

CASO
SÉPTIMO CONCURSO UNIVERSITARIO DE ARBITRAJE NACIONAL
CENTRO DE CONCILIACIÓN ARBITRAJE Y AMIGABLE COMPOSICIÓN
CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN PARA ANTIOQUIA
2024

I. Antecedentes del proyecto PCH Tapartó

1. La Empresa de Energía de Antioquia S.A. E.S.P. (en adelante “Energía de Antioquia”) es una sociedad de economía mixta, con una participación pública superior al 50% de su capital social perteneciente al Departamento de Antioquia, constituida para la prestación de servicios públicos domiciliarios y cuyo objeto social la habilita para el diseño, construcción, operación, mantenimiento y/o explotación de infraestructura asociada a la generación de energía.
2. Energía de Antioquia resultó adjudicataria en una subasta para la asignación de Obligaciones de Energía Firme (en adelante “OEF”) en el Sistema Interconectado Nacional (en adelante “SIN”), para un Período de Vigencia de la Obligación (en adelante PVO) de 20 años, y decidió construir una pequeña central hidroeléctrica con una capacidad instalada de 20.000 kW, con operación a filo de agua del río Tapartó en el Municipio de Andes – Antioquia (en adelante “PCH Tapartó”).
3. Energía de Antioquia contrató con Ingemak S.A.S. (en adelante la “Consultoría”) una completa consultoría técnica, legal y financiera que, entre otras cosas, determinó que para proteger el patrimonio de Energía de Antioquia y lograr un adecuado esquema de financiación, debía constituir una sociedad de propósito especial (SPV). Para ello, Energía de Antioquia, tras realizar todas las gestiones que la ley colombiana le impone, constituyó la sociedad EA Proyecto 1 S.A.S. E.S.P. (en adelante “Proyecto 1 S.A.S.”). A esta sociedad, Energía de Antioquia aportó la adjudicación de OEF, algunos permisos y requerimientos preliminares que debe cumplir el activo a proveer y el predio accesible donde se construiría.
4. La Consultoría contratada por Energía de Antioquia también recomendó que para la etapa de construcción del proyecto PCH Tapartó se suscribiera un contrato bajo la modalidad EPC (*Engineering, Procurement and Construction*). Lo anterior, teniendo en cuenta que dicha tipología contractual trasladaría en bloque todos los riesgos asociados a la construcción, protegiendo a Proyecto 1 S.A.S. y a Energía de Antioquia frente a eventuales sobrecostos.
5. Finalmente, para la estructura financiera del proyecto PCH Tapartó, la Consultoría recomendó a Energía de Antioquia que Proyecto 1 S.A.S. debía pagar lo que valiera la construcción del

activo así: (i) un 20% con recursos propios que se encuentran provisionados y que fueron aportados por Energía de Antioquia, y (ii) un 80% a través de financiación.

II. Sobre el esquema de financiación y la garantía otorgada al SIN

6. Para obtener la financiación requerida Energía de Antioquia acudió a Bancolombia, quien solo pudo ofrecerle una operación de leasing en la que esta última desembolsaría los recursos que le correspondían al financiador (80% de los que requiere el proyecto), así: (i) 60% durante el periodo de construcción y en proporción al avance de obra, y (ii) un 40% una vez se le transfiera la propiedad del activo en operación, cumpliendo todos los niveles de servicio y calidad, momento en el cual se comenzarían a pagar las cuotas del crédito.
7. Energía de Antioquia encontró viable utilizar esta estrategia de financiación teniendo en cuenta que, si el activo se ponía en operación con certeza de una Fecha de Puesta en Operación (en adelante “FPO”), Proyecto 1 S.A.S. podría percibir ingresos derivados de la generación de energía en una suma que equivaldría, al momento de la consultoría (finales de 2020), a 1.4 veces el valor que corresponde pagarle mensualmente a Bancolombia, lo que le permitiría pagarle a esta última y tener un excedente para el resto de su operación. Así las cosas, Proyecto 1 y Bancolombia celebraron el contrato de leasing ofrecido (en adelante el “Contrato de Leasing”).
8. Bancolombia, en su calidad de financiador del proyecto PCH Tapartó, exigió a Proyecto 1 S.A.S., entre otras, las siguientes garantías a efectos de poder ejercer un efectivo control del proyecto y, eventualmente, su asunción (*step in*) en caso de cesación de los pagos (*default*) o amenaza de este:
 - 8.1. Constitución de una fiducia en garantía con todos los activos que componen el proyecto, incluyendo, pero sin limitarse a, la adjudicación de OEF y la cesión de la posición contractual del contrato EPC que se celebrara.
 - 8.2. El nombramiento por parte de Bancolombia de un supervisor que aprobaría los desembolsos correspondientes al avance de obra (en adelante el “Ingeniero”). Este supervisor sería designado por Bancolombia y pagado por Proyecto 1 S.A.S. con cargo a los costos del proyecto.
9. Todas las garantías indicadas en el numeral anterior fueron consentidas y otorgadas por Proyecto 1 S.A.S.

10. Ahora, la reglamentación colombiana exige que Proyecto 1 S.A.S. constituyera una garantía bancaria a primer requerimiento en favor de la entidad administradora del SIN, que es la compañía XM COMPAÑÍA DE EXPERTOS EN MERCADOS S.A. E.S.P. (en adelante “XM”). Esta garantía se haría exigible en caso de que llegada la FPO el activo no entrara en operación.
11. La FPO se fijó para una fecha cierta y se otorgaron las garantías correspondientes, también expedidas por Bancolombia, por un valor de USD 2.000.000. Para la expedición de estas garantías Bancolombia exigió como contragarantía los derechos que Energía de Antioquia tenía en otra PCH denominada “El Pájaro”.

III. Sobre el procedimiento de selección del contratista para el Contrato EPC

12. Tras dos años de planeación conjunta del proyecto PCH Tapartó entre Energía de Antioquia y la Consultoría, Proyecto 1 S.A.S. inició el procedimiento de selección de conformidad con su Manual de Contratación, invitando a un número plural de oferentes a presentar propuesta. Con esta finalidad, acompañó a la convocatoria el enlace de acceso a un cuarto de datos donde se encuentra toda la información que se encuentra en su poder.
13. Proyecto 1 S.A.S. consolidó todas las labores de la Consultoría en una serie de estudios y diagnósticos básicos (los mínimos necesarios para suscribir un contrato EPC que, por su esencia, incluye las labores de ingeniería y diseños), esperando que fueran las referencias con las que el futuro contratista pudiera formular su oferta.
14. Sobre el último punto, una vez abierto el procedimiento de selección, se dejó constancia expresa en los términos de referencia de lo siguiente: (i) que la información suministrada por Energía de Antioquia para la presentación de las ofertas eran meras referencias de la ingeniería o diseños del proyecto, (ii) que correspondía al contratista su contrastación con la realidad, y (iii) que Proyecto 1 S.A.S. no asumiría consecuencias derivadas de la inexactitud o incorrección de la información entregada al contratista como términos de referencia. Adicionalmente, uno de los anexos que se debían aportar con la oferta de los proponentes era una declaración juramentada en la cual se lee:

“El Proponente libera de toda responsabilidad por los estudios, diseños y/o ingeniería a Energía de Antioquia y/o Proyecto 1 S.A.S., toda vez que el Proponente ha leído a plenitud los términos de referencia y, concretamente, entiende que toda la información allí contenida es una mera referencia para la formulación de la propuesta económica”.

15. El cronograma del procedimiento de selección estableció las siguientes etapas:

Preguntas de los oferentes	3 días hábiles
Respuestas	10 días hábiles
Presentación de ofertas	30 días hábiles
Publicación del primer orden de elegibilidad	20 días hábiles
Presentación de observaciones	3 días hábiles
Informe de adjudicación	10 días hábiles
Ajuste de condiciones con el adjudicatario	3 días hábiles
Celebración del contrato	1 día hábil

16. Durante el periodo correspondiente ninguno de los proponentes formuló preguntas, y las demás etapas previstas en el cronograma se agotaron sin contratiempo.
17. El informe de adjudicación suscrito por la Consultoría, Energía de Antioquia y Proyecto 1 S.A.S. indicó que, tras el análisis de los criterios técnicos y económicos vertidos en los documentos del procedimiento de selección, la oferta que se debía seleccionar era la presentada por Ingeniería y Proyectos S.A.S. (en adelante “Ingeniería y Proyectos” o el “Contratista EPC” o el “Adjudicatario”).
18. La etapa de “*Ajuste de condiciones con el adjudicatario*” estaba previsto para que éste y Proyecto 1 S.A.S. pudieran acordar modificaciones a la oferta no superiores a un 10% de su valor, discutir y modificar la minuta de contrato (que hacía parte de los documentos del procedimiento de selección), acordar alteraciones, el alcance de los trabajos o el plan de obra, discutir y acordar condiciones de pago distintas (momentos y condiciones para los pagos), entre otros, todo bajo el entendido de mejorar las condiciones de contratación.
19. Durante este espacio, el adjudicatario solicitó los siguientes ajustes al texto de la minuta del contrato:
- 19.1. Que se indicara que Proyecto 1 S.A.S asumiría las consecuencias derivadas de la inexactitud e incorrección de la información suministrada en los términos de referencia.
- 19.2. Que se modificara la base de cálculo de multas y apremios, pues estaban consideradas en función del valor total del contrato, por lo que se ponía en consideración que estas se calcularan con base en el hito o capítulo de obra retrasado o incumplido.
- 19.3. Que se dejara constancia expresa de que si se presentaban situaciones que alteraran la conmutatividad entre las prestaciones del contrato, las partes revisarían el contrato

para restablecer el equilibrio contractual readecuando las prestaciones en alcance, tiempo o valor.

20. Durante la etapa de “Ajuste de condiciones con el adjudicatario” Proyecto 1 S.A.S. y el Adjudicatario no alcanzaron un acuerdo en relación con los puntos propuestos por el Adjudicatario y, sin embargo, procedieron a suscribir un contrato en los mismos términos que se presentó la minuta del contrato dentro del procedimiento de selección (en adelante el “Contrato EPC”).

IV. El Contrato EPC y sus estipulaciones

21. En el Contrato EPC, Ingeniería y Proyectos se obligó, entre otras cosas, a realizar todas las labores necesarias de ingeniería, procura (abastecimiento) y construcción para la provisión de la PCH Tapartó completamente operativa y cumpliendo niveles de servicio necesarios para cumplir con las OEF que Energía de Antioquia tenía con el SIN, con FPO en fecha cierta. Todo lo anterior en contraprestación de un valor fijo no reajutable (*fixed price*).
22. Al describir las consideraciones del Contrato EPC, las partes expresaron que eran conecedoras de lo siguiente:
 - 22.1. Que el proyecto PCH Tapartó era esencialmente financiado, y que dicha financiación era otorgada por Bancolombia (en las condiciones ya relatadas), quien ejercería control sobre el correcto desarrollo de la obra, incluyendo el control de los desembolsos a través de la aprobación por el Ingeniero.
 - 22.2. Que la PCH Tapartó es un activo productivo, pues además de permitir cumplir con las OEF y obtener su recaudo, la PCH permite una energía adicional que puede comercializarse con otros agentes del mercado. Esta consideración es absolutamente relevante para el propietario activo.
 - 22.3. Que, si llegada la FPO el activo no está en operación y cumpliendo niveles de servicio, XM podía hacer efectiva al primer requerimiento la garantía bancaria otorgada por Bancolombia y esta, a su vez, podía hacer efectiva la contragarantía otorgada por Energía de Antioquia sobre los derechos que esta tiene en la PCH “El Pájaro”. Lo anterior en adición a las pérdidas generadas por la falta de remuneración de las OEF con las que no podría cumplirse, así como de los remanentes de energía que dejarían de comercializarse.

23. También, en el Contrato EPC el Contratista EPC declaró conocer y aceptó que Bancolombia pudiera hacer *step in* del proyecto en caso de *default*.
24. El Contratista EPC se obligó a entregar al Ingeniero toda la información que este requiriera y a acoger sus instrucciones y decisiones. Adicionalmente, sin más detalle, las partes acordaron que, si llegare a existir algún desacuerdo entre Ingeniero y Contratista EPC, este debía ser resuelto por un perito que emitiría una decisión vinculante para el Ingeniero, el Contratista EPC y Proyectos 1 S.A.S.
25. Dentro del esquema de multas y cláusula penal se acordó lo siguiente:
- 25.1. Una cláusula en virtud de la cual si XM hace efectiva la garantía, el Contratista EPC reembolsará a Proyecto 1 S.A.S el importe de la garantía pagada.
 - 25.2. Una cláusula de multas sucesivas en caso de incumplimiento, equivalente al 0,5% del valor del contrato por cada día de retraso, que no podrá exceder del 10% del valor del contrato. Si se alcanzare este importe máximo, el Contrato EPC se podrá terminar de manera anticipada.
 - 25.3. Una cláusula penal sancionatoria del 10% del valor del contrato.
 - 25.3.1. Que en caso de requerirse imponer multas o cláusulas penales debería garantizarse el derecho del Contratista EPC a presentar sus argumentos y defensas. También, se acordó que Proyecto 1 S.A.S. podría hacer efectivas estas sanciones mediante compensación de sumas adeudadas al Contratista EPC.
26. Las partes acordaron que los eventos de fuerza mayor que padeciera el Contratista EPC debían ser informados a Proyecto 1 S.A.S. en no más de 5 días calendario desde el momento de su ocurrencia.
27. En relación con los mecanismos de solución de controversias, las partes incluyeron en el contrato el siguiente pacto arbitral:

“DÉCIMA CUARTA. CLÁUSULA COMPROMISORIA. Toda controversia o diferencia que surja de este contrato en relación a su ejecución y liquidación, se resolverá en primera instancia directamente por las partes o en su defecto ante el Centro de la Cámara de Comercio de Medellín, el cual actuará conforme al estatuto orgánico de los sistemas alternos de solución de conflictos y demás normas concordantes; si la controversia no se puede resolver entre las partes

dentro de los tres meses siguientes a su ocurrencia, estas podrán acudir ante la jurisdicción de los contencioso administrativo, previo agotamiento de los requisitos de procedibilidad.”

V. Sobre la ejecución del Contrato EPC y sus vicisitudes

Sobre la distribución física del activo

28. En cumplimiento de sus obligaciones en la etapa de ingeniería, el Contratista EPC entregó a Proyecto 1 S.A.S. el plano con la disposición física del activo. La disposición física elegida por el Contratista EPC combinaba el mejor aprovechamiento posible del terreno y el menor costo de construcción, fundamentalmente porque era la forma en que menos movimiento de tierra debía realizarse, era menos concreto había que vaciarse y, por lo tanto, era menos el acero de refuerzo que debía utilizarse. Adicionalmente, se podía utilizar casi un 50% de la infraestructura de cerramiento actual del inmueble donde se haría la PCH Tapartó. El equipo de ingeniería del Contratista EPC tuvo claro al momento de estudiar y elaborar la oferta que estas eficiencias eran claves para su rentabilidad en el proyecto.
29. Proyecto 1 S.A.S. se negó a aceptar el diseño contenido en el plano de disposición física propuesto por el contratista EPC por las siguientes razones:
 - 29.1. El plano presentado resultaba sustancialmente diferente a una disposición física que se encontraba esbozada en los documentos del procedimiento de selección y que debió haber sido respetada por el Contratista EPC.
 - 29.2. La disposición física propuesta por el Contratista EPC exigiría la utilización de escalas y rampas, por la pendiente del terreno así dispuesto, generando dificultades para el periodo de operación de la PCH Tapartó, concretamente al utilizar vehículos con dimensiones significativas.
 - 29.3. El aprovechamiento del cerramiento actual no se ofreció como beneficio al Contratista EPC.
30. Frente a esta posición de Proyecto 1 S.A.S., el contratista EPC indicó que tal posición desnaturalizaba la esencia de un contrato bajo una modalidad EPC, limitando la autonomía propia del contratista en sus diseños, y que no era cierto que se generaran dificultades en la operación del activo pues tales condiciones de operación aún no han sido fijadas ni determinadas y que, en cualquier caso, el diseño cumplía con estándares internacionales para la operación de este tipo de activos. Adicionalmente, recalcó que el plano contenido en los documentos del procedimiento de selección era meramente referencial. Finalizó reiterando

que la adopción de la posición de Proyecto 1 S.A.S. implicaba un sobrecosto para el contratista EPC que no estaba obligado a asumir, motivo por el cual solicitó el incremento del valor del contrato.

31. Proyecto 1 S.A.S. reiteró su negativa a las solicitudes del Contratista EPC y le puso de presente el esquema de multas previsto en el contrato y su intención de hacerlas efectivas, pues cualquier retraso en la obra podría afectar la FPO y, por lo tanto, las OEF.
32. Hecha la respectiva ponderación, el Contratista EPC decidió asumir la disposición física impuesta por Proyecto 1 S.A.S., pues en una relación de costos, beneficios y riesgos, era la alternativa más conveniente. No obstante, el Contratista EPC dejó una constancia por escrito indicándole a Proyecto 1 S.A.S. que se reservaba el derecho de acudir al juez del contrato para reclamar los sobrecostos derivados de tal determinación.
33. Frente a toda esta situación el Ingeniero no hizo manifestación alguna y, una vez se aprobó por Proyecto 1 S.A.S. la disposición física del proyecto y el Contratista EPC facturó este hito, el Ingeniero autorizó el desembolso correspondiente al contratista.

Sobre el diseño de los equipos electromecánicos

34. Más adelante, pero aún en la etapa de ingeniería, el Contratista EPC presentó a Proyecto 1 S.A.S. el diseño de equipos electromecánicos que se instalarían, tales como turbinas, tableros, redes, equipos de control, protección y medida, entre otros. En ellos, el Contratista EPC detallaba uno por uno cada uno de los equipos con especificaciones y marcas. Con la aprobación de este diseño por parte del Proyecto 1 S.A.S. el Contratista encargaría la fabricación de estos equipos a los proveedores. Lo anterior constituía una ruta crítica para el proyecto, pues la totalidad de equipos electromecánicos se adquieren en el extranjero y son hechos a medida, por lo que el proceso de adquisición dura varios meses y cualquier demora puede poner en riesgo la llegada del activo a la FPO.
35. Para el caso concreto de los equipos de control, protección y medida, el Contratista EPC consideró en su diseño que estos deberían ser de la marca SIEMENS. Estos equipos son bastante competitivos en relación costo beneficio y, por los acuerdos comerciales mencionados, tienen un tiempo de fabricación y entrega significativamente menor que otros proveedores.
36. Al conocer el diseño que se sometía a aprobación, el equipo técnico de Proyecto 1 S.A.S encendió alarmas en relación con la marca de los equipos de control, protección y medida. Concretamente la preocupación radicaba en el costo de los repuestos para reparar los equipos

SIEMENS y en que otros activos similares de propiedad de Energía de Antioquia operaban con equipos de control, protección y medida de la marca HITACHI, luego, su personal de operaciones se encontraba familiarizado con esta tecnología y no con la de SIEMENS.

37. Ante la anterior situación Proyecto 1 S.A.S. dirigió una comunicación al Contratista EPC solicitando un tiempo adicional para dar respuesta a la aprobación del diseño de equipos electromecánicos, bajo el entendido de estar revisando a fondo la copiosa información.
38. Ante esta comunicación el Contratista EPC respondió con preocupación a Proyecto 1 S.A.S., recordándole la ruta crítica que representaba la aprobación de estos equipos y el riesgo que esto podría generar en la FPO. Frente a esta última comunicación Proyecto 1 S.A.S. guardó silencio.
39. Proyecto 1 S.A.S. se había tomado 30 días calendario más que el término que contractualmente tenía para aprobar el diseño de equipos electromecánico. Dicha situación ya venía siendo advertida por el Contratista EPC, quien insistió en varios comunicados la necesidad de una aprobación oportuna. Sin embargo, Proyecto 1 S.A.S. ganaba mucho si lograba obtener el cambio de marca, y por ello guardó silencio.
40. Finalmente, Proyecto 1 S.A.S. no autorizó el diseño de equipos electromecánicos expresando que la marca SIEMENS no era conveniente por el costo de sus repuestos y porque la operación del activo se vería afectada en la medida en que se trataba de una marca diferente a la de los demás equipos de control, protección y medida de otros activos, ya conocida por su personal de operación. Adicionalmente, Proyecto 1 S.A.S. argumentó que cuando el Contratista EPC tuvo acceso al enlace de acceso al cuarto de datos que acompañó la convocatoria del proceso de selección, pudo y debió advertir que la totalidad de equipos instalados en los otros activos de propiedad Energía de Antioquia son marca HITACHI y que, de hecho, el Contratista EPC había construido uno de esos activos para Energía de Antioquia unos años atrás. Por lo tanto, Proyecto 1 S.A.S. concluyó su comunicación indicando que tal previsión debió ser tenida en cuenta al momento de presentar su oferta para el Contrato EPC.
41. El Contratista EPC, que ya tenía 45 días de retraso en el proceso de adquisición de equipos producto de la no autorización, respondió la comunicación manifestando su desacuerdo en la posición adoptada bajo el entendido de que (i) los documentos del procedimiento de selección no determinaban una marca en particular, (ii) ninguna marca ofrecía el mismo producto con mejores características y menores tiempos de fabricación y entrega, (iii) que el costo de los repuestos no era un criterio que debiera haber observado en su diseño, pues así no se estableció en los términos de referencia del proceso de selección, y (iv) que si bien era cierto que en otra oportunidad había construido un activo para Energía de Antioquia usando la marca

HITACHI, las condiciones propias del Contrato EPC eran diferentes y particulares, así como los acuerdos comerciales vigentes entre Contratista EPC y sus proveedores.

42. Ahora bien, de otro lado la aprobación de equipos electromecánicos era, además, el hito del cual dependía el pago de un porcentaje muy significativo del valor del Contrato EPC, concretamente de un 30% de su valor.
43. Como Bancolombia estaba atenta a los desembolsos que debía hacer conforme al cronograma de obra, y una parte significativa del Contrato EPC no se había cobrado, ésta solicitó información a Proyecto 1 S.A.S. en relación con el tiempo que estaba tomando la aprobación de equipos electromecánicos. Al enterarse de la controversia solicitó su concepto al Ingeniero quien, al estudiar los documentos relacionados con el asunto, tuvo reuniones separadas con los equipos de ambas partes, y concluyó que los equipos de control, protección y medida propuestos de la marca SIEMENS son convenientes y los beneficios que otorgan al proyecto son superiores que el mayor valor de sus repuestos.
44. Proyecto 1 S.A.S. acogió el concepto del Ingeniero y aprobó el diseño de equipos electromecánicos, pero para ese momento ya el proyecto tenía 55 días de retraso.
45. Ante esta situación SIEMENS propuso al Contratista EPC una estrategia para acelerar la entrega de los transformadores, pagando un *fee* extra para alterar el orden de entrada a producción y hacer el transporte de los equipos por vía aérea, y no por vía marítima. La implementación de esta estrategia implicaba un costo adicional de USD 1.000.000.
46. Ante este panorama, el Contratista EPC eligió modificar el acuerdo contractual con SIEMENS, aprobando la estrategia de aceleración, y en comunicación dirigida a Proyecto 1 S.A.S. le informó sobre la estrategia de aceleración adoptada y que su implementación tendría un costo adicional de USD 1.000.000, frente al cual solicitaba su reconocimiento, y la suscripción de los acuerdos contractuales correspondientes.
47. Proyecto 1 S.A.S. respondió a esta comunicación negándose al reconocimiento solicitado, por considerar que el costo resultaba excesivo al no respetar los valores de mercado y que, además, no había sido Proyecto 1 S.A.S. quien había elegido a SIEMENS como proveedor, pues siempre su posición había estado clara en elegir a HITACHI.

Sobre la excavación del túnel de conducción

48. Dentro de los estudios que adelantó Proyecto 1 S.A.S., que puso a disposición del Contratista EPC para que este realizara su oferta, se encontraba un estudio de suelos con cuatro apiques

que daban cuenta de las condiciones geológicas e hídricas esperadas en el trazado del túnel de captación de la PCH, una obra de tres kilómetros de largo y un diámetro aproximado de ocho metros. Ahora, en el Contrato EPC quedó previsto dentro de la matriz de riesgos, a secas, que el riesgo geológico sería asumido por el Contratista EPC

49. Con base en la información de referencia entregada por Proyecto 1 S.A.S. el Contratista EPC realizó el diseño del túnel, en el que se establece una metodología de excavación en la que se determina cómo realizar la voladura de roca con explosivos y los tratamientos posteriores que deben aplicarse a la roca según los materiales que se van encontrando. Según estos términos de referencia, el Contratista EPC esperaba encontrar mayoritariamente rocas de una tipología que no requería tratamiento alguno por su firmeza (metodología para suelo Tipo I) y, minoritariamente, rocas que requerían anclajes con pernos de acero y recubrimientos en concreto (metodología para suelo Tipo IV).
50. Sobre el primer mes de excavaciones el equipo en obra empezó a enfrentarse a lo que sería el mayor reto técnico de la construcción: la filtración de aguas en el proceso de excavación en una cantidad superior a la esperada. El plan de construcción del túnel previó que las zonas de filtración de agua se tratarían con inyecciones de concreto. Desde luego, a mayor cantidad de filtraciones, mayor cantidad de concreto era requerido para el tratamiento. Además, la necesidad de realizar el tratamiento mencionado tenía una implicación en tiempo considerable, pues el ritmo de avance era más lento.
51. En adición a las constantes zonas de filtración de agua, el Contratista EPC encontró una cantidad significativamente mayor de Suelo Tipo IV que la que esperaba según la información de referencia. Al igual que lo que ocurre con el tratamiento de zonas de filtración de agua, una mayor cantidad de Suelo Tipo IV tiene impacto en el costo por mayores cantidades de acero y concreto, así como impacto en tiempo.
52. La ocurrencia de ambas circunstancias estaba siendo monitoreada semana a semana por el Contratista EPC. Los estimados de la dirección de obra indicaban que con el ritmo de avance que se llevaba gracias a la mayor cantidad de tratamientos de filtraciones de agua y suelos Tipo IV, no permitirían llegar a la FPO. Adicionalmente, el mayor costo por concretos y acero ya superaba la utilidad esperada para el contratista EPC.
53. Sobre el mes diez de la construcción del túnel, el Contratista EPC elevó una reclamación formal a Proyecto 1 S.A.S. en la cual solicitó: (i) que se adicionara al plazo del Contrato EPC el tiempo del retraso acaecido por el evento en la provisión de los equipos SIEMENS, (ii) que subsidiariamente se acuerde por las partes que las circunstancias relatadas son eventos eximentes de responsabilidad, concretamente una fuerza mayor, que le impiden al Contratista EPC cumplir con la FPO, y (iii) que es necesario que se revise la conmutatividad del Contrato

EPC, en los términos del artículo 868 del Código de Comercio, en la medida en que las circunstancias relatadas materializan la llamada *teoría de la imprevisión*, lo que implica que debe reconocerse al Contratista EPC el valor de los mayores costos de acero y concreto.

54. Proyecto 1 S.A.S. respondió la reclamación, y de manera enfática negó las solicitudes argumentando lo siguiente: (i) que los retrasos por el evento en la provisión de los equipos SIEMENS ya se habían subsanado con el supuesto plan de aceleración, (ii) que los reclamos del Contratista EPC son consecuencia de la materialización del riesgo geológico expresamente asumido por éste en los términos del Contrato EPC, (iii) que ambos reclamos se basan en eventos que debieron preverse y planearse por el Contratista EPC, (iv) que la llamada *teoría de la imprevisión* no aplica en este caso, y (v) que, en gracia de discusión, el Contratista EPC debió informar la ocurrencia de eventos de fuerza mayor dentro de los 5 días posteriores a su materialización, y no en un término de meses, como ocurrió en el caso concreto. Por todo lo anterior Proyecto 1 S.A.S. conminó al Contratista EPC al cumplimiento oportuno del contrato, no sin antes señalar la falta de diligencia y cuidado en el cumplimiento de sus labores.
55. El Contratista EPC, que no estuvo de acuerdo con la respuesta de Proyecto 1 S.A.S., dejó sentada su posición de desacuerdo bajo las siguientes premisas: (i) que no discutía la asignación del riesgo geológico en cabeza del Contratista EPC, pero ésta no podía ser entendida de manera absoluta; (ii) que no resultaba razonable para el Contratista EPC prever las circunstancias relatadas, pues solo tuvo 33 días hábiles para preparar una oferta, mientras que Proyecto 1 S.A.S. tuvo 2 años de planeación; (iii) que si la filtración de aguas y la presencia de suelos Tipo IV resultaban ser fenómenos previsibles en opinión de Proyecto 1 S.A.S., la magnitud en la que se presentaron si era imprevisible, dejando en firme la aplicación de la *teoría de la imprevisión*; y (iv) que el término de 5 días para informar eventos de fuerza mayor resulta ser un requerimiento superfluo.
56. Todo lo anterior generó un devenir complejo para el Contrato EPC pues, aunque la PCH Tapartó pudo construirse y entrar en funcionamiento, no pudo cumplir oportunamente con la FPO.
57. Como resultado de lo anterior, ocurrió lo siguiente:
 - 57.1. XM hizo exigible la garantía bancaria otorgada por Bancolombia en favor del SIN.
 - 57.2. Bancolombia hizo exigibles sus contragarantías sobre los derechos de Energía de Antioquia en la PCH “El Pájaro”.
 - 57.3. Bancolombia hizo uso de su facultad de *step in*, dispuesta en el Contrato de Leasing, asumiendo el control de la operación del proyecto ante el riesgo inminente de cesación

de pagos y hasta tanto se satisficiera el monto de los recursos desembolsados para la financiación del proyecto.

57.4. Proyecto 1 S.A.S. perdió la oportunidad de recibir la remuneración correlativa a las OEF, así como de la comercialización de los remanentes de energía del proyecto que ya había comercializado a través de un PPA (*Power Purchase Agreement*) con una planta beneficiadora de café que operaba cerca el predio de la PCH Tapartó.

57.5. La planta beneficiadora de café con la que Proyecto 1 S.A.S. había suscrito el PPA hizo exigible una cláusula penal sancionatoria dispuesta en este contrato ante el incumplimiento en el abastecimiento de energía por parte de Proyecto 1 S.A.S.

VI. Sobre el primer arbitraje

58. Proyecto 1 S.A.S. presentó una demanda arbitral ante el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia (en adelante el “Centro”) en contra de Ingeniería y Proyectos en la que pretendió lo siguiente:

- (i) Que se declare que Ingeniería y Proyectos incumplió gravemente el Contrato EPC.
- (ii) Que se condene a Ingeniería y Proyectos a pagar a Proyecto 1 S.A.S. el precio de los derechos de Energía de Antioquia en la PCH “El Pájaro” de los cuales se tuvo que desprender por la exigibilidad de la garantía bancaria que hizo XM y, a su vez, por la exigibilidad de la contragarantía ejercida por Bancolombia.
- (iii) Que se condene a Ingeniería y Proyectos a pagar a Proyecto 1 S.A.S. el límite de las multas por valor del 10% del valor del Contrato EPC.
- (iv) Que se condene a Ingeniería y Proyectos a pagar a Proyecto 1 S.A.S. la cláusula penal sancionatoria pactada del 10% del valor del Contrato EPC.
- (v) Que se condene a Ingeniería y Proyectos a pagar a Proyecto 1 S.A.S. la remuneración correlativa a las OEF.
- (vi) Que se condene a Ingeniería y Proyectos a pagar a Proyecto 1 S.A.S. la remuneración correlativa a la comercialización de los remanentes de energía del proyecto que no pudieron entregarse a la planta beneficiadora de café que operaba cerca el predio de la PCH Tapartó.

- (vii) Que se condene a Ingeniería y Proyectos a pagar a Proyecto 1 S.A.S. el valor de la cláusula penal sancionatoria pagada a la planta beneficiadora de café que operaba cerca el predio de la PCH Tapartó.
59. Una vez citadas las partes a la reunión de nombramiento de árbitros, Ingeniería y Proyectos remitió una comunicación al Centro en la cual señalaba que el pacto arbitral que se invocaba en dicho proceso, vertido en la cláusula DÉCIMA CUARTA del Contrato EPC era inexistente, pues su estructura patológica impedía interpretar que en dicha estipulación existía consenso entre las partes para obligarse a someter a arbitraje las controversias derivadas de dicho contrato.
60. De dicha comunicación el Centro puso en conocimiento a Proyecto 1 S.A.S., que no hizo ninguna manifestación.
61. El día de la reunión para el nombramiento de árbitros, las partes designaron de mutuo acuerdo los árbitros, aunque la convocada dejó nuevamente constancia de la inexistencia del pacto arbitral y que solo accedía al nombramiento como una muestra de su buena fe contractual.
62. En la audiencia de instalación del Tribunal fue admitida la demanda y, dentro del traslado de la misma, Ingeniería y Proyectos contestó la demanda proponiendo como excepción la inexistencia de pacto arbitral y subsidiariamente propuso como excepción la ocurrencia de eventos eximentes de responsabilidad y la improcedencia del cobro de los valores pretendidos.
63. En síntesis, para Ingeniería y Proyectos la inexistencia de pacto arbitral se deduce de su estructura patológica y que, de tener algún valor, la cláusula no menciona al arbitraje como mecanismo para la resolución de la controversia.
64. El Tribunal Arbitral adelantó la conciliación, fijó honorarios y, finalmente, en la Primera Audiencia de Trámite decidió declararse incompetente por inexistencia de pacto arbitral. Dicha decisión fue recurrida por Proyecto 1 S.A.S., pero el Tribunal Arbitral confirmó su decisión.
65. En consideración de la anterior decisión, Proyecto 1 S.A.S. presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, esta fue admitida y notificada a Ingeniería y Proyectos.

VII. Sobre el segundo arbitraje

66. Pasados unos meses, Ingeniería y Proyectos presentó una demanda contra Proyecto 1 S.A.S. ante el Tribunal Administrativo de Antioquia en la que formuló las siguientes pretensiones:
- (i) Que se declare que Proyecto 1 S.A.S. incumplió el Contrato EPC.

- (ii) Que se condene a Proyecto 1 S.A.S. a pagar a Ingeniería y Proyectos los sobrecostos por la no adopción de la disposición física diseñada.
 - (iii) Que se condene a Proyecto 1 S.A.S. a pagar a Ingeniería y Proyectos los sobrecostos por implementación del plan de aceleración para adquirir los equipos marca SIEMENS.
 - (iv) Que se condene a Proyecto 1 S.A.S. a pagar a Ingeniería y Proyectos los sobrecostos generados en la excavación del túnel de captación de la PCH Tapartó.
67. La demanda se admitió y fue notificada a Proyecto 1 S.A.S. quien contestó formulando la excepción previa de pacto arbitral.
68. El Tribunal Administrativo de Antioquia, en una sala de decisión distinta a la que tramita el proceso de Proyecto 1 S.A.S. contra Ingeniería y Proyectos, declaró la excepción previa de pacto arbitral bajo el entendido de que el artículo 30 del estatuto arbitral establece que *“si decidiere que no es competente para conocer de ninguna de las pretensiones de la demanda y la reconvenición, se extinguirán los efectos del pacto arbitral **para el caso concreto**, y se devolverá a las partes, tanto la porción de gastos no utilizada, como los honorarios recibidos”*. En ese orden de ideas, según el Tribunal, y teniendo en cuenta que las pretensiones formuladas por Ingeniería y Proyectos son distintas de las que formuló Proyecto 1 S.A.S. ante la justicia arbitral y que dieron lugar a la declaratoria de incompetencia, los efectos del pacto arbitral solo pueden entenderse extinguidos para esa controversia y no para esta. Adicionalmente, consideró que el hecho de que la cláusula se denominara *“CLAUSULA COMPROMISORIA”* permitía concluir la existencia del pacto arbitral.
69. Ante esta decisión Ingeniería y Proyectos interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, pero el Tribunal Administrativo rechazó ambos recursos, por haber sido interpuestos de manera extemporánea.
70. Por lo anterior, Ingeniería y Proyectos presentó una demanda arbitral en contra de Proyecto 1 ante el Centro, con idénticas pretensiones de las formuladas ante el Tribunal Administrativo de Antioquia.
71. A pesar de profundas diferencias entre las partes, Proyecto 1 S.A.S. e Ingeniería y Proyectos nombraron de común acuerdo al nuevo Tribunal Arbitral.

72. En la audiencia de instalación del Tribunal fue admitida la demanda, y dentro del traslado de esta Proyecto 1 S.A.S. contestó la demanda proponiendo los siguientes argumentos como excepciones y defensas:

- (i) Que el Tribunal es incompetente para conocer de la totalidad de las pretensiones, pues ya otro Tribunal se pronunció sobre la inexistencia del pacto arbitral.
- (ii) Que de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil colombiano, Proyecto 1 S.A.S. no puede haber incumplido el Contrato EPC si Ingeniería y Proyectos ha incumplido gravemente el mismo, a tal punto que Proyecto 1 S.A.S. tuvo que asumir los efectos de la garantía que hizo efectiva XM, perdió sus OEF y la remuneración asociada a los remanentes de energía que pudo haber comercializado.
- (iii) Que Proyecto 1 S.A.S. no está obligado a reconocer los sobrecostos por la adopción de la disposición física, pues por la naturaleza del Contrato EPC este tiene un valor fijo no reajutable (*fixed price*). Además, el Contrato EPC es un contrato estatal, y para hacer algún reconocimiento adicional por una actividad que es objeto del contrato, debió suscribirse una modificación, máxime que cuando los contratos estatales son solemnes.
- (iv) Que frente a la pretensión de reconocimiento de los sobrecostos por la implementación del supuesto plan de aceleración para adquirir los equipos marca SIEMENS existe una decisión con efectos de transacción, pues este asunto fue resuelto por el Ingeniero, actuando como amigable componedor entre las partes, quien ningún pronunciamiento hizo sobre quién debía asumir los efectos del retraso del proyecto por este asunto, lo que significa que no varió la regla general en la que, atendiendo a modalidad contractual celebrada, los riesgos asociados a la procura están en cabeza del Contratista EPC. Frente a esta excepción Proyecto 1 S.A.S. pidió que se profiriera un laudo anticipado.
- (v) Que Proyecto 1 S.A.S. no está obligada a reconocer los sobrecostos generados en la excavación del túnel de captación de la PCH Tapartó, pues además de que el riesgo geológico del proyecto era un riesgo explícitamente asumido por el Contratista EPC en la matriz de riesgos, los mayores costos asumidos por el Contratista EPC para la excavación del túnel de captación fueron causados por propia negligencia del contratista al no haber hecho los apiques adicionales que le permitieran concluir con certeza cuáles eran las cualidades del suelo que estaba excavando y la presencia de aguas subterráneas, y así terminar el proyecto de manera oportuna sin causar perjuicios a el Contratista EPC.

Finalmente, Proyecto 1 S.A.S. fue enfático en advertir al Tribunal que era incompetente para conocer y fallar la pretensión de reconocimiento de los sobrecostos por la excavación del túnel de captación de la PCH Tapartó, pues esta pretensión se fundamenta exclusivamente en la denominada “*Teoría de la Imprevisión*” consagrada legalmente en el artículo 868 del Código de Comercio colombiano y, según esta disposición normativa, el Tribunal tendría que resolver este asunto en “equidad”, teniendo una expresa prohibición legal para hacerlo en casos en los cuales intervenga una entidad pública como Proyecto 1 S.A.S.

73. Adicionalmente, dentro del traslado de la demanda, Proyecto 1 S.A.S. radicó una demanda en reconvencción con las siguientes pretensiones:

- (i) Que se declare que Ingeniería y Proyectos incumplió gravemente el Contrato EPC.
- (ii) Que se condene a Ingeniería y Proyectos a pagar a Proyecto 1 S.A.S. el precio de los derechos de Energía de Antioquia en la PCH “El Pájaro” de los cuales se tuvo que desprender por la exigibilidad de la garantía bancaria que hizo XM y, a su vez, por la exigibilidad de la contragarantía ejercida por Bancolombia.
- (iii) Que se condene a Ingeniería y Proyectos a pagar a Proyecto 1 S.A.S. el límite de las multas por valor del 10% del valor del Contrato EPC.
- (iv) Que se condene a Ingeniería y Proyectos a pagar a Proyecto 1 S.A.S. la cláusula penal sancionatoria pactada del 10% del valor del Contrato EPC.
- (v) Que se condene a Ingeniería y Proyectos a pagar a Proyecto 1 S.A.S. la remuneración correlativa a las OEF.
- (vi) Que se condene a Ingeniería y Proyectos a pagar a Proyecto 1 S.A.S. la remuneración correlativa a la comercialización de los remanentes de energía del proyecto que no pudieron entregarse a la planta beneficiadora de café que operaba cerca el predio de la PCH Tapartó.
- (vii) Que se condene a Ingeniería y Proyectos a pagar a Proyecto 1 S.A.S. el valor de la cláusula penal sancionatoria pagada a la planta beneficiadora de café que operaba cerca el predio de la PCH Tapartó.

74. La demanda de reconvencción fue admitida y al contestarla, Ingeniería y Proyectos propuso los siguientes argumentos como excepciones y defensas:

- (i) Que existe una falta de jurisdicción del Tribunal Arbitral para conocer de la totalidad de las pretensiones, pues exactamente las mismas ya las está conociendo el Tribunal Administrativo de Antioquia, lo que significa que existe un pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto que excluye el conocimiento de este en la jurisdicción arbitral.
- (ii) Que además de la falta de jurisdicción, el Tribunal Arbitral es incompetente, pues otro tribunal arbitral ya se había pronunciado sosteniendo expresamente que se extinguían los efectos del pacto arbitral para el caso concreto de las mismas pretensiones que en este proceso se estaban reviviendo.
- (iii) Que Ingeniería y Proyectos no incumplió el Contrato EPC, pues los hechos a los que se les atribuye tal condición tienen como causa una fuerza mayor proveniente de las condiciones del suelo o un hecho exclusivo de Proyecto 1 S.A.S., que no planeó adecuadamente el contrato al no hacer los suficientes apiques que permitieran prever las condiciones del suelo.
- (iv) Que Proyecto 1 S.A.S. no tiene legitimación en la causa para pretender el precio de los derechos de Energía de Antioquia en la PCH “El Pájaro”, pues estos justamente pertenecen a esta entidad, y no a aquella. Así las cosas, solicita que se profiera un laudo anticipado o que se integre el contradictorio con Energía de Antioquia, que es la entidad que garantizó el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato EPC.
- (v) Que el cobro de las multas pretendido es improcedente pues la función de las multas es apremiar el cumplimiento del contrato en función de los días de atraso y no por un precio global correspondiente a su límite y, por lo tanto, debieron haberse impuesto, en caso de aplicar, durante la ejecución del contrato y no una vez este terminó. Adicionalmente, las multas son incompatibles con la cláusula penal sancionatoria que se pretende.
- (vi) Que de conformidad con el artículo 1596 del Código Civil, en caso de declararse un incumplimiento de Ingeniería y Proyectos, debe hacerse una rebaja proporcional de la cláusula penal pretendida, pues no es posible concluir que la totalidad del Contrato EPC fue incumplido.

- (vii) Que Proyecto 1 S.A.S. no tiene legitimación en la causa para pretender la remuneración correlativa a las OEF, pues estos derechos fueron aportados a la fiducia en garantía que Bancolombia ordenó constituir para celebrar el Contrato de Leasing. Por lo anterior, también solicita que se profiera un laudo anticipado o que se integre el contradictorio con Bancolombia.
 - (viii) Que de llegarse a declarar una responsabilidad contractual de Ingeniería y Proyectos, esta no está obligada a pagar la remuneración correlativa a la comercialización de los remanentes de energía que no pudieron entregarse a la planta beneficiadora de café, ni tampoco el valor de la cláusula penal sancionatoria pagada a esta planta, pues estos son perjuicios que no se previeron o pudieron preverse al tiempo del Contrato EPC al no haberse informado al contratista que se había celebrado el mencionado PPA.
75. En el traslado conjunto que se hizo de las excepciones, además de solicitar medios de prueba adicionales, las partes ratificaron la competencia del Tribunal para conocer de cada una de sus demandas, aunque en sus escritos de contestación recíprocos a las mismas hubieran desconocido dicha atribución del Tribunal frente a las pretensiones de su contraparte.
76. En la primera audiencia de trámite el Tribunal se declaró competente, sin perjuicio de la revisión que de su competencia debe hacer nuevamente al momento de proferir el laudo, pues con los elementos de prueba que hasta ese momento tenía disponibles no podía pronunciarse sobre las excepciones de incompetencia planteadas en las contestaciones a ambas demandas. Por la misma razón, negó las solicitudes de laudo anticipado por transacción y/o cosa juzgada, así como por de falta de legitimación en la causa para pretender en la demanda de reconvencción. Tampoco ordenó las integraciones del contradictorio solicitadas por Ingeniería y Proyectos, argumentando que requería más elementos de juicio para tomar tal determinación y que, en todo caso, este es un asunto que podría resolverse hasta antes de proferirse el laudo según el artículo 61 del Código General del Proceso.
77. Frente a esta última decisión ninguna de las partes interpuso algún recurso, el Tribunal procedió a decretar las pruebas del proceso y, una vez practicadas todas, se citó a audiencia de alegatos de conclusión.