentido de que en las últimas facturas Bavaria S.A. le recortó unilateralmente las cuentas. La empresa se ciñó a los contratos y realizó los pagos de manera objetiva de acuerdo a lo pactado, hasta llegar al noventa por ciento (90%) del valor de cada uno, quedando el diez por ciento (10%) como garantía para el arranque y puesta en marcha de las plantas.

Hecho 5.12. No es cierto.

La puesta en marcha se inició el día 30 de octubre en donde se contó con la asesoría de la firma Codistil durante 15 días. El período de asesoría por parte de esta firma de acuerdo con lo establecido en el contrato, debía ser de un mes. La firma Álvaro Orozco Asociados Ltda. contó con la presencia de un ingeniero civil y con 2 auxiliares (estas personas laboraron durante la construcción una como vigilante de la obra y la otra persona como ayudante de construcción). En varias reuniones sostenidas con la Unión Temporal, Bavaria S.A. manifestó que el personal que se tenía en la puesta en marcha de la planta no era idóneo y no cumplía con las exigencias hechas durante la negociación y contratación. Es importante aclarar que durante todo el período de arranque y puesta en marcha, Bavaria S.A. contrató tres tecnólogas que fueron las encargadas de operar la planta.

Si bien es cierto que la planta se encontraba operando, la firma Álvaro Orozco Asociados Ltda. no cumplió con los requisitos de entrega final de la puesta en marcha que consistía en realizar un muestreo continuo durante 24 horas y por un período de 15 días para verificar las eficiencias y los parámetros para los cuales se realizó el proyecto. Adicional a esto existían algunas obras de tipo mecánico, eléctrico y civil que no habían sido finalizadas. Algunas de estas obras pueden ser verificadas en campo. Es importante anotar que la cervecería *motu proprio* ha adelantado la terminación de algunas de ellas.

Actualmente la planta se encuentra funcionando, sin significar esto que el proyecto se encuentre terminado en su totalidad. Una muestra de ello es la información de las obras que ha realizado la cervecería y la licitación que se adelanta actualmente para la terminación de la planta.

Hecho 5.13. No es cierto como está presentado.

Hecho 5.14. Es cierto; pero toda la responsabilidad de los “problemas” que se están presentando en los contratos obedecen a culpa exclusiva de Álvaro Orozco Asociados Ltda. Me remito a los hechos invocados en la excepción.

Hecho 5.15. Es cierto que por esta época del 7 de diciembre de 1998 Álvaro Orozco Asociados Ltda. continúa en sus reclamos por las diferencias de las tasas del dólar; pero tal actitud riñe abiertamente con los contratos. Me remito a la respuesta del hecho 4.

Hecho 5.16. Es cierto que Codistil envió la comunicación; pero me remito a su contenido e insisto en que toda la responsabilidad recae en Álvaro Orozco Asociados Ltda. Me remito a los hechos invocados en la excepción y a la reunión celebrada en la misma fecha, cuyo informe sobre tópico de la división de ingeniería transcribo a continuación:

“Con fecha 21 de diciembre de 1998 se reunieron en la división de ingeniería 108 ingenieros, Álvaro Orozco J., gerente de Álvaro Orozco Asociados Ltda., Robert Blanco, representante de Impsa Andina, Guillermo L. Ramírez C. director de la división de ingeniería de Bavaria, S.A. y Eduardo O. Ojeda V. del departamento de proyectos de la división de ingeniería de Bavaria S.A. para evaluar la situación que se presenta con relación al incumplimiento de los contratos de construcción de las plantas de tratamiento de aguas residuales en las cervecerías de Armenia y Pereira y las alternativas que la Unión Temporal debe presentar a Bavaria S.A. como solución a tal incumplimiento. El representante de la firma Codistil, de Brasil, se excusó de asistir debido a la dificultad de traslados para fin de año a Colombia y a no disponer de personal para esta época, señalando sin embargo que está en disposición de asistir a cualquier reunión a principios del año 1999.

En la reunión el representante de Unión Temporal, ingeniero Álvaro Orozco J., señaló que su problema era de liquidez para terminar los contratos y que por ello su solicitud de conseguir un avance del 4% sobre el saldo final pendiente (10%) y la cancelación de una cuenta de obra realizada para Armenia por el 3%. Al respecto se le informó que a cuenta se estaba revisando y aprobando por la auditoría y se pagaría una vez se hubiese abierto una cuenta conjunta con la interventoría, de tal forma que se pudiesen avalar los gastos que faciliten la terminación de las obras. Adicionalmente el director de la división de ingeniería fue enfático en señalar que la Unión Temporal debe presentar una solución integral al problema que se presenta, con recursos propios, toda vez que el valor de pagos contractual queda completamente cubierto en un 90% y el saldo es contra entrega de las plantas terminadas y funcionando, y no esperar, como hasta ahora ha sucedido, que Bavaria, S.A., de las soluciones económicas al respecto para poder terminar la obra.

De acuerdo a lo referido anteriormente, la Unión Temporal después de una reunión entre los socios, incluyendo a Codistil, presentará a la mayor brevedad una posición a Bavaria, S.A. al respecto.

Se hizo entrega finalmente del listado de firmas y la relación de costos que la Unión Temporal adeuda a sus subcontratistas, de acuerdo a cartas recibidas por estos directamente en Bavaria S.A.”.

Hecho 5.17. Es cierto; pero como lo he repetido hasta la saciedad, el reclamo es contrario a los contratos. Así mismo, me remito a lo transcrito en la respuesta en el hecho anterior.

Hecho 5.18. Es cierto sobre el informe del 30 de diciembre de 1998 por parte de Bavaria; pero el único responsable de la situación planteada es la parte demandante. Es preciso y relevante para el caso anotar que Bavaria, S.A. mantuvo siempre la posición de brindar apoyo al contratista y que finalmente fue asaltado en su buena fe. En efecto, apenas comenzando el contrato, el contratista cedió a una entidad bancaria sus derechos patrimoniales por los pagos pendientes del proyecto de Armenia. Para ello, solicitó el favor a Bavaria S.A. de que le permitiera realizar esa transacción. Bavaria S.A. aceptó. El contratista quedó mal en su compromiso de cesión y la empresa tuvo que desviar el último avance del contrato hacía la entidad bancaria, previa nota de esta en la que señalaba que legalmente debía hacerse de esa manera. Semejante comportamiento atenta contra la estabilidad del proyecto sin embargo, ahora, paradójicamente, el contratista en su demanda pretende utilizar la circunstancia de la cesión, solicitada y utilizada por él como un argumento en contra de Bavaria S.A.

Hecho 6.1. Es cierto, con la aclaración de que fue el 20 de noviembre de 1996.

Hecho 6.2. Es cierto, con la aclaración de que se refiere al contrato de la planta de tratamiento de Armenia.

Hecho 6.3. Es cierto.

Hecho 6.4. Es cierto.

Hecho 6.5. Es cierto. Me remito a la respuesta anterior, en la cual se hace referencia a Parque Central Bavaria S.A.

Hecho 6.6. Es cierto; pero con la aclaración que hice al contestar el hecho 4.

Hecho 6.7. Es cierto; pero con la aclaración que hice al contestar el hecho 5.7.

Hecho 6.8. Es cierto.

Hecho 6.9. Me remito a la respuesta dada al hecho 5.9.

Hecho 6.10. No es cierto. Bavaria S.A. se ciñó estrictamente al contrato. Me remito a la respuesta dada al hecho 5.11.

Hecho 6.11. No es cierto como está presentado. Bavaria S.A. se ajustó al contrato. Me remito a la respuesta dada al hecho 5.11. Igualmente me remito a los hechos invocados en la excepción.

Hecho 6.12. Es cierto; pero toda la responsabilidad de los “problemas” que se están presentando en los contratos obedecen a culpa exclusiva de Álvaro Orozco Asociados Ltda. Me remito a los hechos invocados en la excepción.

Hecho 6.13. Es cierto; pero la solicitud de pago “del componente en moneda extranjera” riñe abiertamente con el contrato. Me remito a la respuesta dada al hecho 4.

Hecho 6.14. Es cierto que Codistil envió la comunicación pero me remito a su contenido e insisto en que toda la responsabilidad recae en Álvaro Orozco Asociados Ltda. Me remito a la respuesta dada al hecho 5.16.

Hecho 6.15. Es cierto; pero como lo he repetido hasta la saciedad, el reclamo es contrario a los contratos. Me remito a la respuesta dada al hecho 5.16.

Hecho 6.16. Es cierto sobre el informe del 30 de diciembre de 1998 por parte de Bavaria; pero el único responsable de la situación planteada es la parte demandante. Me remito a la respuesta dada al hecho 5.18.

Hecho 7.1. Es cierto, con la aclaración de que la fecha correcta es la que indica este hecho; pero la comunicación indica equivocadamente el año de 1998.

Hecho 7.2. Es cierto que la demandante da respuesta a Bavaria S.A. pero de ninguna manera desvirtúa su incumplimiento.

Hecho 7.3. No es cierto como está presentado este hecho y no es cierto que Bavaria S.A. originara alguno de los problemas que allí menciona, ya que, por el contrario toda la responsabilidad le cabe al demandante en el incumplimiento de los contratos. Cabe aquí remitirme al informe contenido en la comunicación 00078 de fecha enero 25 de 1999, suscrita por la coordinadora del proyecto.

Hecho 7.4. No es cierto como está presentado. Bavaria S.A. se ajustó en todos los casos a los contratos e inclusive hizo concesiones que el demandante no quiso aceptar porque parecía inclinado a prolongar la situación por él creada.

Hecho 7.5. Es cierto, con la aclaración de que Bavaria S.A. siempre contestó todas las solicitudes y de que todos los problemas se originaron en los incumplimientos de la demandante.

Hecho 7.6. No es cierto como lo presenta, pues el origen de todos los problemas radicó siempre en el incumplimiento de la sociedad demandante.

Hecho 7.7 Es cierta la existencia de esa comunicación; pero las conclusiones que extrae de ella la demandante no son hechos sino apreciaciones subjetivas contrarias a la verdad.

Hecho 7.8. No es cierto como está presentado. Además, no contiene hechos sino apreciaciones subjetivas contrarias a la verdad.

Hecho 79. Es cierta la propuesta formal del 15 de marzo; pero las conclusiones de la demandante no son hechos sino apreciaciones subjetivas de la misma. No es cierto que la demandante exteriorizara intención de asumir



pérdidas cuantiosas, como allí lo expresa.

Hecho 7.10. No es cierto como está presentada. Conviene destacar que el miembro de la Unión Temporal, Impsa Andina, S.A., indica que hasta el 27 de mayo de 1999 no había podido hablar con Álvaro Orozco Asociados Ltda.

Hecho 7.11. No es cierto como está presentado.

Hecho 7.12. No es cierto como está presentado.

Hecho 7.13. No es cierto como está presentado. Dada la grave situación económica de la demandante y las múltiples peticiones de sus numerosos acreedores, Bavaria S.A. no hallaba otra fórmula que evitara burlar los intereses de ellos.

Hecho 7.14. No es cierto como está presentada. Me remito a la respuesta dada por Bavaria S.A. en comunicación KCAO-04056 del 27 de julio pasado, la cual presento como prueba.

Hecho 7.15. Es cierto.

Hecho 7.16. Es cierto.

Hecho 7.17. Es cierta la existencia y la extensión de la carta de fecha 8 de julio de 1999 enviada por Impsa Andina a aseguradora Colseguros S.A., pues dicho miembro de la Unión Temporal envió copia a mi poderdante”.

### 2.3. Excepciones

Con la contestación de la demanda el apoderado de la parte convocada propuso como excepción de mérito, el incumplimiento de los contratos por parte de la sociedad demandante y la fundamentó en los siguientes hechos así:

“Excepción de mérito: Incumplimiento del contrato por parte de la sociedad demandante

Además de reiterar que la mayor parte de las afirmaciones sobre los hechos en que se apoya la sociedad actora es falsa o inexacta, conforme lo puntualicé en la respuesta anterior, formulo contra sus pretensiones la excepción de fondo de incumplimiento del contrato.

#### Hechos

1. Después de analizar cotizaciones y propuestas, Bavaria S.A. celebró los días 21 y 20 de noviembre de 1996 en esta ciudad, sendos contratos de obra, con la modalidad de “llave en mano”, para la construcción de las plantas de tratamiento anaerobio de las aguas residuales para un caudal vertido de 25 litros por segundo (lps) para las cervecerías de Pereira y Armenia.

2. Los contratistas iniciales fueron Constructora Colombiana S.A. Álvaro Orozco Asociados Ltda., Codistil, S.A. Dedini y Unión Industrial y Astilleros Barranquilla “Unial, S.A.”.

3. Los contratistas celebraron un convenio de Unión Temporal mediante documento privado de fecha 30 de octubre de 1996, en el cual aparte de señalar el objeto, duración, participación, trabajos a ejecutar, dirección y representación, consagraron expresamente su responsabilidad solidaria frente a Bavaria, S.A.

4. El contrato 8000-1637 fue modificado el 13 de enero de 1997, 2 de diciembre de 1997, 27 de abril de 1998 y 2 de septiembre de 1998.

5. El contrato 8000-1638 fue modificado el 13 de enero de 1997, el 2 de diciembre de 1997, el 27 de abril de 1998 y el 2 de septiembre de 1998.

6. En virtud de cesiones, quedaron como miembros de la Unión Temporal Álvaro Orozco Asociados Ltda., Codistil, S.A. Dedini e Impsa Andina S.A.”.

Incumplimiento del contrato 8000-1637 de 21 de noviembre de 1996

7. Al contratista (Unión Temporal) se le cancela el 19 de febrero de 1997, la suma de ochocientos cincuenta y tres millones seiscientos veintiséis mil setecientos ochenta y ocho pesos (\$ 853.626.788.), a título de anticipo.

8. Los retrasos del contratista comenzaron desde el inicio de la ejecución de a las obligaciones contractuales, es así como, con comunicación PCGO- 811 del 4 de septiembre de 1997, el director de la división de ingeniería, requiere al contratista para que dé cumplimiento a su obligación de entregar a Bavaria, S.A., la parte de ingeniería de detalle y los ítems que conforman dicha ingeniería, así como el cronograma definitivo para el inicio de las obras del proyecto.

9. En mayo 6 de 1998, mediante comunicación PCGO-02428, la división de ingeniería manifiesta su inconformidad por el manejo que Álvaro Orozco Asociados Ltda. le está dando a los proyectos de las plantas de tratamiento de Pereira y Armenia, y lo resume en los siguientes puntos:

9.1. “No existe un representante de la Unión Temporal que defina en sitio o en forma rápida las diferentes inquietudes que se presentan en el transcurso del desarrollo de las obras.

9.2. Los diferentes compromisos que se adquieren en los comités de obra semanales difícilmente se cumplen y cuando se cumplen obligan a su corrección por parte de la interventoría, debido a que muchas de las soluciones no son acertadas.

9.3. Las diferencias entre las firmas Álvaro Orozco Asociados Ltda. y el subcontratista de la obra civil Invercor S.A. han empezado a afectar los proyectos especialmente el de Armenia.

9.4. Los pagos de avances de obra, Bavaria S.A. los está realizando en un término de ocho días hábiles, los atrasos en los pagos se debe realmente a que los cuadros que Álvaro Orozco Asociados Ltda. maneja para el cobro de las actas mensuales son confusos hasta el punto que la interventoría realiza sus devoluciones reiteradamente gastándose en estos trámites un mes.

9.5. Es importante aclarar que la calidad de los proyectos no se ha visto afectada hasta el momento pero lo que sí es evidente es el incumplimiento en las tareas encomendadas que seguramente se reflejará en atrasos en las entregas finales” (negrilla fuera de texto).

10. De una lectura de las actas de comité de obra levantadas de las reuniones semanales, en las cuales participaban representantes de: Bavaria, S.A., Carlos Olano y Cía. Ingenieros Ltda. (firma interventora) y la Unión Temporal, se deduce que los incumplimientos de los contratistas se presentaron desde el comienzo de la obra.

11. Para demostrar la precedente afirmación transcribo a continuación las partes de las referidas actas tomadas al azar:

11.1. Acta de comité de obra 2: “En el comité de coordinación realizado en Bavaria, S.A., Bogotá el pasado jueves 06 de noviembre de 1997, los funcionarios de Álvaro Orozco Asociados advirtieron que el programa de obra con el cual interventoría estaba realizando el control de avance, no era el correcto, por lo tanto la ingeniera Liliana Botero se comprometió a entregar el programa corregido a interventoría.

Como hasta la fecha el programa no ha sido recibido por interventoría, se sigue realizando el corte de avance de obra al programa inicial el cual presenta los siguientes resultados:

Fecha de iniciación:	Octubre 17 de 1997
Porcentaje de obra ejecutada:	9%
Atraso en días:	<b>12 días”</b>

11.2. Acta de comité de obra 3:

“Fecha de iniciación:	Octubre 17 de 1997
Fecha de Corte:	Noviembre 18 de 1997
Porcentaje de obra ejecutada:	9%
Atraso en días:	<b>18 días”</b>

11.3. Acta comité de obra 15:

“Fecha de iniciación:	Octubre 17 de 1997
Fecha de corte:	Febrero 9 de 1998
Porcentaje obra ejecutada:	46%
Fin previsto:	Marzo 3 de 1998
Fin real (proyectado):	Abril 15 de 1998
Atraso en días:	<b>36 días”</b>

11.4. Acta comité de obra 24:

“Fecha inicio del proyecto:	Febrero 7 de 1997
Fecha inicio obra civil:	Octubre 17 de 1997
Fecha de corte:	Abril 14 de 1998
Fin proyectado obra civil:	Julio 23 de 1998
Fin programado obra civil:	Junio 17 de 1998 (se debe corregir)
Fin proyectado del proyecto:	Octubre 26 de 1998
Fin programado del proyecto:	Septiembre 8 de 1998
Porcentaje proyecto ejecutado:	56%
Porcentaje obra civil ejecutado:	71%
Atraso en obra civil:	<b>38 días”</b>

11.5. Acta comité de obra 31:

“Fecha de inicio del proyecto:	Febrero 7 de 1997
Fecha inicio obra civil:	Octubre 17 de 1997
Fecha de corte:	Junio 02 de 1998
Fin proyectado del proyecto:	Noviembre 17 de 1998*
Fin programado del proyecto:	Noviembre 6 de 1998*
Porcentaje proyecto ejecutado:	76%
Porcentaje obra civil ejecutado:	84%
Atraso en obra civil:	<b>11 días”</b>

11.6. “Acta de reunión del 30 de noviembre de 1998: En cervecería de Pereira se reunieron representantes de Bavaria, S.A., Unión Temporal y Carlos Olano & Cía. Ingenieros Ltda., en razón en que la fecha de entrega a

satisfacción del sistema de tratamiento contratado vencía en dicha fecha. En este documento quedaron consignadas los siguientes hechos:

Entrega de obra civil, equipos electromecánicos, manuales, diseños y planos: La Unión Temporal informó que el 15 de diciembre de 1998 y el 5 de enero de 1999, realizaría la entrega de los documentos solicitados. Estos documentos fueron entregados únicamente hasta el 13 de abril de 1999.

Se designaron representantes de cada empresa para realizar el 10 de diciembre de 1998 para recibir de manera conjunta la obra civil y los equipos electromecánicos. La firma interventora entregaría a la coordinadora de proyecto un informe detallado de recibo a satisfacción. Es preciso aclarar que el 10 de diciembre se reunieron en las instalaciones de cervecería de Pereira los representantes de Bavaria S.A. la firma interventora, con el fin de recibir la obra, sin embargo, no se presentaron representantes de la Unión Temporal.

En relación de la operación del sistema de tratamiento, se hizo hincapié en que la Unión Temporal nombró como operador del sistema de tratamiento al ingeniero civil Humberto Silvera, a quien le colaboraron dos operarios no calificados. Bavaria S.A. exigió al contratista dar cumplimiento a la cláusula décimo novena numeral VII.1 del contrato.

Teniendo en cuenta el incumplimiento de la Unión Temporal a algunas cláusulas del contrato ya (sic) la fecha no se encuentra el sistema estabilizado, tratando el 100% del caudal de diseño y con las eficiencias de remoción pactadas, se informó al contratista que a partir del 1º de diciembre de 1998, Bavaria comenzaría a imponer la multa estipulada en el contrato para el caso de incumplimiento, equivalente a \$ 300.000 diarias hasta que el contratista se allane a dar cumplimiento”.

12. Sobre las prórrogas del plazo estipulado en el contrato inicial, cabe indicar lo siguiente:

En el acta de comité de obra 24 de 15 de abril de 1998, se consignó el siguiente estado de la obra y observaciones:

“Interventoría realiza una revisión al programa de obra corregido por Álvaro Orozco Asociados Ltda. y encuentra que la totalidad de los montajes mecánicos, sistema eléctrico y de control presenta los mismos problemas de atraso del anterior programa por lo que este programa corregido no se puede cumplir.

Se solicita a Álvaro Orozco Asociados Ltda. presentar la solución al atraso del proyecto ya que el tiempo que falta para cumplirse el plazo de entrega es muy corto.

El retraso de la obra civil era de 38 días, faltando tres semanas para entrega de la obra contratada a satisfacción de Bavaria S.A.”.

13. En el acta de comité de obra 42, del 19 de agosto de 1998, la interventoría le recuerda a Álvaro Orozco Asociados Ltda. la necesidad de iniciar trámite solicitud de prórroga del contrato ante Bavaria S.A. ya que el plazo de la primera prórroga autorizada se vence el 8 septiembre de 1998. El proyecto presentaba un retraso de 47 días.

14. Solicitud que se reitera en el comité de obra 43 del 24 de agosto de 1998, cuando el atraso del proyecto estaba en 60 días. En esta reunión se informa al contratista que la Carder, Corporación Autónoma Regional de Risaralda, otorgará un plazo máximo para entrega del proyecto hasta el 30 de noviembre de 1998 y que debe entenderse por entrega total del proyecto cuando el sistema esté funcionando y cumpliendo con los parámetros de remoción que están especificados. Finalmente se informó que se informaría a la compañía de seguros el riesgo existente de incumplimiento del plazo contractual.

15. El doctor Álvaro Orozco, representante de la Unión Temporal en la reunión anterior de que trata el hecho anterior expresó:

“El atraso en el suministro del inóculo es ocasionado por la dificultad en la consecución del mismo y debido también al incumplimiento de Polar de Venezuela empresa con la cual se había negociado el lodo pero que a última hora aplazó la entrega del material.

A pesar del incumplimiento del suministro de inóculo el doctor Orozco considera que se puede cumplir con la

fecha del 30 de noviembre para entregar la PTAR funcionando con los parámetros de remoción especificados ya que considera posible que en un mes de operación se alcancen dichos parámetros.

A pesar que se alcancen los parámetros de remoción en un tiempo inferior a tres (3) meses, la Unión Temporal cumplirá con el período de pre-operación que figura en el contrato”.

16. Con comunicación PCGO-00015 del 7 de enero de 1998, la división de ingeniería, requiere al contratista dar solución a problemas presentados, los cuales ya se habían requerido en anteriores oportunidades, como puede demostrarse en actas de comité; adicionalmente requiere para que se encuentre en la obra un asesor y/o técnico por parte de la Unión Temporal en la puesta en marcha y operación de la planta de tratamiento de aguas residuales de cervecería de Pereira”.

Incumplimiento del contrato 8000-1638 de 20 de noviembre 1996

17. El plazo de entrega de las obras se estipuló en quince meses (corregido con la modificación del 13 de enero de 1997), contados a partir de la firma del acta de iniciación del contrato, es decir, desde el 11 de marzo de 1997. El plazo vencía el 11 de junio de 1998.

18. En el comité de obra 13 del 8 de abril de 1998, se consigna que la obra civil presenta un atraso de tres (3) días.

19. En el comité de obra 15 del 30 de abril de 1998, el atraso de la obra civil se encontraba en catorce (14) días.

20. Para el comité de obra 18 del 21 de mayo de 1998, el atraso de la obra civil se incrementó en veintiocho (28) días.

21. En el comité de obra 20 del 4 de junio de 1998, el atraso de la obra, civil se encontraba en cuarenta (40) días. La firma Álvaro Orozco Asociados presenta un nuevo cronograma con las siguientes fechas:

“Fecha de inicio proyecto:	Febrero 7 de 1997
Fecha inicio obra civil:	Enero 26 de 1998
Final programado obra civil:	Agosto 26 de 1998
Inicio pre-operación:	Septiembre 17 de 1998
Final programado proyecto:	Diciembre 22 de 1998”

22. En el comité de obra 21 del 11 de junio de 1998, se consignan los siguientes aspectos importantes:

Interventoría manifiesta su preocupación y desacuerdo por la iliquidez que se presenta en el desarrollo de la obra civil, sustentando su desacuerdo con las siguientes cifras:

Valor anticipo	\$ 856.565.812
Valor facturado	\$ 493.544.940
Subtotal	\$ 1.350.110.752 (63% contrato)
Valor obra ejecutada	\$ 812.986.281 (38% contrato)
Valor facturado sin pagar	\$ 77.605.559 (4% contrato)
Saldo a favor contratista	\$ 459.518.911 (21% contrato)

23. En el comité de obra 22 del 18 de junio de 1998 se informa que el atraso de la obra civil es de diez (10) días; adicionalmente se consigna que la obra civil se encuentra suspendida desde el sábado 13 de junio de 1998, por falta de pago al subcontratista de mano de obra.

24. En el comité de obra 24 del 25 de junio de 1998, se consignó que el atraso de la obra civil era de 22 días y que los trabajos se reiniciaron el 27 de junio de 1998.

25. En el comité de obra 25 del 9 de julio de 1998, se consignó un 8 (sic) atraso de veinticinco (25) días y la manifestación de la gerencia de la cervecería: “El doctor Álvaro Barrera, gerente de la cervecería de Armenia manifiesta la preocupación que existe en las directivas de la cervecería por el atraso en las obras de la PTAR lo que generaría un incumplimiento ante la Corporación Regional del Quindío de parte de Bavaria, S.A., lo anterior agravado ante la injustificación del atraso”; ante esta manifestación el contratista ofreció revisar alternativas de procedimiento en obra para mejorar rendimientos de ejecución de obra con el fin de recuperar el atraso.

26. En vista de los continuos incumplimientos del contratista el 27 de julio de 1998, se firmó un acta de acuerdo con la Unión Temporal, mediante la cual se realizará en adelante una intervención económica “a buena fe” del contrato de construcción de la planta de tratamiento anaerobio de las aguas residuales de cervecería de Armenia.

27. En comité de obra 30 del 13 de agosto de 1998, el atraso del proyecto era de cuarenta y un (41) días y se consignó en el acta, lo siguiente:

“El incremento del atraso en la presente semana se debió básicamente que al momento de realizar el corte al programa de obra no se había iniciado la construcción de vigas en la estructura de tratamiento preliminar cuya actividad es crítica.

Álvaro Orozco Asociados Ltda. Asociados debe presentar una solicitud de prórroga de tiempo al contrato ya que es prácticamente imposible iniciar la pre-operación de la PTAR para el día programado (sep. 17/98).

Adicionalmente se debe presentar un programa de terminación de obra acorde a los tiempos de ejecución de cada una de las actividades que faltan ejecutar”.

28. En comité de obra 32 del 23 de agosto de 1998, el atraso de la obra se encontraba en treinta y cinco (35) días. Se requirió al contratista para que el inóculo estuviera en la obra el 20 de octubre de 1998 o en caso contrario se daría aviso a la aseguradora del riesgo de incumplimiento al plazo del contrato. El contratista manifestó que el inóculo se encontraría en noviembre y que la PTAR se entregaría funcionando con los parámetros de remoción en el mes de diciembre.

29. En comité de obra 37 del 1º de octubre de 1998, el atraso del proyecto era de cincuenta y cuatro (54) días y se consignó en el acta:

“Sigue el incremento en el atraso del proyecto debido a lo exigente del programa de montajes mecánicos el cual se considera imposible de cumplir ya que todo el montaje eléctrico mecánico y de control debe estar terminado el próximo 30 de octubre de 1998.

El ingeniero Ramón Pérez aclara que el inóculo que se embarcó del Brasil se instalará en la PTAR de Pereira.

El lodo que se instalará en la PTAR de Armenia será el proveniente de “Polar” de Venezuela del cual aún no se conoce documento de embarque”.

30. Con comunicación del 20 de octubre de 1998, la firma interventora del proyecto se ratifica en las proyecciones de terminación de obra presentadas en cada comité semanal de obra en donde el proyecto a partir del mes de abril de 1998 se empezó a atrasar inicialmente en la construcción de la obra civil y actualmente en el montaje hidrosanitario, mecánico y eléctrico.

31. Con comunicación del 23 de noviembre de 1998, la interventoría del proyecto manifiesta a la Unión Temporal su preocupación por el incremento en el atraso de la ejecución del proyecto en el transcurso de los últimos quince (15) días, lo cual es síntoma de una baja en el rendimiento del trabajo.

32. Con comunicación de la firma interventora de fecha 1º de diciembre de 1998, manifiesta a la Unión Temporal: “Esta interventoría resalta el incumplimiento que se presenta en obra de los compromisos adquiridos por la Unión Temporal en los comités de obra, que demuestran el poco interés y seriedad de ustedes como contratistas del

proyecto en cumplir el plazo previsto en el contrato para la entrega de la PTAR en perfectas condiciones de funcionamiento”.

33. El 14 de diciembre de 1998, se firma un acta de suspensión del contrato de interventoría, en consideración a que las obras de construcción de la planta de tratamiento de aguas residuales de la cervecería de Armenia fueron suspendidas de parte del contratista en forma indefinida sin explicación alguna y su previa autorización de Bavaria S.A.

34. Todos los hechos descritos anteriormente demuestran que la Unión Temporal en general y en particular Álvaro Orozco Asociados Ltda., miembro de aquella y responsable solidariamente, incumplieron desde un comienzo los contratos de las obras que se comprometieron a realizar y que, en definitiva, no entregaron el 30 de noviembre de 1998, estabilizada y con sujeción a los parámetros de norma, la planta de tratamiento de aguas residuales de la cervecería de Pereira, y no entregaron el 23 de diciembre de 1998, estabilizada y con sujeción a los parámetros de norma, la planta de tratamiento de aguas residuales de la cervecería de Armenia.

35. Los perjuicios causados a Bavaria S.A. por el incumplimiento de Álvaro Orozco Asociados Ltda. tienen un valor aproximado de seiscientos ochenta millones de pesos (\$ 680.000.000)”.

### 3. Pruebas decretadas y practicadas

En la primera audiencia de trámite el tribunal decretó la práctica de la totalidad de las pruebas solicitadas por las partes, mediante auto 2, que consta en el acta de septiembre 19 del 2000, a folios 175, 176 y 177 del cuaderno principal, y tuvo como tales las adjuntadas a la demanda y su contestación, así:

#### 3.1. Documentos

La parte actora aportó los siguientes documentos, anexos a la demanda, numerados del 1 al 45, según se lee a folios 33, 34 y 35 ibídem, los cuales son:

1. Nota por parte de AOA, con fecha septiembre 2 de 1996, a Bavaria, con la mejor oferta final para la licitación DI 272 de la cervecería de Pereira sobre la PTAR (fls. 1 a 5 del cdno. pbas.).
2. Carta de AOA fechada en septiembre 2 de 1996 a Bavaria con la mejor oferta final para la licitación DI 271 de la cervecería de Armenia sobre la PTAR (fls. 6 a 10 ibíd.).
3. Carta de Mauricio Velandia, gerente administrativo, con fecha octubre 30 de 1996 en la cual se detallan los costos globales del componente nacional de los proyectos de Armenia y Pereira (fl. 11 ibíd.).
4. Carta de AOA reiterando el valor total de la PTAR de Pereira en \$ 1.318.839.208 el componente nacional y en USD 703.022 (dólares CIF) el componente extranjero (fl. 12 ibíd.).
5. Contrato de obra 8000 -1637 para la PTAR de la cervecería de Pereira celebrado entre Bavaria y Constructora Colombiana S.A., AOA, Codistil S.A. Dedini, Unión Industrial y Astilleros Barranquilla Unial S.A. (fls. 13 a 27 ibíd.).
6. Modificación al contrato 8000 -1637 en cuya virtud se deja constancia que Impsa Andina S.A. compró el establecimiento Unión Industrial y Astilleros Barranquilla Unial S.A., y en consecuencia Impsa Andina S.A. adquirió todos los derechos y obligaciones de Unión Industrial y Astilleros Barranquilla Unial S.A. y de que Parque Central Bavaria S.A. cede a AOA, su participación del 26% en el contrato (fls. 28 y 29 ibíd.).
7. y 8. Revista Semana 835 de mayo 4 al 11 de 1998 sobre el grupo empresarial Bavaria (fls. 30 a 34 ibíd.).
9. Carta de AOA de diciembre 15 de 1997 dirigida a Camilo Cifuentes (división de ingeniería Bavaria (fl. 35 ibíd.).
10. Carta de AOA de diciembre 15 de 1997 dirigida a Guillermo León Ramírez, director división de ingeniería Bavaria (fl. 36 ibíd.).

11. Modificación al contrato 8000 - 1637 (PTAR Pereira del 27 de abril de 1998 (fls. 37 y 38 ibíd.).
12. Carta de AOA a Guillermo León Ramírez, director división de ingeniería Bavaria en mayo 20 de 1998 (fl. 39 ibíd.).
13. Modificación al contrato 8000-1637 (PTAR Pereira) de fecha del 2 de septiembre de 1998 (fls. 40, 41, ibíd.).
14. Carta de AOA de septiembre 24 de 1998 a Guillermo León Ramírez, director división de ingeniería Bavaria (fl. 42 ibíd.).
15. Carta de la coordinadora de la Unión Temporal de fecha diciembre 2 de 1998 (fl. 43 ibíd.).
16. Carta de la Unión Temporal a Guillermo León Ramírez, de fecha diciembre 7 de 1998 (fls. 44 y 45 ibíd.).
17. Carta de la Unión Temporal a Guillermo León Ramírez (fls. 46 y 47 ibíd.).
18. Fax referencia EI-842/98, de fecha 21/12/98, enviado por Codistil S.A. - Dedini, dirigida a Bavaria (fl. 48 ibíd.).
19. Carta de la Unión Temporal de fecha diciembre 23 de 1998, dirigida a Guillermo León Ramírez (fls. 49 a 53 ibíd.).
20. Carta a la Unión Temporal dirigida por Guillermo León Ramírez (fl. 54 ibíd.).
21. Contrato 8000 -1638 sobre la PTAR de Armenia de noviembre 20 de 1996 celebrado entre Bavaria y Constructora Colombiana S.A., AOA, Codistil S.A. Dedini, Unión Industrial y Astilleros Barranquilla Unial S.A (fls. 55 a 69 ibíd.).
22. Modificación al contrato 8000-1638 (Armenia) del 13 de enero de 1997 (fls. 70 y 71 ibíd.).
- 22A. Modificación al contrato 8000-1638 PTAR Armenia de diciembre 2 de 1997 (fls. 72 a 73 ibíd.).
23. Publicaciones de la Revista Semana ya relacionadas en las pruebas 7 y 8 a folio 33 del cuaderno principal (ver fls. 30 a 34 del cdno. pbas.).
24. Modificación al contrato 8000-1638 PTAR Armenia con fecha 27 abril de 1998 (fls. 74 a 75 ibíd.).
25. Fax PCGO 15 de enero 7 de 1999, dirigido a la Unión Temporal por Guillermo León Ramírez, director división de ingeniería de Bavaria (fl. 76 ibíd.).
26. Carta de Unión Temporal de enero 12 de 1999 (fls. 77 y 78 ibíd.).
27. Carta de AOA a Impsa Andina S.A. en enero 15 de 1999 (fl. 79 ibíd.).
28. Fax de enero 22 de 1999 para AOA de Elsy Viveros Gaviria, jefe de departamento de derecho ambiental Bavaria (fls. 80 a 84 ibíd.).
29. Nota de Unión Temporal de febrero 3 de 1999 a Carlos Noguera de la organización Noguera Camacho adjuntando carta de Gustavo Caicedo, gerente división Pavco S.A. (fls. 85, 86 ibíd.).
30. Carta de la Unión Temporal al gerente de la cervecería de Armenia, Álvaro Becerra, de fecha febrero 25 de 1999 (fl. 87 ibíd.).
31. Carta de Impsa Andina S.A. a AOA, de febrero 26 de 1999 (fls. 88 y 89 Ibíd.).
32. Fax 154 de marzo 1º de 1999 dirigido a Unión Temporal por Guillermo León Ramírez, director división de ingeniería Bavaria (fls. 91 y 92 ibíd.).
33. Carta de Unión Temporal a Guillermo León Ramírez, director división de ingeniería Bavaria, de fecha marzo



15 de 1999 (fls. 93, 94 y 95 ibíd.).

34. Carta de fecha 23 de marzo de 1999 número 195, de Guillermo León Ramírez (fls. 96 y 97 ibíd.).

35. Carta 2232 del 29 de abril de 1999 de Consuelo Ordóñez de Medina, directora división de coordinación jurídica de Bavaria, dirigida a Jorge E. Farfán, secretario general Impsa Andina S.A. adjuntando el borrador del contrato de transacción propuesto por Bavaria a Unión Temporal (fls. 98 a 106 ibíd.).

36. Fax de Jorge E. Farfán de Impsa Andina S.A. de mayo 20 de 1999 dirigido al asesor legal AOA, Jorge Merlano Matiz, remitido de copia de los comentarios de Codistil S.A. Dedini y de Impsa Andina S.A. con observaciones al borrador contrato de transacción presentado por Bavaria (fls. 108 a 113 ibíd.).

36A. Carta de Gustavo Caicedo, gerente general división Pavco S.A. a Bavaria de mayo 19 de 1999, atención Elsy Viveros G., división jurídica (fl. 114 ibíd.).

37. Carta de fecha 21 de mayo de 1999 dirigida por Consuelo Ordóñez de Medina, directora división de coordinación jurídica Bavaria, a Jorge E. Farfán de Impsa Andina S. (fl. 107 ibíd.).

38. Carta del representante legal de la Unión Temporal, Jorge E. Farfán, de mayo 27 de 1999 dirigida a Bavaria, dirección división de coordinación legal, Consuelo Ordóñez de Medina (fl. 115 y 116 ibíd.).

39. Fax de junio 29 de 1999 dirigido a AOA (Dr. Jorge Merlano Matiz) Atn. ingeniero Álvaro Orozco Jaramillo, por Jorge E. Farfán de Impsa Andina S.A. adjuntando comunicación de Colseguros S.A. de fecha junio 28 de 1999, VCB GRI-1307 dirigida a la Unión Temporal (fls. 117 y 118 ibíd.).

40. Carta de julio 1º de 1999 dirigida al doctor Néstor Javier Puentes, evaluador jurídico de Colseguros S.A., por el doctor Jorge Merlano Matiz apoderado de AOA (fl. 119 ibíd.).

41. Fax de julio 8 de 1999 dirigido a AOA atención doctor Álvaro Orozco Jaramillo y doctor Jorge Merlano Matiz, por Jorge Farfán M. representante legal de Unión Temporal con el cual adjunta la respuesta dada por esta a Colseguros S.A. atención doctor Ricardo Ángel, director de indemnizaciones, en carta de fecha julio 8 de 1999 (fls. 120 a 128 ibíd.).

42, 43 y 44. Contienen las declaraciones de renta y complementarios de AOA correspondientes a los años gravables de 1996, 1997, 1998 (fls. 129, 130, 131 ibíd.).

45. Contrato de la firma Greeley & Hansen y AOA, en idioma inglés, a folios 132 a 134 ibídem.

46. Otros documentos aportados por la parte demandante son: Poder en virtud del cual actúa (fl. 36 del cdno. ppal.), certificado de existencia y representación legal de AOA (fls. 135 y 136 del cdno. pbas.), certificado de existencia y representación legal de Bavaria (fls. 137 a 140 ibíd.).

La parte convocada acompañó los documentos relacionados en la contestación a la demanda, enumerados del 1 al 14, a folios 65 y 66 del cuaderno principal:

1. Acuerdo de Unión Temporal conformado el 30 de octubre de 1996 por AOA y otros (fls. 141 a 151 cdno. pbas.).

2. En 15 folios la historia de radicaciones en Bavaria de las cuentas de AOA relativas al contrato PTAR Pereira (fls. 152 a 166 ibíd.).

3. Hoja de control de contratos que lleva Bavaria respecto del contrato PTAR Pereira (fl. 167 ibíd.).

4. En 21 folios historia de radicaciones en Bavaria de las cuentas de AOA relativas al contrato PTAR Armenia (fls. 168 a 188 ibíd.).

5. En dos folios el control de contratos que lleva Bavaria respecto del contrato PTAR Armenia (fls. 189 y 190 ibíd.).

6. Fotocopia de la comunicación de 2 de septiembre de 1996 dirigida por AOA a Bavaria con la que remite en cuatro folios la “mejor oferta final planta de tratamiento de aguas residuales, licitación DI 272 cervecería Pereira” (fls. 191 a 195 *ibíd.*).
7. Fotocopia de carta PCGO-811 de septiembre 4 de 1997 dirigida a la Unión Temporal por el director de la división de ingeniería de Bavaria (fls. 196 y 197 *ibíd.*).
8. Fotocopia del fax PCGO-00015 de fecha enero 7 de 1998 dirigido por director de división ingeniería Bavaria a la Unión Temporal (fl. 198 y 199 *ibíd.*).
9. Copia de la comunicación PCGO-02428 de fecha 6 de mayo de 1998 del director de la división ingeniería Bavaria a AOA (fl. 200 y 201 *ibíd.*).
10. Copia de la comunicación KCAO-1058-98 de diciembre 1º de 1998 dirigida por el interventor Carlos A. Olano a la coordinadora de la Unión Temporal Liliana Botero (fl. 202 *ibíd.*).
11. Carta de diciembre 2 de 1998 de Consuelo Ordóñez de Medina, directora de división coordinación jurídica Bavaria, a Álvaro Orozco Jaramillo apoderado de Unión Temporal (fl. 203 *ibíd.*).
12. Comunicación CAO-1068-98 de diciembre 2 de 1998 dirigida por Carlos A. Olano, interventor, a la ingeniera Claudia Patricia Flórez, Bavaria Bogotá (fls. 204 y 205 *ibíd.*).
13. Comunicación KCAO-04056 de 27 de julio de 1999 dirigida a Impsa Andina S.A. Atención Jorge E. Farfán, por la directora división coordinación jurídica de Bavaria (fls. 206 a 208 *ibíd.*).
14. Poder conferido por el representante legal de Bavaria para actuar ante este tribunal (fl. 70 *cdno. ppal.*).

### 3.2. Declaración de terceros

La parte convocada en su escrito de respuesta a la demanda solicitó que fueran citados a declarar Guillermo León Ramírez Correa, Camilo A. Cifuentes Contreras, Elsie Jhenny Viveros Gaviria, Claudia P. Flórez Londoño, Carlos A. Olano Abadía, Luis F. Arango Ruiz, Jhon Jairo Henao, Luis Fernando Arango Ruiz y a Eduardo Orlando Ojeda Burbano.

En audiencia de octubre 3 de 2000, según consta en acta 6, a folios 181 a 187 del cuaderno principal, el tribunal tomó la declaración de terceros cuya transcripción se encuentra a folios 209 a 294 del cuaderno de pruebas.

### 3.3. Declaración de parte

Igualmente la parte demandada pidió que el representante legal de AOA contestara, bajo la gravedad del juramento, un interrogatorio que formularía con base en los hechos en que se apoya la demanda. En audiencia del 11 de octubre del 2000, según consta en acta 7 (fl. 191 del *cdno. ppal.*) se practicó el interrogatorio al doctor Álvaro Orozco Jaramillo, cuya transcripción se halla a folios 478 a 487 del cuaderno de pruebas.

### 3.4. Dictamen pericial

El representante de Bavaria solicitó se decretara un examen pericial a las obras de las plantas de Pereira y Armenia por dos expertos, preferiblemente ingenieros, para que dieran su dictamen sobre los siguientes puntos:

— Si la sociedad demandante realizó las obras que se comprometió a hacer según los contratos 8000-1637 y 8000-1638, dentro de los plazos y con las características y especificaciones a que se refieren dichos contratos y los documentos complementarios.

— Si Bavaria hizo al contratista los pagos que le correspondía hacer conforme a los contratos y de acuerdo con la reglamentación que tiene establecida para la cancelación de las cuentas a todos los contratistas, proveedores y personas con quienes contrata y le prestó la colaboración necesaria para la ejecución de los referidos contratos.

El tribunal adicionó el cuestionario con estas otras dos preguntas:

— Indicar qué significado tiene en los contratos de obra la expresión “llave en mano” y cómo funciona dicha modalidad en el desarrollo y ejecución de estos contratos.

Qué porcentajes de la obra contratada fueron efectivamente realizados, entregados, recibidos y pagados, respecto de las plantas de Armenia y Pereira.

El tribunal, según consta en el acta 5 del 19 de septiembre de 2000, a folio 176 del cuaderno principal, decretó la práctica del dictamen pericial, solicitado por la convocada, designando a los ingenieros José Felipe Ardila Vásquez y Juan Bautista Páez Ferro. Estos se posesionaron el 11 de octubre del 2000 según consta en el acta 7 a folios 189 y 190 *ibídem*. Se les fijó como plazo para rendir su informe el día miércoles 25 de octubre de 2000. Los peritos lo entregaron en tiempo, documento que obra a folios 311 a 477 del cuaderno de pruebas. El apoderado de Bavaria presentó memorial de aclaración y complementación (fls. 199 a 200 del cdno. ppal.), así como el de la parte actora (fls. 201 a 204 *ibídem*.); y fueron respondidos por los peritos mediante oficio de fecha noviembre 15 de 2000 a folios 488 a 535 del cuaderno de pruebas. El apoderado de AOA objetó por error grave el peritazgo en memorial de noviembre 20 del 2000 a folios 219 a 223 del cuaderno principal. El tribunal consideró en su sesión del 22 de noviembre de 2000 (fls. 225 y 226 *ibídem*.) la objeción al peritazgo que por error grave presentó el apoderado de la demandante y manifestó que este ha debido no solo precisar el error sino pedir las pruebas para demostrarlo, petición de pruebas que brilla por su ausencia.

### 3.5. Exhibición de documentos

Atendiendo a la petición de la parte convocada en su escrito de respuesta a la demanda, y la exhibición ordenada por el tribunal, en la audiencia del día 11 del mes de octubre de 2000 según acta 7 (fl. 192 cdno. ppal.) se adjuntaron al expediente copias de los documentos exhibidos por el representante legal de AOA, a saber:

Copia de la comunicación del 2 de septiembre de 1996 dirigida por AOA a Bavaria remitiendo en cuatro folios la “Mejor oferta final planta de tratamiento de aguas residuales licitación DI 272 cervecería Pereira”; copia de la comunicación PCGO-811 de fecha 4 de septiembre de 1997, dirigida a la Unión Temporal por el director de la división de ingeniería; copia del fax PCGO - 0015 de enero 7 de 1998 dirigido por el director de la división de ingeniería a la Unión Temporal, original de la comunicación PCGO-02428 de 6 de mayo de 1998, dirigida por el director de la división de ingeniería de Bavaria a AOA, original de la comunicación de diciembre 2 de 1998 dirigida por la directora de la división coordinación jurídica de Bavaria al doctor Álvaro Miguel Orozco, apoderado especial de la Unión Temporal (fls. 295 a 310 del cdno. pbas.).

### 3.6. Pruebas de oficio

El tribunal decretó de oficio en audiencia del 16 de noviembre de 2000, según consta en acta 10 (fls. 210 a 212 del cdno. ppal.) de la misma fecha, la exhibición de las siguientes pruebas:

— Se ordenó a la demandante exhibir unos documentos que reposan en sus archivos, aportando copias de los mismos, a saber: La cotización de agosto 8 de 1996, las comunicaciones de agosto 30 de 1996, septiembre 10 de 1996, octubre 30 y noviembre 7 de 1996; las solicitudes de cotización DIV-272 y DIV -271 relacionadas con los contratos 8000-1637 PTAR Pereira y 8000-1638 PTAR Armenia.

— Se ordenó a la demandada exhibir unos documentos que reposan en sus archivos, aportando copias de los mismos, a saber: La cotización de agosto 8 de 1996, las comunicaciones de agosto 30 de 1996, septiembre 10 de 1996, octubre 30 y noviembre 7 de 1996; y las solicitudes de cotización DIV-272 y DIV - 271 relacionadas con los contratos 8000-1637 PTAR Pereira y 8000 - 1638 PTAR Armenia.

En audiencia del tribunal con fecha noviembre 22 de 2000, según consta en acta 11 (fls. 224 y 225 *ibídem*.) el apoderado de la demandante manifestó no haber encontrado su cliente ninguno de los documentos solicitados. Por su parte, el representante de la demandada solo exhibió la cotización DIV 271, pues el resto de documentos solicitados por el tribunal no estaban en los archivos de Bavaria. Se anexó fotocopia de dicha cotización, la que luego de ser confrontada con el original, se anexó al expediente (fls. 536 a 568 del cdno. pbas.).

## CAPÍTULO TERCERO

## Consideracioness

La actora, única insatisfecha de las personas jurídicas que se unieron temporalmente para celebrar y ejecutar los contratos materia de este litigio, y por ende la única que demanda, acumula en su libelo, bajo el numeral uno del acápite correspondiente —acumulación impropia, que no habiendo sido glosada en la etapa prearbitral, no cabe ya debatirla en el proceso y menos al pronunciar el laudo— las siguientes pretensiones declarativas:

“1. Declárese que Bavaria incumplió los contratos 8000 - 1637 para la construcción planta de tratamiento de aguas residuales Pereira y 8000-1638 para la construcción planta de tratamiento de aguas residuales Armenia fechados el 20 y 21 de noviembre de 1996, así como de las actas de modificación firmadas por las partes en cuanto al pago de los reajustes por tasa representativa de mercado (TRM) del componente en moneda extranjera del contrato estipulados en el mismo así como por el incumplimiento en los pagos que se debieron hacer dentro de los plazos contractuales de las actas parciales de obra de acuerdo con las propuestas presentadas por la Unión Temporal de Álvaro Orozco Asociados, AOA, Codistil, Unial y Parque Central Bavaria, en adelante UT.

Y en el numeral dos incluye tres pretensiones de condena, separadas en literales, así:

“2. Condénese a pagar a Bavaria:

“a) El valor de los ajustes por diferencia de cambio que no le fueron cancelados en su momento a AOA, a la tasa representativa de mercado del momento en que se produzca el reconocimiento, así como los intereses de mora correspondientes;

b) El valor de los perjuicios causados a la firma AOA por los incumplimientos de Bavaria en la ejecución de los contratos de la referencia. Dentro de estos pagos deberá reconocerse a AOA:

— el daño emergente

— lucro cesante que le fueron ocasionados, como se demuestra dentro de la presente demanda.

c) Que se condene en costas a Bavaria”.

Como soporte fáctico aduce, según se lee en el hecho 3° de la demanda que:

“Dentro del proceso de evaluación y negociación de las propuestas, para cada uno de los contratos se presentaron varias comunicaciones, comunicaciones que aclararon y depuraron las ofertas, documentos que hacen parte integral de los contratos, como reza en la cláusula primera de los mismos. Los contratos establecen que los documentos fechados y designados como cotización de agosto 8 de 1996, y las comunicaciones de agosto 30, septiembre 2 (pruebas 1 y 2) y 10, octubre 30 (prueba 3) y noviembre 7 de 1996 hacen parte integral de los contratos de cada una de las plantas”.

En el hecho 4° agrega:

“Respecto a las comunicaciones a las que se hace referencia en los contratos, y que son parte integral de los mismos, es importante mencionar algunos aspectos de estas (sic) fueron objeto de indebida interpretación por parte de Cervecería Bavaria y ello generó, primordialmente, gran parte de los problemas de los contratos:

“En comunicación del 2 de septiembre de 1996 se entregaron las mejores ofertas finales a Bavaria para la realización de las obras solicitadas, en dicho documento se establece con claridad que los precios en moneda extranjera son: “(1) **Precios en dólares –CIF-Obra-Pagaderos a la tasa representativa**” (negrilla del texto) y en el cuadro correspondiente se establece que el valor del componente en moneda extranjera es de \$ 703.022-importado (USS) - CIF (1) (ver pruebas 1 y 2).

El 20 de septiembre del mismo año los proponentes envían una nueva comunicación en donde se establece que el precio tiene componente en moneda nacional y extranjera es de Col 1.318.839.208 la componente nacional y US\$ 703.022. (dólares CIF) la componente extranjera (ver prueba 4).

El 30 de octubre de 1996 se envía una comunicación a Cervecería Bavaria en la que se definen los valores en pesos colombianos de ambos contratos (ver prueba 3).

Todo lo anterior llevó a que fuera claro para los contratistas, y consideramos no debía quedar ninguna duda para los contratantes que las obras contratadas contenían dos componentes monetarios (pesos y dólares) y que en el momento de la elaboración de los contratos Cervecería Bavaria tomó una decisión de proceder a realizar una cuantificación estimada, en pesos, del contrato con el fin de tener un valor de referencia del mismo, decisión que al parecer se tomó con el fin de facilitar y establecer con claridad el valor del impuesto de timbre a ser pagado, sin que ello implicase que sería el valor único y final del mismo”.

En los hechos 5.6 y 5.7 expresa:

“El 15 de diciembre de 1997 se envía una comunicación a Bavaria en que nuevamente se remiten copias de las mejores ofertas presentadas el 2 y 20 de septiembre de 1996 y en la misma se establece:

“Hacemos notar que en las mencionadas ofertas se discriminan los valores en pesos para el componente nacional y en dólares para los equipos importados aclarándose al final del cuadro que los dólares son pagaderos a la tasa representativa del mercado” (ver prueba 9) (negrilla de texto transcrito).

El mismo 15 de diciembre de 1997 Álvaro Orozco actuando en su calidad de gerente del proyecto hizo una aclaración a Bavaria, de la cual no se recibió respuesta en el sentido de:

“Por solicitud de los ingenieros del departamento de proyectos de Bavaria y para agilizar el pago del primer corte de obra de los contratos de la referencia, hemos liquidado dicho corte con una tasa de \$ 1.180 pesos por dólar. Sin embargo y de acuerdo con nuestras mejores ofertas, de las que adjuntamos copia, el cambio del dólar se debe hacer a la tasa representativa de mercado (TRM) a la fecha de hoy (1.307.42 pesos por dólar) (ver prueba 10).

Como puede verse del texto de la comunicación, en ningún momento AOA había considerado recibir el pago de los dólares a un valor inferior al de la tasa representativa de mercado y tanto así se aceptó la solicitud de ingenieros de Bavaria de presentar la cuenta con ese valor para agilizar el pago. Pero desde ese momento mi cliente estaba solicitando el reconocimiento a la tasa del mercado del momento (1.307.42).

Esta situación, el pago de los dólares a \$ 1.180 pesos (negrilla del texto), generó serios problemas para el flujo de caja y liquidez de la obra pues al recibirse los dólares a valor inferior al que se encontraban en el mercado se causaron gastos no contemplados en las propuestas e hicieron que el equilibrio económico del contrato fuera vulnerado, en relación con las condiciones iniciales propuestas, que como ya hemos dicho hacen parte integral del contrato, como el mismo lo establece”.

Aparte del reclamo relativo a la tasa de cambio a que debían pagarse los dólares o componente en moneda extranjera de las obras contratadas por la convocada, la convocante le increpa a aquella no haberle pagado a tiempo las actas parciales de obra de Pereira, ni habérsela recibido y retenerle parte del precio y al efecto aduce en los hechos 5.8, segundo párrafo, y 5.12:

"Es de anotar que en el mes de abril del 98 se presentaron retardos en los pagos pues cuentas presentadas en los meses de marzo y abril únicamente fueron canceladas en el mes de junio y Bavaria solicitó informe sobre la forma como se están utilizando los recursos del contrato, hecho este no contemplado en el clausulado del contrato”.

“La Unión Temporal (UT) inició la etapa de puesta en marcha de la planta el pasado 30 de octubre de 1998 y estuvo operándola desde esa fecha hasta el 31 de enero de 1999”.

“La planta en este momento se encuentra operando de manera satisfactoria, según los parámetros contractuales y los contratistas cumplieron con sus compromisos, habiéndose Bavaria negado al recibo definitivo de las obras y reteniendo a la fecha una facturación cercana al 13% del valor del contrato, esto sin tener en cuenta los sobrecostos causados a los contratistas por la diferencia de cambio (TRM) no reconocida”.

Adicionalmente, bajo el título de “fundamentos de derechos”, en el acápite 5. “de la interpretación de los

contratos”, expone:

“Un aspecto que es importante recalcar es que Cervecería Bavaria realizó una interpretación unilateral de los contratos en cuanto al no pago de la tasa representativa de mercado, haciendo caso omiso a las cláusulas contractuales y de las mismas actas de obra y su facturación en que existía el componente en moneda extranjera (dólares) y debía ser liquidado con lo establecido en la propuesta de los contratistas”.

“De la revisión de la documentación de los contratos y las comunicaciones entre las partes no existe documento por parte de Bavaria ni de los contratistas que estableciera que la liquidación de dicho componente se hacía en pesos colombianos a la tasa de \$ 1.180 como de manera unilateral lo realizó la demandada”.

Y renglones adelante indica:

“De otro lado, debe entenderse que cuando los proponentes hicieron manifestación de voluntad en el contrato de solicitar que los dólares se pagaran a la tasa representativa de mercado (TRM) se estaban precaviendo de las posibles fluctuaciones cambiarias del país ... De no haber sido así lo lógico hubiese sido que la totalidad de la propuesta se hubiese hecho en pesos, esto concuerda con uno de los principios de interpretación de los contratos que establece que: ART. 1621.—En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”.

Por último acota:

“De otro lado es importante anotar que en el caso que nos ocupa el contrato fue redactado por Bavaria y que este mantuvo silencio ante las múltiples solicitudes presentadas”.

Transcribe también el artículo 1624 del Código Civil, que trae otra de las pautas que el legislador da para la interpretación de los contratos, y finaliza diciendo:

“A la luz de este principio de interpretación de los contratos vemos como cervecería Bavaria nunca se manifestó en el sentido de aclarar el punto sobre la liquidación del componente en moneda extranjera y es así como no se recibieron respuesta de las múltiples solicitudes que se hicieron solicitando este reconocimiento”.

Y en su alegato de conclusión recalca estos mismos argumentos; alude al artículo 95 de la Resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República sobre obligaciones en moneda extranjera (fls. 233 y 234 *ibíd.*); dice, refiriéndose a la carta del 2 de septiembre de 1996, que “...el documento aportado, como aparente prueba por parte Bavaria (sic) no pertenece a la propuesta presentada por mi cliente el 2 de septiembre de 1996 como se quiere pretender en esta afirmación” (fl. 239 *ibíd.*); se refiere a los contratos firmados por Bavaria con Pavco para terminar las obras con un tercero en las plantas de Armenia y Pereira, destacando en este último el párrafo primero de la cláusula decimosegunda, sobre el acuerdo de las partes para liquidar los dólares “...a la tasa representativa del mercado al momento de facturación” (fl. 256 *ibíd.*); y se refiere también a la solicitud de cotización 271 para la planta de Armenia, calificándola genéricamente como la “invitación” (fl. 231 *ibíd.*), de la cual transcribe un aparte del punto 24.2 (fl. 233 *ibíd.*) y otro del punto 24.1 (fl. 240 *ibíd.*).

La convocada, por medio de su apoderado, contestó la demanda, aceptando unos hechos y negando y aclarando otros, tal como quedó reseñado al comienzo de este laudo, y esgrimiendo cómo defensas que:

“...las cláusulas decimasegunda y vigésima de los contratos, ... en forma expresa e inequívoca establecen que el precio se señala en pesos colombianos y en cifras exactas (respuesta al hecho 4º, fl. 47 *ibíd.*), agregando que: “El precio señalado en la cláusula decimasegunda de los contratos es el “valor único y final del mismo”, con la única salvedad que consagra la cláusula vigésima (fl. 48 *ibíd.*).

Y que:

“c) En la mejor oferta final entregada en septiembre 2 de 1996 por Álvaro Orozco Asociados Ltda. a la vicepresidencia financiera y cuya fotocopia informal presento con esta respuesta y que difiere inexplicablemente

del mismo documento cuya fotocopia presenta con la demanda Álvaro Orozco Asociados Ltda., esta calculó el precio de los contratos en moneda legal colombiana a una tasa “proyectada” a quince meses de \$ 1.180, siendo la tasa representativa del mercado en ese momento de \$ 940, aproximadamente... (fl. 48 ibíd.) “d) Pocos días después de recibida la carta de Álvaro Orozco Asociados Ltda. de fecha 15 de diciembre de 1997 —13 meses después de firmados los contratos—, en la reunión celebrada por Camilo Cifuentes Contreras, jefe del departamento de proyectos de Bavaria S.A., Eduardo Ojeda Burbano, ingeniero del departamento de proyectos de Bavaria S.A. y Mauricio Velandia C., quien actuaba como representante de Álvaro Orozco Asociados Ltda, como contador de dicha empresa, se llegó a la conclusión de que si se pretendía modificar el contrato en cuanto a su precio para establecer que el valor de los equipos se calculara a la tasa representativa del mercado, Álvaro Orozco Asociados Ltda., tendría que devolver a Bavaria, parte de los valores recibidos por concepto del anticipo y del primer avance de obra, ya que en las fechas en que recibió dichos valores la tasa representativa del mercado era inferior a \$ 1.180, tasa esta última que tuvo en cuenta Álvaro Orozco Asociados Ltda. para suscribir el contrato por un precio determinado y en moneda legal colombiana.

En virtud de lo anterior el señor Velandia aceptó que los pagos se continuaran haciendo conforme al contrato” (fls. 48 y 49 ibíd.).

Y oponiendo como excepción de mérito el incumplimiento del contrato por parte de la sociedad demandante, para lo cual adujo:

“Además de reiterar que la mayor parte de las afirmaciones sobre los hechos en que se apoya la sociedad actora es falsa o inexacta, conforme lo puntalicé en la respuesta anterior, formulo contra sus pretensiones la excepción de fondo de incumplimiento del contrato” (fl. 57 ibíd.); y a lo largo de 34 hechos narra los atrasos en que incurrió el contratista en ambos contratos, soportándose en transcripciones de actas del comité de obra, en las cuales “10...participaban representantes de Bavaria S.A., Carlos Olano y Cía. Ingenieros Ltda. (firma interventora) y la Unión Temporal” (fl. 59 ibíd.); concluyendo que los mencionados hechos “34 ... demuestran que la Unión Temporal en general y en particular Álvaro Orozco Asociados Ltda. miembro de aquella y responsable solidariamente, incumplieron desde un comienzo los contratos de las obras que se comprometieron a realizar y que, en definitiva, no entregaron el 30 de noviembre de 1998 estabilizada y con sujeción a los parámetros de norma, la planta de tratamiento de aguas residuales de la cervecería de Pereira, y no entregaron el 23 de diciembre de 1998, estabilizada y con sujeción a los parámetros de norma, la planta de tratamiento de aguas residuales de la cervecería de Armenia” (fls. 64 y 65 ibíd.).

Planteamientos defensivos y exceptivos en los que insiste en su alegato de conclusión (fls. 264 a 273 cdno. ppal.), donde empieza por hacer notar que el reajuste cambiario pretendido por la convocante, es contrario a la figura o modalidad del contrato “llave en mano”, bajo la cual se celebraron ambos contratos.

Dos aspectos esenciales deben tenerse en cuenta, entonces, para dirimir la controversia relativa a la tasa de cambio aplicable a los equipos importados: el contenido del negocio jurídico convenido por las partes y su etapa precontractual; y el régimen de cambios internacionales vigente en el país en la fecha en que las partes celebraron los respectivos contratos de obra.

El negocio jurídico como expresión de la vida en sociedad: las declaraciones que lo integran y las tratativas preliminares

El negocio jurídico, término que comprende las manifestaciones unilaterales de voluntad y las convenciones y contratos, es ante todo un hecho jurídico, o sea, un hecho al cual el derecho le atribuye eficacia para cambiar las situaciones preexistentes; y en ocasiones le enlaza los efectos propios de la función económico-social que por su conducto se realiza.

El es, por consiguiente, un acto de autonomía privada tendiente a la autorregulación de los intereses particulares de quienes lo realizan, para proveer a la satisfacción de sus propias necesidades, que eleva la relación social generada entre ellos a la categoría de relación jurídica; cuyo contenido y alcance están determinados por las declaraciones que lo integran, las cuales se sujetan por tanto a las reglas que rigen toda comunicación expresiva entre los hombres.

Son, pues, los partícipes del negocio quienes determinan libremente los fines que desean alcanzar con él y los medios para conseguirlos, dentro de los parámetros fijados por la ley; que no se limita a registrar el negocio como fenómeno jurídico, sino que lo recoge integrándolo con las normas supletivas de la voluntad de los intervinientes, y corrigiéndolo con las que lo regulan en forma imperativa<sup>(1)</sup>.

Los intervinientes del negocio jurídico, entonces, permaneciendo autónomos y libres para celebrarlo y para determinar su contenido, están sometidos a la disciplina dictada por el ordenamiento jurídico, que les impone una serie de cargas y limitaciones; a las cuales “han de sujetarse sin vacilaciones los interesados, si es que quieren alcanzar sus propias finalidades dentro del derecho”<sup>(2)</sup>.

La ley, efectivamente, impone a los participantes del negocio cargas de sagacidad o vigilancia, de conocimiento, y de claridad expresiva para asegurar la validez del mismo y para evitar que sus efectos trasciendan más allá de los confines deseados.

“Para evitar que la eficacia del negocio se extienda más allá de los confines previstos —dice Emilio Betti—, incumbe a la parte un ejercicio vigilante y sagaz de la autonomía, que el derecho le reconoce desde luego en su favor, pero también a su propio riesgo. En efecto, a la iniciativa privada, en cuanto libre, se hace acompañar un riesgo por el uso desidioso o incauto que de ella se haga, que el derecho atribuye como es justo a la parte indolente o poco avisada. Son libres los individuos de actuar en el sentido de su propio beneficio, según su criterio, pero las consecuencias eventualmente perjudiciales o dañosas de un uso torpe de la iniciativa desarrollada, están solo a cargo de ellos. El negocio jurídico, por su trascendencia social y su carácter vinculante es un instrumento peligroso que no debe utilizarse sino por claros motivos; tanto más cuando, por la índole irrevocable que ofrece normalmente, no consiente arrepentimientos o retractaciones. La parte que lo emplea se ve obligada a soportar, ella sola, el daño de la inercia o negligencia propia, en cuanto le es imputable; necesidad que para no ser confundida con la responsabilidad hacia la otra parte, puede adecuadamente designarse como “autorresponsabilidad”<sup>(3)</sup>.

A más de esa carga de sagacidad, que lo impele al interviniente del negocio a estar atento a cuanto dice o hace, le concierne también la de “conocer los términos y el significado de la declaración que emite y representarse exactamente la situación de hecho sobre cuya base se determina el negocio. Le incumbe, sobre todo, una carga de claridad, en el sentido de fijar de manera inequívoca y fácilmente reconocible en cuanto le interesa, el valor vinculante del negocio que concluye”<sup>(4)</sup>.

Y le corresponde, desde luego, la carga de estar especialmente avisado o advertido acerca de las normas legales y consuetudinarias cuyo incumplimiento u omisión, puede acarrearle consecuencias perjudiciales; no pudiendo alegar ignorancia o desconocimiento de las mismas, conforme al mandato contenido en el artículo 95 de la Constitución Política y 9º del Código Civil, que disponen que toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes, y que la ignorancia de las mismas no sirve de excusa; y al artículo 3º del Código de Comercio, que dice que la costumbre mercantil tiene la misma autoridad de la ley, siempre que no la contraríe.

“En particular —manifiesta el autor en cita—, cuando el individuo se encuentre en situación de conocer la existencia de un uso (por ejemplo, de una condición generalmente practicada en una categoría de contratos) y, por tanto, de conducirse en consecuencia, acogiéndolo o rechazándolo, tiene el deber de tomar posición respecto a él. Si conociéndolo no lo rechaza o si omite recoger sobre él una más precisa información, queda sujeto por el solo hecho de este reconocimiento u omisión. La razón de este vínculo es que se puede legítimamente esperar y exigir de él un conocimiento de aquella circunstancia”<sup>(4.1)</sup>.

Y en cuanto la declaración como tal concierne a la expresión del pensamiento o al uso del lenguaje, el declarante tiene, por supuesto, la carga de hablar claro, sin reticencias ni ficciones; y no le es admisible la alegación de no haber sido plenamente consciente de los efectos o alcances de su dicho.

Cada parte contratante, pues, si bien es libre de elegir las palabras, tiene la carga de encontrar una expresión adecuada para todas aquellas estipulaciones que le ofrezcan interés; puesto que la intención negocial no tiene eficacia sino en la medida en que se exprese y porque una vez expresada transmite la razonable impresión de que su autor adquiere un compromiso.



“Toda la didáctica del negocio jurídico —concluye Emilio Betti— se apoya sobre esta antinomia entre libertad, que es antes, y autorresponsabilidad que viene después, y en consecuencia entre el significado que estaba presente en la conciencia del declarante cuando hizo uso de su libertad y el significado objetivo que el negocio asume una vez concluido... La apoyatura es aportada precisamente, por la conciencia que acompaña el negocio y que en la vida de relación debe acompañar también a todo comportamiento que afecte directamente la esfera jurídica ajena.

“Cuando nuestra conducta sea adecuada para suscitar en otros, con los que estamos en relación, la razonable impresión de un compromiso por nuestra parte y, por tanto, sea apta para justificar una confianza, no es operante para la tutela de esta que exista o no en nosotros la conciencia efectiva de un valor vinculante. En el punto del saber subentra el deber saber, y a este deber es correlativo, en el caso de negligencia, una autorresponsabilidad que justifica la imputación de la conducta... A falta de una exclusión o limitación que sea apreciable por los demás, el contenido del acto es referible en su significado social al autor que fue consciente de él”<sup>(5)</sup>.

Desde la *stipulatio* del derecho romano, es sabido que las partes de un contrato asumen alternativamente la función, la una de estipular a su favor una obligación a cargo de la otra, y esta, la de asentir o aceptar la obligación estipulada a su cargo; de donde se deriva que “es interés y carga del proponente formular claramente las cláusulas insertas a su favor; si no lo ha hecho, debe soportar las consecuencias”<sup>(6)</sup>.

Asuntos diferentes son el error en que pudo incurrir el declarante, o el engaño o coacción de que pudo ser víctima; y la disímil interpretación o entendimiento de las cláusulas del contrato; temas que por no hacer parte del debate, no hace falta ahondar en ellos aquí.

Lo que la convocante aduce, como se dejó transcrito, es que las tratativas precontractuales no se reflejaron en los contratos de obra suscritos por las partes; que ella procuró obtener reiteradamente de su contraparte la aclaración de los mismos en lo relativo a la tasa de cambio aplicable al componente del precio en moneda extranjera; y que ambos contratos, en el párrafo de sus respectivas cláusulas primeras, “...establecen que los documentos fechados y designados como cotización de agosto 8 de 1996, y las comunicaciones de agosto 30, septiembre 2 (pruebas 1 y 2) y 10, octubre 30 (prueba 3) y noviembre 7 de 1996 hacen parte integral de los contratos de cada una de las plantas”. (fls. 13, Pereira, y 55, Armenia, cdno. pbas.) (hecho 3º de la demanda a fl. 4 del cdno. ppal.).

Algunos de los cuales, como se ve, ella los allega como pruebas al proceso en forma de anexos de la demanda; debiendo aportarlos todos, como actora que pretende consecuencias jurídicas a su favor, derivadas de tales supuestos de hecho alegados, conforme a lo previsto en los artículos 1757 del Código Civil y 177 del Código de Procedimiento Civil. Normas que, en realidad, se limitan a recoger el comportamiento usual o esperable de quien comparece a un proceso judicial, que no es más que un diálogo ante el juez, donde cada quien expone su versión y se preocupa por sacarla airosa, comprobando las afirmaciones de hecho que la integran.

“La distribución de la carga de la prueba —dice, en efecto, Antonio Rocha— consagrada en el artículo 1757 del Código Civil, tiene por fundamento una regla de experiencia universal: el interés o conveniencia de cada una de las partes en sacar avante sus propias afirmaciones. Quien pretende ser acreedor al cumplimiento o pago de una prestación es el interesado —y no el deudor— en hacer conocidos del juez, mediante la prueba pertinente, los hechos base de su pretensión ... Para demostrar el hecho base de la pretensión, el acreedor no omitirá proveerse de la prueba adecuada, testimonios cuando menos, documentos generalmente ... Antes pues que la norma legal, un interés propio protege por instinto, desconfianza o precaución, el dejar la prueba o la constancia del hecho en que va a radicar o consistir su afirmación”<sup>(7)</sup>.

Y cuando el tribunal quiso, decretando como prueba de oficio la exhibición, tener todos los documentos aludidos en los párrafos de dichas cláusulas, a saber: La cotización de agosto 8, las comunicaciones de agosto 30, septiembre 2 y 10, octubre 30 y noviembre 7 presentadas por el contratista, así como las solicitudes de cotización 272, para la planta de Pereira, y 271 para la planta de Armenia, el apoderado de la convocante manifestó en la correspondiente diligencia judicial que no le era “posible exhibir en esta audiencia los documentos cuya exhibición se solicitó, como quiera que efectuada su búsqueda en los archivos de su cliente, únicamente se encontró copia de una de las cotizaciones, sin precisar cuál de ellas y sin presentar documento alguno” (fl. 225 *ibíd.*). Mientras que el apoderado de la convocada exhibió el original de la solicitud de cotización Div -271, relacionada con la planta de Armenia, manifestando que los demás documentos “...no fueron encontrados en los archivos de Bavaria S.A.” (fl.

Así las cosas, el tribunal tendrá que decidir este punto con base en los contratos suscritos por las partes, en los demás documentos acompañados por ellas a la demanda y su contestación y en la solicitud de cotización 271 exhibida por la convocada; previa la siguiente claridad sobre el carácter obligatorio o no de los tratos preliminares a la celebración del contrato.

La celebración de un negocio jurídico, normalmente, es el resultado de una etapa previa de diálogos y negociaciones, a veces larga, compleja y difícil, que de suyo no es vinculante; la cual finaliza con el intercambio de las declaraciones en que cada parte expresa su decisión.

Etapa preliminar o fase del precontrato en la cual lo importante para el ordenamiento jurídico, es garantizar la autonomía y la libertad de acción de los intervinientes, de modo que las recíprocas exigencias que durante ella estos se hacen, son simples hipótesis, hasta cuando el contrato las convierte, mediante el consenso, si ello ocurre, en cláusulas o estipulaciones del mismo; y en segundo lugar, responsabilizar a aquella parte que, una vez agotado el debate y antes de celebrarse el contrato, se retire sin motivo serio de las negociaciones, frustrando la conclusión del mismo.

Esto disponen en su orden los artículos 1602 del Código Civil y 863 del Código de Comercio, cuando preceptúan que: “el contrato celebrado (no el precontrato) es una ley para las partes”; y que estas “deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que causen”.

Y la doctrina lo ilustra de la siguiente manera:

“A veces, en efecto —dice Messineo—, el contrato se forma sin ir precedido de previos contactos entre las futuras partes.

Pero, en realidad, el contrato casi nunca se forma instantáneamente. El mismo, especialmente cuando presente relevante interés económico, va precedido de tratos (o negociaciones, o sea, de lo que —en la jerga corriente— se llama “contratar” pero que es, por el contrario, actividad dirigida a conseguir el acuerdo), más o menos prolongados, durante los cuales, las futuras partes contratantes debaten acerca de cuál será, o podrá ser, el contenido del contrato a realizar, y a valorar la conveniencia —o no— de acceder a él.

Los tratos no son vinculantes, en el sentido de que el resultado de ellos no es todavía el contrato, sino un esquema meramente hipotético, que se convertirá en contrato si sobre él, es decir, sobre cada una de las cláusulas se forma, y en cuanto se forme el consentimiento de las partes. Por tanto, los tratos no obligan; y lo mismo el contenido de los puntos sobre los cuales el debate se ha agotado, no es todavía vinculante para las partes.

“Pero los mismos obligan en otro sentido: en el sentido en que cuando hayan llegado a un punto tal que haga prever que el contrato podría celebrarse y una de las partes rompa esos tratos sin un justo o atendible motivo (culpa *in contrahendo* , o sea, culpa en el curso de los tratos contractuales: responsabilidad precontractual), la contraparte tendrá derecho al resarcimiento del daño - esto es, el llamado interés contractual negativo (*id quod interest contractum initium non fuisse*), en contraposición al llamado interés contractual positivo, o interés en el cumplimiento...”<sup>(8)</sup>.

Las cláusulas primeras y sus respectivos párrafos de ambos contratos, *mutatis mutandi*, o sea, en el uno hablando de 27 litros por segundo (lps) para la planta de Pereira, (fl. 13 del cdno. pbas.), y en el otro de 25 litros por segundo (lps) para la planta de Armenia (fl. 55 ibíd.), dicen:

“Primera: Objeto. El contratista obrando por su cuenta y riesgo, con libertad, autonomía técnica y directiva, se obliga para con la empresa a construir la planta de tratamiento anaerobio de las aguas residuales para un caudal vertido de 27 lps de la cervecería de Pereira (25 lps de la cervecería de Armenia) conforme a los trabajos estipulados en la cláusula decimonovena de este documento.

PAR.—La cotización de agosto 8, las comunicaciones de agosto 30, septiembre 2 y 10, octubre 30 y noviembre 7 presentadas por el contratista, así como la solicitud de cotización DIV -272 (y 271 para la planta de Armenia)

elaborada por la empresa, las cuales sirvieron de base para el presente contrato, forman parte del mismo”.

Y las cláusulas decimosegunda de ambos contratos, refiriéndose al precio y su forma de pago, y determinando la cifra de \$ 2.139.910.229 (fl. 15 ibíd.) para la construcción de la planta de Pereira y \$ 2.141.414.531 (fl. 57 ibíd.) para la de Armenia, así como los distintos contados en que el precio acordado debe pagarse, estipulan lo siguiente:

“Decimosegunda: Precio . Por la completa ejecución de los trabajos contratados, especificados en la cláusula decimanovena, y como valor total de ellos, el cual cubre los costos, gastos generales, gastos varios, gastos imprevistos, constitución de garantías, etc., todos los cuales correrán por cuenta exclusiva del contratista, la empresa pagará a este la suma total de dos mil ciento treinta y nueve millones novecientos diez mil doscientos veintinueve pesos (\$ 2.139.910.229) (dos mil ciento cuarenta y un millones cuatrocientos catorce mil quinientos treinta y un pesos con treinta centavos (\$ 2.141.414.531.30), para la planta de Armenia) moneda corriente, suma que será cancelada, en la forma siguiente: a) A título de anticipo el cuarenta por ciento (40%) del costo total de las obras, esto es la suma de ochocientos cincuenta y cinco millones novecientos sesenta y cuatro mil noventa y un pesos con sesenta centavos (\$ 855.964.091.60) (ochocientos cincuenta y seis millones quinientos sesenta y cinco mil ochocientos doce pesos con cincuenta centavos (\$ 856.565.812.50), para la planta de Armenia) moneda corriente, a la firma del acta de iniciación del presente contrato previa presentación de las garantías pactadas exigibles, b) Por avances, el cincuenta por ciento (50%) del valor total del presente contrato, es decir, la suma de mil sesenta y nueve millones novecientos cincuenta y cinco mil ciento catorce pesos con cincuenta centavos (\$ 1.069.955.114.50) (mil setenta millones setecientos siete mil doscientos sesenta y cinco pesos con sesenta y cinco centavos (\$ 1.070.707.265.65), para la planta de Armenia) moneda corriente, previa presentación de las cuentas de cobro aprobadas por la empresa y c) El diez por ciento (10%) restante, esto es, la suma de doscientos trece millones novecientos noventa y un mil veintidós pesos con noventa centavos (\$ 213.991.022.90) (doscientos catorce millones ciento cuarenta y un mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos con trece centavos (\$ 214.141.453.13), para la planta de Armenia) moneda corriente, contra entrega de la obra contratada, a completa satisfacción de la empresa, previa presentación de la póliza de calidad y estabilidad materia del presente contrato y de la respectiva cuenta de cobro aprobada por la empresa”.

Las cláusulas decimocuartas autorizan a la empresa a retener el 10% del valor total de cada contrato hasta cuando el contratista le acredite estar a paz y salvo con sus trabajadores (a fl. 15 vto. Pereira, y a fl. 57 vto. Armenia ibíd.).

Y las cláusulas decimoséptimas consagran un derecho de retención de saldos a favor del contratista, cuando a juicio de la empresa se configure incumplimiento de él hasta cuando este se allane a cumplir lo pactado (fl. 15 vto. Pereira, y fl. 57 vto. Armenia ibíd.).

En las cláusulas decimonovenas de ambos contratos, denominadas “objeto y descripción de las obras”, dentro del punto “V. Especificaciones para alcance del suministro y límites suministro”, en lo pertinente, y cambiando lo relativo a las solicitudes de cotizaciones el 271 para la de Armenia y 272 para la de Pereira, se estipula (fls. 19 vto. 20 Pereira y 67 Armenia ibíd.) lo siguiente:

“Forman parte de la presente propuesta los siguientes servicios: Administración del proyecto. Ingeniería básica y de detalle, incluyendo realización y suministro de los diseños civiles, hidráulicos, electromecánicos de control y las especificaciones de equipos, tal como se especifica en los puntos 24.1 y 24.2 de la solicitud de cotizaciones 272 (y 271 para la planta de Armenia), lo aclarado y solicitado en las comunicaciones subsiguientes, incluida la reunión de sustentación técnica y lo especificado en la propuesta según las comunicaciones señaladas en la cláusula primera. Suministro de los equipos CIF cervecería de Pereira (cervecería de Armenia), su transporte, montaje y puesta en marcha hasta su correcto funcionamiento. Suministro de (80 m<sup>3</sup>) de lodo de inóculo granular (biomasa) especialmente seleccionado para agilizar el arranque del sistema... Se entiende que bajo la modalidad de “llave en mano” los suministros especificados en el presente contrato, son los mínimos a incluir, ya que dependiendo de la ingeniería de detalle pueden surgir necesidades de equipamiento, accesorios y obras que deben ser asumidos a cuenta del contratista”.

Y bajo el subítem “VII. Puesta en marcha. VII, 1. Generalidades”, en lo pertinente se lee a folio 68 ibídem: “...el contratista, suministrará un manual de operación y mantenimiento que indique al menos: ... —Catálogos y especificaciones del “stock” de equipos y partes necesarios para garantizar el funcionamiento continuo del sistema,

con direcciones y nombres de las compañías que los distribuyen a nivel internacional y su representante en Colombia”.

Por último, las cláusulas vigésimas de ambos contratos (fl. 26 Pereira y 68 vto. Armenia ibíd.), contemplan lo que en seguida aparece:

“Vigésima. El valor final del presente contrato será el estipulado en la cláusula decimosegunda o el que resulte de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por el contratista y recibidas a satisfacción por la empresa, por los precios unitarios señalados en la cotización de que trata el parágrafo de la cláusula primera del presente contrato, si este último fuere inferior”.

Ahora bien; con respecto a la “cotización de agosto 8, las comunicaciones de agosto 30, septiembre 2 y 10, octubre 30 y noviembre 7 presentadas por el contratista, así como la solicitud de cotización DIV-272 (y 271 para la planta de Armenia) elaborada por la empresa”, a las que se refieren los respectivos parágrafos de las cláusulas primeras de uno y otro contratos, el 8000-1637 y el 8000-1638, se tiene lo siguiente:

El actor acompañó a su demanda copia de dos comunicaciones sin número fechadas el 2 de septiembre de 1996 (fls. 1 a 10 ibíd.), con las cuales el señor Álvaro Orozco J. actuando como gerente general de Álvaro Orozco Asociados envió a Bavaria la “Mejor oferta final” correspondiente “a la solicitud de cotización DI-271 para las (sic) ciudad de Armenia (y DI-272 para la ciudad de Pereira) según formulario suministrado por ustedes respectivamente”; las cuales traen como anexos cada una cuatro folios impresos en computador, con un tipo de letra distinto al de las cartas remisorias, donde se discriminan por ítems en pesos y dólares los elementos que incluye la construcción de las plantas de cada una de dichas ciudades.

Documentos ambos que exhibió de nuevo en la diligencia practicada a solicitud de la convocada el día 11 de octubre de 2000; junto con la comunicación de octubre 30 de 1996 (fl. 11 ibíd.), suscrita por el señor Mauricio Velandia, como gerente administrativo de la convocante, dirigida a Eduardo Ojeda y/o Claudia Pérez en la que se dice:

“De acuerdo a su solicitud telefónica de hoy les detallamos los costos globales de la componente nacional de los dos proyectos”, incluyendo AIU e IVA, así: Armenia \$ 1.320.359.469 y Pereira \$ 1.318.839.208; y copia de una carta del 20 de septiembre de 1996 no mencionada en el parágrafo de las citadas cláusulas primeras de los contratos, enviada por fax por el gerente general de la citada convocante señor Álvaro Orozco al doctor Fernando Pérez, relativa a la cervecería de Pereira, que dice (fl. 12 del cdno. pbas.): “De acuerdo con nuestra conversación el día de hoy, me permito reiterar que el valor total, con IVA incluido, en nuestra oferta para la planta de tratamiento de la cervecería de Pereira, queda en Col \$ 1.318.839.208 la componente nacional, y US\$ 703.022 (dólares CIF) la componente extranjera”.

Las cotizaciones anexas a las cartas del 2 de septiembre de 1996, advierten (fls. 5, Pereira, y 10, Armenia, ibíd.), mediante nota al pie de página identificada con el número “(1)”, que los precios de cada ítem que figuran en la columna denominada “Importado (US-CIF (1))” son “Precios en dólares CIF-Obra- Pagaderos a la tasa representativa”; sigla inglesa esta, la de CIF, que representa las palabras “cost”, “insurance”, “freight”, y significa que el precio dado de la mercancía ya involucra, además del costo propiamente dicho, el seguro que la ampara hasta el lugar de destino y el flete o precio del transporte prepagado hasta el mismo lugar<sup>(9)</sup>.

Tales anexos, efectivamente, indican que ambas plantas, tanto la de Pereira como la de Armenia, requerían de los siguientes elementos importados, cotizados por el contratista, tanto en su componente nacional como en el componente propiamente importado ( fls. 2 , Pereira, y 7, Armenia, ibíd.):

“Ítem	Descripción	Nacional	Importado (US\$) - CIF (1)
4	Sistema de limpieza tamiz rotatorio	7.738.800	60.514
8	Reactores internos (tubería de distribución)		503.217

10	Manejo de lodos Deshidratación y almacenamiento	3.850.000	119.656
21	Suministro inóculo		19.635
	Subtotal		703.022
	AIU		
	IVA		
	Subtotal		703.022

En ambos cuadros, repítese, se lee esta nota al pie de la última página:

“(1) Precios en dólares CIF-obra pagaderos a la tasa representativa”.

Nota que no aparece en el ejemplar presentado por la demandada (fl. 195 ibíd.); y ella misma así lo reclamó al responder el hecho 4º, de la demanda en el literal c. (fl. 48 del cdno. ppal.), cuando dijo que este “difiere inexplicablemente del mismo documento cuya fotocopia presentó con la demanda Álvaro Orozco Asociados Ltda.”; agregando que “esta calculó el precio de los contratos en moneda legal colombiana a una tasa “proyectada” a quince meses de \$ 1.180, siendo la tasa representativa del mercado en ese momento de \$ 940, aproximadamente”. Documento, el presentado por la convocada, en el cual no existe tal nota al pie de página y en cambio, al final, en cuanto a los precios en dólares se lee:

“Subtotal: 703.022

AIU (sic): US\$ 703.022

IVA (sic): \$ 829.565.960

Subtotal: 829.565.960

La última cifra de \$ 829.565.960 aparece también, como se ve, más abajo en tamaño bien pequeño, frente a la leyenda “subtotal”; y por fuera del cuadro, en todas las páginas, en la esquina inferior derecha se lee”: Elaboró S.S.M.”

Dicha cifra \$ 829.565.960, en efecto, como lo dice el documento, resulta de multiplicar los 703.022 dólares por una tasa de cambio de \$ 1.180; tasa de cambio que la demandada califica de “proyectada a quince meses”, afirmando que en la fecha de suscripción de los contratos era de \$ 940 por dólar. Los peritos en la complementación de su dictamen (fl. 491 del cdno. pbas.) dicen que esta última tasa en realidad era de \$ 998.18.

La convocada, al responder la demanda, no tachó de falso el ejemplar presentado por la actora; y esta tampoco lo hizo con respecto a la versión presentada por aquella, y en eso ambas acertaron. Pues el tercer inciso del artículo 289 del Código de Procedimiento Civil dispone que: “No se admitirá la tacha de falsedad cuando ... se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica”.

Toda vez que las páginas donde figura dicha cotización, anexas a la carta del 2 de septiembre de 1996, no aparecen firmadas por la destinataria; aunque, claro está, no por eso dejan de ser un documento emanado de la convocante, cuya autenticidad implícitamente reconoció ella al aportarlo al proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 276 ibídem. Pero que al no haber sido aceptado expresamente por la parte contra quien se adujo, o sea la convocada, ni estar suscrito por ella, tal texto, por mandato del artículo 269 ibídem, no tiene valor probatorio contra la misma.

Y la convocante, que tenía la carga de la prueba, conforme a los conocidos principios que los latinos enunciaban diciendo: *onus probandi incumbit actori y reus in excipiendo fit actor*, plasmados en los ya comentados artículos 1757 del Código Civil y 177 de Procedimiento Civil, no la asumió, pues no demostró cuál fue el verdadero texto de la cotización que le remitió a la convocada.

Ahora bien, la comunicación del 30 de octubre de 1996 (fl. 11 ibíd.), suscrita por el señor Mauricio Velandia,

gerente administrativo de la demandante, y aducida como prueba por ella, se refiere únicamente al componente del precio en moneda nacional; la del 20 de septiembre de 1996 (fl. 12 ibíd.), circunscrita a la planta de Pereira, donde el gerente de la convocante ratifica que “el valor total con IVA incluido en nuestra oferta para la planta de tratamiento de la cervecería de Pereira, queda en Col. \$ 1.318.839.208 la componente nacional, y US\$ 703.022 (dólares CIF) la componente extranjera”, no expresa ninguna posición de la convocante respecto a la tasa de cambio con la que deben liquidarse los dólares de los equipos importados, ni aparece mencionada en el párrafo de la cláusula primera del contrato 8000-1637; y la del 15 de diciembre de 1997 (fl. 35 ibíd.), en la que de manera enfática y sin rodeos el gerente de la actora le dice a Bavaria, por conducto del doctor Camilo Cifuentes de la división de ingeniería, que le hace notar que: “en las mencionadas ofertas se discriminan los valores en pesos para el componente nacional y en dólares para los equipos importados aclarándose al final del cuadro que los dólares son pagaderos a la tasa representativa del mercado” (negrilla del tribunal); no solo no hace parte de uno ni otro contrato, por no aparecer mencionada en los párrafos de las cláusulas primeras de ellos, sino que, como lo hizo notar la convocada al responder a la demanda (lit. d de la respuesta al hecho 4º, fl. 48 del cdno. ppal.), ella se recibió “13 meses después de firmados los contratos”.

Así las cosas, fuera de los contratos suscritos por las partes, únicamente existe como prueba documental sobre el punto debatido, la solicitud de cotización 271, correspondiente a la construcción de la planta de Armenia; documento emanado de la convocada que figura a folios 536 a 568 del cuaderno de pruebas, bajo el título de:

“Solicitud de cotizaciones 271 para contrato de diseño, suministro y montaje de equipos, construcción y puesta en marcha de un sistema de tratamiento anaeróbico de 25 litros por segundo de aguas residuales de la cervecería de Armenia – modalidad “Llave en mano”.

La cual, según se dijo en el acta correspondiente, consta de 33 folios por una sola cara y contiene por temas hasta el número 24.6, denominado “Plan de trabajo”; documento del que destaca el tribunal los siguientes apartes, por referirse al tema debatido de la tasa de cambio aplicable al valor de los equipos importados:

“24.2 Especificaciones de los equipos (fls. 556 y 557 ibíd.)

“Se deben indicar la cantidad, descripción, marca, tipo, dimensiones país de origen de fabricación, precios y otras especificaciones de tipo técnico de los equipos que se instalarán en el sistema, además de todos aquellos elementos e instrumentos que se instalarán para el control y operación de los mismos. Esta información debe ir con catálogos, dirección de representantes o firmas de distribución de los mismos a nivel nacional e internacional.

“Los equipos y accesorios utilizados para este sistema cuando sean nacionales deberán ser seleccionados con firmas de reconocida capacidad en su representación y en el suministro y montaje de los mismos. De la misma forma los equipos de importación deben incluir el valor de la asistencia en el montaje y en la puesta en operación de las firmas que hacen la representación en el país y que vayan a garantizar tanto el suministro de los equipos como el de sus repuestos y la asistencia técnica que se requiere en la cervecería. De acuerdo a lo anterior la compra de los equipos debe hacerse necesariamente a través de tales representantes, para lo cual y como documento complementario al suministro de los equipos se entregarán a la empresa, para el pago del avance del suministro de los mismos, las certificaciones de su entrega por parte de los representantes locales al contratista, así como el compromiso de la asistencia de los representantes en su instalación, calibración y puesta en operación y la vigencia de su garantía electromecánica”. (La negrilla del primer período y del segundo hasta la palabra “representantes” pertenecen al texto; y de ahí en adelante es del tribunal).

“Para efectos del estudio de la oferta económica, el proponente presentará los costos discriminados del suministro de los equipos, accesorios, instrumentación, control y demás componentes necesarios para funcionamiento de los mismos, por módulos de operación y tratamiento separados...

“Para los equipos de necesaria importación deben cotizarse obligatoriamente los costos CIF Armenia - Planta de tratamiento de aguas residuales de la cervecería de Armenia, en pesos colombianos con AIU e IVA discriminando por separado para los suministros y la obra civil y totalizando los globales de toda la oferta”. (negrilla del tribunal).

Tal solicitud de cotización 271, formulada por la empresa al contratista al momento de invitarlo a contratar, como

lo corrobora su apoderado en su alegato de conclusión, quien la califica como “la invitación” lo que sugiere que es de igual texto y contenido a la solicitud de cotización 272, a tenor del párrafo de la cláusula primera, hace parte del contrato de obra 8000-1638 para la contratación de la planta de tratamiento de Armenia; y a juicio del tribunal, sirve también para interpretar el contrato 8000-1637 para la construcción de la planta de Pereira, acorde con la regla que al efecto trae el inciso segundo del artículo 1622 de Código Civil, consistente en que las cláusulas de un contrato pueden interpretarse por las de otro suscrito “entre las mismas partes y sobre la misma materia”.

Antes de evaluar lo expuesto sobre el negocio jurídico en abstracto y los celebrados en concreto por las partes de este litigio, debe observarse cuál es el marco jurídico vigente sobre las obligaciones en moneda extranjera y el tipo de cambio aplicable a las mismas.

Régimen de cambios internacionales. Tasa de cambio para las operaciones de comercio exterior y para las que no lo sean

Hay dos posibilidades básicas frente a las obligaciones en moneda extranjera: que se paguen a la tasa o tipo de cambio que regía el día del convenio; o que se cubran a la tasa de cambio que rija el día de pago; todo, según se pacte y según la ley lo permita.

Pues el contenido de la deuda, cuando se trata de obligaciones derivadas de negocios jurídicos, como dice Enneccerus, “se determina en primer término por la voluntad de los interesados, mientras que en las obligaciones legales, esta voluntad es indiferente”; quien, refiriéndose al artículo 244 del Código Civil alemán, añade que:

“... una deuda pecuniaria expresada en moneda extranjera que deba ser pagada en Alemania, ”puede” pagarse en moneda del Reich”, pero no, claro está, que tenga que ser pagada en moneda del Reich. El derecho del deudor a pagar en moneda alemana solo caduca si se ha estipulado expresamente el pago en moneda extranjera, como se hace con frecuencia añadiendo la palabra “efectivo”. El cálculo se hace con arreglo al cambio del lugar del pago en el tiempo del pago y subsidiariamente conforme al cambio de la plaza decisiva para el lugar del pago”<sup>(10)</sup>.

En nuestro derecho positivo, el artículo 1626 del Código Civil señala el “qué”, o contenido de la prestación, y el 1627 el “cómo”, o la manera de su cumplimiento, disponiendo que “el pago efectivo es la prestación de lo que se debe”; y que él “se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación, sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes”.

La ley puede, entonces, intervenir en las obligaciones en moneda extranjera para regularlas, o dejarlas parcial o totalmente al arbitrio de los interesados. De hecho, en el país hemos pasado de un régimen de mercado libre, que regía antes de la crisis del año treinta del siglo pasado, a un régimen de control de cambios, que duró más de sesenta años, y volvimos a lo primero con la llamada apertura económica del comercio exterior, instaurada a principios de la década de los noventa.

En efecto, por virtud del Decreto 1683 de 1931 se suspendió el libre comercio de oro y divisas, se prohibió la exportación de dicho metal, eufemísticamente iniciada durante la conquista española, y se estableció el control de los cambios internacionales, otorgando su manejo a una comisión de control integrada por el superintendente bancario, un delegado del Presidente de la República y otro nombrado por la Junta Directiva del Banco de la República.

La Ley 46 de 1933 precisó que las “obligaciones originalmente contraídas en monedas o divisas extranjeras, se cubrirán, tanto el principal como los intereses, en moneda nacional colombiana, a la cotización que las respectivas monedas extranjeras hayan tenido en la fecha en que se contrajo la obligación; a menos que tales obligaciones provengan de transacciones en el comercio de importación, o de contratos de compraventa de productos destinados a la exportación”. Y la Ley 31 de 1935 aclaró que tal última expresión no comprendía “las obligaciones o facultades existentes a virtud de contratos de mutuo, venta con pacto de retroventa, hipoteca, promesa de venta y demás actos y contratos generadores de obligaciones de los productores para con los compradores o agentes, aun en el caso de que estos se encuentren incorporados en los contratos de compraventa de productos de exportación”.

Como se ve, desde entonces es claro que no son operaciones de cambio internacional las efectuadas antes de la exportación, como tampoco lo son las efectuadas después de la importación.

Tal régimen de control de cambios alcanzó su clímax de precisión y tecnicismo con el Decreto 444 de 1967, que, orientado al control de las importaciones y al fomento de las exportaciones, en protección de las reservas internacionales, categóricamente disponía con respecto al pago de las obligaciones en moneda extranjera, que si ellas correspondían a operaciones de cambio exterior, debían pagarse “a la tasa de cambio vigente el día del pago” (art. 248 *ibíd.*); y en caso contrario, a la tasa “vigente en la fecha en que fueron contraídas” (art. 249, *ibíd.*).

La Ley 9ª de 1991 inició el desmonte del control de cambios; y la Junta Directiva del Banco de la República, creada por el artículo 372 de la Constitución Política de ese mismo año, para reemplazar a la extinguida junta monetaria, como la máxima autoridad monetaria, de cambios y de comercio exterior, mediante el artículo 95 de la Resolución 21 de 1993, reproducido textualmente por el 79 de la Resolución 8 del 2000, dispuso lo siguiente:

“Las obligaciones que se estipulen en monedas extranjeras y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o una tasa de referencia distintas”. (negrilla del tribunal).

Conforme a dicho mandato, pues, pueden pactarse libremente obligaciones denominadas en moneda extranjera, aunque no se deriven de operaciones de cambio internacional, si así lo desean los interesados; quienes, inclusive, tienen plena libertad para estipular que ellas se paguen o liquiden a una tasa de cambio representativa del mercado distinta de la vigente en la fecha en que fueron contraídas; a condición, eso sí, de que lo pacten inequívocamente; de lo contrario, ellas se pagarán a la tasa representativa del mercado de la fecha en que fueron contraídas.

Pues bien; de las consideraciones jurídicas precedentes y del contenido de las pruebas cuyo análisis se ha hecho, el tribunal extrae o deduce lo siguiente:

Los contratos celebrados entre las partes para la construcción de las plantas de tratamiento de aguas residuales en las ciudades de Pereira y Armenia, son modalidades del contrato nominado de arrendamiento de obra, regulado especialmente por las normas contenidas en los artículos 2053 y siguientes del Código Civil. Según dicha norma, cuando el ejecutor o artífice de la obra suministra la materia prima, el contrato se asimila a una compraventa, la cual no se entiende perfeccionada sino con la aprobación del que ordenó la obra. Y según el 2060, cuando el constructor se encarga de realizarla “por un precio único prefijado”, no podrá pedir aumento del precio a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales; aunque, frente a circunstancias desconocidas que no pudieron preverse anticipadamente, podrá pedirle al juez que él decida sobre tal imprevisibilidad, y que en caso afirmativo fije el aumento del precio, con el auxilio de peritos.

Y como negocios jurídicos convenidos entre ellas, son actos libres y autónomos mediante los cuales ellas mismas autorregularon sus propios intereses, a través de las distintas declaraciones o estipulaciones que los integran; de cuyo contenido y alcance, son ellas las únicas responsables, beneficiándose de las ventajas que de allí reportan, pero también asumiendo las consecuencias gravosas o dañosas que el uso poco avisado del negocio pudo haberles acarreado.

Porque, como se dijo arriba, el negocio jurídico, por su carácter vinculante u obligatorio y su trascendencia social, es un instrumento que con razón la doctrina lo considera peligroso, precisamente porque sujeta o vincula a las partes del mismo y porque normalmente no permite retractaciones; de donde se sigue que el mismo no debe usarse sino por claros y serios motivos. Que, por tanto, impone a cada parte una carga de sagacidad y vigilancia, consistente en el deber de estar atenta a lo que pacta, y una carga de claridad en la formulación de las cláusulas insertas a su favor o que le ofrezcan interés; y si no lo hace, debe soportar las consecuencias dañosas a su cargo.

De allí que el artículo 1602 del Código Civil consagre apenas un principio apodíctico, cuando dispone que el contrato, un vez celebrado, se convierte en ley para las partes. El cual, por consiguiente, no está supeditado ni puede entenderse retrospectivamente modificado por las tratativas precontractuales recorridas por las partes antes de arribar al acuerdo o consenso. Al contrario, por ser el contrato posterior en el tiempo a las tratativas preliminares y por ende al proceso de ajuste o concordancia de las dos voluntades, más bien las afina y supera, como quiera que las mismas solo adquieren carácter vinculante en virtud del consenso que las eleve a categoría de estipulaciones contractuales.



Y por ello, ellas solo dan derecho a reclamar indemnización contra la parte que sin motivo serio y atendible las rompa o interrumpa, impidiendo la celebración del contrato, acorde con lo dispuesto en el artículo 863 del Código del Comercio.

Salvo que los documentos que las contienen se conviertan, por voluntad de los contratantes, en parte integrante del mismo contrato; como sucedió en este caso con la solicitud de cotización 271, emanada de la empresa, y aceptada en un todo por el contratista; y con la llamada “Mejor oferta final” formulada por este último anexa a su carta del 2 de septiembre de 1996; la cual, sin embargo, no estando firmada por él ni por el destinatario, y además habiendo sido expresamente rechazada por la parte convocada contra quien se opuso, en cuanto al añadido sobre la tasa de cambio a la cual debían pagarse los dólares, que figura al pie de la última página del ejemplar traído al proceso por la actora, no puede tenerse como prueba contra aquella, conforme a las normas procesales civiles arriba indicadas que regulan la prueba documental.

Dicho lo cual, resulta también evidente que lo pactado en un contrato no puede modificarse por la interpretación que en un determinado sentido le dé al mismo una de las partes sin la aquiescencia de la otra, a que se refiere el inciso final del artículo 1622 del precitado Código Civil.

Como ocurre con la carta dirigida por el contratista a la empresa el 15 de diciembre de 1997, trece meses después de celebrados los contratos, diciéndole que los dólares mencionados en su oferta del 2 de septiembre de 1996 “son pagaderos a la tasa representativa del mercado”, sin precisarle a qué fecha: si a la del día de la comunicación, como lo dijo en la segunda carta de la misma fecha (fl. 36 cdno. pbas.), o a la del día en que se formulara la primera cuenta de cobro, o a la que estuviere vigente “cuando se produzca el reconocimiento”, o sea, la del laudo, según lo pide la primera pretensión de la demanda (punto 2, lit. a del fl. 3 ibíd.).

Pues bien, lo convenido por las partes en ambos contratos, mediante las cláusulas decimosegundas, fue que el precio total se pagara en pesos, incluyendo dentro del mismo el valor en dólares de los equipos importados, liquidados a una tasa de \$ 1.180 por dólar, que era superior a la que, según los peritos, regía en noviembre de 1996 cuando se celebraron los contratos, de \$ 998.16 (fl. 491 ibíd.).

Pacto que coincide en un todo con la solicitud de cotización 271, en la que la empresa le indicó al contratista, en el punto 24.2 inciso 2º (fls. 556 y 557 ibíd.), que su oferta debía incluir “el valor de la asistencia en el montaje y en la puesta en operación de las firmas que hacen la representación en el país”, de los equipos importados; y que su compra debía “hacerse necesariamente a través de tales representantes para lo cual y como documento complementario al suministro de los equipos se entregarán a la empresa, para el pago del avance del suministro de los mismos, las certificaciones de su entrega por parte de los representantes locales al contratista” (primer párrafo del fl. 557 ibíd.).

Y para que no quedase duda de que la empresa deseaba que el contratista le instalara equipos debidamente importados y nacionalizados por los respectivos distribuidores o representantes del fabricante, y vendidos o entregados por ellos al contratista, para que este a su vez los suministrara o vendiera a la empresa, ventas o suministros que por ser posteriores a la importación ya no podían calificarse de operación de cambio internacional (como en las exportaciones no lo son los actos previos a las mismas); advirtió:

“Para los equipos de necesaria importación deben cotizarse obligatoriamente los costos CIF Armenia - Planta de tratamiento de aguas residuales de la cervecería de Armenia en pesos colombianos...” (negrilla del tribunal) (tercer párrafo del fl. 558 ibíd.).

De ahí, precisamente, que la primera cuenta de cobro, así como todas las demás formuladas por el contratista y aceptadas por la empresa, como él mismo lo reconoce en una de sus cartas del 15 de diciembre de 1997, se hubiera liquidado “...con una tasa de 1.180 pesos por dólar”; (fl. 36 ibíd.); es decir, a la misma tasa de cambio con que se redujeron a pesos los dólares de los equipos importados, para incluirse, como un componente más, dentro de la totalidad del precio de cada contrato; y a la misma que la empresa liquidó y pagó el anticipo a los contratistas, no obstante que para entonces la tasa representativa del mercado apenas frisaba los mil pesos por dólar, según lo dice el experticio.

Por último, el tribunal desea hacer claridad sobre estos dos aspectos finales de esta primera parte de la discusión:

El hecho de que el contrato 8000-14126 del 4 de agosto de 2000, suscrito entre Bavaria y Pavco S.A. para la terminación de la planta de Armenia, incluido como anexo en el dictamen pericial, hubiere dispuesto en el párrafo primero de la cláusula decimosegunda, transcrita en su alegato por el señor apoderado de la convocante, que: “Las sumas enunciadas en dólares en la presente cláusula se cancelarán en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado al momento de la facturación” (fl. 256 del cdno. ppal.); lejos de desvirtuar, viene a corroborar lo dicho por el tribunal, en el sentido de que a partir de la Resolución 21 de 1993 de la Junta Directiva del Banco de la República, las partes de un contrato son libres de pactar obligaciones en moneda extranjera, aunque no se deriven de operaciones de comercio internacional, y de convenir que las mismas se paguen a la tasa de referencia acordada por las mismas partes.

Y simplemente denota que, mientras Pavco logró que Bavaria asumiera íntegramente el diferencial cambiario o la devaluación, liquidando el componente del precio en moneda extranjera a la tasa de cambio vigente el día de pago; la convocante de este tribunal, no, aunque se esforzó para convencerlo de lo contrario.

Debe también quedar muy en claro en lo atinente a la tasa de cambio aplicable a las obligaciones en moneda extranjera, que no influye para nada, como aduce en su alegato el señor apoderado de la entidad convocada, que los contratos *sub lite* se haya celebrado bajo la modalidad “llave en mano”.

Expresión que, según se definió en ellos, quiere decir que los suministros especificados “...son los mínimos a incluir, ya que dependiendo de la ingeniería de detalle pueden surgir necesidades de equipamiento (sic) accesorios y obras que deben ser asumidos a cuenta del contratista...” (cláusulas decimonovenas, punto V *in fine, ejusdem*, fl. 20, Pereira, y 67 vto., Armenia, del cdno. pbas.); y en palabras de los peritos: “que el contratista se compromete por su cuenta y riesgo a ejecutar el diseño, construcción y puesta en funcionamiento de una obra por un precio total único y fijo”, de modo que las “variaciones de los precios comerciales no pueden considerarse como causales de revisión del precio convenido” (págs. 006 y 008 del informe pericial, fl. 317 párrafo final y fl. 319 *ibíd.*).

Contratos a los que, según vimos, nuestro Código Civil se refiere como aquellos en los cuales la obra se contrata “por un precio único prefijado”; y los especialistas en el tema de la construcción de obras denominan “por gerencia de obra”, o “a precio global”, o “llave en mano” y los definen de la siguiente manera:

“Sistema de contrato de construcción por el cual un contratista se compromete por su cuenta y riesgo a ejecutar una obra por un precio total y fijo.

La invariabilidad del precio global convenido, cuya revisión no pueden efectuar unilateralmente el contratante ni el contratista, es la característica principal de este sistema, en el cual sin embargo, pueden distinguirse en la práctica dos modalidades: el absoluto, cuando el precio y el volumen total de la obra son inmodificables, y el relativo, cuando se establece la posibilidad de incrementar o rebajar el precio globalmente fijado, según se aumenten o disminuyan las cantidades de obra por ejecutar”<sup>(11)</sup>.

No; la obligación de asumir la devaluación monetaria, según queda expuesto, solo depende de que la obligación derive de una operación de cambio internacional o de que así lo hayan acordado expresamente las partes contratantes. Porque, vale la pena enfatizarlo, una cosa es que un contratista se comprometa mediante la modalidad “llave en mano” a realizar la obra contratada por un precio único, total e inmodificable, asumiendo por su cuenta y riesgo toda clase de costos y gastos generales e imprevistos; y otra muy distinta, que los precios denominados en moneda extranjera incluidos en el mismo contrato, deban liquidarse a la tasa de cambio que rija el día del pago.

Por lo demás, el tribunal no encuentra que existan “actas de modificación firmadas por las partes en cuanto al pago de los reajustes por tasa representativa de mercado (TRM del componente en moneda extranjera del contrato estipulados en el mismo”, a que alude la primera pretensión de la demanda; y en las modificaciones a los contratos para prorrogar los plazos de entrega de las plantas o para hacer constar la cesión del interés contractual de unos a otros miembros de la Unión Temporal de contratistas, por ninguna parte se menciona siquiera el tema de la tasa de cambio alegada por la convocante.

Por todo lo cual se negará aquella parte de la primera pretensión de la demanda orientada a obtener un reajuste en

la tasa de cambio del componente del precio en moneda extranjera.

Las partes, además, se increpan mutuamente estos incumplimientos:

La actora le achaca a la convocada con respecto a la planta de Pereira (contrato 8000-1637), que no le pagó a tiempo las cuentas presentadas en los meses de marzo y abril de 1998, las que, “únicamente fueron canceladas en el mes de junio” (hecho 5.8, a fl. 9 del cdno. ppal.); y que, a pesar de que la planta “en este momento se encuentra operando de manera satisfactoria”, ella se ha “negado al recibo definitivo de las obras” y le retiene “a la fecha una facturación cercana al 13% del valor del contrato” (Hecho 5.12, a fl. 10 ibíd.).

Y esta última le opone a aquella como defensa contra sus pretensiones, la “Excepción de mérito: incumplimiento de contrato por parte de la sociedad demandante”, aduciendo, entre otras cosas, que:

“Con comunicación PCGO-00015 del 7 de enero de 1998 (sic) la división de ingeniería, requiere al contratista dar solución a problemas presentados, los cuales ya se habían requerido en anteriores oportunidades, como puede demostrarse en actas de comité; adicionalmente requiere para que se encuentre en la obra un asesor y/o técnico por parte de la Unión Temporal en la puesta en marcha y operación de la planta de tratamiento de aguas residuales de cervecería de Pereira” (Hecho 16 de la excepción, a fl. 62 ibíd.); y que: “la Unión Temporal en general y en particular Álvaro Orozco Asociados Ltda., miembro de aquella y responsable solidariamente, incumplieron desde un comienzo los contratos de las obras que se comprometieron a realizar y que, en definitiva, no entregaron el 30 de noviembre de 1998 estabilizada y con sujeción a los parámetros de norma, la planta de tratamiento de aguas residuales de la cervecería de Pereira, y no entregaron el 23 de diciembre de 1998, estabilizada y con sujeción a los parámetros de norma, la planta de tratamiento de aguas residuales de la cervecería de Armenia” (Hecho 34 a fls. 64 y 65 ibíd.).

Y al efecto pidió un peritaje, para que los expertos conceptuaran si “la sociedad demandante realizó las obras que se comprometió a hacer según los contratos 8000-1637 y 8000-1638 dentro de los plazos y con las características y especificaciones a que se refieren dichos contratos y los documentos complementarios”; y si la convocada “hizo al contratista los pagos que le correspondía hacer conforme a los contratos y de acuerdo con la reglamentación que tiene establecida para la cancelación de las cuentas a todos los contratistas, proveedores y personas con quienes contrata”. Peritos a quienes el tribunal solicitó, además, explicar el significado de la expresión “llave en mano”, a lo cual acaba de referirse el laudo en el punto anterior, e indicar qué porcentaje de las obras contratadas fueron efectivamente realizadas, entregadas, recibidas y pagadas.

Pidió también la convocada citar a declarar sobre la celebración y ejecución de estos contratos a varias personas, en su mayoría funcionarios de la propia empresa contratante, razón por la cual, salvo el testigo Camilo Alberto Cifuentes, todos los demás fueron tachados como sospechosos por la convocante. Y la declaración de parte del señor Álvaro Orozco Jaramillo, gerente de la sociedad demandante.

El tribunal, empero, apreciará no solo el dicho de aquel testigo no glosado, sino también el de algunos otros, porque, dadas las calidades personales y profesionales de los mismos, ellos le merecen credibilidad; a más de que dispone de otras pruebas concordantes para confrontar la verosimilitud de lo declarado por ellos.

Mientras tanto la actora guardó silencio con respecto a la predicha excepción de fondo de contrato no cumplido que le opuso su contraparte, durante el traslado que se le dio en la etapa prearbitral, conforme al artículo 399 del Código de Procedimiento Civil (fl. 71 ibíd.).

Ahora bien; el testigo Camilo Alberto Cifuentes, jefe del departamento ambiental de Bavaria, cuando se le preguntó, respecto de las obras de Pereira: “Si Álvaro Orozco Asociados ejecutó totalmente la obra”, respondió, según se ve en las páginas 39 y 40 de su declaración (fls. 234 y 235 cdno. pbas.).

“No la ejecutó totalmente, la prueba es que Pavco un tercero tuvo que terminar la obra”; y en seguida añadió: “Una planta de aguas residuales no solamente tiene la construcción, las obras civiles, los montajes electromecánicos sino la puesta en marcha y la entrega a satisfacción luego de que se cumpla todo un protocolo de recibo; decimos efectivamente la planta está cumpliendo la labor para la cual fue comprada y podemos entregar a satisfacción la obra a la entidad de control gubernamental. Los parámetros que pedimos contra entrega están siendo cumplidos,

cuando eso sucede podemos decir la obra está terminada. Podemos ir a una situación donde todo se cumple pero la planta no funciona, entonces la obra no se puede recibir” (fl. 235 ibíd.).

Y en cuanto a la retención de la parte final de precio que contractualmente podía hacer la empresa convocada a los contratistas encabezados por la sociedad convocante, dijo:

“Lo que sé contractualmente es que se hablaba de un primer pago de un 40% y luego avances hasta completar un 90% del contrato que debía cancelarse a la terminación total de las obras civiles, mecánicas, electromecánicas, y de automatización; un 10% quedó estipulado en el contrato y lo hemos manejado siempre luego que se diera la puesta en marcha y recibo a satisfacción ... Había una suma de un 10% que quedó claramente especificado, incluso cuando se visitó la obra en los pliegos de licitación normalmente Bavaria lo aclara, que un 10% del valor del contrato queda retenido hasta el recibo a satisfacción de las obras. Esto no se llama retención sino un acuerdo contractual que se concede desde el mismo momento en que se entra a licitar una obra de estas” (fl. 236 ibíd.).

El señor Carlos Alberto Olano Abadía, quien en la actualidad no tiene ningún vínculo jurídico con Bavaria, como lo hizo constar el interrogante al inicio de la audiencia correspondiente, manifestó en relación con la planta de Pereira que no hubo entrega ni firma de acta. En efecto, cuando se le preguntó si se había firmado tal acta, respondió: “No, acta de recibo a satisfacción el día X de construcción y montaje no se dio porque faltaba pendientes” (fl. 272 ibíd.).

Y el testigo Guillermo Ramírez Correa, director de la división de ingeniería de Bavaria, quien al igual que el anterior, fue interrogado bajo juramento por quien pidió la prueba y contrainterrogado por la contraparte, en la página 18 de su declaración, (tercer párr. de fl. 213 ibíd.), confirmó que:

“La Unión Temporal recibió un anticipo en febrero de 1997, no recuerdo la fecha exacta de 853 millones por cada planta que tenía que fabricar. Esa plata corresponde a un 40% del valor total del proyecto que era por cada planta alrededor de 2.140 millones de pesos”.

Y más adelante, cuando se le pidió explicar “cuáles eran los diversos picos de las obras a que se comprometió Álvaro Orozco Asociados Ltda.”; dijo (fls. 215 y 216 ibíd.): “...es una obra que tiene tecnología importante pero si la discriminamos podemos decir que tiene una componente sustancial en obras civiles que son básicamente tanques reactores de gran tamaño fabricados en concreto con unas protecciones interiores porque dentro de esos tanques se generan unas reacciones químicas que son altamente corrosivas y que afectan incluso al concreto como material. Se fabrican en concreto reforzado por la resistencia mecánica que debe tener la estructura y se debe recubrir internamente para evitar que el ataque químico dañe prematuramente esos tanques y ese es un aspecto fundamental en la obra civil. —Adicionalmente a eso vienen las obras mecánicas que son la adquisición de equipos, montajes de tuberías, bombas, válvulas, tamices, inyectores, es decir una cantidad de elementos metal mecánicos que se adquieren o se montan en sitio en la planta—. Como un tercer componente importante podemos hablar de la parte eléctrica, electrónica y de control que es todo lo que tiene que ver con las señales eléctricas de potencia y de control, con los sistemas supervisorios automáticos de la operación del sistema. Hay un último componente que es la recuperación del terreno donde se fabrica la planta, aspectos paisajísticos de siembra de árboles, etc.”.

A la pregunta de si Álvaro Orozco Asociados realizó las obras dentro de los plazos establecidos en el contrato y en sus prórrogas, respondió:

“Definitivamente no, no las realizó y precisamente por eso considero que estamos sentados acá discutiendo el tema en esta instancia porque las obras no fueron culminadas. —La obra de Armenia específicamente quedó a mitad de camino, por decir de alguna manera, tanto en obras civiles como en obras mecánicas y en obras eléctricas, electrónicas y de control ... En Pereira que fue la obra que tuvo el mayor avance, la planta tampoco quedó terminada faltaron obras también de orden civil pero ya en menor cantidad mecánicas y eléctricas también en menor cantidad. La obra de Pereira tuvo un mayor desarrollo hacia su culminación que la planta de Armenia pero tampoco fue culminada completamente. —Había un concepto fundamental en el contrato que está escrito en una de las cláusulas y remitiéndonos al concepto de un proyecto llave en mano que la planta debía ser entregada a satisfacción en plena operación con una estabilidad de 3 meses y eso hacía parte integrante del proyecto como tal.

La parte de entrega de la planta a satisfacción en operación plena con una estabilidad de 3 meses de operaciones esa parte tampoco la entregó el contratista en ninguna de las dos plantas” (fl. 216 *ibíd.*).

Y ante otra pregunta continuó declarando así:

“Las obras civiles como tal específicamente, diría que pudieron quedar entre un 90% y 94% de terminación de las obras civiles específicamente en Pereira... De lo que no es obra civil sino mecánicas, eléctricas, de instrumentación y de control, diría que en obra física como tal estaría entre un 85 y 90% en Pereira...” y en cuanto a la planta de Armenia, agregó: “En obras civiles estimaría, no lo sé con precisión, pudo haber llegado a un 80% aproximadamente. Las restantes obras estarían en 20 o 30%” (fl. 217 *ibíd.*).

Y con respecto al pago, aludiendo a una conversación sostenida con el señor Álvaro Orozco Jaramillo, expresó:

“Le hice un cálculo a mano muy sencillo, sobre las facturas descontando las amortizaciones se sacan los pagos netos y esos pagos netos son la plata física real que le ha entregado Bavaria al contratista por la obra. ¿Qué hizo Bavaria?.—Le pago el 90% de la obra de Pereira, quedaba un 10% como retención en garantía y ese 10% se pagaba en el momento en que el contratista, la Unión Temporal entregara la planta a satisfacción, operando 100%, y con 3 meses de estabilidad... (fl. 218 *ibíd.*). “Volviendo al pago, a Álvaro Orozco personalmente le expliqué que la figura que estaba utilizando de trabajar porcentajes sobre la facturación, no era lógica, había que trabajar porcentajes sobre pagos netos y que Bavaria ya le había dado el 90% del valor de la obra, creo que eran 1.925 millones de 2.140. —¿Cuál era la contraprestación de esos 1.925 millones? La terminación de la obra física como tal, completa, dejando a un lado lo que fuera el arranque y la terminación de la planta entregada estabilizada y en operación. —La retención de un 10% del valor de un proyecto de esta naturaleza, en primer lugar es una costumbre en los acuerdos contractuales que se hacen en la industria para manejar este tipo de obras. En segundo lugar se hace en pleno acuerdo con el contratista, es decir, un acuerdo parte contratante y parte contratista... Se hace porque se establece como garantía de que el proyecto ya de mano como tal va a cumplir su objetivo final para el cual fue concebido y que el contratista lo va a entregar en las condiciones que fueron pactadas y establecidas contractualmente, se establecen en términos de unos parámetros técnicos, la planta debe quedar funcionando en estas condiciones. —Es la garantía que el contrato llave en mano como tal cumpla en su alcance para el cual fue concebido y acordado por las partes” (fl. 219 *ibíd.*).

Sobre el mismo punto, el representante legal de la convocante Álvaro Orozco Asociados Ltda. señor Álvaro Orozco Jaramillo, en la declaración de parte que mediante interrogatorio practicado bajo juramento dentro del proceso le formuló la contraparte, como se ve a páginas 8 y 9 de su declaración (fl. 485 *ibíd.*), ante la pregunta:

“No establecía el contrato que en el pago de las obras se retenía el 10% de su valor... las obras a satisfacción?”; respondió: “Sí lo establecía pero había ambigüedad en sobre que bases, si era el 10% neto de la plata que costaba el trabajo o el 10% de facturación. En los pagos va haciendo un retorno el anticipo, en ese nuevo ... había un punto que discutimos, dijimos facturar el 90% de la obra para haber resuelto nuestros problemas de liquidez. Allá hay un dinero invertido no solo de AOA sino de la otra compañía que en ninguna forma se pagó, ellos están alegando cosas contractuales pero mínimas, incluso se valorizaron y las valorizó Bavaria, acepté la valorización de ellos, cobren, contraten al que quieran, terminen eso y págúeme este 10% por favor que necesito para terminar las obras de Armenia, dijeron no la obra no está terminada, tenemos el derecho de quedarnos con el 10% y se quedaron con el 10%”.

Y los peritos, en el dictamen que rindieron y luego complementaron a petición de ambas partes, contra el cual no prosperó la objeción de la convocante, pues la que propuso por error grave fue declarada improcedente, porque omitió pedir pruebas para demostrarla, refiriéndose a las plantas de Pereira y Armenia, como se ve en la página 002 (fl. 313 *ibíd.*), bajo el punto 1.3.1. segundo párrafo, y respondiendo la primera pregunta que se les formuló, o sea, si la sociedad demandante realizó las obras a que se comprometió, conforme a los contratos 8000-1637 y 8000-1638, dijeron:

“Sin embargo, del estudio de las cotizaciones de Pavco se desprende que hubo bastantes ítems que no fueron correctamente ejecutados, aunque aclaramos que todo proceso de construcción es dinámico y si AOA hubiese continuado hasta la terminación, esas fallas habrían sido corregidas”.

Y al responder la segunda pregunta que les formuló la convocada y solicitante de la prueba, acerca de:

“Si Bavaria, S.A. hizo al contratista los pagos que le correspondía hacer conforme a los contratos y de acuerdo con la reglamentación que tiene establecida para la cancelación de las cuentas a todos los contratistas, proveedores y personas con quienes contrata...”; dijeron, como se ve en la página 004 de su dictamen (fl. 315 ibíd.), bajo el 2.1 y 2.2:

“Utilizamos los listados suministrados por Bavaria, tanto en la demanda como en los que nos envió posteriormente. La ruta que está señalada en los listados de computador anexos a la demanda, a nuestro juicio, contiene los pasos que requiere una empresa de la magnitud de Bavaria para disponer de información suficiente para controlar todo el proceso de sus pagos”.

Y haciendo notar, bajo el literal a), que uno de los dos peritos, “El ingeniero Ardila en la reunión del 17 de octubre de 2000 con el ingeniero Álvaro Orozco, le preguntó si aceptaba los documentos de Bavaria para comprobar las fechas en que sus cuentas, ya aprobadas por la interventoría, habían sido radicadas en las oficinas de Bavaria para iniciar el trámite del pago y los correspondientes a los pagos, obteniendo una respuesta positiva”; en el literal c) añaden:

“Con base en lo anterior elaboramos un cuadro que se anexa con el 4...”. cuadro que aparece en las páginas 027 y 028 del dictamen (fls. 338 y 339 ibíd.) en el cual se ve lo siguiente, con respecto a las facturas radicadas por la convocante en los meses de marzo y abril de 1998, únicas sobre las cuales ella hace radicar la queja de que se le pagaron con retraso, titulado:

**“Cuadro resumen ruta de pagos planta de Pereira:”**

Ruta de pagos Armenia (sic)	Fecha de radicación válida e impresa	Fecha de pago cumplida e impresa	Diferencia en días	Valor
Acta avance 3	04/03/98	01/04/98	28	68.372.768
Acta avance 4	21/04/98	22/05/98	31	49.745.696

Es de anotar que la iniciativa para obtener los pagos dependía exclusivamente de la unión de contratistas con base en los avances de obra que hiciera, la formulación de la cuenta de cobro, el visto bueno que le debería dar la interventoría, después la aprobación por coordinación del proyecto y luego la radicación de dichas cuentas en la tesorería de Bavaria, de lo cual precisamente se da cuenta bastante pormenorizada en las llamadas hojas de ruta o historia de radicaciones y las hojas de control de contratos que fueron aportadas por la demandada como pruebas 2, 3, 4 y 5. (fls. 152 a 190 ibíd.).

Más aún, analizando los pagos que se dieron después del anticipo que le sirvió a la Unión Temporal de contratistas para trabajar con esos fondos por casi un año, se observa que ellos recibieron dineros por avance de obra en enero, marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 1998, que totalizan un neto de algo más de mil millones de pesos. En ese lapso no se advierten grandes períodos de tiempo sin pago. Y viendo el cuadro resumen de pagos de la planta de Pereira, a folio 338 ibídem se encuentra que en catorce pagos consecutivos desde la radicación del anticipo el 20 de enero de 1997 hasta la fecha de pago cumplida e impresa del acta de avance 11 del 19 de agosto de 1998, hay un intervalo promedio de 26.3 días.

Algo similar sucede al observar el cuadro resumen de pagos en la planta de Armenia: los contratistas recibieron pagos en los meses de enero, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre del mismo año de 1998 por una cifra similar a la recibida por la planta de Pereira, en veinte pagos consecutivos a partir de la radicación del anticipo hasta el acta de avance 16 del 5 de marzo de 1999 (fl. siguiente del mismo cdno.).

A manera de conclusión para las actas de Pereira y Armenia, añaden los peritos: “...De un total de 27 pagos, se encontraron atrasos en 2 de ellos y en consecuencia consideramos que los pagos si se hicieron en tiempos

razonables” (fl. 490 ibíd.).

Por otra parte incluyen los mismos peritos como anexo 5 de su experticio la “Cotización de Pavco para concluir trabajos (mar. 12/99)”, dirigida a la Unión Temporal encabezada por la convocante, la cual fue entregada a los peritos por su apoderado, que inicia diciendo:

“Santafé de Bogotá, D.C., marzo 12 de 1999

UT Álvaro Orozco Asociados Ltda., Codistil e Impsa Andina S.A.

Atentamente: Ingeniero Álvaro Orozco

Ciudad

Referencia: Terminación de actividades, obras y montajes de las plantas de tratamiento de aguas residuales industriales de la Cervecería Bavaria para las ciudades de Armenia y Pereira.

Apreciado ingeniero Orozco:

De acuerdo a su solicitud y la visita a las plantas de tratamiento de la referencia, Pavco a través de su división de tratamiento de aguas, Indeco, les presenta la alternativa más viable para ejecutar las labores pendientes en los sistemas de tratamiento necesarios para que la UT pueda realizar el arranque y puesta en funcionamiento de estas...” (fl. 342 ibíd.).

La cual se compagina o correlaciona con la propuesta que, con fecha 15 de marzo de 1999, la Unión Temporal, integrada por Álvaro Orozco Asociados Ltda., Codistil Dedini S.A. Impsa Andina S.A. le hizo a Bavaria para terminar dichas plantas de tratamiento de Pereira y Armenia, por medio de Pavco S.A. presentada también como prueba documental anexa a la demanda por la convocante, carta que obra a folio 93 ibídem de cuyo texto destaca el tribunal los siguientes apartes:

“Santafé de Bogotá, marzo 15 de 1999

Señores

Bavaria S.A.

División de ingeniería

Atentamente: Ingeniero Guillermo León Ramírez

Ciudad

Referencia: Terminación de las plantas de tratamiento de efluentes industriales de la Cervecería Bavaria en las ciudades de Armenia y Pereira (contrato 8000-1637 Pereira y 8000-1638 Armenia).

Por medio de la presente la Unión Temporal representada por las empresas Álvaro Orozco Asociados Ltda., Impsa Andina S.A. y Codistil S.A. Dedini con sus representantes abajo firmantes presenta a ustedes la propuesta para la finalización de los contratos de la referencia la que se regirá por las siguientes estipulaciones:

4. Para la terminación de los contratos de obra 8000-1637 y 8000-1638 la Unión Temporal presenta como subcontratista a Pavco S.A., quien presenta su propuesta técnica comercial a la fecha marzo 12 de 1999, documento que se anexa a la presente (anexo 1).

5. Pavco S.A. facturará al contratante (Bavaria S.A.), de acuerdo a las actas de avance de obra, en la forma y los plazos contenidos en su propuesta técnico comercial (anexo 1)...

14. Codistil Dedini S.A. arrancará la planta de tratamiento de Armenia con un ingeniero especializado con la dedicación que se requiere y lo estipulado en el contrato y a su vez Bavaria suministrará la mano de obra a su costo

para la operación de la planta de Armenia noventa días (90) y Pereira quince (15) días si esto fuere necesario”.

Propuesta con respecto a la que, en carta de Bavaria de marzo 23 de 1999, 00195, suscrita por el señor Guillermo L. Ramírez Correa, director división de ingeniería (que obra a fls. 96 y 97 ibíd.), cuya copia fue también presentada por la convocante, se dice:

“Los valores de la oferta de Pavco son: \$ 25.563.520, para Pereira y \$ 224.077.811. El total para las dos plantas es \$ 249.641.331. En la propuesta, la Unión Temporal habla de que del saldo de los contratos, \$ 427.000.000 Bavaria desembolsará al Banco del Pacífico la suma de \$ 115.000.000. Si se tiene en cuenta que ya hay un embargo por \$ 50.000.000 a favor de la ferretería Tuvapor, solo quedarían disponibles, después de esos pagos, \$ 12.400.000. Por lo tanto, no habría fondos para pagar Codistil Dedini y a Impsa los saldos que les corresponde según indican en la propuesta”.

Finalmente, en el proyecto de contrato de transacción que Bavaria propuso a la Unión Temporal encabezada por Álvaro Orozco Asociados Ltda., y a Pavco como subcontratista, para solucionar “el conflicto surgido a raíz del incumplimiento de los contratos 8000-1637 y 8000-1638”, el cual no llegó a firmarse, porque la proponente no aceptó unas modificaciones al mismo planteadas por los contratistas y porque Pavco no quiso actuar como subcontratista; proyecto enviado con carta 02232 del 29 de abril de 1999 por Bavaria al nuevo administrador de dicha Unión Temporal, señor Jorge E. Farfán M., secretario general de Impsa Andina S.A., cuya copia obrante a folios 98 y 98 (sic) ibídem, arrió también al proceso con su demanda la convocante de este tribunal, se dice, entre las consideraciones previas lo siguiente:

“...a) Entre la empresa y los contratistas se celebraron los contratos 8000-1637 y 8000-1638, mediante los cuales los contratistas se obligaron a construir las plantas de tratamiento anaerobio de las aguas residuales de las cervecías de Pereira y Armenia, las cuales se comprometieron a entregarlas el 30 de noviembre de 1998 y 23 de diciembre de 1998 respectivamente. (fl. 100 ibíd.).

b) Que llegado los plazos estipulados los contratistas no hicieron entrega a la empresa de las plantas de tratamiento de aguas residuales contratadas”.

Y el proyecto de cláusula tercera, a folio 101 ibídem, encabeza diciendo:

“La (sic) partes manifiestan que quedan pendientes obras por ejecutar de los contratos 8000-1637 y 8000-1638 y los siguientes saldos:

3.1. Los saldos pendientes de cancelar de acuerdo con los contratos 8000-1637 y 8000-1638, los costos de la terminación de las obras de las plantas de tratamiento de aguas residuales de cervecías de Armenia y Pereira y el saldo disponible a favor de los contratistas, son los expresados en la tabla siguiente:

Contrato	Costo terminación obra	10% saldo contrato	Saldo sobrante
Pereira	25.563.520.00	212.858.546.87	187.295.026.87
Armenia	224.077.811.00	214.141.453.13	-9.936.357.87
Total	249.641.331.00	427.000.000.00	177.358.669.00”

Los peritos en la aclaración a su dictamen hacen algunas precisiones a las cifras anteriores, aunque coinciden con ellas en términos generales. Y al responder qué porcentajes de las obras contratadas fueron efectivamente realizadas, entregadas, recibidas y pagadas en ambas plantas, ellos conceptuaron que la de Armenia lo fue en un 83.32%, equivalente a \$ 1.784.196.341 y la de Pereira en un 96% en lo referente a obra realizada; por obra entregada, recibida y pagada un 83.28% por valor de \$ 2.054.313.819 (fl. 323 ibíd.).

La convocante, pues, no probó que la convocada tenía un plazo máximo o término estipulado contractualmente, para pagarle las facturas correspondientes a las actas de obra ejecutadas. Al contrario, de la prueba pericial



practicada, se desprende que Bavaria le canceló a Álvaro Orozco Asociados las facturas correspondientes al acta de avance de obra 3, radicada el 4 de marzo de 1998 (04/03/98), por valor de \$ 68.372.768., el día 1º de abril del mismo año (01/04/98), o sea a los 28 días de haber sido presentada por la acreedora a la deudora; y la factura correspondiente al acta de avance 4, radicada el 21 de abril de 1998 (21/04/98), por valor de \$ 49.745.696, el día 22 de mayo de ese mismo año (22/05/98), o sea 31 días después de haber sido presentada. (fl. 338 ibíd.).

Y es sabido que el deudor solamente está en mora y debe indemnizar perjuicios al acreedor, cuando la obligación sea a plazo y lo deje vencer sin cumplirla, o cuando no habiendo plazo sea reconvenido judicialmente por el acreedor; conforme a lo previsto en los artículos 1.608, ordinales 1º y 3º, y 1615 del Código Civil.

Tampoco probó la actora que los contratistas encabezados por ella hubiesen entregado debidamente terminada y funcionando la planta de Pereira, ni que la convocada le hubiera retenido “una facturación cercana al 13% del valor del contrato”.

Por el contrario, se probó con la confesión de la convocante, el dicho de los testigos, el dictamen pericial y las cartas relativas a la contratación de Pavco, que los contratistas no entregaron completamente terminadas, ni mucho menos funcionando, ninguna de las dos plantas:

La de Armenia, porque quedaron faltando obras que, según la cotización inicial de Pavco remitida por el apoderado de la convocante a los peritos, incluido el mantenimiento, valían \$ 224.077.811 (fl. 351 ibíd.), y según el contrato firmado para realizarlas o concluir las entre Bavaria y Pavco, \$ 566.290.818 más USD 27.502; (fl. 368 ibíd.). Y la de Pereira, porque quedaron faltando obras que, según la precitada cotización de Pavco, incluido el mantenimiento, valían \$ 25.563.520 (fl. 353 ibíd.), y según el contrato para concluir las suscrito entre Bavaria y Pavco, \$ 50.960.654.40 (fl. 358 ibíd.).

Se demostró en cambio en el proceso que, a tenor del literal c) de las cláusulas decimosegundas de ambos contratos (8000-1637 y 8000-1638), el contratista Álvaro Orozco Asociados como miembro de la Unión Temporal que se comprometió a construir las plantas de tratamiento de aguas residuales de Pereira y Armenia, pactó con Bavaria que el 10% final del precio acordado por uno y otros contratos, se pagaría a los contratistas “contra entrega de la obra contratada, a completa satisfacción de la empresa, previa presentación de la póliza de calidad y estabilidad materia del presente contrato y de la respectiva cuenta de cobro aprobada por la empresa”. (fls. 57, Armenia, y 15, Pereira ibíd.).

Y aún más, se probó también que en las cláusulas decimoséptimas de los mismos contratos, se pactó expresamente un derecho de retención sobre los saldos pendientes, en caso de incumplimiento del contratista, hasta cuando este se allane a cumplir lo pactado (fl. 15 vto., Pereira y 57 vto., Armenia ibíd.), así:

“Derecho de retención: Cuando a juicio de la empresa se configure incumplimiento del contratista, de las obligaciones contraídas en este documento, la empresa queda facultada para retener las sumas que en este momento adeude al contratista hasta cuando este se allane a cumplir con lo pactado”.

Quedó también acreditado con la confesión del representante legal de la demandante, que la empresa convocada le retuvo a ella como contratista incumplida y conforme a lo pactado, el 10% del precio de cada uno de dichos contratos; y no una suma “cercana al 13% de la facturación”, como se pretendió en la demanda. En efecto, recuérdese que él dijo, refiriéndose a las obras de Pereira, que: “Ellos están alegando cosas contractuales pero mínimas, incluso se valorizaron (sic) y las valorizó (sic) Bavaria, acepté la valorización de ellos (sic), cobren, contraten al que quieran, terminen eso y págúeme ese 10%, por favor que necesito para terminar las obras de Armenia, dijeron no, la obra no está terminada tenemos el derecho de quedarnos con el 10% y se quedaron con el 10%” (fl. 485 ibíd.).

Y quedó también corroborado, por los testigos y la misma confesión del señor Álvaro Orozco Jaramillo, que la empresa por él representada recibió el anticipo en ambos contratos, incluso el valor correspondiente al miembro inicial de la Unión Temporal “Parque Central Bavaria S.A.”, quien le cedió a la convocante su interés en el contrato; cuando, preguntado sobre este particular por el presidente del tribunal, respondió, por una parte:

“Sí, esos anticipos todos los consorcios recibimos unos anticipos del 40%”; y por la otra: “Es cierto parque central

Bavaria cedió a AOA su participación, hizo traslado del anticipo pero sin ningún reconocimiento por el tiempo que ellos lo tuvieran en su poder” (pág. 8 de la declaración, a fl. 485 ibíd.).

Tema este, del anticipo y valor de los contratos, a que también se refirió el testigo Guillermo Ramírez, cuando bajo juramento afirmó:

“La Unión Temporal recibió un anticipo en febrero del año 97, no recuerdo la fecha exacta de 853 millones por cada planta que tenía que fabricar. Esa plata corresponde a un 40% del valor total del proyecto que era por cada planta alrededor de 2.140 millones de pesos”. (tercer párr. a fl. 213 ibíd.); y cuando añadió que él personalmente le explicó a Álvaro Orozco que “Bavaria ya le había dado el 90% del valor de la obra, creo que eran 1.925 millones de 2.140” (primer párr. a fl. 219 ibíd.).

Pues bien:

En nuestro ordenamiento jurídico, es incuestionable el derecho que en todo contrato bilateral o sinalagmático le asiste a un contratante de retener, o abstenerse de realizar, las prestaciones a su cargo, mientras el otro no cumpla las suyas, o no se allana a cumplirlas debida y oportunamente; por virtud del precepto consagrado en el artículo 1609 del Código Civil, que reproduce la misma fórmula del Código Civil francés, o napoleónico, de 1804, consistente en que la mora, o incumplimiento injurídico de uno de los contratantes, purga la mora del otro, así:

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

Precepto que, como bien anota don Fernando Vélez, “no es excepción a las reglas del 1608, porque la mora implica una falta, y no puede haberla en un contratante que no cumple sus obligaciones en atención a que el otro tampoco las cumple”.

“Justa es la disposición del artículo 1609 —sigue él diciendo— desde que la buena fe que es la base de todos los contratos (art. 1603), requiere que una parte no pueda ser obligada a cumplir su obligación, cuando la otra no cumple la suya o no se allana a cumplirla. No sería equitativo que quien no cumple, pudiera exigir que el otro contratante le cumpla lo pactado. En este caso, desde que una de las partes ejecuta su obligación, comienza la mora para la otra (art. 1882)”<sup>(12)</sup>.

Este derecho esencial en los contratos sinalagmáticos, el Código Civil alemán, gestado y madurado durante todo el siglo XIX —pues solo empezó a regir el 1º de enero de 1900, gracias al brío pujante con que en 1814 se opuso Savigny a la unificación de los códigos de Prusia y Austria, gracias a lo cual, también, pudo beneficiarse aquel de las profundas enseñanzas de este jurista y de las de su no menos ilustre contradictor Ihering, el primero de los cuales aducía, según cuenta Enneccerus, que: “Aunque reconocía la importancia de un código general para la unidad nacional entendía que los tiempos no estaban aún maduros para la codificación...; porque la época carecía de capacidad para formar un buen código, como lo demostraba la falta de todo tratado de Pandectas meramente pasable; y porque faltaba aún un lenguaje jurídico utilizable”<sup>(13)</sup> —. Dicho código, en el artículo 320, en forma clara y contundente, lo regula diciendo:

“Quien está obligado por un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la efectuación de la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir la prestación anticipadamente”<sup>(14)</sup>.

Por eso, el mismo Enneccerus, con toda precisión y sin ambages, lo define como un derecho de retención no sustituible por garantías o cauciones, en razón de la injusticia que representaría la exigencia de la contraprestación antes de la prestación, en estas palabras:

“El contrato o la ley pueden determinar quién tiene que hacer primero la prestación en un contrato bilateral. Si nada se ha determinado, cada una de las partes puede exigir y demandar la prestación, pero la otra puede oponerle una excepción dilatoria, que se basa en la injusticia de esta exigencia, la excepción de contrato no cumplido *exceptio non adimpleti contractus*. Por tanto, el deudor tiene un derecho de retención, pero este derecho de retención ofrece la singularidad de no poder ser eliminado mediante caución, porque no tiende únicamente a la seguridad del contracrédito, sino que también está destinado a evitar la injusticia que implica la exigencia de la

prestación previa (art. 320 ap. 1 prop. 3)”<sup>(15)</sup>.

De manera que, como él mismo explica:

“La *exceptio non adimpleti contractus* es propiamente una excepción en el sentido del Código Civil, o sea un contraderecho del obligado que hace ineficaz la pretensión del acreedor, pretensión que se fundamenta por sí sola. No obstante, el demandado no tiene que probar su derecho de excepción, ya que el nacimiento del mismo resulta automáticamente del contrato bilateral alegado por el demandante. Antes bien, el demandante tiene que desvirtuar la excepción mediante la contraexcepción (réplica), que él tiene que probar, del cumplimiento o del deber de prestación previa del demandado...”<sup>(16)</sup>.

Es por consiguiente claro e indubitable que en los contratos bilaterales hay derecho de retener o no cumplir la contraprestación, hasta no recibir la prestación que, conforme al contrato o la ley, debe recibirse primero. Con mayor razón, si se trata de contratos que generan obligaciones de resultado, como es el contrato de obra.

El cual, en nuestra legislación, es una especie de contrato de arrendamiento, en el que “las dos partes se obligan recíprocamente, la una ... a ejecutar una obra ... y la otra a pagar por esta ... obra ... un precio determinado”; conforme a las palabras pertinentes para definirlo, junto a las demás modalidades de arrendamiento, que emplea el artículo 1973 de nuestro Código Civil.

Y en el artículo 631 del Código Civil alemán, que, como tenemos visto, es en este punto mejor acabado y más moderno que el nuestro, es un contrato típico e independiente, definido así: “Por el contrato de obra el artífice se obliga a la realización de la obra prometida y el comitente a la satisfacción de la remuneración pactada”<sup>(17)</sup>.

De allí que para distinguirlo del contrato de prestación de servicios derivado de una relación laboral, erigido en la primera mitad del siglo anterior en rama autónoma del derecho, Enneccerus afirma: “En el contrato de obra se promete el resultado del trabajo, en el contrato de prestación de servicios el trabajo en cuanto tal”<sup>(18)</sup>.

No es por consiguiente extraño, sino ajustado a la ley y a la equidad, en cuyo principio se basa todo el ordenamiento jurídico, como lo dice el preámbulo de nuestra Constitución Política, que en los contratos bilaterales o sinalagmáticos, especialmente si generan obligaciones de resultado, como el de obra, las partes pacten expresamente el derecho de retención, al cual equivale la *exceptio non adimpleti contractus* consagrada en el artículo 1609 del Código Civil. Esto es el derecho de quien ordena o encarga la construcción de una obra a no pagar el saldo del precio de la misma, sino cuando esta haya sido terminada y entregada a su satisfacción; salvo, como dice Enneccerus, que la retención sea contraria a la buena fe, como cuando frente a un pequeño resto del contracrédito, cuyo incumplimiento se haya hecho imposible sin culpa del deudor, se retenga una parte excesiva de la prestación<sup>(19)</sup>.

Por lo mismo, es válido pactar que el saldo final del precio convenido por la construcción de una obra, únicamente se le pague al artífice o constructor una vez que ella haya sido entregada a satisfacción del que la encargó, y además se compruebe que la misma tiene viabilidad operativa y se haya capacitado al ordenante o a su personal para maniobrarla por sí mismo; y que en caso de presentarse incumplimientos de parte del constructor, el que ordena la obra puede retener las sumas adeudadas hasta cuando el primero se allane a cumplir lo pactado.

Tal como se hizo en los contratos 8000-1637 y 8000-1638; donde, como se ha dicho y repetido varias veces, la Unión Temporal de contratistas encabezada por la sociedad convocante, se obligó con la empresa convocada a construir sendas plantas de tratamiento anaerobio de las aguas residuales de las cervecerías de Pereira y Armenia, conforme a los trabajos estipulados en las cláusulas decimonovenas de ambos contratos, por un precio total de \$ 2.139.910.229 la de Pereira y \$ 2.141.414.531.30 la de Armenia; precio del cual, el 10% o sea \$ 213.991.022.90 en la planta de Pereira, y \$ 214.141.453.13 en la de Armenia, conforme al literal c) de las cláusulas decimosegundas de ambos contratos, se pagaría únicamente “contra entrega de la obra contratada, a completa satisfacción de la empresa”. Pudiendo esta retenerle las sumas debidas al contratista incumplido, conforme a lo pactado en las cláusulas decimoséptimas de los mismos.

Conviene recordar aquí que la fase final de los contratos de obra en cuestión, cual se aprecia en el aparte “VII” de las cláusulas decimonovenas de ambos contratos, comprendía no solo la entrega física de las plantas, sino

además la “puesta en marcha”, incluyendo los siguientes compromisos y tareas:

“El contratista utilizará para esta fase del proyecto personal calificado para su realización. El técnico a cargo debe tener amplia experiencia en el arranque de plantas de tratamiento de aguas residuales anaeróbicas. Adicionalmente suministrará los operarios de planta durante un período de tres (3) meses, mientras dure el adiestramiento del personal de la empresa y la estandarización de los procedimientos de operación de la planta. Durante toda la fase de puesta en marcha, el contratista asistirá con su personal técnico y operativo a la empresa de manera periódica, de tal forma que coordine las operaciones en la planta, hasta que el sistema alcance los caudales de diseño de la planta de tratamiento con las eficiencias de tratamiento pactadas. El especialista a cargo de la dirección del arranque, debe permanecer de manera continua en la planta de tratamiento durante el prearranque, inoculación y aclimatación de la semilla más un período de mínimo de un (1) mes en la fase de arranque propiamente dicha, o sea desde cuando se inicie la introducción continua de caudales a los reactores para medición de eficiencias...”.

A más de que al inóculo o lodo biológico granular, que deberá también suministrar, previamente, se le realicen al menos los siguientes análisis básicos: “Actividad metanogénica, sólidos totales, sólidos suspendidos totales y volátiles, alcalinidad y ácidos grasos volátiles, cuyos reportes deben ser entregados a la empresa, antes de su despacho desde el sitio de su recolección. Adicionalmente se debe explicar el sistema de explotación que se va a utilizar y transporte hasta la planta de tratamiento para garantizar su calidad”. (fls. 25 vto. y 26, Pereira, y 67 vto. y 68, Armenia ibíd.).

Siendo ello así, es obvio que ese saldo final del precio no remunera solamente un porcentaje equivalente de obra construida, sino fundamentalmente esa última etapa, que es la más importante del proyecto: la puesta en marcha de la obra, la comprobación, mediante la experiencia que de ella se haga durante un determinado lapso, de que la misma tiene funcionalidad operativa y la capacitación de personal del ordenante y dueño de la obra para manejarla y mantenerla por sí mismo de allí en adelante.

Se negarán entonces, también, por las razones expuestas, las súplicas adicionales de la demanda, esto es, las basadas en el pretendido y no probado pago extemporáneo de facturas por actas de obra en la planta de Pereira, presentadas en marzo y abril de 1998; las basadas en la justa negativa de la demandada a recibir dicha planta antes de su completa terminación y puesta en marcha; y las basadas en la no probada retención del 13% del valor del contrato de construcción de la misma planta de Pereira.

En cambio, prosperará la excepción de contrato no cumplido propuesta por la demandada, en virtud de la cual ella está legal y contractualmente facultada para no pagar el saldo final del precio de las obras contratadas para la construcción de las plantas de Armenia y Pereira; en vista de que las mismas no fueron terminadas por el contratista, ni entregadas a satisfacción de quien las ordenó, mucho menos funcionando y en las condiciones pactadas; sino concluidas por un tercero, Pavco, a costa de la empresa que las ordenó y a ciencia y paciencia del primer contratista, o mejor, por sugerencia suya.

Pero no habrá condena con respecto a los perjuicios indicados por la convocada en el hecho 35 de la excepción de mérito, por “un valor aproximado de seiscientos ochenta millones de pesos (\$ 680.000.000)”, porque ellos no fueron probados ni se solicitaron por la vía procesal adecuada.

Finalmente y con apoyo en el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará al pago de las costas del pleito a la actora como parte vencida, que incluyen el valor de la prueba pericial, o sea la suma de \$ 7.000.000, y las agencias en derecho, que se fijan en \$ 11.290.000, para un total de \$ 18.290.000.

Y no habrá lugar a restituciones entre las partes de lo pagado por ellas por concepto de costos de funcionamiento de este tribunal. Pues, por mandato de la ley arbitral (D. 1818/98, art. 144, que recopila el D. 2279/89, art. 22, modificado en sus incs. 3° y 4° por el art. 105 de la L. 23/91), que es norma procesal de orden público, inmodificable por estipulaciones o pactos en contrario de las partes, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6° del sobredicho código; ambas deben asumir por igual el costo de la justicia arbitral pactada por ellas; al punto de que si la una no hubiese pagado su parte y la otra lo hubiese hecho por ella, habría nacido a favor de la primera el derecho a obtener ejecutivamente su reembolso.

En mérito de lo expuesto, Este tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE:

1. Absuélvese a la convocada de las pretensiones de la demanda.
2. Declárase probada la excepción de contrato no cumplido propuesta por la convocada, sin que haya lugar a los perjuicios reclamados por ella.
3. Condénase a la convocante al pago de las costas del proceso, por un valor total de \$ 18.290.000.
4. Ordénase la entrega a las partes de las sumas no utilizadas por concepto de costos de funcionamiento del tribunal correspondientes a la partida “protocolización, registro y otros”, si, a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.
5. Dispónese la protocolización del expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá.

Autenticación secretarial

El secretario del Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir diferencias entre Álvaro Orozco Asociados y Bavaria S.A., certifica que la presente es copia fiel del original del laudo arbitral proferida en este proceso. Se expide esta copia a los veintiún (21) días del mes de marzo de dos mil uno (2001).

---