

AA 3182007

F/15218



NATURALEZA DEL ACTO: PROTOCOLIZACION  
DOCUMENTOS DEL EXPEDIENTE CONTENTIVO  
DEL PROCESO ARBITRAL.

DEMANDANTE: "NUCLEO PROYECTOS Y  
CONSTRUCCIONES S.A."

CONTRA: "GENERAR S.A. E.S.P"

REPUBLICA DE COLOMBIA  
MEDALLA  
DR. HERNANDO L. DORADO ARANGO  
NOTARIO PUBLICO

1437 Julio 06

Yuliet V.

ESCRITURA NUMERO: UN MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE - -  
- - - - - ( 1.437 ) - - - - -

En el Municipio de Medellín, Departamento de Antioquia, República de Colombia a los seis ( 06 ) días del mes de julio del año dos mil uno (2.001), ante mí, LUCIA MEJIA ZULUAGA, Notaria Séptima del Circuito de Medellín, compareció el doctor OSCAR ANIBAL GIRALDO CASTAÑO, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 3.526.979 expedida en Marinilla (Ant) y manifestó:

PRIMERO: Que presenta para su protocolización en esta Notaria el expediente contentivo del proceso arbitral promovido por NUCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. Contra GENERAR S.A. E.S.P., por hallarse ejecutoriado y en firme el laudo arbitral emitido en dicho proceso; el cual se compone así:

FOLIOS

CUADERNO No.	TEMA	De la Pag.	A la Pag.
1	Demanda	1	299
2	Anexos Demanda - Pruebas y Estudio	1	221
3	Contestación de Demanda	1	128
4	Réplica Excepciones	1	202
5	Actuación Centro de Arbitraje	1	42
6	Actuación del Tribunal Arbitral	1	532
7	Documentos Aportados en Audiencias de Pruebas	1	106
8	Prueba Oral	1	422
9	Escritos Extemporáneos	1	28
-----	-----	---	-----

se expidió  
Medellín.

CUADERNO No.	TEMA	De la Pag.	A la Pag.
ANEXOS		----	----
	<b>TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO</b>		
10	Respuestas a Preguntas de Dte y Dda. <b>Volumen 1</b>	1	139
	Adendos del Peritaje <b>Volumen 2</b>	1	138
	Peritaje Ingenieros <b>Volumen 3</b>	1	82
	Respuestas a Preguntas de Complementación y Aclaración	1	154
	<b>ESQUEMA DE ORGANIZACIÓN DE LA SOCIEDAD</b>	----	----
-11	Revisión: 0 - Diciembre de 1996	1	43
	Revisión: 1 - Febrero de 1997	1	43
	<b>INFORMES</b>	----	----
12	Informes y Estados Financieros - 1997	1	22
	Informes y Estados Financieros - 1998	1	21
	Informes y Estados Financieros - 1999	1	28
	Prospecto de Colocación de Acciones Privilegiadas - 1999	1	61
	Convenios OCAN-GENERADORA UNION Integral	1	45
	Objeción por Error Grave al Dictamen Pericial - 2000	1	75
	<b>PROYECTO HIDROELÉCTRICO DEL RÍO PIEDRAS</b>	----	----
13	Informe Mensual de Construcción No. 5 -- Julio 1997	1	58
	Construcción de las Obras Civiles -- Marzo 1997	1	105
14	Correspondencia Integral -- Núcleo <b>Volumen 1</b>	1	403
15	----- <b>Volumen 2</b>	1	361
16	Informes Diarios de la Interventoría <b>Volumen 1</b>	1	369
17	----- <b>Volumen 2</b>	1	391
18	Actas de Comité de Obra <b>Volumen 1</b>	1	264
19	----- <b>Volumen 2</b>	1	262
20	Correspondencia Núcleo - Integral <b>Volumen 1</b>	1	366
21	----- <b>Volumen 2</b>	1	423
22	PLANOS	1	28
23	Propuestas para la Construcción de las Obras Civiles Exteriores Concreto de la Casa de Maquinas y Mantenimiento de la Vías. Proyecto Hidroelectrico del Rio Piedras. ----- Junio 1996	1	301

SEGUNDO: En atención a lo solicitado por el compareciente, la Notaría lo inserta desde ahora en el protocolo de esta Notaría. en el lugar, con la fecha y bajo el número que le corresponda, para que forme parte de él, surta sus efectos legales y el interesado pueda en cualquier momento solicitar las copias que necesiten o tengan a bien.-----

AA 3182008

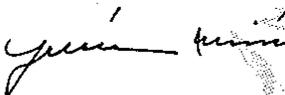


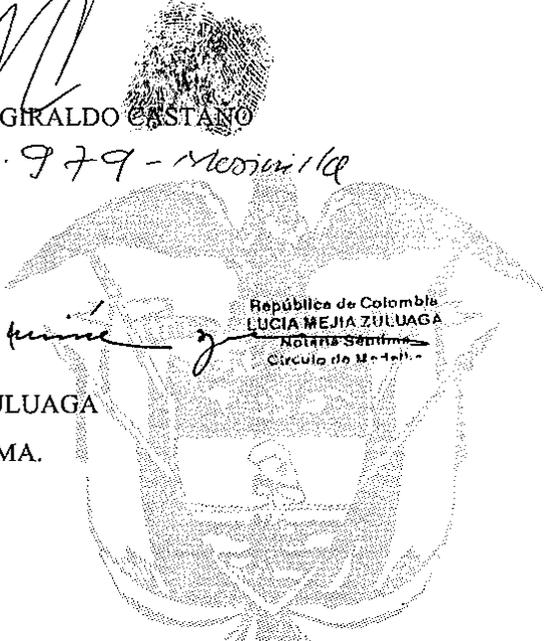
Leída la presente escritura por el compareciente, la encontré corriente, la aprobé y la firma, ante mí, la Notaria que de lo cual doy fe. -----  
Derechos Notariales \$ 9.430 Resolución 5839 de 2000. I.V.A. \$ 1.509. Ley 223 de 1.995. -Se elaboró en la hoja No. AA3182007/3182008. - - - - -

REPUBLICA DE COLOMBIA  
DR. HERNANDO CASTAÑO ARANGO  
SECRETARÍA  
NOTARÍA SEPTIMA

Enmendado: 221 "SI VAJE"

  
OSCAR ANIBAL GIRALDO CASTAÑO  
C.C.# 3.526.979 - Medellín

  
LUCIA MEJIA ZULUAGA  
NOTARIA SEPTIMA.



1 NOTARIA SEPTIMA 1437  
Se expide en 2 hojas se destina para INTERESADO  
9 de JULIO 20011

El Secretario de la notaria autoriza estas copias por delegación del Notario Decreto 1594 de 1.989

REPUBLICA DE COLOMBIA  
SECRETARÍA  
DR. HERNANDO CASTAÑO ARANGO  
SECRETARÍA  
NOTARÍA SEPTIMA

# LAUDO ARBITRAL

Medellín, quince de marzo de dos mil uno

El presente es el laudo arbitral que desata la litis existente entre las sociedades NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A., de una parte, y GENERAR S.A. E.S.P., de la otra parte; litigio que fue objeto de procesamiento por este Tribunal de Arbitramento.

## ANTECEDENTES

### ACTUACION

Mediante escrito presentado ante el CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACION DE LA CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN el 7 de julio de 1999, la compañía NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A., a través de apoderado debidamente constituido, con fundamento en cláusula compromisoria pactada, ejerció acción para que, mediante la actividad jurisdiccional de un Tribunal de Arbitramento, se dirimiera el conflicto de intereses suscitado entre esa persona jurídica y la sociedad GENERAR S.A. E.S.P., relacionado con el contrato celebrado entre dichas partes, distinguido con el número 02, denominado CONTRATO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS CIVILES DEL PROYECTO HIDROELÉCTRICO DEL RIO PIEDRAS, de conformidad con el *petitum* y la *causa petendi* que más adelante se precisan.

Admitida la solicitud de convocatoria al arbitramento por el Centro de Arbitraje y surtido el trámite de notificación y traslado de la demanda, la sociedad llamada al proceso arbitral la contestó oportunamente.

Se puso en conocimiento de la parte actora los medios exceptivos de mérito formulados por la demandada, y NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. los replicó en su momento.

Celebrada la audiencia de conciliación, sin que hubiera sido posible que las partes involucradas se avinieran a una fórmula de solución directa de sus diferencias, devino el nombramiento de los Arbitros por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, en los Abogados OSCAR ANIBAL GIRALDO CASTAÑO,

EFRAIN GOMEZ CARDONA y JAVIER HENAO HIDRON, quienes debían conocer y componer la litis.

Una vez notificados y aceptados los cargos por los Arbitros, dentro del término, el 25 de octubre de 1999 se procedió a efectuar la instalación del Tribunal, a regular los honorarios y gastos, a nombrar como Presidente al Arbitro OSCAR ANIBAL GIRALDO y a designar como Secretario al Abogado ALVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO, fuera de adoptar otras providencias tendientes al adecuado funcionamiento del cuerpo colegiado que debía actuar jurisdiccionalmente en el caso concreto.

Luego de varias suspensiones de las diligencias arbitrales por voluntad de las compañías disputantes, se hicieron las consignaciones de dinero imprescindibles para el funcionamiento del arbitraje, por lo que el 29 de mayo de 2000 se dio inicio a la primera audiencia de trámite, en la cual se examinó la competencia del Tribunal, la que fue asumida por los Arbitros con respecto a la totalidad de las pretensiones; decisión que cobró ejecutoria y quedó en firme por no haberse impugnado por ninguna de las partes.

En la aludida sesión inicial de la primera audiencia de trámite se admitió la reforma a la demanda que NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. había presentado con anterioridad, consistente en la solicitud de nuevas pruebas, y se dio traslado de la misma a la parte accionada por cinco días. De allí la suspensión obligada de la audiencia.

GENERAR S.A. recorrió el traslado de la reforma de la demanda, impetrando, a su vez, la práctica de nuevas probanzas.

El día 12 de junio de 2000 se reanudó la primera audiencia de trámite en la cual el Tribunal decretó la práctica de las pruebas solicitadas por las partes.

La etapa de instrucción se adelantó en armonía con las pruebas decretadas, incorporadas y practicadas con pleno sometimiento a las formalidades legales. Desde luego que la valoración del acervo probatorio la efectuará el Tribunal en su conjunto y con sujeción a las reglas de la sana crítica.

En fin, a las partes se les garantizó el derecho de presentar sus alegaciones, lo que tuvo lugar en audiencia realizada el 14 de febrero de 2001.

Se anota que el Arbitro JAVIER HENAO HIDRON presentó renuncia de su cargo el 9 de enero de 2001, la cual le fué aceptada por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Medellín, habiéndose elegido mediante sorteo, por parte del mismo Centro, al Dr. ENRIQUE GIL BOTERO en reemplazo del Dr. HENAO.

El Tribunal deja constancia expresa de que el laudo arbitral se pronuncia dentro del término de vigencia del arbitramento, si se tiene en cuenta que la primera audiencia de trámite culminó el 12 de junio de 2000 (folio 106, cuaderno 6); que hubo una primera prórroga del proceso de dos meses por acuerdo de las partes, (folio 132 ídem); que posteriormente ellas prorrogaron de nuevo el plazo del arbitramento por quince días más (folio 226 íbidem); y finalmente lo hicieron hasta el 30 de marzo de 2001, inclusive, según se lee a folios 327 del mismo cuaderno 6 del expediente.

## LAS PRETENSIONES

Los pedimentos de la parte actora que delimitan el marco de competencia del Tribunal fueron concebidos en los siguientes términos textuales:

***"1. Que se declare que la sociedad GENERAR S.A. E.S.P. incumplió el contrato celebrado con NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A., celebrado el día 17 de marzo de 1997, el cual tenía por objeto la construcción de las obras civiles del proyecto hidroeléctrico del Río Piedras, entre otras razones establecidas en los hechos de este libelo, fundamentalmente en las siguientes:***

- a.- Entrega tardía de los planos de las obras***
- b.- Mora en el pago de las actas de obra***
- c.- Cambio en las condiciones de ejecución***
- d.- Negligencia en la solución de las solicitudes del contratista y en la modificación de la ecuación contractual en virtud de los imprevistos surgidos durante la ejecución de las obras.***

***"2. Que como consecuencia de la declaración precedente la sociedad Generar S.A. E.S.P. debe indemnizar a la sociedad NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. los perjuicios causados por su actuación durante la ejecución del contrato, de conformidad con la evaluación que para el efecto hagan los peritos en el transcurso del proceso y según los hechos narrados en este escrito y fundamentalmente los resumidos en el capítulo IV de la demanda.***

***3. Que se reconozca que efectivamente durante la ejecución de la obra de que trata esta demanda surgieron condiciones imprevistas y cambios en las condiciones de ejecución por decisiones tomadas por la interventoría y la contratante GENERAR S.A. E.S.P. que desembocaron en cambios en los parámetros de ejecución inicialmente pactados entre las partes.***

***4. Que consecuencia de la declaración precedente la sociedad GENERAR S.A. E.S.P. debe reconocer a favor de NÚCLEO***

*PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. los extracostos causados durante la ejecución del contrato relacionados en esta demanda, al variar las condiciones pactadas inicialmente entre las partes y surgir en las obras condiciones imprevistas y cambios en el proyecto que lo hicieron más oneroso para el contratista, todo ello de conformidad con la evaluación que para el efecto realicen los señores peritos en el transcurso del proceso.*

*5. Que se condene al demandado al pago del capital debido hasta la fecha y los intereses de mora correspondientes a la más alta tasa de interés moratorio permitida en el mercado bancario, por las actas o reportes de obra hasta la fecha no cancelados.*

*6. Que se condene al pago del capital e intereses de mora a la más alta tasa permitida en el mercado bancario en relación con la facturación cancelada, pero pagada extemporáneamente.*

*7. Se proceda a actualizar las sumas que resulten del numeral 2 y 3 de este pétitum.*

*8. Se condene en costas al demandado.*

## LOS HECHOS DE LA DEMANDA

Dan cuenta los hechos narrados por la parte actora en su demanda de los siguientes eventos y circunstancias:

- a) De la válida celebración por las partes, el 17 de marzo de 1997, del contrato identificado con el número 2, cuyo objeto era la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica del Río Piedras, en el Municipio de Jericó, Antioquia, obrando GENERAR S.A. E.S.P. como contratante y NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. como contratista.
- b) De la realización de las obras civiles superficiales y de la casa de máquinas requeridas en el proyecto hidroeléctrico, y los trabajos adicionales vinculados a su construcción, como objeto materia del contrato.
- c) De las obligaciones convencionales de la sociedad contratista consistentes en: acatar los señalamientos e instrucciones de la entidad contratante; el suministro de materiales y equipos, la mano de obra, y, *"en general los trabajos necesarios para el desarrollo de su objeto contractual"*, el mismo que por razones obvias se encontraba *"ligado al desarrollo completo de la obra y al cumplimiento que de sus obligaciones adelantare la contratante"*.
- d) De la enunciación precisa de las obras y actividades constitutivas del contrato, a saber: Obras de derivación, de conducción, de la central, y adecuación y sostenimiento de la vía Puente Iglesias-Jericó.

e) Del pacto del valor del contrato por precios unitarios reajustables, que implicaba *"la responsabilidad exclusiva en cabeza del contratista de todos los riesgos inherentes a la ejecución de la obra"*.

f) De la cuantía del precio del contrato, fijada en la suma de \$3.393'152.103, más el IVA por la cantidad de \$21'869.258; precio o valor susceptible de variación acorde con la eventual ampliación del contrato y a modificaciones en los términos inicialmente señalados, todo *"debidamente soportado en actas de modificación bilateral"*.

g) De la relación específica y concreta de actas de modificación del contrato.

h) Del plazo de ejecución de las obras, establecido en 590 días calendario, a partir de la firma del documento contentivo del contrato; término de duración que podía sufrir ampliación *"de acuerdo a los diferentes excesos que podrían presentarse en las cantidades de obra"*.

i) De la manifestación del contratista en el contrato de conocer el proyecto y su localización, *"al igual que los aspectos que directa o indirectamente influyeran en el mismo"*; y en cuanto a planos y especificaciones la previsión de que el contratista debía ceñirse *"al pliego de condiciones, a las especificaciones técnicas y a los planos suministrados por EL CONTRATANTE"*, según la cláusula octava del documento contractual.

j) De cómo, entonces, era obligación de la contratante *"emitir a tiempo las especificaciones técnicas y los planos necesarios"*, implícitamente en coordinación con la contratista a efecto de evitar sobreposición en los trabajos; deber de la contratante que además se hallaba contemplada en el pliego de condiciones.

k) De la inobservancia de la contratante del numeral 2.6 de los planos y especificaciones que establecía que *"los planos de construcción deberán suministrarse a EL CONTRATISTA con 60 días de anticipación a la fecha indicada en el programa de construcción aprobado, para iniciar la actividad respectiva"*. La demandante le endilga a GENERAR S.A. incumplimiento de su obligación de entregar los planos con la antelación pactada, fuera de que en varias oportunidades éstos, luego de entregados, fueron cambiados de manera unilateral por la contratante y sin informar oportunamente a la contratista, situación que determinó para esta última compañía la alteración de su cronograma de trabajo pese a lo cual la sociedad contratante sí le exigía a aquella el cumplimiento riguroso de las obras.

l) De cómo, pues, el retraso injustificado y reiterado en la entrega de los planos le ocasionó graves e ingentes perjuicios a la contratista, que motivaron la

presentación de las "Solicitudes de Reconocimiento No. 1 y No. 2". La primera, de marzo/99, comprendía los sobrecostos en que había incurrido la reclamante. La segunda, de junio/99, indicaba en concreto los perjuicios de la contratista, contractuales y extracontractuales, causados por la contratante.

m) De la descripción de "los hechos constitutivos de los perjuicios o extracostos ocasionados al demandante", relacionados específicamente con: EXCAVACIÓN TUBERÍA A BAJA PRESION; DESVIO DEL RIO; MAYOR DESTINACION DE RECURSOS; y PERJUICIO INDIRECTO CAUSADO AL CONTRATISTA.

n) De cómo en definitiva "los cambios en las especificaciones y diseños, demoras en la entrega de diseños (conducción a baja presión y desvío del río), mora en los pagos de actas de obra y otros incumplimientos de la interventoría y/o Generar S.A.", ocasionaron "mayores costos directos e indirectos durante la ejecución de las obras para NÚCLEO S.A.....".

ñ) De la terminación del contrato el 30 de abril de 1999, "pese a los contratiempos presentados y fundamentalmente la mora en los pagos".

## LA RESISTENCIA

En su respectivo escrito de contestación a la demanda, la sociedad accionada se pronunció sobre los hechos de la demanda, aceptó algunos, total o parcialmente, y negó otros para, finalmente, oponerse a las pretensiones e introducir las siguientes excepciones de fondo o mérito:

1. IMPERICIA DEL DEMANDANTE EN LA REALIZACIÓN DE LAS OBRAS, que fundamenta en la "falta de EXPERIENCIA y CONOCIMIENTOS en la ejecución de este tipo de OBRAS, lo cual constituye una CULPA...del demandante", lo que se reflejó en: el manejo del cauce del río, en la construcción del azud, en el personal profesional empleado, en la propuesta inicial del lugar para la construcción de la vía de acceso, y en ser la primera obra de esta naturaleza que ejecutaba la contratista.

2. INEXISTENCIA E INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN INDEMNIZATORIA (Caducidad), que basa en lo acordado en el siguiente aparte del contrato y del pliego de condiciones: "2.6. PLANOS Y ESPECIFICACIONES. 2.6.1. Generalidades. Con la debida anticipación para que el interventor pueda tomar oportunamente las medidas del caso, EL CONTRATISTA deberá notificar por escrito al interventor, cuando el planeamiento de los trabajos o se ejecución pueda retrasarse por la falta de cualquier plano, en este caso, conjuntamente con la

notificación mencionada, EL CONTRATISTA deberá describir el plano requerido, de porqué y cuándo se requerirá y de los efectos de costos y plazos que sobre el desarrollo de las obras puede tener la falta de ese plano. Se entenderá que EL CONTRATISTA RENUNCIA al derecho a elevar reclamo alguno por ESTA CAUSA en caso de NO PRODUCIR oportunamente la mencionada notificación...", y alegando que el contratista no realizó notificación alguna por falta de ningún plano.

3. MALA FE DEL DEMANDANTE, toda vez que en la demanda no informó que "el PROGRAMA INICIAL había sido cambiado en VARIAS OCASIONES, siempre a petición suya y por causas imputables a él, pues durante la ejecución de las obras se mantuvo atrasado y no podía cumplir siquiera sus nuevos y propios programas".

4. LOS CAMBIOS PLANTEADOS POR EL CONTRATANTE DEBIERON FACILITAR EL TRABAJO DEL CONTRATISTA; fundada en que las modificaciones en las obras por parte de la demandada facilitaban la labor de la demandante.

5. NO APLICABILIDAD DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA; por falta de vigencia de la misma, pues el contrato concluyó el 30 de abril de 1999, según confesión efectuada en el hecho 25 de la demanda, y la solicitud de integración del Tribunal arbitral se hizo el 7 de julio de 1999, o sea cuando ya no estaba vigente el contrato.

6. LA GENÉRICA, consagrada en el artículo 306 del C. de P.C., así como las de PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN Y NULIDAD RELATIVA, aunque estas tres últimas no se precisaron en cuanto a las circunstancias fácticas que las configuran.

### REPLICA A LA EXCEPCIONES

En su debida oportunidad, la parte demandante se refirió a las excepciones de fondo propuestas por GENERAR S.A., analizando y pronunciándose sobre todos los medios exceptivos.

### REFORMA DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACION

Como anteriormente se señaló, NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. reformó la demanda exclusivamente en materia atinente a pruebas,

solicitando la práctica de otras. GENERAR S.A. E.S.P. aprovechó el traslado de la reforma para pedir también nuevas pruebas.

## PRESUPUESTOS PROCESALES

Los doctrinantes del derecho procesal aconsejan que el juez *"antes de afrontar el examen del mérito del conflicto de intereses planteado a la jurisdicción, debe oficiosamente asumir el estudio de dos aspectos formales: Los presupuestos procesales y la legitimación en la causa por activa y por pasiva"*<sup>1</sup>.

*"Los presupuestos del proceso son las exigencias o requisitos que deben cumplirse para que éste pueda iniciarse, desarrollarse y culminar válidamente"*<sup>2</sup>.

Es pacífica la doctrina en torno a la identificación de los siguientes presupuestos procesales, a saber: *"... competencia, capacidad procesal de las partes, demanda en forma y orden riguroso del proceso"*<sup>3</sup>.

Tiene que ver la competencia con la circunstancia esencial de que *"el juez que va a definir el proceso sea el llamado por la ley a hacerlo..."*<sup>4</sup>. Ya el Tribunal se ocupó suficientemente del tema de la competencia al declararla en la primera audiencia de trámite, y sobre el particular remite a lo que allí se expuso, reiterando que es el fallador apto para decidir la litis.

Sobre las partes y su capacidad, se advierte que los sujetos involucrados como provocante y provocado en este arbitramento, son personas jurídicas cuya existencia se encuentra acreditada en el expediente con los certificados que para ello reclama el sistema probatorio, condición de la que nace la capacidad para ser parte; y ambas con capacidad procesal en razón de que han comparecido al arbitraje a través de sus órganos de representación, según lo proclaman aquellos mismos certificados. También militan en los autos los poderes otorgados a los abogados para actuar en el proceso, con lo que se prueba el derecho de postulación –ius postulandi– de las partes.

<sup>1</sup> Dr. José Fernando Ramírez Gómez, Código de Procedimiento Civil Comentado, Pág. 365.

<sup>2</sup> Dr. Jaime Azula Camacho, Manual de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Pág. 40.

<sup>3</sup> Oskar Von Bülow, citado por Azula, ibídem, Pág. 38.

<sup>4</sup> Hernán Fabio López Blanco, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Pág. 708.

El Tribunal ve sin reparo la idoneidad de la demanda y no observa a estas alturas irregularidad o vicio durante el trámite que hubiera atentado contra el procedimiento legal o vulnerado el derecho de defensa.

Finalmente, para proveer de fondo, hay legitimación en causa e interés para obrar en los litigantes; esto es, por lo uno, coinciden los sujetos procesales con los de la relación sustancial en conflicto, y, por lo otro, existe interés para la sociedad demandante de que, en virtud de sentencia, se declare el derecho que exige como suyo, y para la compañía demandada de que no se acoja la tutela jurídica pedida por la actora.

De lo anterior se concluye que no hay óbice alguno para decidir el mérito del litigio.

### **DEL LAUDO**

Por voluntad de las partes, expresada en la cláusula compromisoria de la que deriva el Tribunal su competencia para fallar, el laudo que se expide lo será en derecho y se adopta con el voto unánime de los Arbitros.

## **CONSIDERACIONES PARA DECIDIR EL FONDO DEL LITIGIO**

### **1. Aspectos previos:**

El pacto arbitral presenta como característica esencial, la de ser un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes, con capacidad para transigir, se obligan a someter sus diferencias a la decisión de los árbitros, quienes se encuentran habilitados para fallar en los términos que determine la ley, es así como debe tenerse en cuenta la siguiente normatividad: artículo 1º del decreto 2279 de 1989, modificado por el artículo 111 de la ley 446 de 1998, artículos 90 y siguientes de la ley 23 de 1991, artículo 70 y 71 de la ley 80 de 1993 y artículos 226 a 231 del decreto 1818 de 1998, en cuanto refiere los límites y alcances de la justicia arbitral en asuntos susceptibles de transacción.

La Constitución Política de 1991, consagró la posibilidad de que la administración de justicia fuera ejercida por conciliadores y árbitros, al disponer en el inciso 4º del artículo 116 lo siguiente: *"Los particulares pueden ser investidos transitoriamente*

*de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.*

El alcance de la disposición constitucional y los límites de la misma, en relación con la administración de justicia por parte de los árbitros, fue fijado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-294 de julio 6 de 1995. El Honorable Consejo de Estado también ha estudiado en general, como igualmente lo ha hecho la doctrina, la naturaleza jurídica de la decisión arbitral; se ha dicho por esta corporación:

*“... a la decisión de los árbitros, quienes están transitoriamente investidos de la función de administrar justicia, y profieren una decisión o laudo que, por mandato legal, adquiere la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial...”*

*En efecto, el arbitro es un juez de excepción, con carácter extraordinario, y en esa condición ejerce su función respecto de intereses particulares, siempre y cuando sean susceptibles de transacción o esencialmente negociables”<sup>5</sup>*

Resulta incuestionable la naturaleza jurisdiccional de los árbitros, quienes participan de atributos inherentes a dicha actividad, y al momento de asumir su competencia, adquieren los mismos deberes y responsabilidades de quienes ejercen de manera permanente la jurisdicción, sus funciones son públicas porque administran justicia, así sea para el caso específico y de manera transitoria y excepcional.

La cláusula compromisoria tiene su fuente jurídica en el contrato, su finalidad no es otra que la de procurar la solución rápida de los eventuales conflictos entre las partes que lo celebran; debe entenderse que dicha cláusula se extiende en principio a los conflictos que tengan o tengan indirectamente relación con el contrato que sirvió de fuente, salvo que las partes excluyan determinados aspectos del conocimiento del juez arbitral, los cuales como es lógico quedarían vedados a su examen, y sobre cuyo pronunciamiento se configuraría una verdadera vía de hecho; o bien, tampoco podrán los árbitros examinar temas que el legislador excluye de pronunciamiento por la justicia arbitral aun así las partes lo hubieran consagrado en el compromiso, lo que indefectiblemente devendría en

<sup>5</sup> Sección Tercera, expediente N° 16394.

ilegal y viciado de nulidad absoluta, entre tales aspectos se encontraría, fuera de otros, lo referente al orden público<sup>6</sup>.

En lo que respecta al cumplimiento o incumplimiento del pacto contractual, el artículo 870 del Código de Comercio dispone que en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación con indemnización de los perjuicios moratorios y, guardando concordancia, el artículo 1546 del C.C. prescribe que en los contratos bilaterales va ínsita la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado, y en consecuencia podrá demandar a su arbitrio la resolución con indemnización de perjuicios, o pedir el cumplimiento del mismo con la debida indemnización. Esa es la norma de conducta que establece la ley, y en caso de no procederse dentro de los dos extremos del marco de configuración legal del artículo 870 del C. de Ccio., la consecuencia es la declaratoria de la excepción perentoria de petición de modo indebido, conforme al artículo 306 del C. P. C.

Sobre la situación de incumplimiento contractual, y las facultades otorgadas a las partes, contenidas en el artículo 870 del C. de Ccio., se ha dicho por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, lo siguiente:

*"El fenómeno del incumplimiento por uno de los contratantes de lo pactado da lugar, si se trata de contratos bilaterales, a que opere la condición resolutoria tácita, dando origen a favor del otro contratante que ha cumplido o está presto a cumplir sus propias prestaciones, al derecho alternativo para pedir la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos casos con indemnización de perjuicios. De acuerdo con la ley ha establecido la doctrina que esta acción de reparación tiene la calidad de accesorio o consecencial de cualquiera de las dos principales que concede la ley alternativamente, para resolver el contrato o hacerlo cumplir, y que por lo tanto no procede su ejercicio aislado.*

*Se ha entendido que a una demanda meramente indemnizatoria, fundada en incumplimiento de un contrato no extinguido, le falta el antecedente jurídico esencial de una de las dos acciones principales para que pueda realizarse uno de los fines ineludibles del sistema de la condición resolutoria tácita, esto es, desligar a las partes de sus obligaciones destruyendo el*

<sup>6</sup> Véase Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente N° 16394, Laudo arbitral. Actor: Consorcio Hispanoaleman, dda: ETMVA, M.P. doctor Germán Rodríguez Villamizar, febrero 23 de 2000.

*contrato o agotándolo, con el cumplimiento cabal de las prestaciones en él originadas”*

En Sentencia del 28 de abril de 1952, la Corte expresó:

*“El artículo 1546 del Código Civil dice que el contratante que se considere lesionado puede pedir, o la resolución del contrato o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios. De esta suerte, la demanda debe invocar uno de los extremos enunciados y pedir, como consecuencia, la indemnización a que se aspira. Si así no se hizo, quiere ello decir que se pidió de modo indebido, lo cual constituye una excepción perentoria que debe ser declarada.”*

Y en fallo de la misma corporación, calendado el 7 de abril de 1954, se puntualizó:

*“La parte en contrato bilateral que se considere perjudicada por actos u omisiones de su contraparte, no puede exigir de ésta directamente la indemnización de perjuicios, por falta de cumplimiento de las obligaciones a su cargo, sino que debe demandar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios, o pedir el cumplimiento del mismo con tal indemnización.”*

El tribunal interpreta de manera amplia las pretensiones formuladas en la demanda, dejando de lado el legalismo formal se identifica con lo postulado en el artículo 228 de la Constitución Política, el cual dispone que en las actuaciones judiciales ha de prevalecer el derecho sustancial, obrando así en concordancia con el artículo 230 de la misma carta, que en su esencia, implica el sometimiento de los jueces no al imperio de la ley sino al imperio del derecho. Por ello puede afirmarse hoy día que el juez está obligado al orden justo, no está sujeto al imperio de la ley sino al imperio del derecho, porque la ley injusta no puede ser derecho; sobre el particular pueden consultarse las sentencias C-224 de 1994 y C-486 de 1993 de la **CORTE CONSTITUCIONAL**; valga anotar al margen de las consideraciones de la jurisprudencia nacional en torno a la materia, que esta distinción entre *lex* y *ius*, fue fundamento de reflexión desde Tomás de Aquino; en efecto:

*“La ley se arraiga en la autoridad de un legislador (es “legislada”), no proviene del ser sino es el resultado de una voluntad que emite normas. Muy por el contrario el derecho, el cual no es considerado por Santo Tomás dentro del contexto sistemático de la ley, sino en el marco de la doctrina de la virtud y, por cierto, de la*

<sup>7</sup> Sentencia del 17 de junio de 1948, Gaceta judicial – Tomo LXIV, Pág. 456.

*justicia. El ius no es para él una existencia de normas, no es un esquema abstracto para el actuar correcto; es, más bien, el actuar correcto mismo y la correcta decisión frente a la situación concreta"<sup>8</sup>*

En consecuencia, pese a la falta de técnica en la formulación de las pretensiones declarativas, se conocerá el asunto de fondo, teniendo en cuenta los fundamentos que preceden.

## 2. Consideraciones particulares:

En el contrato N° 02 celebrado entre las partes, Generar S.A. E.S.P. y Núcleo Proyectos y Construcciones S.A. para la construcción de las obras civiles del proyecto hidroeléctrico del río Piedras, firmado el 17 de marzo de 1997, se pactó la cláusula compromisoria en los siguientes términos:

**"CLAUSULA VIGESIMA QUINTA: ARBITRAMENTO.** *Cualquier diferencia que surja entre las partes por razón de los derechos y obligaciones establecidos por las mismas en el presente contrato, durante la vigencia del mismo, relacionada con la aplicación, interpretación o cumplimiento de cualquiera de sus cláusulas y disposiciones que no puedan dirimirse amistosamente entre ellas, se someterá a decisión arbitral de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Comercio Colombiano. El fallo del tribunal será en derecho. Los árbitros serán tres, nombrados por la Cámara de Comercio de Medellín. Queda entendido y convenido que durante el curso del arbitraje el trabajo se adelantará normalmente y los pagos se llevarán a cabo por parte de EL CONTRATANTE en la forma prevista en este contrato" (resalto fuera de texto).*

Se trata de un contrato bilateral o sinalagmático que son aquellos en que las partes contratantes se obligan recíprocamente, es decir, en los que la prestación a cargo de una de las partes está compensada con la contraprestación que ella ha de cumplir en beneficio de la otra, o en los términos del artículo 1496 del C.C., cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente.

El apoderado de la convocante Núcleo Proyectos y Construcciones S.A., formuló en su escrito las siguientes pretensiones:

*"1. Que se declare que la sociedad GENERAR S.A. E.S.P. incumplió el Contrato celebrado con NUCLEO*

<sup>8</sup> KAUFMANN ARTHUR, Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1997, 2ª edición, Pág. 262.

PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A., celebrado el día 17 de Marzo de 1997, el cual tenía por objeto la Construcción de las Obras Civiles del Proyecto Hidroeléctrico del Río Piedras, entre otras razones establecidas en los hechos de este libelo, fundamentalmente en las siguientes:

a.- Entrega tardía de los planos de las obras  
b.- Mora en el pago de las actas de obra  
c.- Cambio en las condiciones de ejecución  
d.- Negligencia en la solución de las solicitudes del contratista y en la modificación de la ecuación contractual en virtud de los imprevistos surgidos durante la ejecución de las obras.

2. Que como consecuencia de la declaración precedente la Sociedad Generar S.A. E.S.P. debe indemnizar a la sociedad NUCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. los perjuicios causados por su actuación durante la ejecución del Contrato, de conformidad con la evaluación que para el efecto hagan los peritos en el transcurso del proceso y según lo hechos narrados en este escrito y fundamentalmente los resumidos en el capítulo IV de la demanda.

3. Que se reconozca que efectivamente durante la ejecución de la obra de que trata esta demanda surgieron condiciones imprevistas y cambios en las condiciones de ejecución por decisiones tomadas por la Interventoría y la Contratante GENERAR S.A. E.S.P. que desembocaron en cambios en los parámetros de ejecución inicialmente pactados entre las partes.

4. Que consecuencia de la declaración precedente la sociedad Generar S.A. E.S.P. debe reconocer a favor de NUCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. los extracostos causados durante la ejecución del contrato relacionados en esta demanda, al variar las condiciones pactadas inicialmente entre las partes y surgir en las obras condiciones imprevistas y cambios en el proyecto que lo hicieron más oneroso para el Contratista, todo ello de conformidad con la evaluación que para el efecto realicen los Señores peritos en el transcurso del proceso.

5. Que se conde (sic) al Demandado al pago del capital debido hasta la fecha y los intereses de mora correspondientes a la más alta tasa de interés moratorio permitida en el mercado bancario, por las actas o reportes de obra hasta la fecha no cancelados.

6. Que se condene al pago del capital e intereses de mora a la más alta tasa permitida en el mercado bancario en relación con la facturación cancelada, pero pagada extemporáneamente.

7. Se proceda a actualizar las sumas que resulten del numeral 2°. y 3°. de este petitum.

8. Se condene en costas al demandado."

Del tenor literal de las pretensiones transcritas se puede precisar que estas corresponden a dos clases diferentes. La primera y la tercera de ellas son de las denominadas declarativas, y las restantes en general propenden por el reconocimiento indemnizatorio en las cuantías "que para el efecto hagan los peritos en el transcurso del proceso", peticiones segunda y cuarta.

### **3. De la ejecución del contrato celebrado entre las partes:**

El incumplimiento del contrato aducido por la convocante, lo estructura sobre los siguientes supuestos fácticos: a.- Entrega tardía de los planos de las obras; b.- Mora en el pago de las actas de obra; c.- Cambio en las condiciones de ejecución; y d.- Negligencia en la solución de las solicitudes del contratista y en la modificación de la ecuación contractual en virtud de los imprevistos surgidos durante la ejecución de las obras.

Se examinará, en consecuencia, cada uno de estos supuestos de incumplimiento, determinando su configuración, alcance y efectos a fin de establecer el incumplimiento o no, del acuerdo de voluntades plasmado en el negocio jurídico celebrado entre las partes. El análisis se hará metodológicamente en el orden que se ha traído por el convocante en la pretensión N° 1, así:

#### **3.a. Entrega tardía de los planos de las obras:**

En cuanto a la entrega de planos y especificaciones por parte del contratante al contratista, se refiere de manera específica la cláusula octava del contrato, en uno de cuyos apartes textualmente se lee: "EL CONTRATANTE suministrará una copia maestra de cada uno de los planos que se produzcan en desarrollo del proyecto". La cláusula trigésima del acuerdo contractual dispuso cuáles documentos formaban parte integral del mismo, y entre otros se encuentra señalado el pliego de condiciones, en cuyo alcance y contenido se ha hecho centrar por el contratista el incumplimiento por parte del contratante, en cuanto a que éste no entregó los documentos de manera oportuna en los términos del numeral 2.6. titulado "Planos y Especificaciones", donde se estableció: "Los planos de construcción deberán suministrarse a el CONTRATISTA con 60 días de anticipación a la fecha

indicada en el programa de construcción aprobado, para iniciar la actividad respectiva". Para el Tribunal no queda duda alguna de que el pliego de condiciones hace parte del contrato, inclusive por la doctrina se le ha llamado la ley del contrato, máxime que así se incorporó además en la referida cláusula trigésima.

Por lo anterior, no es valido el argumento del apoderado de la contratante cuando en su escrito de respuesta a la demanda, adujo como fundamento: que si el contrato sólo se firmó en marzo 17 de 1997, por eso los planos no se podían haber entregado en febrero, desconociéndose así que conforme a la cláusula trigésima, el pliego de condiciones forma parte integral del contrato, amén de lo expuesto. Aunque desde el punto de vista práctico, es cierto que el contrato sólo se perfeccionó al momento de su firma, resulta indiscutible la voluntad de las partes en la formación y materialización del negocio jurídico, en cuanto al ánimo de incorporar y dar validez al referido pliego de condiciones, el cual finalmente hizo parte del convenio.

De la entrega tardía de los planos de las obras, los cuales se debían recibir por el contratista con 60 días de anticipación, se vale la demandante para invocar una ruptura del cronograma de trabajos, pues si su iniciación se fijó en el programa general de construcción para el día 1º de abril de 1997, los planos debían haberse entregado en febrero 1º del mismo año, cosa que por el contrario solo comenzó a hacerse de manera parcial en junio 18 de 1997 por parte de la interventoría pese a que en el acta N° 003 de marzo 20 de 1997 (fl. 68 cuaderno N° 4) se solicitaron en los siguientes términos: *"El contratista considera necesario la entrega de planos con 60 días de antelación como fue acordado"*.

Del atraso en la entrega de los planos se da cuenta de manera reiterada en las diferentes actas de comité y en la documentación contractual existente en el proceso; para tal efecto se puede observar en el cuaderno N° 2 anexos de la demanda, los folios 3-9-11-12-16-44-48-52-62-68-99-104-111-117-124-131-137-144-150-166 y 168; y en el cuaderno N° 4 de replica a las excepciones los folios 107-120-132-142-146-158 y 167, destacando que a folio 60 se insiste de manera concreta en la entrega de los planos con 60 días de anticipación a la fecha programada de construcción, mientras en general en los demás, solo se solicitaban.

Pese a todo lo anterior, resulta igualmente cierto, que en el pliego de condiciones el cual hace parte integral del contrato – se reitera –, se estableció en el numeral 2.6.1. el procedimiento a seguir en caso de que el contratista se viera afectado con la demora en la entrega de algunos de los planos, lo que se hizo en los siguientes términos:

*“Con la debida anticipación, para que el interventor pueda tomar oportunamente las medidas del caso, el contratista deberá notificar por escrito al interventor, cuando el planeamiento de los trabajos o su ejecución pueda retrasarse por la falta de cualquier plano, en este caso, conjuntamente con la notificación mencionada, el contratista deberá describir el plano requerido, de por qué y cuándo se requerirá y de los efectos de costos y plazos que sobre el desarrollo de las obras pueda tener la falta de ese plano. Se entenderá que el contratista renuncia al derecho de elevar reclamo alguno por esta causa en caso de no producir oportunamente la mencionada notificación.”*

Existía un mecanismo o procedimiento objetivo, de configuración contractual, y el contrato es ley para las partes, que obligaba al contratista a sujetarse al mismo, y no lo hizo, renunciando así al derecho de elevar reclamos por esta causa, en los términos de lo pactado; inclusive ab initio, en el acta N° 004 del 3 de abril de 1997 se le advirtió por la interventoría así: *“... que se debe ceñir a las especificaciones en lo referente a este punto y debe entregar por escrito y con antelación para cada caso los inconvenientes y atrasos en que incurra debido al retraso en la entrega de planos para proceder a cualquier reclamación”*. Y pese a esta clara advertencia, no dirigió el contratista su conducta en tal sentido, obrando negligentemente, pues contaba con un procedimiento y metodología de cuya inobservancia se deducen consecuencias jurídicas graves.

De otro lado, sobre el tópico en cuestión, valga resaltar que el contratista desistió del derecho consagrado en lo atinente a la recepción de los planos con 60 días de anticipación, derecho que declinó al no hacer uso de los mecanismos procedimentales fijados bilateralmente, y que como es obvio tenían fuerza vinculante para las partes; no debe olvidarse que durante la ejecución del contrato, la diligencia es una verdadera obligación, pero más aun, causalmente la entrega retardada de los planos no la consideró el contratista en su momento incidente en la ejecución de las obras, y no en otros términos puede colegirse lo manifestado

por éste al comienzo del desarrollo del objeto del contrato; en efecto el acta N° 010 del 29 de mayo de 1997, indica como adujo: **"... no tener inconvenientes para dar cumplimiento a los plazos pactados"** (fl. 76 y 87 cuaderno N° 4).

Sobre el punto de la entrega y recepción de los planos de manera oportuna, por parte del contratante y del contratista, se tiene en consecuencia que conforme a lo expuesto, ambas partes incumplieron. Y tratándose de un contrato bilateral, conmutativo y oneroso, resulta viable aplicar por analogía lo expuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia con relación a lo descrito en el artículo 1546 del C.C., esto es, en los contratos bilaterales, en lo atinente al incumplimiento mutuo:

*"... En el ámbito de los contratos bilaterales y en cuanto toca a la facultad legal que, según los términos del artículo 1546 del Código Civil, en ellos va implícita la de obtener la resolución por incumplimiento, hoy en día se tiene por verdad sabida que es requisito indispensable para su buen suceso en un caso determinado, la fidelidad a sus compromisos observada por quien esa facultad ejercita... Lo natural es entender, entonces, que no hay lugar a resolución de este linaje en provecho de aquella de las partes que sin motivo también ha incurrido en falta y por lo tanto se encuentra a su vez en situación de incumplimiento jurídicamente relevante..., sentándose así un criterio general que por cierto deriva de una arraigada tradición doctrinaria en el país, de suyo orientada a evitar que la acción resolutoria pueda llegar a convertirse en un medio puesto en manos de maliciosos incumplidores para sustraerse con ventaja al rigor normativo que a los contratos válidamente celebrados les es consustancial, y de conformidad por el cual esta Corporación tiene dicho que **"... en caso de que todas las partes que celebran un contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni a ley ni el contrato señalan orden de ejecución, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia para todas de las dos acciones que alternativamente concede el inciso 2° de artículo 1546 del Código Civil..."**<sup>9</sup>*

### **3.b. Mora en el pago de las actas de obra:**

<sup>9</sup> Sala de Casación Civil, sentencia del 1 de diciembre de 1993, M.P. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO S.

El artículo 1524 del C.C. preceptúa que no puede haber obligación que no tenga una causa real; es por ello, en contrario, que se debe el reembolso de las sumas que se obtienen sin causa suficiente. Así las cosas, nadie puede obtener ventajas en su peculio a expensas del patrimonio ajeno sin una causa que lo justifique, todo lo cual se traduce en el principio conocido, como *"enriquecimiento sin causa"*, o bien, en un abuso del derecho en los términos del artículo 830 del C. de Ccio. Y en este proceso resulta incuestionable que la contratante aun debe al contratista las últimas actas de obra, y la mayor permanencia en la misma, como también intereses de mora en el pago de actas. Los supuestos fácticos que demuestran tal situación, y que constituyen una base objetiva y cierta, dada su existencia y acreditación en el proceso, son los siguientes:

En el hecho 23.4.2. de la demanda, se afirmó: *"Sin embargo y pese al cumplimiento contractual de Núcleo Proyectos y Construcciones S.A., Generar S.A. E.S.P., comenzó a incumplir con la cancelación de las facturas de actas de obra, lo que sumado a la mayor destinación de recursos que tuvo que emplear la contratista a fin de cumplir con el programa contractual, la llevó poco a poco a ver disminuido su capital y a ver comprometido su nombre en el medio"*.

En la contestación de la demanda, en lo pertinente, se expuso: *"Al hecho 23.4.2. Es cierto que algunas obras están pendientes de ser canceladas por la contratante"*.

En consecuencia, este hecho fue admitido por la demandada en los términos del artículo 92, numeral 2º de C.P.C., modificado por el decreto 2282 de 1989, mod. 43.

Y aunque este hecho es claro, bien vale la pena reseñar cómo en la correspondencia contractual las partes se ocupan del tema, así:

En comunicación del 16 de diciembre de 1998 dirigida al contratante se le expone: *"... ante el incumplimiento en los desembolsos de actas y la no claridad de los recursos futuros para el pago de los trabajos a desarrollar... ha (sic) la fecha la mora en los pagos continúa y Núcleo Proyectos y Construcciones S.A. no ha podido desarrollar las actividades de construcción comprometidas en el acuerdo"*. Se refiere el comunicado a los convenios bilaterales llevados a cabo con la interventoría, donde se convino además el reconocimiento en tiempo y dinero de una prórroga al contrato hasta el 15 de diciembre de 1998. A la fecha del 16 de

diciembre ese acuerdo no había sido legalizado por Generar "Lo cual nos ha impedido su facturación que consideramos por demás vencida" (fl. 82 cuaderno 1 demanda).

Dentro de la misma correspondencia contractual, en el comunicado del 3 de marzo de 1999 se afirma que Generar S.A. E.S.P., desde el mes de octubre de 1998 ha incurrido en atrasos con los pagos con los cuales se había comprometido (fl. 87 cuaderno N° 1).

En el cuaderno N° 3 a folios 79 y 80, se indica lo que se debe por el contratante al contratista a diciembre de 1998.

Respecto a lo consignado sobre la materia, obrante en las actas de programación de obra existentes en el cuaderno N° 2, se destacan entre otras las siguientes:

- ✓ Acta N° 081 del 5 de noviembre de 1998, "La interventoría le planteó al contratista dos alternativas para la terminación de las obras: La primera consiste en reconocer al contratista el valor correspondiente a un mes de administración para terminar todas las obras faltantes, incluyendo las adicionales entregadas hasta la fecha, este valor se calculará como costo indirecto de la propuesta dividido entre 20. La segunda consiste en no reconocer ninguna administración y solo se terminen las obras que estén dentro del contrato entregadas con el debido plazo" (fl. 117).
- ✓ Acta N° 082 del 12 de noviembre de 1998, "La interventoría informa que el contrato con Núcleo P y C. terminó el 31 de octubre de 1998... el contratista informó que considera aceptable la propuesta presentada por la interventoría en reconocer el valor correspondiente a un mes de administración para terminar la obra" (fl. 124).
- ✓ Acta N° 084 del 26 de noviembre de 1998, "El contratista informó que en la última negociación de reconocimiento de administración se amplió el plazo del contrato hasta el 15 de diciembre de 1998" (fl. 126).
- ✓ Acta N° 087 del 17 de diciembre de 1998, "El contratista informó... También informó que el gerente de Núcleo P. Y C. S.A. después de comunicarse con el gerente de Generar S.A., fue informado que no le serán canceladas facturas posiblemente hasta fines de febrero de 1999, por lo anterior se le propuso a Generar S.A. reiniciar actividades a partir del 12 de enero de 1999; en la fecha se tiene una nueva reunión entre las partes y según lo que se acuerde se podrá modificar lo propuesto por el contratista".

Desde el punto de vista indiciario, resulta de interés tener en cuenta un aspecto que examinado en su contexto, confluye de manera armónica con los otros medios de prueba existentes con relación al tema, y es el acta de modificación bilateral N° 5 al contrato, y aunque no se hubiera firmado estructura en verdad un indicio; se expresa en la cláusula primera que ésta tiene por objeto: "Hacer un reconocimiento económico por concepto de mayor estadía, para cubrir los gastos administrativos en que incurra el contratista hasta terminar las obras objeto del contrato" (fl. 71 cuaderno N° 1).

Igualmente hacen referencia al tema, las actas N° 093 de marzo 4 de 1999, la N° 094 de marzo 11, la N° 095 de marzo 18 y la N° 096 de marzo 25 del mismo año.

Y testimonialmente sobre el punto, se corroboró lo siguiente:

*"Toda la relación fue muy amigable, hasta el final. Incluso terminando el contrato hubo reconocimientos al contratista por algunas... reconocimientos por mayor estadía, reconocimientos económicos. PREGUNTADO: ¿Económicos? CONTESTO: Sí, pero todo dentro de la mayor informalidad. Realmente en la documentación que recopilamos no vimos otrosíes, no vimos modificaciones al contrato, formales, como usualmente se acostumbra." (Testimonio del doctor Miguel Antonio Rey Sastoque, fl. 29 del cuaderno N° 8).*

Respecto al testigo Jorge Alberto Sierra Arboleda, aunque el apoderado de la convocante, solicitó al Tribunal dar aplicación al artículo 218 del C.P.C. (fl. 100 del cuaderno N° 8), la tacha de sospecha del testigo no procede por la sola razón objetiva invocada, toda vez, que dentro del análisis critológico la existencia de la razón aducida, no descalifica de manera automática el contenido del mismo. Es clara regla que en materia de valoración testimonial, debe el juez tener en cuenta no solamente aspectos de eficacia, que algunos identifican como de naturaleza subjetiva, en cuanto a la habilidad fisiológica (Art. 215 y 216 del C.P.C.) y moral (Art. 217 del C.P.C.), sino además tener presente las condiciones de forma que se refieren a la situación en que se produce el testimonio, y finalmente el contenido, que alude a los aspectos intrínsecos, que imponen el escrutinio de la verosimilitud o no, del carácter dubitativo o asertivo del dicho, determinación de circunstancias de modo, tiempo y lugar de su percepción; y dentro de este aspecto de contenido igualmente se incluye el carácter extrínseco, o sea, las contradicciones frente a otros testimonios considerados como más fiables. Examinado el testimonio bajo las reglas de valoración, encuentra el Tribunal que reúne las condiciones de

validez y eficacia pertinentes, pues la sólo circunstancia de ser accionista de la firma Integral, no es razón suficiente para descartar su contenido, máxime que guarda relación y coherencia con aspectos objetivos dilucidados a través de otros medios probatorios diferentes; en consecuencia no considera el Tribunal sospechoso su testimonio.

Es así como en la materia cuyo análisis nos venimos ocupando dijo el testigo:

*"PREGUNTADO: ¿Y recuerda usted cuánto se reconoció por esa mayor permanencia? CONTESTO: Sí doctor, de la primera mayor permanencia hasta el 15 de diciembre de 1998, fue por un valor de \$55'000.000 y a partir de enero de 1999 fue por \$39'000.000 mensuales, por 3.75 meses. EL TRIBUNAL (Doctor Henao Hidrón): Yo quiero tener acá ese dato, hazme el favor Alvaro de repetir, GENERAR admitió mayor permanencia en la obra a NÚCLEO por cinco meses. CONTESTO: Por cinco meses no, perdón. REANUDA APODERADO. PREGUNTADO: ¿Recuerda usted en donde se plasmaron esos reconocimientos y esos estudios que hizo la interventoría en relación con la mayor permanencia en obra?, ¿Dónde se plasmaron, concretaron? CONTESTO: Los \$39'000.000 de mayor permanencia fue una propuesta del contratista acordada con la interventoría... Sin embargo de todas maneras se facturaron todos los meses de reconocimiento. PREGUNTADO: ¿Interventoría aprobó esos reconocimientos? CONTESTO: Sí. PREGUNTADO: ¿Usted aprobó esos reconocimientos? CONTESTO: Sí. PREGUNTADO: ¿Y lo indispuso a usted esos reconocimientos en relación con las causas que motivaron? CONTESTO: No, a mí no me indisponen esas cosas. A mí no me indisponen cosas de esas. Yo estoy trabajando." (fl. 98 cuaderno N° 8)*

En lo referente al testimonio del doctor Sergio Ortega Restrepo, obrante a folios 111 al 126 del cuaderno N° 8, en cuanto a la tacha propuesta por el apoderado de la parte provocada, considera el Tribunal, que en verdad el contenido de su dicho patentiza un marcado interés, explicable en razón de su condición de representante legal suplente, cargo que ejerció en propiedad, pero que lo impulsó a tomar una posición protagónica y defensiva en su dicho, apersonándose de las pretensiones formuladas en la demanda, de una manera tal que no da cuenta de hechos, como deben hacerlo los testigos, sino que una y otra vez fija en sus palabras el compromiso de Núcleo como su propio interés. En consecuencia procede la tacha formulada.

El doctor Víctor Manuel Molina Vásquez, a folios 186 y 188 del cuaderno N° 8, sobre el tema, puntualizó:

*"CONTESTO: Perdón, entendí mal la pregunta ahora. Sí. O sea, siempre se discutió con Integral, con el gerente de NUCLEO, el director del proyecto, que era yo, y los residentes y director de interventoría de Integral. Y se llegó al acuerdo de que nos iban a pagar eso. PREGUNTADO: ¿Y no sabe si lo pagaron? CONTESTO: No le sabría decir. PREGUNTA EL TRIBUNAL: (Doctor Henao Hidrón) ¿Pero hubo un acuerdo sobre reconocimiento? CONTESTO: Sí señor. Hubo un acuerdo sobre reconocimiento en ese tiempo... En octubre - agosto las actas se pagaban oportunamente." (fl. 189 cuaderno N° 8)*

No debe olvidarse, que los principios de la justicia contractual son aquellos *"que se orientan a lograr el máximo de proporcionalidad entre las prestaciones, los beneficios y las imposiciones asumidas y obtenidas por cada parte, según el tipo contractual. Imponen tanto una regla para la funcionalidad del contrato, que sea efectivo para los fines propuestos, como una pauta de equidad para que los resultados alcanzados guarden armonía con los riesgos y los costos arrojados por los sujetos de la relación contractual"*<sup>10</sup>.

La contratante, en consecuencia incumplió con su obligación de pago al contratista, sobre parte de la obra, debiendo las actas del mes de octubre, noviembre y diciembre de 1998 y enero de 1999, y los trabajos realizados a partir de febrero de 1999 hasta la terminación de la obra, cuyas actas no suscribió la interventoría. Además no se canceló la mayor permanencia de obra, del 27 de octubre de 1998 al 30 de marzo de 1999. Establecida esta realidad de incumplimiento contractual, debe ordenarse como consecuencia natural, su reconocimiento y pago. Sin embargo, el Tribunal es consciente de la situación probatoria que existe, no en cuanto al incumplimiento y daño, cuya constatación se torna inobjetable, sino en cuanto a la insuficiencia relativa de elementos estructuradores para la cuantificación; se acudirá entonces a la equidad como un criterio de valoración pues *"El derecho es un instrumento finalista, dispuesto en su conjunto para la realización de valores. La aplicación exegética y formalista desnaturaliza su función social y desvirtúa su función constructiva y*

<sup>10</sup> ALVAREZ ALVAREZ MARIA YOLANDA y RESTREPO LUZ MARIA, Los principios Generales del derecho en la contratación privada, Revista facultad de derecho y ciencias políticas Universidad de Antioquia, Vol. LVII, N° 129, mayo de 1998, pág. 176 y 177.

pacificadora"<sup>11</sup>. De allí que una cosa es la existencia del daño y otra es la cuantificación del perjuicio. La jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia han aceptado la equidad, por vía jurisprudencial, como criterio cuantificador del perjuicio cuando no existe prueba matemática exacta del mismo<sup>12</sup>. Pero sobre estas consideraciones se yergue hoy día disposición legal que además de ordenar la reparación integral del perjuicio, adoptó la equidad como un criterio de valoración, así lo dispone el artículo 16 de la ley 446 de 1998, haciéndose extensivo a cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia. En aplicación de la norma en cuestión ha dicho el Honorable Consejo de Estado:

*"... el recto entendimiento que ha de darse a la noción de "valoración en equidad", no permite al juzgador por esta vía y so pretexto de la aplicación de tal principio, suponer la existencia de hechos no acreditados durante la instancia configuradores de los elementos axiológicos que fundamentan el juicio de responsabilidad.*

*Por el contrario, la posibilidad de acudir al principio de la valoración de daños en equidad, exige del juez de la responsabilidad, una ponderación del daño sobre bases objetivas y ciertas, que han de aparecer acreditadas en la instancia y que, fundamentan el poder o facultad discrecional que a él asiste, para completar las deficiencias o dificultades de orden probatorio, sobre la específica materia del quantum indemnizatorio.*

*La Sala subraya que, el principio de valoración en equidad supone y exige que el elemento daño antijurídico aparezca debidamente acreditado en cuanto a su ocurrencia y existencia, quedando reducida la aplicación del principio a la exclusiva determinación del quantum, cuando por razones varias, sea difícil su acreditamiento y, todo lo cual, con el propósito fundamental, de concretar una indemnización acorde y razonable, habida consideración del elemento dañino, posibilitando de esta manera la efectividad del principio informador de nuestro ordenamiento de la indemnización del daño antijurídico."<sup>13</sup>*

Dando por establecido el incumplimiento en el pago de las actas y la mayor permanencia en obra, aun no cancelada, con fundamento en las consideraciones que preceden se hará la liquidación de dichos conceptos, señalando que se reconocerá además el capital – no resuelto – mas intereses de mora de la

<sup>11</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-142 de 1994.

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 17 de junio de 1938 y Consejo de Estado, sentencia del 17 de noviembre de 1967.

<sup>13</sup> Sección Tercera, sentencia del 12 de abril de 1999, expediente N° 11344.

facturación cancelada, conforme al experticio rendido, y de acuerdo a lo estipulado en el pliego de condiciones en su numeral 2.12.5. literal b, esto es, la liquidación de los intereses moratorios se hará con base en la tasa del DTF vigente en la semana de efectuar el pago más seis (6) puntos, teniendo en cuenta las fechas de incumplimiento de pago, en consonancia con lo indicado en el adendo N° 2, y se procederá como lo señalan los peritos en los respectivos cuadros, que las fechas de recibo de facturas son tomadas de la registrada en el sello impreso en las mismas al momento de recibirlas, o del sello en la carta remisoría de la factura, y cuando no fue posible el establecimiento de la fecha se tomó la presentada por Núcleo en su base de datos. En consecuencia se procede así:

1. El contratante pagará al contratista la suma de \$ 73'808.314 por concepto de capital no resuelto más intereses de mora de la facturación cancelada, conforme a la fecha de corte realizada el 13 de octubre de 2000 y de conformidad al cuadro N° AD2-A2 Com, que obra en el cuaderno del dictamen titulado como respuesta a preguntas de complementación y aclaración. A esta suma se le aplicará el interés moratorio más alto autorizado por la Superintendencia Bancaria, a partir del 13 de octubre de 2000.

2. En lo que respecta al capital e intereses de mora por facturación aprobada y aun no cancelada, de acuerdo al adendo N° 3 (AD3), con fecha de corte realizada el 13 de octubre de 2000, que obra en el cuaderno del dictamen titulado como respuesta a preguntas de complementación y aclaración, la suma a pagar por parte de la contratante será de \$940'262.111, suma a la que se le aplicará el interés moratorio más alto autorizado por la Superintendencia Bancaria, a partir del 13 de octubre de 2000.

3. En cuanto al reconocimiento de mayor permanencia en obra se cancelará a la contratista por parte de la contratante, la suma de \$ 198'900.000,00, teniendo en cuenta que se encuentra delimitada entre el 27 de octubre de 1998 y al 30 de marzo de 1999, suma a la que se llega luego de multiplicar el número de meses, cinco meses y tres días, por \$39'000.000 mensuales tal como se infiere, fue establecido por las partes; además la contratante pagará sobre cada mensualidad los intereses de mora a la tasa más alta conforme lo certifique la Superintendencia Bancaria, hasta la fecha del pago.

### **3.c. Cambio en las condiciones de ejecución del contrato**

El plazo de ejecución del contrato fue fijado en quinientos noventa días calendario, contados a partir de la fecha de la firma del mismo, que lo fue el 17 de marzo de 1997, sin embargo se concluyó el 30 de abril de 1999, e igualmente, se estipuló como aspecto fundamental el cumplimiento del programa de trabajo en cuanto a plazos parciales, como también la posibilidad de cambios en este punto dentro de las circunstancias señaladas en la cláusula sexta que remite a la novena y décima del acuerdo contractual.

Vale la pena destacar la referencia que se hace a los cambios de condiciones de ejecución del contrato por la convocante, en los numerales 23.1.15., 23.2.25., 23.3.9., 23.3.10., 23.3.11. y 23.3.17., entre otros, (cuaderno N° 1 demanda). Algunos de estos aspectos, modificadorios de las condiciones de ejecución, los refiere a la mora en cuanto a la entrega de los planos o a las modificaciones de los mismos, punto que ya fue esclarecido en el numeral 3.a. de este laudo; en cuanto a las otras circunstancias, es importante destacar cómo existió de manera permanente durante el término de ejecución de la relación contractual, una serie de modificaciones bilaterales o de común acuerdo entre las partes, que imprimieron efectos jurídicos diferentes a la ejecución del mismo, pero tendientes a su agotamiento; no en otro sentido se puede entender la pluralidad de prórrogas que acompañaron el desarrollo de las obras; actuando así, las partes modificaron o integraron el contenido del contrato, y eso en aras de la mutua aceptación y libertad de motivación que les permite la ley<sup>14</sup>.

Y es tan abundante la prueba en este sentido, de uno y otro lado, que puede relacionarse del siguiente modo:

#### **✓ Cuaderno N° 1 demanda**

Mediante comunicación de enero 15 de 1999, obrante a folio 84, se relata como: *"Sin embargo para esta fecha y como consecuencia tanto del atraso de las actividades de excavaciones como de las obras adicionales solicitadas por la interventoría, como fueron... se acordó con la interventoría una ampliación del plazo de 45 días con el reconocimiento económico de un (1) mes de*

<sup>14</sup> SCOGNAMIGLIO RENATO, Teoría General del Contrato, Universidad Externado de Colombia, 2ª reimpresión, 1996, pág. 130.

*administración a precios contractuales a origen del contrato; es decir, que dicha ampliación se extendía hasta el 15 de diciembre de 1998".*

El acuerdo anterior había sido aprobado el 6 de noviembre de 1998, tal como consta en el acta N° 26, a folio 85 donde se consignó: "... cuando lo que se debe entrar a discutir en este momento es el reconocimiento del tiempo adicional entre el día 15 de diciembre de 1998 y el día de finalización de la obra, tema que a todas luces es incierto en tanto no se defina el pago de la facturación vencida, como también el de las actividades por ejecutar".

✓ **Cuaderno N° 3 contestación de la demanda**

Acta del 14 de mayo de 1998, obrante a folio 92: *"El contratista entregó en la reunión a la interventoría en medio magnético y escrito, un nuevo programa de obra, se procederá a su análisis".*

En comunicación del 13 de julio obrante a folio 96, se anuncia como en comité de obra del 9 de julio se hizo reprogramación de obra de la estructura de captación y reprogramación del viaducto.

✓ **Cuaderno N° 2 anexos demanda**

En acta N° 066 de julio 23 de 1998, a folio 62, se lee: *"Se deben reprogramar los llenos del desarenador para que inicien lo más pronto posible... se reiteró en la reunión la preocupación que existe debido a que a pesar de que se presentó una reprogramación, a la fecha ya se presentan atrasos y se está muy cerca de la ruta crítica del proyecto".*

✓ **Cuaderno N° 4 replica excepciones**

En acta N° 010 de mayo de 1997, obrante a folio 76, se dice: *"El contratista informó que el próximo jueves 5 de junio entregará una reprogramación de la construcción de la obra..."*

En comunicación del 4 de junio de 1997, a folio 181 Integral le refiere a Núcleo lo siguiente: *"Al hacer un control de programación al 31 de mayo de 1997, observamos que, en términos generales, el mismo no se está cumpliendo, razón por la cual y de acuerdo con nuestras conversaciones telefónicas, solicitamos una reprogramación de todas las actividades previstas, respetando las fechas bordeadas establecidas en el pliego".*

En acta N° 035 del 27 de noviembre de 1997, obrante a folio 146, se consignó:  
*"Sobre el programa de obra la interventoría manifestó que considera necesario reprogramar la obra correspondiente a Núcleo P y C S A ajustando el programa al avance real hasta el momento..."*

En comunicación del 18 de diciembre de 1997, obrante a folio 48, se hace referencia a la reprogramación de la obra del proyecto.

En acta N° 064 del 9 de julio de 1998, que obra a folio 186, consta: *"La interventoría le solicitó al contratista presentar una reprogramación que se ajuste al estado real de la obra, ya que el programa vigente se encuentra completamente desfasado respecto al avance de la misma"*.

✓ **Cuaderno de correspondencia Integral - Núcleo**

Comunicación del 5 de febrero de 1999 N° 173499 de Integral a Núcleo, se lee:  
*"Como se deduce de los acuerdos logrados, Generar acepta una ampliación del plazo de su contrato hasta el 1° de abril, razón por la cual solicitamos ampliar las pólizas referentes a cumplimiento del contrato"*.

✓ **Cuaderno N° 8 prueba oral**

El testimonio del señor Miguel Antonio Rey Sastoque, recoge en cierta forma, la totalidad de las circunstancias, y la voluntad que manejaron las partes durante la ejecución del contrato, aspecto que es reseñado además, en los otros medios probatorios ya indicados; en efecto dijo el testigo: *"... en el desarrollo del mismo hubo muchos acuerdos sobre reprogramaciones, sobre nuevos precios, sobre ampliaciones de plazo, sobre reconocimiento de sobre costos, no hubo sanciones..."* (fl. 43).

Aunque la contratante en los numerales 23.3.4., 23.3.14. y 23.3.19., entre otros, de la contestación de la demanda, atribuye la responsabilidad en cuanto al retraso frente al programa inicial de obra presentado por el contratista por causas imputables al mismo, porque en su criterio éste se atrasó desde el inicio de ejecución de la obra, hecho que si bien es cierto fue compartido en su alcance y determinación de manera conjunta, también conjuntamente fue saneado en virtud de la conducta y manifestaciones asumidas por las partes. A partir de estos

hechos y circunstancias debe aplicarse y preferirse la interpretación auténtica como principio rector en teoría interpretativa; por ello Giorgi, citado por Claro Solar, expone: *"La interpretación auténtica, en efecto aún en materia de convenios, es la reina de todas las interpretaciones. Del mismo modo que en materia de leyes prevalece la interpretación del legislador sobre la doctrinal, así en la hermenéutica de los contratos, la inteligencia, el sentido que le dan los contratantes es el faro más seguro para conocer la voluntad"*<sup>15</sup>.

Las partes, una y otra vez reprogramaron las obras de manera explícita e implícita, haciendo ajustes a la ejecución y duración del contrato, con lo cual indudablemente estaban imprimiendo efectos diferentes, entre otros, a la cláusula sexta que fijaba el plazo de ejecución; frente al tema resulta pertinente traer a colación lo dicho por la doctrina:

*"... En otras palabras, si una de las partes se compromete con la otra, es porque esta se compromete al mismo tiempo con la primera. Es este compromiso el que constituye la causa de la obligación de aquel que a su vez se compromete. Si hay compromiso, hay ejecución esperada de este compromiso, ya que todo compromiso se adquiere evidentemente para ser ejecutado. De ello se deduce que en un contrato sinalagmático, la causa preside no solamente las condiciones de formación del contrato sino también la ejecución de este."*<sup>16</sup>

Y el carácter del efecto relativo de los contratos como manifestación del principio de autonomía de la voluntad de las partes, significa en este tipo de acuerdos, que las obligaciones a que da origen son interdependientes, o inexorablemente recíprocas, imprimiendo una significación y límites al papel de la voluntad en el negocio jurídico, lo cual deriva en efectos o modificaciones a una relación jurídica ya existente, que para el caso fue de manera consensual. Es por ello que se habla de la *"autonomía negocial"*, como *"la facultad de los particulares de ejecutar actos que, a diferencia de cualquier otro supuesto de hecho y de los propios actos jurídicos en sentido estricto, no solamente están regulados por el ordenamiento, sino que a veces sirven para introducir "nuevas reglas" que el ordenamiento hace vinculantes para las partes (Autonomía, en efecto, del griego autos y nómos, significa literalmente darse ley a sí mismo)"*<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> CLARO SOLAR LUIS, Obligaciones, Tomo III, imprenta Universal de Chile, pág. 21.

<sup>16</sup> LARROUMET CHRISTIAN, Teoría General del Contrato Vol. 1, Temis, 1993, pág. 368.

<sup>17</sup> BIGLIAZZI GERI LINA, UMBERTO BRECCIA, Y OTROS, Derecho Civil, Tomo I, Vol. 2, Universidad Externado de Colombia, Reimpresión 1995, pág. 592.

Estamos en presencia de obligaciones interdependientes o recíprocas, como ya se dijo, derivadas del acuerdo de voluntades durante la ejecución del contrato, lo que permitió las modificaciones del mismo, luego hay que concluir que *"Con esto vemos que la causa de la obligación es una noción que preside no solamente la formación del vínculo contractual, sino también la ejecución de las prestaciones y esto durante todo el período necesario para dicha ejecución... admitir que uno de los contratantes está obligado a ejecutar, mientras que el otro no ejecuta, sería romper la interdependencia de las obligaciones que es la esencia del contrato sinalagmático"*<sup>18</sup>.

Así las cosas, no es procedente la declaratoria de incumplimiento del contrato en cuanto a cambio en las condiciones de ejecución de la obra, con fundamento en las razones que se vienen de exponer.

### **3.d. Negligencia en la solución de las solicitudes del contratista y en la modificación de la ecuación contractual en virtud de los imprevistos surgidos durante la ejecución de las obras.**

El fundamento mismo de esta petición es condensado en esencia, en el hecho 22 de la demanda, que remite a las solicitudes de reconocimiento de dichas erogaciones o sobrecostos, números 1 y 2, presentadas en marzo y junio de 1999, respectivamente; examinado con detenimiento el tópico, el presupuesto ontológico de la pretensión en este sentido lo constituye el atraso en la entrega de los planos; en efecto, la convocante estructura los supuestos fácticos de esta reclamación así: *"22. De acuerdo y consecuentemente con lo anterior, él (sic) retraso injustificado en la entrega de los planos a lo largo de la ejecución de este contrato, ocasionó graves perjuicios al contratista que dieron origen a la presentación de solicitudes de reconocimiento N° 1 y N° 2..."*. *"23.1.5. ... Es por esta razón que al entregar la interventoría los planos a los cuales se hace referencia en el numeral anterior, en forma aislada a más de tardía, llevó al Contratista a incurrir en una serie de sobrecostos en razón de la imperiosa necesidad de cumplir con el Programa de Obra"*. *"23.2.8. Como consecuencia del incumplimiento en la entrega de los planos por parte de la Contratante, los trabajos debieron ejecutarse en su gran mayoría en temporada invernal, agravado por el hecho para todos conocidos de que la mayor parte del año de 1998 se vio influenciado por el fenómeno de "La Niña" (se*

<sup>18</sup> LARROUMET CHRISTIAN, Ob. Cit., Vol. 2, pág. 138.

*anexa análisis caudales Río Piedras) lo que sumado al incumplimiento por parte de Integral S.A., de manejar conjuntamente el desvió (sic) del río, le ocasionó graves perjuicios al Contratista".*

Como la incidencia del atraso en la entrega de los planos, respecto al desarrollo y ejecución del contrato, fue ampliamente estudiada en el numeral 3.a. de este laudo, y se delimitó allí su naturaleza, alcance y contenido, dicho supuesto condiciona negativamente, por sustracción de materia, el constituir éste la causa de los motivos invocados sobre el particular. Existe en ese orden de ideas, una falta de relación, fundamento - consecuencia.

Sin embargo, y como quiera que el accionante en el capítulo de las pretensiones, usó un concepto de fijación de las causales del incumplimiento, que distinguió con las letras a-b-c-d, pero cualificó además con un concepto indeterminado, en cuanto a la expresión *"entre otras razones establecidas en los hechos de este libelo, a...b...c...d..."*, es por ello, que se examinará el motivo aducido en la tardía comunicación de marzo 3 de 1999 que obra a folio 88 cuaderno N° 1, donde se señala la ruptura progresiva del equilibrio financiero ocasionado por el incumplimiento en los pagos por parte de Generar. Resulta preciso señalar que el incumplimiento en los pagos, por parte de la contratante, se produce a partir de octubre de 1998, fecha en que se debía terminar el contrato. Las consecuencias económicas derivadas de la mora en los pagos de las actas de obra se ha examinado de manera extensa en el numeral 3b.

Respecto a otros motivos o razones ubicables en la pretensión N° 3 de la demanda, se debe tener como punto de partida la cláusula séptima del contrato, cuyo contenido literal es el siguiente: *"RECONOCIMIENTO DEL SITIO DE LA OBRA. EL CONTRATISTA hace constar que estudió cuidadosamente el proyecto de la obra que va a realizar; su naturaleza y localización; la composición y conformación del terreno; las condiciones normales y extremas del clima que se presentan o puedan presentarse; la ubicación, calidad y cantidad de los materiales necesarios para su ejecución y las condiciones que afectan el transporte, acceso, disposición, manejo y almacenamiento de los mismos; el tipo de máquinas y equipos y demás elementos que se requieran durante el desarrollo de la obra; la disponibilidad y calidad de mano de obra, agua y energía, y todos los demás factores que puedan influir en la ejecución de la obra y sus costos. El conocimiento de todos los factores anteriores, favorables o desfavorables, fue tenido en cuenta por EL CONTRATISTA al formular su propuesta y su influencia*

*no podrá alegarse como causal de incumplimiento de ninguna de las cláusulas del presente contrato". Lo anterior, amén de lo establecido en el pliego de condiciones numeral 1.6. en el sentido de que: "El contratista manifiesta que para la estimación de sus precios unitarios visitó el sitio de las obras y sus alrededores para informarse completamente de todas las condiciones topográficas, climatológicas, de acceso, de suministro y transporte de materiales y demás condiciones que pudieran influir o afectar el trabajo, su costo y duración".*

Y a su turno, al inicio de la actividad, las actas de comité regional de obra N° 4 del 3 de abril de 1997, y la número 6 del 17 del mismo mes y año, en su orden, consignan: "Generar S.A. argumentó que el contratista debió estimar todos los costos que el suministro y transporte de los materiales representa dentro de los precios unitarios..." (fl. 4 cuaderno N° 2). "Generar S.A. aclaró que el contratista fue enterado oportunamente del cambio del sitio de las instalaciones provisionales y que la fecha de cambio fue anterior a la presentación de la propuesta definitiva, por lo tanto, el contratista debió preverla en sus costos" (fl. 8 cuaderno N° 2).

Finalmente, un supuesto también debatido, como generador de alteración, sobrecostos y ruptura del equilibrio económico del contrato, lo constituye las dificultades presentadas en cuanto al manejo del río; sobre ello, nada más elocuente que lo expresado en las memorias de las actas, y de manera especial en la N° 049 del 19 de marzo de 1998 donde la interventoría advirtió del atraso de las obras y de que se debía tener presente por el contratista un posible cambio de clima, lo cual ocasionaría el incremento en los niveles del río por el invierno, trayendo consigo consecuencias para la obra, en cuyo caso "la interventoría considera que este riesgo es exclusivamente del contratista" (fl. 44 cuaderno N° 2). Esto se relaciona con lo expresado en el acta N° 050 de marzo 26 de 1998, donde se dejó constancia de los atrasos en la ejecución de las obras, y en acta N° 069 del 13 de agosto de 1998: "El Contratista manifestó que el invierno que se presenta en la zona impidió cumplir con la recuperación del programa que se había propuesto" (fl. 81 cuaderno N° 2).

Queda así examinada esta causal de incumplimiento aducida en la demanda, la cual no prospera por las razones que vienen de invocarse y conforme al análisis probatorio y jurídico sobre el particular.

#### 4. Aspectos finales

Los argumentos de los apoderados de las partes en sus escritos de alegaciones, han sido materia de análisis a lo largo de esta providencia. Los memoriales y documentos presentados posteriormente y por fuera de la audiencia de alegaciones, no son objeto de examen, en virtud de claras disposiciones que gobiernan la rituación procesal y que se traducen en los principios de la oportunidad y la perentoriedad (art. 118 del C.P.C.)

#### 5. COSTAS

Se condenará parcialmente en costas a GENERAR SA. E.S.P., y a favor de la convocante, reducidas en un 50% por cuanto no prosperaron la totalidad de las pretensiones de NUCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A., de conformidad a los artículos 392 y 393 del C.P.C.

El Tribunal efectúa la liquidación de la siguiente manera:

Costas propiamente dichas:

Honorarios de los árbitros y secretario	\$ 43'819.905
Gastos de funcionamiento iniciales	\$ 15'000.000
Reajuste gastos de funcionamiento	\$ 24'000.000
Derechos administración Centro Arbitraje	\$ <u>3'372.542</u>
Total gastos	\$ 86'192.447

Total gastos reducidos en un 50%	\$ 43'096.223
----------------------------------	---------------

Por concepto de agencias en derecho, el Tribunal fija una suma equivalente a los honorarios de un Arbitro (\$11'606.635), que – reducida en un 50% arroja un total por dicho concepto de \$ 5'803.317,50

Total de costas (gastos y agencias en derecho) que GENERAR S.A. E.S.P. debe pagar, a NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. \$ 48'899.540

## 6. Fechas de pago

Se determina que Generar S.A. E.S.P. deberá pagar a Núcleo Proyectos y Construcciones S.A. el valor total de las condenas que se impondrán en la parte resolutive del presente laudo, a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria.

El pago de las condenas se hará por la parte demandada mediante consignación a ordenes del JUZGADO DECIMO SEXTO CIVIL MUNICIPAL DE MEDELLÍN, en virtud del embargo decretado por ese Despacho Judicial dentro del proceso ejecutivo de HENCAR PROYECTOS LIMITADA contra NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A., comunicado a este Tribunal de Arbitramento según oficio 2179/1352-00 de noviembre 22 de 2000, recaído sobre las sumas de dinero que le habrá de corresponder a NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. "en el arbitramento que adelanta con (sic) la sociedad GENERAR S.A. E.S.P." (folio 279 cuaderno 6), Juzgado al cual se le enviará copia auténtica del laudo, con la advertencia de que en el presente proceso arbitral existe, además, embargo de remanentes decretado por el JUZGADO DIECINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE MEDELLÍN, dentro del proceso ejecutivo de HOME SERVICE S.A. contra NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A., conforme al oficio N° 312 de febrero 21 de 2001, radicado con el número 2001-0001 (folio 444 cuaderno 6).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley.

## FALLA

1° Declarar no probadas las excepciones de "Impericia del demandante en la realización de las obras", "Inexistencia e inexigibilidad de la obligación indemnizatoria (caducidad)", "Mala fe del demandante", "Los cambios planteados por el contratante deben facilitar el trabajo del contratista" y "No aplicabilidad de la cláusula compromisoria" propuestas por Generar S.A. E.S.P., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**2°** Declarar fundada la tacha del testimonio del doctor Sergio Ortega Restrepo, de acuerdo con lo expresado en la parte motiva.

**3°** Declarar que Generar S.A. E.S.P. no cumplió cabalmente con las obligaciones derivadas del contrato N° 02 para la construcción de las obras civiles del proyecto hidroeléctrico del Río Piedras, celebrado con Núcleo Proyectos y Construcciones S.A., firmado el 17 de marzo de 1997, y modificado bilateralmente entre las partes durante la ejecución del mismo.

**4°** Como consecuencia de la declaración precedente, condénase a Generar S.A. E.S.P. a pagar a Núcleo Proyectos y Construcciones S.A., las siguientes sumas de dinero:

**a.** La cantidad de \$73'808.314 por concepto de capital no resuelto más intereses de mora de la facturación cancelada, conforme a la fecha de corte realizada el 13 de octubre de 2000, y de conformidad al cuadro N° AD2-A2 Com, que obra en el cuaderno del dictamen titulado como respuesta a preguntas de complementación y aclaración. A esta suma se le aplicará el interés moratorio más alto autorizado por la Superintendencia Bancaria, a partir del 13 de octubre de 2000.

**b.** La cantidad de \$940'262.111 por lo que respecta al capital e intereses de mora por facturación aprobada y aun no cancelada, de acuerdo al adendo N° 3 (AD3), con fecha de corte realizada el 13 de octubre de 2000, que obra en el cuaderno del dictamen titulado como respuesta a preguntas de complementación y aclaración; suma aquella a la que se le aplicará el interés moratorio más alto autorizado por la Superintendencia Bancaria, a partir del 13 de octubre de 2000.

**c.** La cantidad de \$198'900.000 como reconocimiento de mayor permanencia en obra, teniendo en cuenta que se encuentra delimitada entre el 27 de octubre de 1998 y al 30 de marzo de 1999, suma a la que se llega luego de multiplicar el número de meses, cinco meses y tres días, por \$39'000.000 mensuales tal como se infiere, fue establecido por las partes; además se pagarán sobre cada mensualidad vencida los intereses de mora a la tasa más alta conforme lo certifique la Superintendencia Bancaria, hasta la fecha del pago.

5° Condénase en costas a GENERAR S.A. E.S.P., a favor de NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A., limitadas a un cincuenta por ciento (50%), cuya liquidación, de acuerdo con la parte motiva y en la proporción indicada, asciende a la cantidad total de \$48'899.540, incluidas las agencias en derecho.

6° El pago de las condenas a que se contraen los ordinales 4° y 5° de la parte resolutive de este laudo se efectuará por parte de GENERAR S.A. E.S.P., a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a su ejecutoria, mediante consignación a ordenes del JUZGADO DECIMO SEXTO CIVIL MUNICIPAL DE MEDELLÍN, en virtud del embargo decretado por ese Despacho Judicial dentro del proceso ejecutivo de HENCAR PROYECTOS LIMITADA contra NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A., comunicado a este Tribunal de Arbitramento según oficio 2179/1352-00 de noviembre 22 de 2000, recaído sobre las sumas de dinero que le habrá de corresponder a NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. "en el arbitramento que adelanta con (sic) la sociedad GENERAR S.A. E.S.P.", Juzgado al cual se le enviará copia auténtica del laudo, con la advertencia de que en el presente proceso arbitral existe, además, embargo de remanentes decretado por el JUZGADO DIECINUEVE CIVIL MUNICIPAL DE MEDELLÍN, dentro del proceso ejecutivo de HOME SERVICE S.A. contra NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A., conforme al oficio N° 312 de febrero 21 de 2001, radicado con el número 2001-0001.

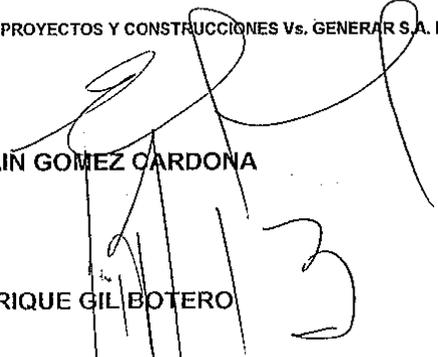
7° Expídase a las partes sendas copias auténticas del presente laudo arbitral, en los términos del numeral 2 del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

8° Una vez en firme el laudo, protocolícese el expediente por parte del Presidente del Tribunal en la Notaría Séptima de Medellín, previa liquidación de las cuentas del proceso.

El laudo queda notificado en estrados

Los Arbitros:

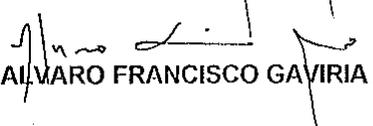
  
OSCAR ANIBAL GIRALDO CASTAÑO



EFRAÍN GÓMEZ CARDONA

ENRIQUE GIL BOTERO

El Secretario:



ALVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO

Los presentes 37 folios de que consta el laudo proferido dentro del proceso arbitral de NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. contra GENERAR S.A. E.S.P., son copia auténtica tomada del original. Para los efectos del inciso segundo, numeral 2, del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, es **SEGUNDA COPIA, NO PRESTA MÉRITO EJECUTIVO**, y se expide para la sociedad demandada GENERAR S.A. E.S.P. -

Medellín, 15 de marzo de 2001



ALVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO  
Secretario

**ACTA DE AUDIENCIA DE EMISION DE LAUDO ARBITRAL**

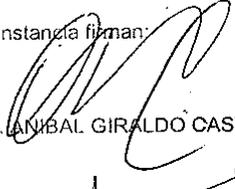
En Medellín, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de la ciudad, el día quince (15) de marzo de dos mil uno (2001), a las nueve de la mañana (9:00 a.m.), se reunió el Tribunal de Arbitramento que conoce del proceso arbitral provocado por NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A. contra GENERAR S.A. E.S.P., con el fin de pronunciar el laudo arbitral con el que habrá de culminar el proceso que pondrá fin a las diferencias aquí debatidas.

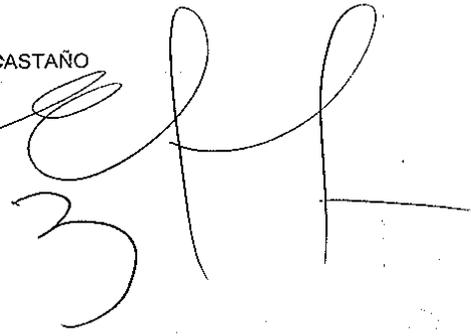
A la audiencia concurrieron los señores apoderados procesales de las partes. Además, los representantes legales de aquellas Dres. SERGIO ORTEGA RESTREPO y LUIS ALFONSO VILLEGAS HINCAPIE.

Conforme lo dispuso el señor Presidente del Tribunal, el Secretario procedió a dar lectura íntegra y completa del laudo.

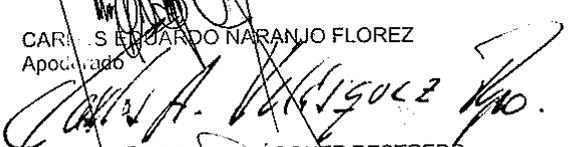
Una vez leído, se hizo entrega al apoderado de la sociedad demandante, NÚCLEO PROYECTOS Y CONSTRUCCIONES S.A., de la primera copia del laudo, con mérito ejecutivo. Al señor apoderado de GENERAR S.A. E.S.P. se le entregó la segunda copia expedida para la parte provocada. La tercera copia se expidió con destino al Juzgado Décimo Sexto Civil Municipal de Medellín, de acuerdo con lo ordenado en la parte resolutoria del laudo arbitral.

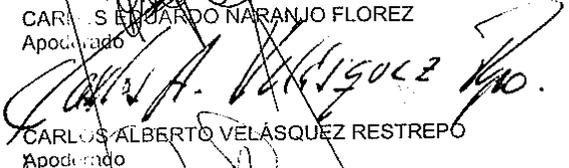
Para constancia firman:

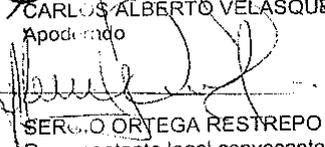
  
OSCAR ANIBAL GIRALDO CASTAÑO  
Arbitro

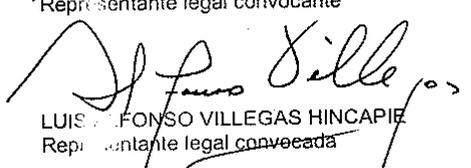
  
EFRAIN GOMEZ CARDONA  
Arbitro

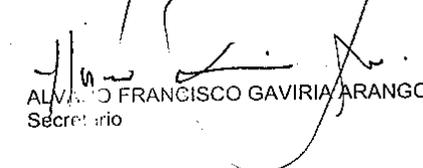
  
ENRIQUE GIL ROSTRO  
Arbitro

  
CARLOS EDUARDO NARANJO FLOREZ  
Apoderado

  
CARLOS ALBERTO VELÁSQUEZ RESTREPO  
Apoderado

  
SERGIO ORTEGA RESTREPO  
Representante legal convocante

  
LUIS ALFONSO VILLEGAS HINCAPIE  
Representante legal convocada

  
ALVARO FRANCISCO GAVIRIA ARANGO  
Secretario