

Tribunal Arbitral
Energising Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A.,
Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., diez (10) de febrero de dos mil diez (2010).

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias jurídicas suscitadas entre las sociedades **Energising Obras Civiles Ltda.**, por un lado, y **Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.**, por otro lado, profiere el presente laudo arbitral después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en los decretos 2279 de 1989 y 4089 de 2007, las leyes 23 de 1991 y 446 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil, con lo cual decide el conflicto planteado en la demanda, contestación y correspondientes réplicas.

CAPÍTULO PRIMERO
ANTECEDENTES

1. PARTES Y REPRESENTANTES

PARTE CONVOCANTE: La parte convocante está conformada por la sociedad **ENERGING OBRAS CIVILES LTDA.**, persona jurídica de derecho privado debidamente constituida, con domicilio principal en Bogotá, D.C. y legalmente representada por el señor **JAVIER RICARDO ACERO PINTO**, todo lo cual consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá. La parte convocada fue debidamente representada en el proceso, por los doctores **RUTH ANYELY NIÑO MORA** y **JUAN PABLO RIVEROS LARA**.

PARTE CONVOCADA: La parte convocada está conformada por las sociedades **CONSORCIO MINERO UNIDO S.A., CARBONES DE LA JAGUA S.A. y CARBONES EL TESORO S.A.** personas jurídicas de derecho privado debidamente constituidas, con domicilio principal en Barranquilla y legalmente representadas por la señora **MARÍA MARGARITA ZULETA GONZÁLEZ**, todo lo cual consta en los respectivos Certificados de

Tribunal Arbitral

Enging Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

Existencia y Representación Legal expedidos por la Cámara de Comercio de Barranquilla. La parte convocada fue debidamente representada en el proceso por el doctor **BERNARDO SALAZAR PARRA**.

2

2. PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente proceso se halla en el artículo Vigésimo Primero del documento contractual de carácter privado que las partes en litigio otorgaron el día doce (12) de diciembre de dos mil seis (2006) (Folios 2 a 27, Cuadernos de Pruebas 1):

“Las diferencias o desacuerdos que surjan de la interpretación o ejecución de la presente Oferta serán solucionados por los funcionarios designados por el CONSTRUCTOR y las EMPRESAS MINERAS para el efecto, quienes tendrán un término de diez (10) días hábiles para encontrar una solución amigable.

Si en el término señalado no se logra un acuerdo, el CONSTRUCTOR y las EMPRESAS MINERAS intentarán la solución mediante un procedimiento conciliatorio que se surtirá ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, previa solicitud elevada individual o conjuntamente por las partes.

Si en el término de quince (15) días a partir de su convocatoria no llegan a una conciliación, acudirán a un Tribunal de Arbitramento que funcionará en la ciudad de Bogotá y que estará sujeto al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal de Arbitramento estará integrado por tres árbitros, quienes serán Abogados Colombianos y decidirán en derecho. Dichos árbitros serán designados de común acuerdo por las partes, y si no llegan a un acuerdo para designar los árbitros dentro de los quince (15) días a partir de su convocatoria, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá hará tal designación.

El acuerdo al que se llegue en la etapa de arreglo directo, o en la conciliación y el laudo arbitral será de obligatorio cumplimiento para las partes. Cualquiera de ellas podrá exigir su cumplimiento mediante un proceso ejecutivo, caso en el cual el acta en la cual se consigne el acuerdo o la conciliación o el laudo prestará mérito ejecutivo”.

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL, DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

La integración del Tribunal de Arbitraje se desarrolló de la siguiente manera:

La demanda fue presentada junto con todos sus anexos el día 4 de septiembre de 2008 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El 13 de noviembre del mismo año, los apoderados de las partes, de común acuerdo, designaron directamente a los doctores ÉDGAR RAMÍREZ BAQUERO, LUIS SALOMÓN HELO KATTAH y MARÍA CRISTINA MORALES DE BARRIOS como miembros del tribunal arbitral encargado de dirimir las controversias surgidas entre las partes. El Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá procedió a comunicarles su designación a los doctores RAMÍREZ BAQUERO, HELO KATTAH y MORALES DE BARRIOS, quienes, aceptaron oportunamente su nombramiento (folios 40 a 98, Cuaderno Principal 1).

El 27 de enero de 2009 se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de arbitraje, en la cual decidieron sus miembros nombrar al doctor ÉDGAR RAMÍREZ BAQUERO Presidente del Tribunal. Mediante auto se el Tribunal decidió: 1) declararse legalmente constituido para dirimir en derecho las controversias surgidas entre las sociedades **ENERGING OBRAS CIVILES LTDA.**, por un lado, y **CONSORCIO MINERO UNIDO S.A., CARBONES DE LA JAGUA S.A. Y CARBONES EL TESORO S.A.**, por otro lado; 2) designar al doctor RODRIGO ARTEAGA DE BRIGARD como secretario; 3) fijar como sede de funcionamiento y lugar de la Secretaría del Tribunal las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; 4) reconocer personería jurídica al doctor JUAN PABLO RIVEROS LARA, como apoderado de la parte convocante, en los términos y condiciones del poder que le fue conferido; 5) reconocer personería jurídica al doctor BERNARDO SALAZAR PARRA, como apoderado de la parte convocada, en los términos y condiciones del poder que le fue otorgado; 6) inadmitir la demanda por no cumplir con los requisitos establecidos en los artículos 75 y 85 del Código de Procedimiento Civil enumerados en el acta de la respectiva audiencia; 7) conceder el término de 5 días para subsanar los puntos que determinaron la inadmisión de la demanda y 9) informar al Ministerio Público sobre la instalación del Tribunal.

El 10 de febrero de 2009, el apoderado de la convocante presentó escrito de sustitución de demanda (folios 102 a 113, Cuaderno Principal 1).

Debido a que el doctor RODRIGO ARTEAGA DE BRIGARD no aceptó su designación como secretario, el Tribunal, en audiencia del 16 de enero del mismo año, designó como Secretario al doctor FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, quien en forma oportuna manifestó su aceptación y tomó posesión del cargo, de acuerdo con lo señalado por el artículo 20 del Decreto 2279 de 1989 (folios 114 a 116, Cuaderno Principal 1). En esa misma audiencia se admitió la demanda últimamente presentada y se ordenó correr traslado de ella a la parte convocada por el término de 10 días.

Tribunal Arbitral

Emerging Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

El 4 de marzo de 2009, se notificó personalmente el auto admisorio de la demanda a la parte convocada, se le entregaron copias de la demanda y de sus anexos y se le corrió traslado por 10 días, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil (folio 117, Cuaderno Principal 1). El 9 de marzo, el apoderado de las sociedades convocadas presentó recurso contra el auto admisorio de la demanda. La parte convocante presentó escrito en el cual se pronuncia sobre el mencionado recurso el día 16 de marzo.

Mediante auto proferido en audiencia que tuvo lugar el 19 de marzo de 2009, el Tribunal analizó las razones aducidas por la parte convocada en su recurso de reposición y decidió negar la solicitud por considerar que el Tribunal, en su instalación, procedió de conformidad con las normas procesales aplicables y, de ninguna manera, actuó en contravía de lo dispuesto en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 130 a 134, Cuaderno Principal 1).

El 6 de abril de 2009, el apoderado de las sociedades convocadas radicó ante la Secretaría del Tribunal los siguientes escritos. 1) memorial en donde pone de manifiesto el error involuntario en el que incurrió el Tribunal en auto de 19 de marzo al mencionar a la sociedad Carbones de los Andes S.A. en lugar de la sociedad Carbones El Tesoro S.A.; y 2) contestación de la demanda.

Dando pronta respuesta a la inquietud manifestada por la parte convocada, el Tribunal profirió un auto el 17 de abril de 2009 en donde, con base en el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, corrige el auto de 19 de marzo de 2009, precisando que en todas las partes en donde se haya mencionado a la sociedad Carbones de los Andes S.A., en calidad de convocada, se reemplaza por la sociedad Carbones El Tesoro S.A. Adicionalmente, se pronunció sobre el escrito de contestación de la demanda, considerando que éste fue presentado en tiempo y corrió traslado a la convocante por el término legal de 3 días de las excepciones de mérito allí contenidas.

El 5 de mayo de 2009, se reunió el Tribunal para llevar a cabo la audiencia de conciliación, en la cual el Presidente expuso a las partes el objeto y alcances de la diligencia y las invitó a solucionar por la vía directa y amigable las diferencias que han dado lugar a la convocatoria de este Tribunal arbitral. Escuchados los planteamientos de las partes, se estableció la imposibilidad de llegar a una solución conciliatoria en esta etapa procesal, se declaró fracasada la conciliación y se procedió a proferir auto que fijó las sumas por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, así como de funcionamiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Las dos partes realizaron los pagos correspondientes en las oportunidades previstas en la ley (folios 204 a 208, Cuaderno Principal 1).

Tribunal Arbitral

Energising Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

4. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE, ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

El 2 de junio de 2009 tuvo lugar la primera audiencia de trámite, en la cual, luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, el Tribunal, mediante auto, asumió competencia para tramitar y decidir el litigio sometido a su conocimiento.

En efecto, al efectuarse el análisis del pacto arbitral contenido en el artículo Vigésimo Primero del documento contractual de fecha 12 de diciembre de 2006, se corroboró que dicho pacto se acomoda a la normativa contenida en los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Extraordinario 2.279 de 1989, que en su conjunto se ocupan del elemento formal y del contenido mínimo de todo pacto arbitral, en la medida en que se hacen presentes todos y cada uno de los requisitos allí enunciados, a saber: que esté documentado el pacto arbitral, que el documento correspondiente contenga el nombre y domicilio de las partes, que enuncie las diferencias sometidas a arbitraje, entre otros.

En consecuencia, por estos aspectos, se juzgó que la cláusula compromisoria no ofrece reparo alguno que afecte la competencia de este Tribunal, en tanto que su existencia y eficacia son evidentes.

Adicionalmente, el Tribunal observó que no existen en la actualidad disposiciones legales que impidan someter a su consideración controversias puramente patrimoniales, relacionadas con la ejecución de un contrato como el que ha sido ajustado entre las partes en contienda.

De la lectura de las pretensiones de la demanda, de su contestación y de las demás piezas allegadas, resultó evidente que la presente controversia es de carácter netamente patrimonial, versando sobre derechos susceptibles de ser transigidos.

Se anotó, además, que las partes en contienda, todas sociedades mercantiles debidamente constituidas, son capaces de transigir.

La conformación de este tribunal arbitral se ajustó a los términos tanto de la ley como de la cláusula compromisoria. En efecto, conforme al Artículo 9 del Decreto Extraordinario 2279 de 1989, subrogado por el Artículo 101 de la Ley 23 de 1991, considerando las modificaciones que le fueron introducidas temporalmente por el Artículo 15 del Decreto 2.651 de 1991, normas vigentes en la época de perfeccionamiento del pacto arbitral que sirve de fundamento a este proceso arbitral, las partes pueden directamente y de común acuerdo nombrar los árbitros, o delegar total o parcialmente esta función en un tercero, estando el pertinente Centro de Arbitraje

Tribunal Arbitral

Engering Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbohes El Tesoro S.A.

facultado para efectuar esta designación cuando las partes, estando llamadas a efectuarla según el pacto arbitral, no procedan a hacerlo.

En el caso puntual objeto de este proceso, los suscriptores del pacto arbitral designaron directamente a los árbitros de común acuerdo, después de haber intentado, infructuosamente, conciliar sus desacuerdos en los términos establecidos en el pacto arbitral, tal y como consta en el Acta de Imposibilidad suscrita por las partes el día 30 de enero de dos 2008 (folios 282 y 283, Cuadernos de Pruebas 1).

La solicitud de convocatoria fue elevada ante el Centro de Arbitraje pertinente, prestándose puntual atención al numeral 1 del artículo 15 del Decreto 2651 de 1991, norma hoy refrendada en su vigencia por el artículo 127 del Decreto 1.818 de 1.998.

A la luz del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, se encuentra satisfecho el presupuesto procesal demanda en debido forma. Siendo las partes de esta relación procesal igualmente partes en la cláusula compromisoria invocada como fuente de derogatoria de jurisdicción y de funciones jurisdiccionales en favor de este Tribunal arbitral, a todas les es vinculante este pacto arbitral.

En la misma audiencia se profirió auto que decretó las pruebas solicitadas por las partes en la demanda y su contestación (folios 210 a 219, Cuaderno Principal 1).

Los días 2 y 10 de junio de 2009 se enviaron las citaciones a los testigos EDGARDO FERREYRA, FRANCISCO HERRERA, CARLOS MARTELO, MARIO MARTÍNEZ, EDUARDO TORRES, JESÚS ALBERTO HERRERA DALLOS, FRANCISCO HERRERA y CÉSAR PAREDES (folios 222 a 237 y 255 a 269, Cuaderno Principal 1).

En audiencia que tuvo lugar el 8 de junio de 2009, el Tribunal procedió a posesionar al señor EDUARDO JIMÉNEZ RAMÍREZ, perito especialista en asuntos contables y financieros, designado mediante auto de 2 de junio de 2009. El señor Jiménez expresó bajo la gravedad del juramento que no se encontraba impedido para realizar su encargo, que poseía los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, y prometió desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo, en los términos establecidos en la ley. Mediante auto, el Tribunal (i) precisó los puntos sobre los que debía versar el dictamen, (ii) fijó la suma correspondiente a gastos y (iii) determinó el plazo para rendirlo: 27 de julio de 2009. En la misma audiencia se recibieron los testimonios de los señores EDGARDO FERREYRA y CÉSAR PAREDES (folios 246 a 252, Cuaderno Principal 1).

El 9 de junio de 2009, el doctor JUAN PABLO RIVEROS LARA, apoderado de la parte convocante, presentó renuncia al poder que la había sido conferido. El Tribunal, en audiencia

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

7

celebrada al día siguiente, decidió admitir la renuncia y ordenó que, por Secretaría, se surtiera el trámite establecido en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil, trámite que se surtió a cabalidad, tal y como consta a folios 267, 268 y 269 del Cuaderno Principal 1.

El 18 de junio del mismo año, la sociedad convocante confirió poder amplio y suficiente para representarla en el proceso a la doctora RUTH ANYELY NIÑO MORA, a quien el Tribunal reconoció personería judicial en audiencia llevada a cabo el 23 de junio. En esta misma oportunidad se recibieron los testimonios de los señores CARLOS MARTELO, MARIO MARTÍNEZ, EDUARDO TORRES y JESÚS ALBERTO HERRERA DALLOS. Finalmente, se posesionó al señor GERMÁN BAZZANI DUARTE, perito ingeniero civil, designado mediante auto de 2 de junio de 2009. El señor Bazzani expresó bajo la gravedad del juramento que no se encontraba impedido para realizar su encargo, que poseía los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, y prometió desempeñar bien y fielmente los deberes de su cargo, en los términos establecidos en la ley. Mediante auto, el Tribunal (i) precisó los puntos sobre los que debía versar el dictamen, (ii) fijó la suma correspondiente a gastos y (iii) determinó el plazo para rendirlo: 12 de agosto de 2009 (folios 1 a 18, Cuaderno Principal 2).

El 10 de julio de 2009, Se adjuntaron al expediente las copias en físico de las declaraciones de fecha 23 de junio de 2009, en los términos establecidos por el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

El día 11 de julio, la señora Carolina Dubois, empleada del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, envió un correo electrónico al Secretario informando que, por problemas técnicos, la parte final del testimonio del señor César Paredes no había sido grabada.

Los días 24 y 30 de julio, los señores peritos Eduardo Jiménez y Germán Bazzani, respectivamente, solicitaron al Tribunal ampliación del término para rendir sus dictámenes periciales y justificaron las razones de sus solicitudes (folios 21 y 25, Cuaderno Principal 2).

El día 14 de agosto, el apoderado de la parte convocante radicó ante la Secretaría memorial en el cual desistía de la declaración de parte del representante legal de ENERGING OBRAS CIVILES LTDA.

En audiencia que tuvo lugar el 14 de agosto de 2009, se pusieron en conocimiento de las partes los documentos antes mencionados y se adjuntaron al expediente las copias en físico de las declaraciones de fecha 8 de junio de 2009, en los términos establecidos por el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

8

Mediante auto, en virtud de lo dispuesto por el artículo 237 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal dispuso ampliar el plazo para que los señores peritos rindieran sus respectivos dictámenes hasta el día 21 de agosto de 2009. Adicionalmente, aceptó el desistimiento de la declaración de parte del representante legal de ENERGING OBRAS CIVILES LTDA. y del testigo Francisco Herrera, dando respuesta a la solicitud elevada por el apoderado de la parte convocada durante la audiencia. Finalmente, se recibió la declaración de parte de la señora MARÍA MARGARITA ZULETA GONZÁLEZ, representante legal de las sociedades convocadas (folios 27 a 31, Cuaderno Principal 2).

Los días 20 y 21 de agosto de 2009, los señores peritos Germán Bazzani y Eduardo Jiménez, respectivamente radicaron en tiempo ante la Secretaría sus dictámenes periciales.

El 21 de agosto, el Tribunal, sesionando sin la presencia de las partes, corrió traslado de los mencionados dictámenes periciales y de las copias en físico de la declaración de parte de fecha 14 de agosto de 2009, en los términos establecidos por el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil. Esta decisión se notificó personalmente a las partes (folios, 34 a 37, Cuaderno Principal 2).

Mediante escrito de fecha 20 de agosto de 2009, el apoderado de la parte convocada recorrió el traslado de las transcripciones de los testimonios recibidos por el Tribunal (i) y solicitó la reconstrucción parcial de la declaración de tercero rendida por el señor César Paredes (ii) (folios, 38 a 195, Cuaderno Principal 2).

El 26 de agosto de 2009, la apoderada de la convocante presentó dos memoriales: el primero solicitando aclaración del dictamen rendido por el perito contable Eduardo Jiménez, a este escrito anexó comunicaciones intercambiadas por la parte con el experto (folios, 197 a 204, Cuaderno Principal 2).

El segundo demanda aclaración del dictamen rendido por el perito ingeniero, Germán Bazzani, y, adicionalmente, objeta el mencionado dictamen en los siguientes términos (folios, 205 a 209, Cuaderno Principal 2):

“Objeciones por considerar que las mismas no corresponden a la realidad procesal, carecen de prueba e inducir en un error grave:

Objeción a la afirmación del perito:

“Nota: Durante el tiempo de encierro permanecieron dañados 1 bulldozer y una Retroexcavadora,

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

Los equipos salieron el 16 de agosto de 2007. Información igualmente obtenida y confrontada con los representantes de las partes”

Esta afirmación no obedece a un concepto técnico, ni a la verdad, toda vez que el perito no señala en el dictamen cuáles fueron las pruebas técnicas que le permitieron concluir y establecer que durante el tiempo del paro los equipos discriminados como 1 bulldozer y una Retroexcavadora se encontraban dañados.

Y de igual forma incurre el perito en un grave error toda vez que no es cierto que el representante de Energing Obras haya manifestado, confrontado o informado a él o a la contraparte que los equipos salieron el 16 de agosto de 2007. Además induce a error o confusión la expresión emitida por el perito “los equipos” salieron

El concepto del perito emitido así “En el Acta de liquidación bilateral, no se deja constancia de una mayor distancia” es un error grave toda vez que no existió nunca un acta de liquidación bilateral y tampoco es cierto que no se haya dejado constancia de una mayor distancia (ver Acta parcial de obra obrante en el proceso). Estos son errores no procedentes y que inducen a error, toda vez que como ingeniero experto conoce la diferencia entre un Acta De Liquidación y un Acta Parcial De Obra en la que consta en el numeral 2 la fracción de distancias adicionales de acarreo de material. Y las consecuencias y efectos que genera un acta de liquidación y un acta parcial de obra”.

El 28 de agosto de 2009, el apoderado de la parte convocada presentó memoriales solicitando aclaraciones de los dos dictámenes periciales en cuestión (folios, 210 a 213, Cuaderno Principal 2).

En audiencia celebrada el 4 de septiembre de 2009, el Tribunal decidió:

(i) Ordenar, por secretaría, las correcciones de forma de las transcripciones de los testimonios que solicitadas por la convocante; (ii) ordenar la reconstrucción parcial de la declaración rendida por el señor César Paredes; (iii) decretar las aclaraciones y complementaciones, solicitadas por las dos partes, al dictamen rendido por el perito contable; (iv) de oficio, solicitar al perito contable financiero, complementar la respuesta a la Pregunta 1. de la parte convocada (página 18 del dictamen pericial), desde el punto de vista del cumplimiento formal de los requisitos legales sobre los libros de comercio y el sistema de contabilidad empleado por parte de la sociedad convocante, a la luz de las disposiciones legales correspondientes; (v) decretar las aclaraciones y complementaciones, solicitadas por las dos partes, al dictamen rendido por el perito ingeniero; (vi) solicitar al perito ingeniero dar respuesta concreta a cada una de las preguntas decretadas, conservando el mismo orden de las solicitudes correspondientes. Respecto

Tribunal Arbitral

Energising Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

10

de las fuentes empleadas para sus respuestas y conceptos, deberá informar rigurosamente la identidad de las personas consultadas, así como la procedencia de los documentos examinados y la precisa descripción de los equipos a que haga referencia. Adicionalmente, advirtió al experto que debía abstenerse de emitir juicios o expresiones de carácter jurídico, que corresponden al ámbito exclusivo del Tribunal; y (vii), finalmente, advirtió a las partes sobre su deber de colaboración con los peritos, proporcionándoles toda la información que requieran para el cumplimiento de su encargo (art. 242 CPC).

Para responder las solicitudes decretadas, el Tribunal determinó que los señores peritos contaban con un plazo que se extendía hasta el día 24 de septiembre de 2009.

Respecto de la objeción presentada por la parte convocante contra el dictamen técnico, y de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal decidió no darle curso hasta tanto no se hubieren producido las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes (folios, 214 a 216, Cuaderno Principal 2).

Los días 24 y 30 de septiembre de 2009, los señores peritos Eduardo Jiménez y Germán Bazzani, respectivamente, remitieron al Tribunal escritos de aclaración y complementación de sus dictámenes. De los mencionados documentos, se corrió oportunamente traslado a las partes (folios 218 y 224 a 227, Cuaderno Principal 2).

El 20 de octubre del mismo año, el apoderado de la parte convocada radicó ante secretaría memorial en cual se manifiesta respecto de la objeción por error grave del dictamen judicial rendido por el perito ingeniero elevada por la parte convocante (folios 228 a 237, Cuaderno Principal 2).

En audiencia del 26 de octubre de 2009, el Tribunal procedió a (i) llevar a cabo la reconstrucción parcial del testimonio del señor César Paredes; (ii) fijar las sumas correspondientes a los honorarios de los señores peritos y (iii) solicitar a éstos la rendición de cuentas de los gastos en los que incurrieron con ocasión de su labor (folios 240 a 242, Cuaderno Principal 2).

El 10 de noviembre de 2009, se adjuntan al expediente las copias en físico de la reconstrucción parcial del testimonio rendido por el señor César Paredes. El mencionado documento se dejó a disposición de las partes, en los términos establecidos por el artículo 109 del Código de Procedimiento Civil.

En audiencia del 19 de noviembre, el Tribunal decidió: 1) declarar cerrada la etapa probatoria del trámite arbitral entre **Energising Obras Civiles Ltda. contra Consorcio Minero Unido S.A.,**

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A., corroborando que en ésta, efectivamente, se practicaron todas las pruebas decretadas en las oportunidades procesales pertinentes (i), se corrió traslado de las transcripciones de todos los testimonios y declaraciones de parte en los términos del artículo 109 del Código de Procedimiento Civil (ii), se realizaron todos los trámites relacionados con la contradicción de los dictámenes periciales (iii), y se aceptaron los desistimientos de ciertas pruebas elevados las partes de ciertas pruebas (iv).

2) fijar fecha para llevar a cabo audiencia en la cual las partes presentarán al Tribunal sus alegatos de conclusión: 2 de diciembre de 2009.

La anterior providencia se notificó por estado el 24 de noviembre de 2009.

El 23 de noviembre se corrió traslado de las relaciones de gastos presentadas por los señores peritos Eduardo Jiménez y Germán Bazzani el 30 de octubre y el 10 de noviembre, respectivamente (folios 245 a 255, Cuaderno Principal 2).

El 2 de diciembre de 2009, se llevó a cabo audiencia en la cual los apoderados de las partes comunicaron oralmente y en forma resumida sus alegatos, los cuales se encuentran contenidos en los memoriales que aportaron por Secretaría (folios 264 a 429, Cuaderno Principal 2).

En esta misma oportunidad, el Tribunal corrió traslado de los escritos de rendición de cuentas y de los respectivos soportes presentados por los señores peritos, por el término de 3 días y, finalmente, fijó fecha para llevar a cabo audiencia de laudo: 24 de febrero de 2010.

El 21 de enero de 2010, la doctora RUTH ANYELY NIÑO MORA, apoderada de la parte convocante, presentó renuncia al poder que la había sido conferido. El Tribunal, en audiencia celebrada el 26 de enero de 2010, decidió: (i) levantar la suspensión del proceso decretada en auto de 2 de diciembre de 2009; (ii) admitir la renuncia al poder de la doctora RUTH ANYELY NIÑO MORA para representar a la sociedad ENERGING OBRAS CIVILES LTDA en el trámite arbitral; (iii) ordenar la notificación por estado de la decisión; (iv) ordenar que se surtiera el trámite establecido en el artículo 69 del Código de Procedimiento Civil -trámite que se surtió a cabalidad- y (v) fijar nueva fecha para audiencia de laudo: 10 de febrero de 2010 a las 9:00 a.m.

El 29 de enero de 2010, el apoderado de la parte convocada radicó ante la Secretaría memorial solicitando al Tribunal se fije nueva fecha para llevar a cabo audiencia en la cual se proferirá el laudo ya que, para ese mismo día a la misma hora, tenía programada una audiencia de conciliación en otro proceso.

Tribunal Arbitral

Energising Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

12

Mediante auto de 1 de febrero de 2010, el Tribunal respondió a la solicitud de la parte convocada y reprogramó la audiencia para las 3:30 p.m. del mismo día 10 de febrero de 2010.

5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

Como las partes no pactaron nada distinto en la cláusula compromisoria, el término inicial de duración del presente proceso es de seis meses, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 103 del Decreto 2651 de 1991.

El término comenzó a correr a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite, cuando quedó en firme el auto 10 que decretó pruebas: el 2 de junio de 2009. El plazo inicial para fallar vencía entonces el 2 de diciembre de 2009. Sin embargo, para calcular el plazo legal de seis meses, hay que tener en cuenta que a solicitud de las partes, el Tribunal decretó mediante autos las siguientes suspensiones del proceso: desde día 24 de junio al 13 de agosto, ambas fechas inclusive (auto del 23 de junio de 2009); desde día 23 de noviembre de 2009 hasta el día 1 de diciembre de 2009, ambas fechas inclusive (auto del 23 de noviembre de 2009); desde el 10 de diciembre de 2009 hasta el 23 de febrero de 2010, ambas fechas inclusive (auto del 2 de diciembre de 2009). Adicionalmente, el 26 de enero de 2010, se levantó la última suspensión del proceso.

Así las cosas, el término inicial de seis meses debe calcularse tomando en consideración los 10836 días de suspensión del proceso; por consiguiente, éste vence el día 21 de marzo de 2010.

En este orden de ideas, el laudo se profiere en forma oportuna, dentro del plazo establecido por la ley.

CAPÍTULO SEGUNDO SÍNTESIS DE LA CONTROVERSLA

1. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Las pretensiones incorporadas en la demanda con la que se dio inició al proceso fueron:

“Pretensiones principales

Tribunal Arbitral

Energising Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

Primera.- Que se declare que las sociedades convocadas al proceso, Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones de los Andes S.A., han incumplido su obligación contractual de liquidar el contrato generado por la Oferta del 12 de diciembre de 2006.

Segunda.- Que como consecuencia de accederse a la anterior pretensión, se ordene a las sociedades convocadas concurrir a la liquidación del contrato generado de la Oferta Comercial del 12 de diciembre de 2006, reconociendo y pagando a favor de ENERGING OBRAS CIVILES LTDA. los sobrecostos en que ésta incurrió por tener que cubrir una mayor distancia de la prevista en la Oferta para depositar el material estéril en los botaderos y el valor del *stand by* de la maquinaria y equipos que estuvieron paralizados por razón del conflicto laboral que afectó a las convocadas y que impidió el continuo desarrollo de los trabajos contratados, por haberlos conocido según reclamación oportuna de la convocante que nunca fue atendida por las convocadas.

Tercera.- Que se declare que las sociedades convocadas al proceso, Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones de los Andes S.A. han causado perjuicios a la sociedad ENERGING OBRAS CIVILES LTDA., derivados de no haber recibido ésta las sumas de dinero a las cuales tenía legítimo derecho por: i) el valor de la mayor distancia a los botaderos de material estéril que tuvo que cubrir la convocante; ii) el valor del *stand by* de la maquinaria y equipos que estuvieron paralizados por razón del conflicto laboral que afectó a las convocadas y que impidió el continuo y oportuno desarrollo de los trabajos objeto del citado negocio jurídico.

Cuarta.- Que como consecuencia de accederse a las anteriores declaraciones o a una cualquiera de ellas, se declare que las sociedades convocadas al proceso, Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones de los Andes S.A., son responsables de indemnizar a la convocante por los perjuicios a ella causados, en las modalidades de daño emergente y lucro cesante, el primero de los cuales estimo en una suma no inferior a \$320'764.917,00 o la superior que resulte probada en el proceso y el segundo en la cuantía que determine el Tribunal con base en las pruebas que se alleguen al proceso.

Quinta.- Que se condene a las sociedades convocadas, en las proporciones que se indica en la pretensión sexta de este capítulo o en las que el Tribunal determine, al pago de intereses de mora a favor de la sociedad convocante sobre el monto del daño emergente de que trata la anterior pretensión, liquidada a la máxima tasa autorizada por la ley, desde el sexto día hábil siguiente al de la aceptación de la propuesta de terminación anticipada

Tribunal Arbitral

Energising Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

del negocio jurídico que es materia del proceso o desde la fecha en que el Tribunal determine y hasta cuando el pago efectivo de dichas sumas se verifique.

Subsidiaria de la anterior pretensión: En caso de no acceder el Tribunal a la anterior pretensión, en subsidio de la misma solicito que todas y cada una de las condenas que por concepto de daño emergente se le impongan a las sociedades convocadas en las proporciones que se indica en la pretensión sexta de este capítulo o en las que el Tribunal determine, sean indexadas con fundamento en los intereses corrientes bancarios certificados por las autoridades competentes, en el Índice de Precios al Consumidor IPC o en cualquiera otro índice o indicador que el Tribunal determine, de conformidad con el principio de reparación integral del daño de que trata el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, condena que solicitó que sea calculada desde el sexto día hábil siguiente al de la aceptación de la propuesta de terminación anticipada del negocio jurídico que es materia del proceso o desde la fecha en que el Tribunal lo determine y hasta cuando el pago efectivo de dichas sumas se verifique.

Sexta.- Que como consecuencia de accederse a las anteriores pretensiones o a una cualquiera de ellas, se condene a las sociedades convocadas al proceso, a pagar a ENERGING OBRAS CIVILES LTDA., dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria del laudo que ponga fin al proceso, todas y cada una de las sumas a las cuales asciendan las condenas que les fueren impuestas, en las proporciones que ellas determinaron mediante Anexo de la Oferta Mercantil del 12 de diciembre de 2006, a razón del 38,79% a cargo de Carbones de La Jagua S.A., del 32,69% a cargo de Carbones de Los Andes S.A. y del 28,52% a cargo de Consorcio Minero Unido S.A.

Séptima.- Que se condene a las sociedades convocadas a reconocer y pagar a ENERGING OBRAS CIVILES LTDA. intereses de mora a la máxima tasa autorizada por la ley sobre todas y cada una de las condenas impuestas a las sociedades convocadas desde el cuarto día posterior a la ejecutoria del laudo que ponga fin al proceso y hasta cuando el pago efectivo de las mismas se verifique a satisfacción de la convocante.

Octava.- Que se condene a las sociedades convocadas al pago de las costas y gastos del proceso.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, propongo los siguientes grupos de pretensiones subsidiarias para el evento de no ser estimadas las planteadas como principales:

Primer grupo de pretensiones subsidiarias:

15

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

Primera.- Que se declare que el equilibrio económico a que se refiere explícitamente la Oferta del 12 de diciembre de 2006, se vio alterado en perjuicio de Energing Obras Civiles Ltda, por razón de las mayores distancias de las inicialmente previstas a los botaderos que tuvo que cubrir y por el tiempo no productivo o *stand by* de la maquinaria y equipo dispuestos para el cumplimiento de dichos trabajos, originado por el cese de actividades que afectó a las convocadas y no por hechos u omisiones de la convocante.

Segunda.- Que como consecuencia de accederse a la pretensión precedente, se ordene el restablecimiento de dicho equilibrio económico condenando a las sociedades convocadas a pagar a ENERGING OBRAS CIVILES LTDA., la suma de \$320'764.917,00 o la superior que resulte probada en el proceso, a razón del 38,79% a cargo de Carbones de La Jagua S.A., del 32,69% a cargo de Carbones de Los Andes S.A. y del 28,52% a cargo de Consorcio Minero Unido S.A., según lo pactado por las sociedades convocadas en el Anexo No. 1 de la Oferta del 12 de diciembre de 2006.

Tercera.- Que como consecuencia de accederse a la anterior pretensión, se condene a las sociedades convocadas a pagar a ENERGING OBRAS CIVILES LTDA. los intereses moratorios a la máxima tasa autorizada por la ley, o los intereses corrientes bancarios, o el IPC o cualquiera otro índice que el Tribunal tenga a bien aplicar, a razón del 38,79% a cargo de Carbones de La Jagua S.A., del 32,69% a cargo de Carbones de Los Andes S.A. y del 28,52% a cargo de Consorcio Minero Unido S.A. o en la proporción que el Tribunal lo disponga.

Cuarta.- Que se ordene a las sociedades convocadas pagar a ENERGING OBRAS CIVILES LTDA., las condenas que les sean impuestas en el laudo que ponga fin al presente proceso, dentro de los tres días siguientes al de su ejecutoria.

Quinta.- Que se condene a las sociedades convocadas a reconocer y pagar a ENERGING OBRAS CIVILES LTDA., intereses de mora a la máxima tasa autorizada por la ley sobre todas y cada una de las condenas que les sean impuestas, desde el cuarto día posterior a la ejecutoria del laudo que ponga fin al proceso y hasta cuando el pago efectivo de las mismas se verifique a satisfacción de la convocante.

Sexta.- Que se condene a las sociedades demandadas al pago de las costas y gastos del proceso.

Segundo grupo de pretensiones subsidiarias

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

16

Primera.- Que se declare que en la ejecución del contrato generado de la Oferta del 12 de diciembre de 2006, se produjo un enriquecimiento injusto en el patrimonio de las sociedades convocadas, con el correlativo empobrecimiento en el patrimonio de la sociedad convocada, derivado de los mayores costos en que hubo de incurrir ENERGING OBRAS CIVILES LTDA., consistentes en la mayor distancia de la prevista inicialmente y que fue necesario cubrir para arrojar el material estéril en los botaderos señalados por las convocadas y en los costos por el tiempo no productivo o *stand by* de la maquinaria y equipo dispuestos para el cumplimiento de dichos trabajos.

Segunda.- Que por estar proscrito el enriquecimiento injusto en el ordenamiento legal colombiano, en el laudo que ponga fin al proceso se ordene a las convocadas reintegrar al patrimonio de la convocante la suma de \$320'764.917,00 o la superior que resulte probada en el proceso, en las proporciones por ellas acordadas en el Anexo de dicha Oferta, es decir a razón del 38,79% a cargo de Carbones de La Jagua S.A., del 32,69% a cargo de Carbones de Los Andes S.A. y del 28,52% a cargo de Consorcio Minero Unido S.A. o en la proporción que el Tribunal lo disponga.

Tercera.- Que como consecuencia de accederse a las anteriores pretensiones de este grupo, se condene a las sociedades convocadas a pagar a favor de ENERGING OBRAS CIVILES LTDA. intereses de mora a la máxima tasa autorizada por la ley, los cuales deberán ser calculados desde el sexto día siguiente al de la aceptación de la propuesta de terminación anticipada del negocio jurídico que es materia del proceso por parte de las convocadas o desde la fecha en que el Tribunal lo determine y hasta cuando el pago efectivo de dichas sumas se verifique, pago que deberá hacerse en las proporciones por ellas acordadas en el Anexo de dicha Oferta, es decir a razón del 38,79% a cargo de Carbones de La Jagua S.A., del 32,69% a cargo de Carbones de Los Andes S.A. y del 28,52% a cargo de Consorcio Minero Unido S.A. o en la proporción que el Tribunal lo disponga.

Subsidiaria de la anterior pretensión: En caso de no acceder el Tribunal a la anterior pretensión, en subsidio de la misma solicito que todas y cada una de las condenas que se le impongan a las sociedades convocadas, sean indexadas con fundamento en los intereses corrientes bancarios certificados por las autoridades competentes, o en el Índice de Precios al Consumidor IPC o en cualquiera otro índice o indicador que el Tribunal determine, de conformidad con el principio de reparación integral del daño de que trata el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, condena que solicito sea calculada desde el sexto día hábil siguiente al de la aceptación de la propuesta de terminación anticipada del negocio jurídico que es materia del proceso por parte de las convocadas o desde la fecha en que el Tribunal lo determine y hasta cuando el pago efectivo de dichas sumas se verifique.

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

17

Cuarta.- Que se condene a las sociedades convocadas al pago de todas y cada una de las condenas que les sean impuestas en el laudo que ponga fin al presente proceso, dentro de los tres días siguientes al de su ejecutoria.

Quinta.- Que se condene a las sociedades convocadas a reconocer y pagar a ENERGING OBRAS CIVILES LTDA., intereses de mora a la máxima tasa autorizada por la ley sobre todas y cada una de las condenas impuestas a las sociedades convocadas desde el cuarto día posterior a la ejecutoria del laudo que ponga fin al proceso y hasta cuando el pago efectivo de las mismas se verifique a satisfacción de la convocante.

Sexta.- Que se condene a las sociedades demandadas al pago de las costas y gastos del proceso”.

2. EXCEPCIONES DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En su escrito de contestación, la parte convocada acepta algunos hechos, niega otros y propone las siguientes excepciones de mérito:

1. **Transacción:** “Luego de una tortuosa ejecución del Contrato debido al incumplimiento de Energing por la falta de disponibilidad del equipo contratado y otras vicisitudes que se presentaron durante la ejecución del mismo, las partes celebraron un acuerdo de transacción por medio del cual se declararon a paz y salvo por todo concepto relacionado con el negocio jurídico en el que se funda el presente reclamo, transacción que no puede ser desconocida y como consecuencia de la cual las pretensiones de la convocante resultan absolutamente improcedentes”.
2. **Ausencia de incumplimiento de la obligación de liquidar el Contrato:** “Mis representadas no incurrieron en el incumplimiento que aduce la convocante, si es que pudiese hablarse de una obligación de liquidar el Contrato a cargo de mis convocadas. El Contrato fue liquidado de conformidad con los términos contractuales incluyendo la totalidad de los trabajos realizados por ENERGING, los cuales fueron pagados en su totalidad. La liquidación de dichas sumas fue realizada oportunamente en el última acta de obra de fecha 20 de Septiembre de 2008. En dicha acta consta expresamente la liquidación de los trabajos realizados desde el inicio del Contrato (12 de febrero de 2007) hasta su terminación (6 de septiembre de 2007). Este documento aparece suscrito tanto por ENERGING como por el interventor”.

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

18

3. **Ausencia de derecho a reclamar sobrecostos por mayores distancias:** “ENERGING no tiene derecho al pago por parte de las EMPRESAS de los supuestos sobrecostos originados en mayores distancias de transporte. Si efectivamente ENERGING hubiera incurrido en las mayores distancias alegadas, fue debido única y exclusivamente a su inapropiado manejo de la ejecución de la obra. En efecto, las EMPRESAS tuvieron previstas para la parte convocante suficientes espacios para depositar los residuos dentro de distancias menores de 1500 metros.

De otra parte, en el Contrato está claramente estipulado que la remuneración a favor de ENERGING por la ejecución plena del objeto del Contrato sería a precio fijo, tal y como se aprecia en la lectura de la cláusula sexta de la “Oferta Mercantil para Obras de Preparación del Canal para la Desviación del Caño Ojinegro”:

4. **Ausencia de responsabilidad de las demandadas por el stand by de maquinaria y equipos paralizados:** “(...) no existe dicha obligación a cargo de las EMPRESAS, y si existió algún stand by no es el que reclamó ENERGING y constituiría un riesgo a su cargo pues no se deriva de ninguna conducta contractual imputable a mis representadas”.
5. **Fuerza mayor y hecho irresistible de un tercero:** “Es claro que el origen de la suspensión del Contrato desde el 1 hasta el 21 de Agosto de 2007 se trató de un evento de fuerza mayor, y así fue reconocido expresamente por las partes. En efecto, la oferta de terminación y liquidación por mutuo acuerdo presentada por ENERGING a las empresas aclara:

“Sin embargo, debido a circunstancias de fuerza mayor que obligaron a la suspensión de las actividades objeto del NEGOCIO JURIDICO desde el día 1° de Agosto hasta el día 27 de agosto de 2007 y por parte de LAS EMPRESAS, el plazo para la entrega final de las obras objeto del NEGOCIO JURIDICO, fue prorrogado debido a esta circunstancia y por parte de LAS EMPRESAS.”

En este sentido, no admite discusión la catalogación de fuerza mayor hecha por las partes a los bloqueos ilegales realizados por terceros desde el 1 de Agosto de 2007. En ese sentido, no es atribuible ninguna responsabilidad a las EMPRESAS por tales hechos cuando las propias partes lo catalogaron y reconocieron como constitutivo de fuerza mayor”.

6. **Improcedencia del restablecimiento del equilibrio económico del Contrato:** “Dentro del presente trámite arbitral no hay lugar al restablecimiento del equilibrio

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

19

económico del Contrato, en primer lugar porque dicha pretensión no es aplicable a un Contrato de derecho privado como el que nos ocupa y, en segundo lugar porque no existió tal desequilibrio económico”.

7. **Improcedencia de reclamación de enriquecimiento sin justa causa:** “La acción de enriquecimiento sin justa causa propuesta por la demandante es improcedente por cuanto no cumple con ninguno de los requisitos necesarios e indispensables para que se pueda determinar la existencia de un enriquecimiento sin justa causa”.
8. **Falta de legitimación por activa:** “ENERGING no se encuentra legitimado para reclamar sumas a favor de terceros en la medida en que no le asiste el derecho sustancial a reclamar las pretensiones formuladas en la demanda”.
9. **Falta de legitimación por pasiva:** “La demanda presentada por ENERGING menciona a la sociedad CARBONES DE LOS ANDES S.A. Es pertinente anotar, para efectos de claridad dentro del proceso, que dicha sociedad dejó de ser parte en el contrato objeto del presente trámite arbitral debido a la cesión de la parte del contrato correspondiente a dicha compañía a favor de mi representada CARBONES EL TESORO S.A.”
10. **Improcedencia del pago de intereses de mora:** “(...) ENERGING solicitó en su escrito de sustitución de convocatoria al trámite arbitral, que las EMPRESAS fueran condenadas a pagar el valor del daño emergente causado más los intereses de mora sobre el valor de las sumas a las que sean condenas las empresas.

De ninguna forma es procedente el pago de intereses moratorios, toda vez que los intereses de mora sólo procederían si las demandadas estuvieran efectivamente en mora de pagar una obligación a favor de ENERGING. En este caso, ni siquiera ha nacido la obligación de pagar las sumas reclamadas por ENERGING, pues además de no estar contempladas en el negocio que las vinculó, en todo caso estaría transigidas mediante los paz y salvo que se otorgaron las partes mutuamente al momento de terminación del contrato”.

11. **Incumplimiento del demandante respecto de sus obligaciones:** “ENERGING incumplió reiteradamente sus obligaciones durante la ejecución del contrato que nos ocupa. Dichos incumplimientos de la parte convocante se predicaron tanto respecto de la disponibilidad del equipo necesario para llevar a cabo la obra de acuerdo con los términos del Contrato, como de la ejecución de los trabajos contratados”.

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

20

12. **Excepción de contrato no cumplido:** “las EMPRESAS siempre cumplieron y estuvieron prestas a cumplir con todas sus obligaciones contractuales. Por lo mismo, no es posible endilgarle ninguna responsabilidad eventual como consecuencia de un supuesto incumplimiento, siendo que ENERGING incumplió con los términos y condiciones establecidas por las partes del negocio según se ha explicado anteriormente”.
13. **Compensación por aplicación de la cláusula penal:** “Mis representadas se han abstenido de formular una demanda de Reconvención por considerar que contrario a la conducta desplegada por ENERGING constituiría un desconocimiento de los actos propios en la medida en que ambas partes celebraron un acuerdo de transacción respecto de sus obligaciones contractuales, extendiéndose recíprocos paz y salvos que no podrían desconocer posteriormente.

Si tal transacción fuera desconocida, lo cual no entenderíamos desde ningún punto de vista jurídico, ENERGING debería a mis representadas la suma de correspondiente al valor de la cláusula penal del Contrato. En efecto, como consecuencia del incumplimiento de ENERGING ésta debería a mis representadas la suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total de los trabajos objeto del negocio que según la cláusula sexta del Contrato corresponde a \$2.070.000.000 y por ende el valor de dicha cláusula penal sería \$207.000.000. En consecuencia, bajo ese supuesto resultaría entonces aplicable declarar la excepción de compensación por valor de \$207.000.000”.

CAPITULO TERCERO PRESUPUESTOS PROCESALES Y CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE EL FONDO

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Las condiciones necesarias para que el Tribunal pueda realizar el estudio de fondo de la controversia se encuentran plenamente reunidas, toda vez que las dos partes, **ENERGING OBRAS CIVILES LTDA.**, por un lado, y **CONSORCIO MINERO UNIDO S.A., CARBONES DE LA JAGUA S.A. y CARBONES EL TESORO S.A.**, por el otro, son plenamente capaces (i), sus apoderados cuentan con poder suficiente para comparecer al proceso (ii); la competencia del Tribunal está claramente determinada por el pacto arbitral (iii) y la demanda cumple con las exigencias legales (iv).

Tribunal Arbitral

Energising Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

21

Por consiguiente, reunidos todos los presupuestos procesales, y no habiendo causal de nulidad que invalide la actuación, el Tribunal abordará el análisis de fondo de la controversia planteada.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE EL FONDO

La controversia entre las partes surge del contrato que se derivó de la Oferta del 12 de diciembre de 2006 que CARBONES DE LOS ANDES S.A., CARBONES DE LA JAGUA S.A. y CONSORCIO MINERO UNIDO (en adelante las EMPRESAS MINERAS) le hicieron a ENERGING OBRAS CIVILES LIMITADA (En adelante el CONSTRUCTOR) *“para ejecutar las obras requeridas para la preparación del canal por el cual las EMPRESAS MINERAS desviarán el Caño Ojinegro y su conexión al Caño Canime”*, oferta que, como se expresa en el hecho segundo de la demanda, fue aceptada mediante la orden de servicios de fecha 27 de diciembre de 2006. La posición jurídica de CARBONES DE LOS ANDES S.A. fue sustituida posteriormente por CARBONES DEL TESORO S.A. (Cuaderno Principal 1, folios 136 a 138).

El objeto de la mencionada oferta, según su cláusula primera, fue el siguiente:

“El CONSTRUCTOR se obliga a hacer todos los trabajos necesarios para preparar el canal por el cual las EMPRESAS MINERAS desviarán el caño Ojinegro. Para el efecto el CONSTRUCTOR deberá adelantar las siguientes actividades:

- 1.1 Excavar, transportar, y disponer en los botaderos que señalen las EMPRESAS MINERAS 450.000 metros cúbicos de estéril.
- 1.2 Construir y mantener aquellas vías necesarias para el desarrollo de los trabajos. El mantenimiento incluye la humectación de las vías para el control de finos en el ambiente por el acarreo del material de estéril

Parágrafo Primero. Los trabajos antes mencionados (en adelante los “Trabajos” o los “Servicios”) deberán realizarse conforme a la solicitud de cotización N° 001 de las EMPRESAS MINERAS, y a los requerimientos técnicos solicitados por las EMPRESAS MINERAS, los cuales se incluyen como Anexo 7 de la presente Oferta.

Parágrafo Segundo. Los Trabajos comprenden la realización de todas las obras y actividades necesarias para su desarrollo y ejecución, así como las obras accesorias, provisionales o definitivas que sea necesario ejecutar a juicio de las EMPRESAS MINERAS”.

22

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

Determinado el objeto de la oferta, las demás cláusulas se refieren a las obligaciones de cada una de las partes (segunda y tercera), al lugar de prestación de los servicios (cuarta), al término de ejecución de los trabajos (quinta), al valor de la remuneración (sexta), a su forma de pago (séptima), a la calidad de contratista independiente del constructor (octava), a declaraciones del constructor relacionadas con las condiciones de ejecución del trabajo (novena y décima cuarta), a la interventoría (décima), al comité de obras (décima primera), a las garantías (décima segunda), al personal a emplear en la obra, (décima tercera), a los equipos que se deben utilizar (vigésima tercera), a la responsabilidad del constructor (décima cuarta), a la liquidación del negocio (décima quinta), a las causales de terminación del contrato y de terminación unilateral anticipada (décima sexta y décima séptima), a temas relacionados con las normas aplicables al contrato, al deber de confidencialidad y a la no vinculación laboral entre las partes (décima octava, décima novena y vigésima), a la prohibición de cesión (vigésima segunda) y de subcontratación sin la previa aprobación de las Empresas (vigésima quinta), a la cláusula penal y a las multas (vigésima sexta y vigésima séptima), a las modificaciones (trigésima), a la exención del impuesto de timbre (trigésima primera) y a la solución de controversias (vigésima primera). Adicionalmente a la oferta se anexaron los documentos de que da cuenta la cláusula vigésimo novena.

No se discute en este proceso nada acerca de la existencia o validez del contrato, o de cualquiera de sus cláusulas.

La controversia se centra en que, a juicio de la convocante, las empresas mineras convocadas incumplieron su obligación contractual de liquidar el contrato generado por la oferta del 12 de diciembre de 2006 (primera pretensión principal), como consecuencia de lo cual se le solicita a este Tribunal que "se ordene a las sociedades convocadas concurrir a la liquidación del contrato generado por la oferta del 12 de diciembre de 2006, reconociendo y pagando a favor de ENERGING OBRAS CIVILES LTDA. los sobrecostos en que esta incurrió por tener que cubrir una mayor distancia de la prevista en la Oferta para depositar el material estéril en los botaderos y el valor del *stand by* de la maquinaria y equipos que estuvieron paralizados por razón del conflicto laboral que afectó a las convocadas y que impidió el continuo desarrollo de los trabajos contratados, por haberlos conocido según reclamación oportuna de la convocante que nunca fue atendida por las convocadas" (segunda pretensión principal).

Subsidiariamente, la convocante pretende, por esas mismas causas (mayores distancias para el depósito del material estéril en los botaderos y *stand by* de la maquinaria y equipos), que se restablezca el equilibrio económico a que se refiere la oferta del 12 de diciembre de 2006 (primer grupo de pretensiones subsidiarias) o se reintegren a su patrimonio los dineros que

23

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

injustamente enriquecieron a las empresas convocadas (segundo grupo de pretensiones subsidiarias)

En todos los grupos de pretensiones, la convocante solicita el reconocimiento y pago de los accesorios e indemnizaciones correspondientes.

Así las cosas, para analizar el fondo del litigio, de acuerdo con los puntos de derecho evocados en el proceso tanto en pretensiones formuladas por la convocante como en las excepciones argüidas, el Tribunal abordará sucesivamente los siguientes temas: (A) la objeción al dictamen pericial; (B) la excepción de transacción; (C) La liquidación del contrato; (D) los mayores costos reclamados; (E) Las excepciones formuladas; (F) la condena en costas y agencias en derecho.

A. LA OBJECCIÓN AL DICTAMEN PERICIAL

La apoderada de la parte convocante, mediante escrito presentado al Tribunal el 26 de agosto de 2009, dentro de la oportunidad para solicitar aclaraciones y complementaciones, formuló objeción al dictamen pericial rendido por el ingeniero Germán Bazzani, fundamentada en que algunas de las afirmaciones del perito “... *no corresponden a la realidad procesal, carecen de prueba e inducir en un error grave*”.

Los errores así planteados por la apoderada, se refieren a las siguientes afirmaciones del perito:

- “Nota: Durante el tiempo de encierro permanecieron dañados un bulldozer y una retroexcavadora. Los equipos salieron el 16 de agosto de 2007. Información igualmente obtenida y confrontada con los representantes de las partes”.
- “En el Acta de Liquidación bilateral, no se deja constancia de una mayor distancia”.

El Tribunal, antes de tramitar estas objeciones, ordenó realizar las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes, dentro de las cuales el perito aclaró las afirmaciones objetadas por la apoderada de Energing, precisando:

“El 16 de agosto salieron de la mina las cuatro volquetas doble troque”

“Es así como se firmó el documento que protocoliza su terminación con fecha siete (7) de septiembre de dos mil siete (2007)”

Tribunal Arbitral

Emerging Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

Con base en lo anterior, y teniendo en cuenta que la señora apoderada no desarrolló en su alegato de conclusión las objeciones planteadas, el Tribunal queda relevado de realizar análisis al respecto, pues entiende que mediante el documento de aclaraciones, desaparecieron los fundamentos alegados, referidos el primero, a la indefinición de la palabra 'equipos' y el segundo, al concepto de 'acta de liquidación bilateral', referido a la Oferta de Terminación y Liquidación por Mutuo Acuerdo

B. LA EXCEPCIÓN DE TRANSACCIÓN

En su escrito de contestación de la demanda arbitral las sociedades convocadas han alegado en sede de excepción de mérito la institución contractual llamada transacción, fundamentando este medio exceptivo en que las partes que litigan en este proceso arbitral, en el ámbito del documento privado que lleva por fecha siete (7) de septiembre de dos mil siete (2.007), contentivo de una propuesta de terminación y liquidación de contrato cursada por la convocante a las convocadas, aceptada por estas últimas en escrito datado el doce (12) de octubre del mismo año, en su estipulación quinta (5ª)¹ se declararon recíprocamente a paz y salvo por todo concepto emergente del contrato que a estas mismas personas vinculaba, manifestación por efecto de la cual, sostiene la excepcionante, la demandante renunció a todo concepto relacionado con dicho acuerdo, salvedad hecha del derecho de ENERGING OBRAS CIVILES LTDA a percibir el pago de los trabajos que en beneficio de las demandadas ejecutó durante el periodo veinticinco (25) de julio – seis (6) de septiembre de dos mil siete (2.007); en mérito de lo cual, según la visión de las demandadas, las partes, mediante recíprocas concesiones renunciaron a todo reclamo ulterior, involucrando esta renuncia los reclamos que previamente la compañía actora elevara ante el señor interventor de las obras por concepto de cubrimiento de mayores distancias a lugares de botadero de materiales estériles y de stand by de maquinaria y equipo.

En su alegato de conclusión el señor apoderado de las sociedades encartadas aborda con mayor detalle el desarrollo de esta excepción. Para el efecto se ocupa de la citación y exposición de los contenidos esenciales del contrato de transacción, todos los cuales a su parecer hacen presencia

¹ "...**CLAUSULA QUINTA. Paz y salvo:** Por cuanto no hay obligaciones pendientes a cargo de LAS EMPRESAS diferentes al pago de las facturas correspondientes a los trabajos realizados por parte de ENERGING desde el día 25 de Julio de 2007 y hasta el día 6 de septiembre de 2007, valores que se acordarán mediante Acta de Obra No 9 y Acta Parcial de Obra de fecha septiembre 20 de 2007 la cual servirá de fundamento para la elaboración del Acta No 10 que corresponde al Acta de Obra Final, ENERGING las declara a paz y salvo por todo concepto relacionado con el Negocio Jurídico, sujeto al pago de dichos trabajos...".

25

Tribunal Arbitral

Emerging Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

en la especie litigiosa que ocupa la atención de este tribunal arbitral; rematando con pedido en el sentido de que en el laudo que desate la controversia se abra paso este medio de defensa.

(1) La sentencia, providencia judicial mediante la cual el juzgador decide en torno a las pretensiones de la demanda y a las excepciones que no tengan la condición de previas, desatando la controversia de que se trate, es un acto jurídico procesal que debe estructurarse de acuerdo con el sentido común. Inspirado en esta idea el Artículo 304 del Código de Procedimiento Civil indica el contenido de la sentencia y el orden que debe seguirse en su confección por parte del fallador.

Lo que se dice de la sentencia judicial en el estatuto de enjuiciamiento civil aplica en línea de principio a los laudos arbitrales, en consideración a que este último desata los mismos efectos jurídicos que aquélla.

Al amparo de esta idea según la cual la sentencia debe estar lógicamente estructurada es sensato que estando el juzgador al momento de fallar delante de la excepción de transacción deba prioritaria y delantadamente ocuparse de ella, con antecendencia con respecto a las pretensiones de la demanda y a otras excepciones que se hayan propuesto, toda vez que por los efectos sustanciales que desata el instituto contractual de la transacción, equivalentes a la cosa juzgada propia de las sentencias judiciales, de considerar el fallador que es del caso dar pábulo a la prosperidad de esta excepción el litigio se tendrá por extinto, la controversia inexistente y por lo mismo carecerá de objeto la labor de análisis del *thema decidendum* del proceso. Dicho de otro modo, siendo efectivo el alegato de la excepción de transacción, opera el fenómeno de la sustracción de materia, que en este contexto del fallo judicial significa que no hay materia controversial por decidirse.

Por cierto que esta línea de pensamiento, acorde con la cual un medio exceptivo que como la transacción desata como consecuencia la extinción de la *litis* con el mérito de la cosa juzgada y por ello merece ser abordado con precedencia a la materia litigiosa misma, inspira normas procedimentales tales como el Artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual la de transacción, en ciertos procesos, pese a que por su naturaleza es una excepción perentoria, puede ser alegada como previa y tramitarse como si perteneciese a este último tipo de medios exceptivos.

(2) En línea con lo anterior este tribunal arbitral aborda seguidamente esta excepción de transacción, tarea a la cual destina el discurso subsiguiente, con ocasión del cual se referirá a los contenidos esenciales del contrato de transacción.

Tribunal Arbitral

Emerging Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

(3) Los contenidos esenciales del contrato de transacción son bien conocidos. La doctrina y la jurisprudencia, tanto patria como comparada, de tiempo atrás se han encargado de identificarlos². Estos contenidos esenciales, por esta condición, imprimen identidad al contrato de transacción, al igual que perfiles y tipicidad propia. Sin ellos el contrato no es del tipo transacción. Tales contenidos son:

3.1. La determinación o voluntad de las partes en el sentido de brindar certeza, seguridad y concreción a la situación jurídicamente relevante entre ellas existente y que se encuentra en estado de duda o incertidumbre, haciendo cesar definitivamente este estado de cosas a cuenta del cual sus intereses patrimoniales han entrado en conflicto.

3.2. La presencia de concesiones recíprocas que las partes se hacen entre sí, a la manera de expediente o medio en consideración al cual se avienen a asumir actitudes de desprendimiento y con ello a hacer cesar su diferendo.

3.3. La tradición romanista y la doctrina y la jurisprudencia de nuestro tiempo suelen mencionar entre los contenidos esenciales de la transacción la existencia de una situación influyente en derecho trabada entre dos o más personas, de carácter dudoso o incierto, por cuenta de la cual entre ellas ha irrumpido una controversia de naturaleza patrimonial.

En opinión de este tribunal arbitral el anterior enunciado, vistas las cosas con todo rigor, no puede considerarse un contenido esencial del negocio transaccional. Trata más bien este aspecto de un supuesto de hecho que antecede al acuerdo transaccional y en consideración al cual los que transigen se animan al ajuste de su acuerdo definitorio y conclusivo de su conflicto patrimonial.

Si se reflexiona serenamente en torno al significado que en el negocio jurídico de transacción tiene la previa existencia de un diferendo de intereses patrimoniales es apreciable que en

² “...En varias ocasiones la Corte ha sentado la doctrina de que son tres los elementos específicos de la transacción, a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas (Casación Civil, diciembre 12 de 1938, XLVII, 479-480; Casación Civil, junio 6 de 1939, XLVIII, 268). Teniendo en cuenta estos elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual...” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de mayo 6 de 1.996).

Otros fallos en los cuales este tribunal se ha pronunciado en sentido similar llevan por fecha los días 22 de febrero de 1971, junio 29 de 2007, entre otros.

27

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

ausencia de él no es que el contrato corresponda a otro arquetipo negocial; más bien, que la transacción carecerá de objeto contractual, como que de paso los móviles o motivos (causa impulsiva) que inducen a las partes a su celebración estarán falsamente movilizados.

De acuerdo con las circunstancias que rodearon la redacción y suscripción de los documentos contractuales en los cuales se consignaron la propuesta de terminación y liquidación de contrato, dirigida por la convocante a las convocadas, y su aceptación por estas últimas, y considerando el tenor de la cláusula quinta (5ª) de la destacada propuesta, apartado en el cual las demandadas soportan la excepción de transacción, se arribaría a las siguientes afirmaciones:

a. Entre las partes que en este proceso arbitral litigan, ciertamente con anterioridad al doce (12) de octubre de dos mil siete (2.007), fecha en la cual se habría perfeccionado entre las partes su acuerdo de terminación y liquidación del contrato de obra por ser dicha fecha en la cual se produjo la aceptación de la propuesta de negocio jurídico que le antecedió, ya existía un diferendo de intereses patrimoniales relacionado con todas las aspiraciones de la actora involucradas en las pretensiones de la demanda que le ha dado inicio; controversia que por ende abarcaba tanto lo atinente al cubrimiento de mayores distancias a lugares de botadero de materiales estériles, como lo atañadero con el *stand by* de maquinaria y equipo.

Evidencia documental en el sentido de que las aspiraciones de la parte actora y el rechazo de ellas por las compañías demandadas antecedieron en el tiempo a la existencia y eficacia del acuerdo de terminación y liquidación del contrato de obra, esto es, antes del doce (12) de octubre de dos mil siete (2.007), fluye de la comunicación de fecha dieciocho (18) de septiembre de dos mil siete (2.007), dirigida por funcionario de ENERGING OBRAS CIVILES LTDA al ingeniero CÉSAR PAREDES, interventor de la obra, en la cual el reclamo de sumas de dinero por los citados conceptos aparece formulado en términos nítidos y acompañado de los soportes que la compañía contratista consideró que sustentaban suficientemente su pedido; en conjunción con el documento privado de veinte (20) de septiembre del mismo año, titulado ACTA PARCIAL DE OBRA, en el cual las partes dejan evidencia de las sumas finales de dinero debidas por las convocadas a la convocante al cierre de las labores a cargo de la entidad contratista. En este escrito, que lleva la firma de representantes de todas las partes, se deja constancia del reclamo que por los conceptos de marras nuevamente eleva ENERGING OBRAS CIVILES LTDA, frente al cual, en el cuerpo de este mismo instrumento privado, a instancias del interventor de las obras, se dejó constancia de que este último funcionario no estaba de acuerdo con lo reclamado, dejando abierta la vía para que el reclamo se ventilara en otro escenario.

Por lo demás, de acuerdo con la evidencia que obra en el expediente, al parecer el conflicto comienza a gestarse en misiva del veinticuatro (24) de agosto de dos mil siete (2.007), remitida

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

vía correo electrónico, proveniente del señor JESÚS ALBERTO HERRERA D., ingeniero de ENERGING OBRAS CIVILES LTDA a cargo del avance de las obras civiles, comunicación en la cual esta compañía solicitó el reconocimiento y pago de valores dinerarios por concepto de "tiempos de disponibilidad de los equipos", nota a la cual CÉSAR G. PAREDES, ingeniero interventor, dio respuesta nítidamente negativa en su e-mail del veintiocho (28) de agosto del mismo año, en el cual argumentó que a las contratantes de las obras no les era imputable una situación constitutiva de fuerza mayor, como lo fue el bloqueo de la zona de acceso al área de trabajo adelantado por terceras personas.

Fluye de todo este material documental citado que entre las partes, con precedencia al doce (12) de octubre de dos mil siete (2.007), fecha en que habría adquirido presencia en el tráfico jurídico el acuerdo de terminación y liquidación del contrato de obra, por haber en esta fecha sido aceptada la antecedente propuesta, existía una controversia patrimonial; disputa que tiene como sujetos a quienes hoy son polos de interés litigioso en esta actuación procesal y que ostenta como núcleo de la disputa lo que en los hechos y en las pretensiones de la demanda arbitral se plantea; controversia a la cual no puede negarse la condición de situación conflictiva, toda vez que exhibe lo distintivo de este tipo de eventos, que no es cosa distinta que la presencia de una pretensión de una persona a la cual otra se resiste a su admisión, reconocimiento o actuación, mediante una actitud que le es antagónica, incompatible.

A lo precedente debe añadirse el estado de malestar que existía del lado de las convocadas por causa de lo que consideraban reiterados y graves incumplimientos contractuales de la demandante, que sumados a algunos eventos externos a los contratantes confluieron en orden a que las obras tomaran más tiempo de ejecución que el que fuera previsto; estado de inconformidad que si bien nunca tomó forma en un reclamo formal y nítido de las convocadas basado en la institución de la responsabilidad civil por incumplimiento sí amenazaba con incrementar las dimensiones del escenario de discusión entre los involucrados.

Así las cosas, un acuerdo transaccional perfeccionado entre todos estos empresarios tendría un objeto, al igual que una causa impulsiva, como quiera que entre los hoy disputantes sí existía estado de litigio.

b. Que las partes extiendan entre sí unos finiquitos de cumplimiento, esto es, paz y salvos recíprocos, de acuerdo con el significado literal de las palabras "paz y salvo", los usos del tráfico, el conjunto circunstancial existente y el sentido común de las cosas, significa que hay bases suficientes para entender que quienes de este modo se declararon tenían, entre otras, la intención de no seguir ventilando el asunto controversial patrimonial que les distanciaba, ni judicial ni extrajudicialmente.

29

Tribunal Arbitral

Energising Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

Por lo que viene de decirse, en el asunto sometido a estudio, hace presencia el contenido esencial del negocio jurídico de transacción de que trata el número 4.1 de este segmento de las consideraciones de este tribunal.

c. En lo que respecta con las concesiones recíprocas que los que controvierten se hacen en virtud del contrato de transacción, es este un contenido esencial de este arquetipo negocial que se echa de menos en la especie de esta *litis*.

En efecto, leído en toda su extensión el documento privado del siete (7) de septiembre de dos mil siete (2.007), que da cuenta de la propuesta de terminación y liquidación del contrato de obra civil ajustado entre las partes, es para este Tribunal Arbitral nítido que a propósito de los reclamos elevados por ENERGING OBRAS CIVILES LTDA frente a las demandadas, orientados al reconocimiento y pago de sumas de dinero por causa de mayores distancias de desplazamiento a sitios de botadero de desechos de la tierra y de stand by de maquinaria y equipo, pedidos que constituyen el epicentro de este proceso, no existen desprendimientos o rebajas mutuas en las aspiraciones de las partes. Tales concesiones solo las hay de parte de la sociedad convocante, que, con la declaración de “*paz y salvo*” renunció a tales reclamos. Del lado de las convocadas, en punto de tales pedidos no se aprecia sacrificio alguno en sus aspiraciones, que no eran otras que no se les cobrase nada por tales conceptos.

Mucho han insistido la doctrina y la jurisprudencia nacional en la presencia de concesiones recíprocas como contenido esencial de la transacción³. Les asiste toda la razón porque sin ellas no existe acuerdo transaccional. El arreglo corresponderá a uno de otra naturaleza jurídica. Por ejemplo, si las concesiones provienen de una sola de las partes en contienda el negocio contractual corresponderá a otro arquetipo: la renuncia de derechos discutidos.

No se diga que el reconocimiento y pago de los trabajos ejecutados por la actora durante el periodo veinticinco (25) de julio – seis (6) de septiembre de dos mil siete (2.007) constituye la concesión que del lado de las convocadas se efectuó a favor de la demandante para efectos de configurarse una transacción; postura que puede resultar seductora en la medida en que la cláusula quinta (5ª) del escrito privado de propuesta de terminación y liquidación del contrato de obra civil hace expresa referencia a este compromiso, pero que debe desestimarse de plano,

³ “...El contrato de transacción supone como condiciones de su formación: (...) c) la transacción supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes. Esta es circunstancia que distingue la transacción de la simple renuncia de un derecho, de la remisión de una deuda, del desistimiento. No es necesario, sin embargo, que las transacciones respectivas de las partes sean de la misma importancia, y de equivalencia exacta, las unas a las otras...” (Corte Suprema de Justicia, sentencia de 22 de agosto de 1949).

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

pues siendo cierto que al pago de estos trabajos se comprometieron las demandadas, esta prestación jamás fue materia de debate, nunca hizo parte del tema conflictivo, es extraña a él. A este pago las citadas a este proceso jamás manifestaron resistencia o contrariedad alguna, como que se trata de prestaciones a cuya satisfacción las convocadas estaban obligadas desde antes de la suscripción del documento y sin necesidad de él.

Por añadido, la lectura cuidadosa de la multicitada estipulación quinta (5ª) revela que al pago de esta prestación remuneratoria de los trabajos pendientes las partes no asignaron el rol de concesión de las demandadas a favor de la actora, contributiva al ajuste de una transacción, sino la función de condición suspensiva de cuya verificación quedaba dependiendo la efectividad del paz y salvo y finiquito extendido a favor de las compañías carboníferas demandadas.

No se alegue que del lado de las convocadas una concesión en favor de la demandante consiste en que aquéllas declinaron el ejercicio de pretensiones fundamentadas en los incumplimientos contractuales (pretensión de resarcimiento de daños por causa de incumplimiento contractual) que con tanta vehemencia se citan en la contestación de la demanda, en el testimonio del ingeniero CÉSAR PAREDES y en el alegato de conclusión presentado por su apoderado. Tal planteamiento no sería aceptable, primeramente porque de estas pretensiones absolutamente nada se dice en los documentos que dan forma al acuerdo de terminación y liquidación del contrato de obra civil, y, de otra parte, porque sí bien es la verdad que las convocadas se sentían afectadas con varias y serias infracciones contractuales que imputaban a la actora, nunca fueron por parte de ellas planteadas pretensiones de resarcimiento de daños contractuales ante la actora, de manera explícita y en procura de deducir de ellas consecuencias jurídicas, razón por la cual en la documentación anterior a la suscripción de los escritos privados que recogen el negocio de terminación y liquidación contractual no es visible un punto de vista de ENERGING OBRAS CIVILES LTDA en cuya virtud se resista al reconocimiento de pretensiones de indemnización de perjuicios por inejecución contractual.

En mérito de todo lo anterior, en la visión de este tribunal de arbitramento no se ha perfeccionado entre las partes un contrato de transacción con ocasión del ajuste del acuerdo de terminación y liquidación del contrato de obra civil del cual quienes ahora litigan eran partes contractuales. Por lo tanto no es del caso que en la parte resolutive de este laudo arbitral se declare la prosperidad de esta excepción de transacción.

C. LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

La parte convocante en sus pretensiones Primera y Segunda de la demanda arguye que la convocada incumplió su obligación contractual de liquidar el contrato. Antes de abordar el

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

fondo de esta cuestión, es fundamental hacer unas precisiones preliminares: el consentimiento de los particulares es el elemento indispensable en la formación de los contratos de derecho privado; sin duda, se logra durante la etapa preliminar al perfeccionamiento de la relación contractual, luego de conversaciones, negociaciones y tratos que finalmente conformarán el futuro vínculo negocial. Es dentro de este proceso de formación del contrato donde aparecen las ofertas, propuestas y contrapropuestas provenientes de los futuros contratantes, quienes en una interrelación previa alcanzan los acuerdos que constituirán la base de las obligaciones mutuas que contraerán y de las disposiciones que las regirán.

Nuestro Código de Comercio en su artículo 845 define así la oferta: “...*La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario...*”

La Corte Suprema de Justicia considera que la Oferta “*para su eficacia jurídica ha de ser firme, inequívoca, precisa, completa, acto voluntario del oferente y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento*” (Casación Civil de 8 de marzo de 1995). Por tanto, la manifestación unilateral del oferente, al reunir las condiciones expresadas, debe ser suficiente para que con la aceptación pura y simple de su destinatario perfeccione el contrato objeto de aquélla.

En su Tratado de Derecho Civil, Jacques Ghestin, define la oferta como la manifestación de voluntad unilateral por la cual una persona hace conocer a otra su intención de contratar y las condiciones iniciales del contrato. La aceptación de estas condiciones por el destinatario de la oferta formará el contrato.

A su vez, la doctrina nacional y extranjera coinciden en que los elementos esenciales de la Oferta se refieren a su precisión, firmeza y claridad. En efecto, la precisión significa que debe contener los elementos esenciales del futuro negocio jurídico que se propone; por ejemplo, en un negocio de compraventa debe aparecer el precio, el cual puede ser determinado o determinable. Así mismo, la Oferta debe ser firme, es decir, que de incluir algún tipo de condición o de reserva, éstas deben ser expresas y directamente relacionadas con el negocio ofertado, sin que desvirtúen la intención de contratar por parte del oferente, por tratarse de circunstancias reales, objetivas, concretas y aplicables en el ámbito del negocio que se propone. En tercer lugar, su contenido debe ser claro y no conducir a confusión o equivocación al destinatario de la misma, pues ello implicaría alterar su consentimiento, lo que traería la consecuencia de no estar en presencia de una Oferta, sino de otro acto relativo a negociaciones o tratativas previas, ineficaz para generar la existencia del negocio propuesto.

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

Este Tribunal de Arbitramento asumió competencia para conocer y decidir las controversias derivadas del contrato originado en la Oferta formulada por el Consorcio Minero Unido y su aceptación por parte de la sociedad ENERGING OBRAS CIVILES LTDA., con el objeto de ejecutar las obras requeridas para la preparación del canal por el cual las integrantes del Consorcio desviarían el Caño Ojinegro y su conexión al Caño Canime. En otras palabras, las controversias que se definirán mediante este laudo arbitral, surgen del contrato de obra perfeccionado por la aceptación de la Oferta formulada el doce (12) de diciembre de 2006 y aceptada el 27 de diciembre del mismo año.

Al inicio del documento correspondiente a la oferta del consorcio, puede identificarse la causa o razón de ésta, al describirse la negociación de más de seis meses adelantada entre las Empresas Mineras y Energing para la realización de las obras civiles de desvío del Caño Ojinegro y su conexión al Caño Canime, que constituyó finalmente la obra contratada. Es decir, que la oferta que aquí se examina tipificó la figura legal y surtió los efectos allí previstos.

Sobre la existencia del contrato de obra, así generado y perfeccionado, según lo dicho, sobre las obligaciones de las partes, los plazos, los valores, las formas de pago, las funciones de la interventoría, las garantías a cargo del constructor de la obra, los trabajos a realizar y sus especificaciones, etc., no hay controversia en el proceso. Esto indica al Tribunal que el negocio jurídico propuesto se aceptó y desarrolló bajo la estructura contenida en la oferta mercantil de 12 de diciembre de 2006. Energing, en su calidad de Constructor y en los términos del art. 854 del C de Co., aceptó las condiciones ofrecidas, con la consecuencia jurídica de quedar obligada al cumplimiento de todas las disposiciones del contrato que ocupa a este Tribunal, al igual que las empresas integrantes del Consorcio.

Sobre estos precedentes, y tratándose los contratistas de particulares, como ya se advirtió, el análisis que se inicia tiene su marco jurídico en las normas que regulan las relaciones entre ellos, y en este caso, además le son aplicables las que tienen que ver con quienes tengan la condición de comerciantes. El art. 1602 del C.C. dispone que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y por tanto, no puede ser invalidado por causa diferente a su mutuo consentimiento o por causas legales. Así mismo, el art. 1603 del mismo estatuto indica como una obligación de conducta contractual, la buena fe de aquéllos durante su ejecución.

A la luz de estos preceptos, procede el Tribunal a examinar las pretensiones Primera y Segunda de la demanda formulada por Energing Obras Civiles Ltda., relativas al alegado incumplimiento de la obligación contractual de liquidar el contrato generado por la Oferta de diciembre 12 de 2006, el cual, según el constructor demandante, ocurrió al no haberse dado cumplimiento por el

Tribunal Arbitral

Energising Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

Consorcio contratante de lo prescrito en las cláusulas Décimo Quinta y Décimo Sexta del documento contentivo de la Oferta y por tanto del contrato de obra, como ya se estableció.

Las sociedades convocadas propusieron como excepción de mérito frente a estas pretensiones los siguientes hechos:

- a. “El contrato fue liquidado de conformidad con los términos contractuales incluyendo la totalidad de los trabajos realizados por ENERGING , los cuales fueron pagados en su totalidad
- b. “La liquidación de dichas sumas fue realizada oportunamente en la última acta de obra de fecha 20 de Septiembre de 2008: En dicha acta consta expresamente la liquidación de los trabajos realizados desde el inicio del Contrato (12 de febrero de 2007) hasta su terminación (6 de septiembre de 2007) . Este documento aparece suscrito por ENERGING como por el interventor”.
- c. “El hecho de que ENERGING hubiera solicitado el pago de “conceptos adicionales” y diferentes de los trabajos realizados por el demandante no significa que (...) estuvieran obligadas a aceptar la inclusión de tales ítems dentro de la liquidación, ni que su rechazo pueda interpretarse como equivocadamente lo hace el apoderado de la convocante como un incumplimiento de la Liquidación del Contrato”.
- d. “Los ítems incluidos en la liquidación debían estar aprobados por el interventor y éste no aprobó los “adicionales” que pretendió cobrar ENERGING y así dejó constancia en el acta del 20 de septiembre de 2007”.

Como consecuencia de lo anterior, las convocadas concluyen que, *“sí concurrieron a liquidar el contrato, aceptaron y pagaron la totalidad de los trabajos realizados por Energising y rechazaron los ítems improcedentes que intentó a último momento cobrar la convocante,”*, y que *“...el hecho de no aceptar dichos ítems no significa que no se hubiera liquidado el contrato sino que el demandante se encuentra inconforme con la liquidación, aspecto muy diferente”*.

Así las cosas, los hechos de la demanda informan sobre una serie de vicisitudes presentadas durante la ejecución del contrato, relativas a parálisis de las obras adelantadas por Energising Obras Civiles Ltda. por razón de un conflicto laboral en la zona, que, según se afirma en la demanda, hizo imposible la continuidad de las labores en el frente de trabajo en el cual se desarrollaban las actividades ; por ello, hubo necesidad de suspender los trabajos extendiéndose el plazo contractual, de común acuerdo por los contratantes, hasta el 6 de septiembre de 2007.

A partir del hecho 7. de la demanda se informa también sobre la entrega por parte de Energising Obras Civiles Ltda. al consorcio contratante, de un documento denominado “Oferta de

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

Terminación y Liquidación por Mutuo Acuerdo”, de fecha 7 de septiembre de 2007, que incluye en sus Considerandos la propuesta de “... llegar a un acuerdo para la terminación y liquidación del negocio jurídico por mutuo acuerdo, en virtud de lo establecido en la cláusula décima sexta de la oferta mercantil de servicios enviada por LAS EMPRESAS el día 12 de diciembre de 2006 y aceptada por parte de ENERGING, mediante orden de venta de servicios de fecha 27 de diciembre de 2006”. Así mismo se refiere a la aceptación de dicha propuesta por parte del Consorcio contratante, la cual se expresó en un documento de fecha 12 de octubre de 2007, aportado con la demanda donde su representante legal dejó constancia del envío el día 1º de octubre de 2007.

Energing Obras Civiles Ltda. acepta que le fueron pagados los trabajos realizados entre el 12 de febrero y el 6 de septiembre de 2007, previo descuento del saldo por amortizar del anticipo, según el contrato original. No obstante, sustenta las pretensiones bajo estudio en el hecho de que con anterioridad a la “Oferta de Terminación Anticipada” y su aceptación, “... ya había puesto en conocimiento de las convocadas los sobrecostos y mayores cantidades de obra a que se refieren las pretensiones de esta demanda, lo que implica que las convocadas no desconocían este hecho”. (hecho 10 de la demanda).

Así mismo, sostiene la demanda, que también para esa época “... había cuantificado el valor total de sus aspiraciones económicas por mayor distancia de ubicación de los botaderos del material estéril y por stand by de maquinaria durante el lapso en que se presentó el cese colectivo de actividades que afectó a las convocadas en la suma de \$320.764.917”.

Según el marco jurídico ya determinado, los hechos alegados por las partes se derivan del ejercicio de la autonomía de la voluntad que preside el contrato de derecho privado, el cual, se repite, es en el presente caso, el ámbito imperativo de cumplimiento de las prestaciones asumidas por ellas.

La terminación y liquidación del contrato de derecho privado, salvo en algunos casos específicamente regulados, relativos a incumplimientos o a normas de orden público que les sean aplicables (ejm: el arrendamiento), no está prevista legalmente como una norma imperativa, pues se deriva de las convenciones de los particulares. En el presente contrato, ubicado por el Tribunal dentro de los parámetros del contrato de obra material, son los acuerdos sobre su terminación y liquidación, los que han de tenerse en cuenta para examinar su cumplimiento y atención.

El punto Décimo Quinto de la oferta mercantil del Consorcio, aceptada por Energing, así prevé la liquidación del contrato:

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

“Para la liquidación del negocio jurídico que surja con la aceptación de la presente Oferta mediante orden de venta de servicios por parte del CONSTRUCTOR, éste deberá presentar un Acta Final en la que conste la ejecución de los Trabajos en su totalidad determinada según el levantamiento topográfico final que realicen las EMPRESAS MINERAS, la cual estará sujeta a la aprobación del Interventor. El CONSTRUCTOR deberá adjuntar a dicha acta los debidos soportes, tales como las actas de conciliación o constancias de pago de todos los derechos y prestaciones correspondientes a sus trabajadores, así como la restitución de cualesquiera elementos o activos entregados en comodato al CONSTRUCTOR por parte de las EMPRESAS MINERAS o que estuvieren en su poder por cualquier causa”.

A su vez, el punto Décimo Sexto.- Terminación del Negocio Jurídico.-, dispone:

“El negocio jurídico que surja con la aceptación de la presente oferta mediante orden de venta de servicios por parte del CONSTRUCTOR se terminará por las siguientes causas:

16.1. Por mutuo acuerdo de las partes (...)”

Por su parte, el documento de 7 de septiembre de 2007, enviado al Consorcio el 1º de octubre del mismo mes y año, denominado Oferta de Terminación y Liquidación por Mutuo Acuerdo”, en su Cláusula Primera expresa:

“Cláusula PRIMERA. Terminación y Liquidación del Contrato por Mutuo Acuerdo: Mediante el presente documento Energing ofrece a las empresas dar por terminado y liquidar por mutuo acuerdo el negocio jurídico a partir del 7 de septiembre de 2007”.

La Cláusula Segunda del mismo, denominada Gastos Realizados por Energing dispone:

“Las EMPRESAS deben pagar a Energing el valor de los trabajos realizados conforme se indique en el acta de obra # 9 y Acta Parcial de Obra de fecha 20 de septiembre de 2007, la cual servirá de fundamento para la elaboración del Acta N° 10, que corresponde al Acta de Obra Final, descontando en su totalidad el saldo por amortizar del anticipo, de conformidad con lo establecido en la Oferta de Compra de Servicios. Para tales efectos, efectuarán una medición conjunta entre Energing y las EMPRESAS sobre los movimientos totales efectuados por Energing”.

“Cláusula Tercera.- Efectos de la Terminación y Liquidación por Mutuo Acuerdo.- Energing declara y reconoce que es de su cargo y entera responsabilidad realizar todas

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

las actividades operativas y tendientes a la liquidación del negocio jurídico y desmovilización de los equipos en lo que fuere aplicable”.

Por su parte, la Cláusula Quinta, denominada Paz y Salvo también se refiere a las Actas de Obra 9 y 10, esta última “*que corresponde al Acta de Obra Final*”.

En la respuesta de 12 de octubre de 2007 del representante legal de las sociedades en Consorcio, mediante la cual aceptó las condiciones de terminación del contrato propuestas por Energing, expresó:

“Las EMPRESAS declaran a Energing a paz y salvo por la ejecución de la obra objeto del Negocio Jurídico. De forma adicional y como actividad operativa en la cual se basará el pago de los trabajos realizados conforme se indique en el Acta de Obra 9 y Acta de Obra 10 ó Acta de Obra Final, descontando en su totalidad el saldo por amortizar del anticipo de conformidad con lo establecido en la Oferta Mercantil, las partes llevarán a cabo una medición conjunta sobre los movimientos totales efectuados por Energing y con base en lo dispuesto en la Cláusula Segunda de la Oferta de Terminación, de fecha 1 de octubre de 2007. Esta medición conjunta se llevará a cabo en un término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha del presente documento”.

Obran en el expediente las Actas de Obra números 1 a 9, ésta última de fecha 22 de agosto de 2007, además del Acta Parcial de Obra de 20 de septiembre de 2007, en la cual el ingeniero César Paredes, funcionario del Consorcio e interventor del contrato, quien rindió testimonio durante el proceso, dejó la siguiente constancia:

“La interventoría deja constancia que no está de acuerdo con estos conceptos adicionales por lo cual se recurría (sic) a otras instancias para definir este tema”.

Dentro del proceso rindió testimonio el ingeniero Paredes, y de su declaración destaca el Tribunal los siguientes apartes sobre la oportunidad de la reclamación de Energing Obras Civiles Ltda.:

“SR. PAREDES: Sí, yo recuerdo que fue para cuando yo los invité a que hiciéramos el acta final, yo incluso escribí el acta de obra final y ya con los volúmenes de producción que había movido y toda la cosa y llegaron ellos y me entregaron un paquete; mire, estamos necesitando que usted nos reconozca por concepto de mayores distancias, tantos millones de pesos, que nos reconozca por stand by tantos millones de pesos, en ese momento me enteré, eso fue el 20 de septiembre, cuando fuimos a hacer el acta de obra final, que finalmente no

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

fue la final porque ellos me dijeron: no señor, no le ponga final, ponga acta de obra parcial y quedó como acta de obra parcial; yo le dije, con mucho gusto yo le cambio el nombre que quiera y ahí anoté; les dije: pero con respecto a los valores adicionales sí no estoy completamente de acuerdo, o sea tengo que escribir en el acta que no estoy de acuerdo con esos valores y que la interventoría, a conciencia no va a autorizar eso y que si ellos desean busquen otras instancias porque yo no voy a autorizar eso; ese fue mi comentario.

(...)

“DR. RIVEROS (apoderado Energing): Con posterioridad a esa reunión del 20 de septiembre a la que usted se acaba de referir, usted en lo sucesivo tuvo algún otro contacto con Energing, si lo tuvo le puede decir al Tribunal cuál fue y en qué consistió?

“SR. PAREDES: Sí, sí tuvimos otra reunión con ellos, más aún ya no estaba yo solo, sino que fue mi jefe, porque ya la interventoría dio su última palabra de que no hay lugar a esa reclamación; yo le dije a mi jefe: mire señor... un americano, le dije señor... están diciendo que hay que pagarles estas cosas, yo no estoy de acuerdo por esto, esto y esto y les expliqué lo mismo que les estoy diciendo a ustedes; por favor acompáñeme porque ellos quieren tener una reunión; más aún, que no fuera en La Jagua de Ibirico sino que fuera en Barranquilla. Allá nos reunimos con el señor Jesús Herrera, yo no recuerdo si el ingeniero Carlos Flórez estuvo, la verdad que no me acuerdo, pero el ingeniero Jesús Herrera, si me acuerdo plenamente que estuvo en esa reunión y de parte nuestra estuvo el señor... que era mi jefe y la abogada de la empresa la doctora Natalia Anaya, ella estuvo en esa reunión.”.
(pág 47 desgrabación testimonio César A Paredes)

También es importante para el Tribunal el testimonio del ingeniero Jesús Alberto Herrera D., funcionario de Energing, sobre el tema de los reclamos en las Actas de Obra:

“DR. SALAZAR (apoderado Consorcio): Puede indicarme la razón por la cual, si según lo que usted ha afirmado, la distancia era relevante para los efectos del pago? Ustedes en alguna ocasión durante la ejecución del contrato, en las actas de liquidación incluyeron o solicitaron ustedes a la interventoría el reconocimiento de un valor adicional por una mayor distancia recorrida?

SR. HERRERA: No, en las actas de liquidación quincenal o mensual nunca se registró eso, pero sí era un tema que permanentemente se hablaba con la interventoría; es más, en una ocasión, cosa que nos llamó la atención, nuestro supervisor Edgardo Ferreira nos hizo el comentario que la interventoría le había preguntado por qué apuntábamos nosotros esa distancia, que para qué.”

Con relación al pago de las Actas de Obra, expresó:

Tribunal Arbitral

Emerging Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

“SR. HERRERA: Nunca hubo inconsistencia con el valor a pagar, porque efectivamente los m³ liquidados, como ya les mencioné hace un momento, de la forma como se hacía, el inconveniente nunca fue cantidad en m³, y en esa parte nunca tuvimos nosotros ninguna inconsistencia ni elevamos ningún tipo de reclamación, eso que quedaba consignábamos en el acta y era lo que consignábamos en la factura y se reflejaba en los pagos.”. (pág 66 desgrabación testimonio Jesús Alberto Herrera D.)

Dentro del proceso fue rendido un dictamen pericial de carácter contable, en el cual, con base en el análisis de las referidas actas, de las facturas correspondientes y de las Actas de Recibo – las cuales obran en el expediente-, se demostró que fueron pagadas al Constructor todas las sumas derivadas de las mediciones realizadas dentro de las fechas indicadas en cada una de las actas⁴; es más, sobre dichos conceptos no hay controversia en el proceso.

Sustentado en todo lo expuesto, el Tribunal establece las siguientes conclusiones:

1. Las partes previeron para la duración del contrato de obra, un término de seis meses, que muy seguramente, ellas consideraron técnicamente suficiente para la realización de los trabajos acordados, término que vencía el 12 de agosto de 2007. Así mismo, establecieron con claridad la fecha de iniciación de éste cómputo, la cual formalizaron mediante la suscripción de un Acta de Iniciación. (12 de febrero de 2007).
2. También previeron la liquidación y terminación del contrato, curiosamente, regulando primero la liquidación en el punto Décimo Quinto, y posteriormente la terminación en el punto Décimo Sexto. Como allí se lee, para la liquidación detallaron una secuencia de actos, a saber: a. El Constructor presentaba un Acta Final en la que constara la ejecución de los trabajos realizados en su totalidad, los cuales se determinaban conforme con el levantamiento topográfico final realizado por el Consorcio; b. Esta Acta debía tener el visto bueno o aprobación de la interventoría; c. El Constructor debía aportar como anexos del Acta, soportes tales como las actas de conciliación o constancias de pago de todos los derechos y prestaciones correspondientes a sus trabajadores; d. El Constructor debía restituir todo elemento o activo del Consorcio que tuviera en su poder, por cualquier causa.
3. Como causales de terminación previeron en primer lugar, el mutuo acuerdo entre las partes y, en segundo lugar, el vencimiento del plazo establecido en la Oferta; las ocho causales restantes pactadas, no tienen ninguna incidencia en el presente análisis.

⁴ Cuaderno de Pruebas 3, folios 17 a 40.

89

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

4. Por razón de las diversas vicisitudes ocurridas durante la ejecución de las obras, las cuales se analizarán más adelante, las partes acordaron prorrogar el término de duración del contrato hasta el 6 de septiembre de 2007, según se expresa por Energing Obras Civiles Ltda. en el segundo de los considerandos del documento denominado Oferta de Terminación y Liquidación por Mutuo Acuerdo. Igualmente, esta fecha quedó definida en el Acta Parcial de Obra de 20 de septiembre de 2007, donde se lee: *"1. Revisados y aprobados los cálculos y levantamiento topográfico por las partes se llega a determinar las siguientes cantidades totales de excavación entre el 12 de febrero y el 06 de septiembre de 2007"*
5. En efecto, fue el 20 de septiembre de 2007, las partes concretaron las cantidades totales de excavación realizadas durante todo el tiempo de duración del contrato, incluida su prórroga, es decir, entre el 12 de febrero y el 6 de septiembre de 2007, e incluyeron los resultados de las mediciones finales del material estéril pendientes de pago por parte del Consorcio, con el claro propósito de liquidar el contrato. Confirma lo anterior la inclusión de los conceptos adicionales reclamados, especificados y cuantificados por primera vez por Energing Obras Civiles Ltda., así como la constancia dejada en el texto de la citada Acta por el ingeniero Paredes, interventor del contrato, sobre el no reconocimiento de los mismos. Lo anterior, también está demostrado mediante los apartes transcritos del testimonio del ingeniero Paredes, coincidente con lo dicho por el ingeniero Herrera.
6. Para el Tribunal, el Acta de septiembre 20 de 2007 correspondió, entonces, al Acta de Obra Final, según lo pactado en el punto Décimo Quinto del contrato derivado de la oferta mercantil, base de este proceso, y su cambio de nombre por el de Acta Parcial de Obra, se derivó de la intención de Energing de dejar pendientes de liquidación los allí denominados "conceptos adicionales" (stand by de maquinaria y mayores distancias); no obra en el proceso un acta de obra de fecha posterior. No obstante, en el peritazgo contable, aparece mencionada el Acta 10, refiriéndose el perito a esta Acta de 20 de septiembre de 2007; las facturas de 26 de diciembre de 2007 mencionadas en el peritaje corresponden a las presentadas por Energing, generadas en dicha Acta.
7. En cuanto a la Oferta de Terminación y Liquidación por Mutuo Acuerdo, recibida el 1° de octubre de 2007 por el representante del Consorcio convocado y aceptada por éste el 12 del mismo mes y año, considera el Tribunal que tales documentos cruzados entre las partes tuvieron el efecto jurídico de confirmar la liquidación ya efectuada de común acuerdo mediante Acta de 20 de septiembre. Dado que estos documentos contienen otras manifestaciones de las partes, y que, es sobre éstas que la parte convocada fundamenta la excepción de transacción, posteriormente el Tribunal se referirá a los efectos jurídicos que de allí se derivan.

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

8. Frente a las Pretensiones Primera y Segunda Principales bajo análisis, al examinar el Tribunal los motivos alegados de incumplimiento en relación con la liquidación del contrato por parte del Consorcio, advierte que ellos se refieren al no reconocimiento y pago de los dos conceptos en discusión en este proceso – mayores distancias recorridas por los vehículos del Constructor y sobrecostos por la maquinaria detenida durante los hechos que generaron la parálisis de la obra-. Conforme con lo analizado, la reclamación presentada y cuantificada el 20 de septiembre por Energing Obras Civiles Ltda., de la cual quedó constancia en el acta de esa fecha, es ajena a la obligación del Consorcio referida a la liquidación del contrato. La inclusión de conceptos diferentes a los previstos contractualmente en los textos de las Actas de Obra, no fue prevista inicialmente por las partes ni tampoco se llevó a cabo durante la ejecución del contrato, como puede verse en todas las actas que obran en el expediente. Por tanto, su inclusión en el “Acta Parcial de Obra”, realizada con posterioridad a la terminación del contrato, tuvo el efecto de concretar el reclamo de Energing Obras Civiles Ltda. respecto de los dos conceptos formulados expresamente.
9. Ni la formulación de los dos reclamos por parte de Energing Obras Civiles Ltda. ni la manifestación de desacuerdo sobre su pago, tienen para el Tribunal incidencia alguna en los efectos de la liquidación del contrato, pues no generaban expectativa alguna para Energing Obras Civiles Ltda. de realizar otra liquidación posterior, ya que, como ellos mismos los denominaron en el Acta, se trataba de “conceptos adicionales”, sobre los que no hubo reconocimiento por parte de la interventoría.
10. Conforme con lo anterior, la reunión llevada a cabo en Barranquilla en noviembre de 2007, relatada por el ingeniero Paredes en su testimonio, tuvo el fin de discutir los dos reclamos de Energing Obras Civiles Ltda., como aspectos que, a juicio del Consorcio y de su interventor, no estaban incluidos en el contrato; ello confirma al Tribunal que las partes habían entendido que su contrato estaba terminado desde el 6 de septiembre y liquidado el 20 del mismo mes.
11. En el estatuto de contratación administrativa, está previsto el derecho de las partes de dejar salvedades o reservas en las Actas de Liquidación de Mutuo Acuerdo, sin que ello enerve los efectos jurídicos de la liquidación sobre los conceptos no discutidos. En el presente caso ocurre lo mismo, por lo cual, el contrato quedó liquidado en cuanto a las obras realizadas por Energing Obras Civiles Ltda., que fueron las pactadas en el contrato, además de que éstas fueron íntegramente pagadas por el Consorcio. Sobre los aspectos que no fueron objeto de acuerdo, evidentemente no hubo liquidación, pero ello no significa que el Consorcio haya incumplido su obligación de liquidar el contrato en los términos pactados en el punto Décimo Quinto del contrato; en cuanto a los asuntos que, según la parte convocada,

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

son ajenos al contrato en cuestión, será este Tribunal, como juez del contrato, quien determinará su procedencia.

12. Teniendo en cuenta que la Primera Pretensión Principal no está llamada a prosperar por las razones anteriormente expuestas, por las mismas razones, no es procedente acceder a la pretensión contenida en la Segunda Pretensión Principal de la demanda. Lo anterior no obsta, sin embargo, para que el Tribunal estudie y se pronuncie sobre las demás peticiones contenidas en esta Pretensión, relacionadas con las mayores distancias para depositar el material estéril en los botaderos y el valor del stand by de la maquinaria y equipos

D. LOS MAYORES COSTOS RECLAMADOS

La convocante solicita a este Tribunal *“Que como consecuencia de accederse a la anterior pretensión [Pretensión primera que se declare el incumplimiento de la obligación contractual de liquidar el contrato], se ordene a las sociedades convocadas concurrir a la liquidación del contrato generado por la oferta del 12 de diciembre de 2006, reconociendo y pagando a favor de ENERGIZING OBRAS CIVILES LTDA. los sobrecostos en que esta incurrió por tener que cubrir una mayor distancia de la prevista en la Oferta para depositar el material estéril en los botaderos y el valor del stand by de la maquinaria y equipos que estuvieron paralizados por razón del conflicto laboral que afectó a las convocadas y que impidió el continuo desarrollo de los trabajos contratados, por haberlos conocido según reclamación oportuna de la convocante que nunca fue atendida por las convocadas”*

En relación con esta pretensión el Tribunal considera lo siguiente:

Teniendo en cuenta que la primera pretensión principal no está llamada a prosperar, por las razones anteriormente expuestas, por las mismas razones no es procedente acceder a la petición contenida en esta segunda pretensión principal de ordenar a las sociedades convocadas que concurran a la liquidación del contrato generado por la oferta del 12 de diciembre de 2006.

Lo anterior no obsta, sin embargo, para que el Tribunal estudie y se pronuncie sobre las demás peticiones contenidas en esta misma pretensión, relacionadas con las mayores distancias para depositar el material estéril en los botaderos y el valor del stand by de la maquinaria y equipos.

1) Mayores distancias para el depósito del material estéril en los botaderos

Como antes se anotó, la convocante pretende que este Tribunal ordene a las empresas convocadas el reconocimiento y pago de “los sobrecostos en que incurrió por tener que cubrir

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

una mayor distancia de la prevista en la Oferta para depositar el material estéril en los botaderos”.

Las razones en las que se sustenta la convocante para formular esta petición, son las siguientes:

- a) En la oferta de terminación del negocio jurídico extendida por Energing a las convocadas se estableció que el acta final de liquidación se debía elaborar con base, entre otras, en el acta parcial de obra del 20 de septiembre de 2007, en la cual se indicaron los sobrecostos en que la convocante incurrió como consecuencia de las mayores distancias para el depósito del material estéril en los botaderos (Hechos 8 y 11 de la demanda)
- b) En la cláusula quinta de la mencionada oferta existe la declaración de paz y salvo de Energing Obras Civiles Ltda. a favor de las convocadas salvo por obligaciones "... diferentes al pago de las facturas correspondientes a trabajos realizados por parte de ENERGING desde el día 25 de julio de 2007 y hasta el 6 de septiembre de 2007 valores que se acordarán en mediante Acta de Obra N° 9 y Acta Parcial de Obra de fecha septiembre 20 de 2007 la cual servirá de fundamento para la elaboración del Acta No. 10 que corresponde al Acta de Obra Final" (Hecho 8 de la demanda)
- c) Las empresas convocadas aceptaron la propuesta de terminación anticipada del contrato mediante comunicación fechada en Barranquilla el 12 de octubre de 2007, en la que expresamente, tras declarar en paz y a salvo a Energing, las convocadas aceptaron la existencia de asuntos económicos pendientes de ser resueltos, en los siguientes términos:

"De forma adicional y como actividad operativa en la cual se basará el pago de los trabajos realizados conforme se indique en el Acta de Obra No. 9 y Acta de Obra No. 10 ó Acta de Obra Final, descontando en su totalidad el saldo por amortizar del anticipo de conformidad con lo establecido en la Oferta Mercantil, las partes llevarán a cabo una medición conjunta sobre los movimientos efectuados por ENERGING y con base en lo dispuesto en la cláusula segunda de la oferta de terminación de fecha 1 de octubre de 2007. Esta medición conjunta se llevará a cabo en un término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha del presente documento" (Hecho 9 de la demanda).
- d) Los mencionados sobrecostos fueron conocidos por las convocadas con anterioridad a las fechas de la oferta y aceptación indicadas (hecho 10 de la demanda).

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

En respuesta al hecho 8 de la demanda, las convocadas consideran que lo que se encontraba pendiente de liquidar eran “los trabajos realizados por parte de Energing desde el 25 de julio y hasta el 6 de septiembre”; y no otros conceptos como mayores distancias y costos de stand by de maquinaria, los cuales los estiman improcedentes *“...de una parte, porque el contratista no tenía derecho alguno a reclamar pagos por “mayores distancias recorridas”, sino porque además tales recorridos habían tenido lugar en periodos diferentes al del 25 de julio al 6 de septiembre- con la obvia salvedad de que no hubo además ningún recorrido durante la suspensión del 21 de agosto...”*

Y en cuanto al hecho 9, en el que la convocante considera que las empresas convocadas, al aceptar la propuesta de terminación anticipada del contrato mediante comunicación del 12 de octubre de 2007, *“aceptaron la existencia de asuntos económicos pendientes de ser resueltos”*, las convocadas expresan su rechazo y manifiestan que *“lo único que quedó pendiente fue lo correspondiente a los trabajos que aún no habían sido pagados, correspondiente como lo dice el aparte citado en este hecho a los movimientos de tierra efectuados por Energing Obras Civiles Ltda., que debían medirse para liquidar su pago”*; y precisan que *“la medición conjunta a la que se hace referencia es la medición del movimiento de tierras”* y que *“esos eran los únicos asuntos pendientes y no algún otro”*.

Además de lo expresado en las respuestas a los hechos 8 y 9 mencionados, las convocadas proponen la excepción que denominan *“Ausencia de derecho a reclamar sobrecostos por mayores distancias”*, que fundamentan en las siguientes razones:

- a) Energing Obras Civiles Ltda. no tiene derecho al pago de esos supuestos sobrecostos.
- b) Si Energing Obras Civiles Ltda. incurrió en las mayores distancias alegadas, fue debido a su inapropiado manejo de la ejecución de la obra.
- c) La remuneración pactada en el contrato para la ejecución plena de su objeto es a precio fijo, tal como consta en la cláusula sexta.
- d) La unidad de medida para el pago de la remuneración es en metros cúbicos y no en metros cúbicos por distancia.
- e) Energing Obras Civiles Ltda. tuvo pleno conocimiento de las condiciones del proyecto, del alcance de los servicios y de las facilidades de transporte requerido para el cumplimiento del contrato, sin que se haya mencionado en el documento *“límite fijo en distancia para el transporte de los materiales objeto del Contrato”*

44

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

- f) Existen inconsistencias en la medición de las distancias presentada por Energizing Obras Civiles Ltda. y las distancias reales que debía recorrer el contratista para depositar los estériles provenientes del trabajo realizado, además que cuestionan el hecho mismo de la medición presentada.

Sobre el particular, el Tribunal considera lo siguiente:

Como se desprende del texto mismo de la pretensión que se estudia, la convocante estima que incurrió en los sobrecostos que reclama porque tuvo necesidad de *“...cubrir una mayor distancia de la prevista en la Oferta para depositar el material estéril en los botaderos”* (se subraya).

La convocante parte entonces del supuesto de haberse previsto en la oferta lo relativo a la distancia para el depósito del material estéril y sobre ese supuesto construye las razones que a su juicio sirven de fundamento a su petición.

Para tal efecto, presenta como prueba de su reclamación la liquidación y las planillas que acompaña con su carta del 18 de septiembre de 2007, dirigida a Oscar Paredes, interventor de la obra, y recibida por éste el 20 de septiembre de 2007, fecha esta última en que se suscribió el Acta Parcial de Obra en la que justamente se deja constancia de la reclamación que sobre este tópico formula la convocante y la no aprobación por parte del interventor. En la citada liquidación se indica que el total de metros cúbicos movidos a más de 1.500 metros es de 104.581,66, los que liquidados a \$840 por metro cúbico arroja un total de \$87.848.597,70. Estas mismas cifras se mencionan en el Acta Parcial de Obra del 20 de septiembre de 2007. En la misma liquidación se señalan las fechas de los viajes, todas ellas anteriores al 25 de julio de 2007. En las planillas se observan anotaciones relativas al depósito de material estéril en botaderos ubicados a distancias superiores a 1.500 metros, las cuales fueron elaboradas, según ha quedado establecido, por personas dependientes de la convocante encargadas de realizar dicha labor (los “planilleros”).

Al respecto el Tribunal estima que el supuesto en que se basa la convocante para formular su petición es equivocado, toda vez que en la oferta del 12 de diciembre de 2006 no se fijaron distancias para depositar el material estéril en los botaderos; se estableció sí la obligación a cargo de la convocante de disponer el material estéril en los botaderos que señalaran las empresas convocadas, como quiera que esa actividad hacía parte del objeto principal del contrato (cláusula primera). Al examinar las especificaciones técnicas de construcción de las obras, en lo referente a excavaciones, se lee en el Capítulo 3, ítems 3.3 que “la distancia de acarreo podrá ser hasta un (1) kilómetro”, pero esta mención no desvirtúa, de una parte, que la

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

unidad de medida pactada para efectos de la determinación de las tarifas acordadas es la cantidad de material estéril expresada en metros cúbicos, y, de otra, que en las tarifas establecidas están incluidos todos los gastos directos o indirectos derivados de los trabajos, como lo establece el parágrafo primero de la cláusula sexta de la oferta, así como el no reajuste de las tarifas previsto en el parágrafo cuarto de la misma cláusula.

También se observa que las partes tampoco estipularon el precio de \$840 por m³/km que invoca la convocante como factor de liquidación, desconociéndose el origen o la razón de ser de dicho valor.

Lo que en cambio sí se advierte, en virtud del contrato celebrado, es la obligación a cargo de las convocadas de pagar como remuneración única por la ejecución de los trabajos la suma indicada en la cláusula sexta de la oferta, esto es, la suma de \$2.070.000.000, para cuya determinación, en relación con todas y cada una de las actividades señaladas en la misma cláusula, se fijó un valor por metro cúbico (m³) extraído y puesto en botadero, y no un valor por m³/km. que habría podido sugerir la idea de la distancia al botadero del material estéril como factor de liquidación.

De otra parte, en la cláusula séptima del contrato, que se refiere a la forma de pago del precio acordado, se consagró el procedimiento para el pago de las facturas, en relación con el cual en el numeral 7.2 se estipuló lo siguiente:

“7.2 EL CONSTRUCTOR presentará cada quince (15) días a partir de la fecha de inicio de los Trabajos, de acuerdo con el Acta de Iniciación, facturas por el avance del trabajo realizado, las cuales deberán cumplir con lo establecido en el numeral 7.3 de la presente Cláusula. A las facturas del CONSTRUCTOR deberá acompañar la aprobación de las actas parciales, copia de los pagos efectuados a Empresas Prestadoras de Servicios de Salud, a Administradoras de Riesgos Profesionales, Fondos de Pensiones, SENA ICBF y Caja de Compensación Familiar por el período del mes anterior, correspondientes a los aportes del personal destinado a la ejecución de los Trabajos.

Las facturas del CONSTRUCTOR deben estar acompañadas de Actas Parciales que reflejen los informes de avance de los trabajos y obras contratadas debidamente aprobados por el Interventor de obra, de conformidad con los siguientes parámetros de medición:

- (a) Para los trabajos ejecutados durante los primeros 15 días de cada mes, la facturación se basará en los metros cúbicos transportados a los botaderos, determinados por el número de viajes realizados multiplicados por la capacidad de

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

metros cúbicos a transportar por cada equipo, la cual será acordada en el Acta de Iniciación.

- (b) La facturación de final de mes se basará en los levantamientos topográficos que efectúen las EMPRESAS MINERAS, incluyendo los ajustes que deban realizarse por la estimación de los volúmenes transportados en los primeros 15 días.
- (c) La facturación final se basará en la medición topográfica final que efectúen las EMPRESAS MINERAS, comparada con la medición topográfica inicial aceptada por las partes antes del inicio de los Trabajos”:

Se aprecia, entonces, claramente que los soportes de cada factura mensual son las actas parciales sobre los avances de los trabajos y obras contratadas, determinados según los parámetros de medición establecidos en los literales a), b) y c) de la cláusula transcrita (no figura la distancia superior a 1.500 metros como factor de liquidación), debidamente aprobadas por la interventoría, acompañadas de las copias de los pagos a la seguridad social del personal destinado a la ejecución de los trabajos.

Siendo estos los soportes de las facturas que la convocante debía presentar a las convocadas, conforme a la distribución prevista en el numeral 7.3 de la misma cláusula séptima, llama la atención del tribunal que la convocante no hubiese solicitado durante la ejecución del contrato el reconocimiento de las sumas que ahora pretende por la labor de depositar el material estéril en los botaderos a distancias superiores a 1.500 metros, según su dicho, y solo lo hubiese hecho el mismo día de la reunión del 20 de septiembre de 2007 que celebraron las partes para suscribir la denominada acta parcial, en la que claramente se aprecia el propósito de las partes de hacer las cuentas pertinentes a la liquidación del contrato.

Esta conducta de la convocante es muy dicente como quiera que de haber existido un acuerdo en torno al pago alegado por las mayores distancias, lo menos que habría de esperarse es que hubiese solicitado su reconocimiento, en la forma y con la periodicidad estipuladas en el contrato, para incluir sus valores en las actas aprobadas por la interventoría, a fin de formular y presentar las correspondientes facturas.

Pero, independientemente de dicha conducta, lo cierto es que las planillas en que la convocante pretende soportar su pretensión no constituyen por sí mismas la prueba del acuerdo entre las partes sobre la obligación de pago de las mayores distancias por parte de las convocadas, como tampoco el testimonio del ingeniero Jesús Alberto Herrera.

Tribunal Arbitral

Energising Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

Sin necesidad de discutir acerca de si las planillas en las que figuran las anotaciones relativas a ese hecho están o no firmadas por las partes, o si las anotaciones hechas hacían parte o no de las funciones de los planilleros, o si las mediciones hechas se realizaron o no con la técnica debida, lo cierto es que en el evento que el material estéril hubiese sido depositado en botaderos a distancias mayores de 1.500 metros, a juicio del Tribunal la convocante nada tendría que reclamar debido a que, como ya se expresó, no se acordaron distancias para el cumplimiento de la obligación principal que asumió la convocante de depositar el material estéril en los botaderos que señalaran las empresas convocadas. Esta fue la obligación y el riesgo del negocio que asumió la convocante al aceptar la propuesta de las convocadas.

Sin perjuicio de lo anterior, debe advertirse que las empresas convocadas dispusieron de varios sitios que permitían depositar el material estéril en botaderos ubicados a menor distancia de la alegada por la convocante, partiendo de cada uno de los tramos en que se dividió el canal para efectos de la ejecución y control de la obra, como consta en el informe del perito Germán Bazzani Duarte, que viene a confirmar lo expresado por el ingeniero Eduardo Torres Galeano, tanto en su informe técnico como en la declaración que rindió ante este tribunal, así como el testimonio del ingeniero César Paredes. Esa circunstancia permite al tribunal considerar que si la convocante hubiese realizado su labor con la debida diligencia y adecuada organización, no habría tenido necesidad, según lo ha dicho, de recorrer distancias superiores a 1.500 metros para depositar el material estéril en los respectivos botaderos. Se puede apreciar, entonces, que si la convocante recorrió distancias superiores a los 1.500 metros para el depósito del material estéril no fue por exigencia de las convocadas; por el contrario, durante la ejecución de la obra, específicamente en el tramo 4 y parte del tramo 5, las empresas convocadas autorizaron, a través de su interventor, la construcción de un jarillón que permitió depositar material estéril en sitios ubicados a corta distancia de los lugares de excavación, facilitando así dicha labor, de lo cual da cuenta el testimonio del señor Edgardo Ferreyra Arias.

Las consideraciones que anteceden permiten concluir al Tribunal que la pretensión de la convocante consistente en el reconocimiento y pago de los sobrecostos en que incurrió por tener que cubrir una mayor distancia de la prevista en la oferta para depositar el material estéril en los botaderos no se encuentra debidamente fundamentada y, en consecuencia, no está llamada a prosperar. Tampoco es procedente por la vía del restablecimiento del equilibrio económico (primer grupo de pretensiones subsidiarias) o del enriquecimiento sin causa (segundo grupo de pretensiones subsidiarias), por las mismas razones que se aducirán para rechazar por esas mismas vías el cobro del *stand by* de maquinaria y equipo.

En cambio, a juicio del Tribunal, está probada la excepción denominada "Ausencia de derecho a reclamar sobrecostos por mayores distancias" propuesta por las convocadas y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

2. La pretensión orientada a que se condene a las convocadas a pagar una suma de dinero por concepto de *stand by* de maquinaria y equipo

La entidad convocante, por tres diversas vías alternativas, el resarcimiento de daños contractuales (pretensión de resarcimiento), el restablecimiento del equilibrio económico del contrato (pretensión de restablecimiento del equilibrio contractual) y el enriquecimiento sin causa (pretensión por enriquecimiento injusto o *in rem verso*), intenta que en el laudo arbitral que cierre este proceso se condene a las convocadas al pago de una suma de dinero por concepto de *stand by* de maquinaria y equipo, junto con el de otras prestaciones también pecuniarias por conceptos accesorios. La primera de estas sendas corresponde a las pretensiones principales de la demanda, la segunda al primer grupo de pretensiones subsidiarias y la tercera al segundo grupo de pretensiones de este último linaje.

En lo que a hechos respecta, resumidamente, este pedido es fundamentado por la reclamante y según su versión, en que por causa de un conflicto laboral afrontado por las demandadas entre los días primero (1º) y veintisiete (27) de agosto de dos mil siete (2.007), ocasionado por un masivo despido de trabajadores de las convocadas, las actividades contractuales a cargo de ENERGING OBRAS CIVILES LTDA tuvieron que suspenderse; suspensión que ocasionó que la maquinaria y el equipo que por cuenta de la demandante estaba destinado a tales labores no pudiese ser utilizado en ellas, generándose así su nula productividad (Hechos 4, 5 y 6 de la demanda últimamente presentada por esta parte) y sin que fuese posible retirar estos elementos de la zona en que los trabajos se adelantaban.

(1) En su escrito de respuesta a la demanda arbitral las compañías citadas a este proceso se han opuesto a que este tribunal arbitral despache favorablemente las súplicas que vienen de reseñarse. En lo sustantivo manifiestan que el cese de las actividades de ejecución contractual que desarrollaba ENERGING OBRAS CIVILES LTDA califica como evento constitutivo de "hecho de tercero", que como tal no les es imputable y no puede comprometer su responsabilidad civil; que la causa de esta cesación de labores fue un bloqueo ilegal del acceso al área de labores, realizado por personas relacionadas con OPERADORES MINEROS DEL CESAR (OMC), entidad ésta distinta de las demandadas; que el periodo de interrupción de actividades no se extendió hasta el veintisiete (27) de agosto de dos mil siete (2.007), como afirma la actora, sino hasta el día veintiuno (21) de los mismos mes y año; que las convocadas jamás asumieron ante la convocante un compromiso de pago de suma de dinero a título de *stand by* de maquinaria y equipo; que al inicio de la pausa en estas tareas ENERGING OBRAS CIVILES LTDA no estaba haciendo uso de todo el equipamiento que contractualmente debía destinar al cumplimiento del contrato de obra; que parte de la maquinaria y equipo que estaba

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

utilizando en aquel entonces no estaba en condiciones de operar, y, finalmente, que durante el cese de labores parte de estos elementos fueron retirados por sus propietarios.

En su alegato de conclusión las compañías citadas a este proceso insisten en los planteamientos ya esbozados en la contestación de la demanda, enfatizando que el hecho generador del reclamo, el bloqueo ilegal del área de acceso a la zona de las obras realizado por parte de extrabajadores de un contratista suyo, constituye un evento de fuerza mayor o caso fortuito, por ende imprevisible, inevitable, insuperable y no atribuible a ellas.

Destacan también en esta pieza las convocadas que en el plenario no obra prueba de que la maquinaria y el equipo fuesen de propiedad de ENERGING OBRAS CIVILES LTDA, como tampoco evidencia de que quienes sí lo fueran le hubiesen efectuado reclamos por causa de la falta de explotación de estos elementos.

(2) Visto el contexto que integran estas aspiraciones de ENERGING OBRAS CIVILES LTDA, encaminadas por tres diversas rutas a una condena al pago de una suma de dinero por razón de *stand by* de maquinaria y equipo, junto con sus valores consecuenciales, así como los argumentos opositores esgrimidos por las demandadas, entiende este tribunal de arbitramento que para la dilucidación de esta cuestión es del caso que en esta providencia se haga una breve referencia a los siguientes temas: i. La distribución o asunción de los riesgos contractuales, considerando que este episodio del bloqueo ilegal del ingreso a la zona de las labores contractualmente encomendadas a la demandante configura un típico incidente negativo acontecido en la fase de ejecución del contrato de obra que concertó con las demandadas, con miras a definir cuál de las partes debe asumir las secuelas nocivas de este hecho; ii. Los presupuestos axiológicos de la pretensión de resarcimiento de daños en el escenario contractual; iii. Los presupuestos axiológicos de la pretensión de restablecimiento del equilibrio contractual; y, iv. Los presupuestos axiológicos de la pretensión in rem verso; para luego de todo lo anterior descender al marco fáctico sobre el cual debe proveerse en este laudo arbitral.

(3) En el quehacer contractual se distinguen nítidamente tres etapas: la anterior al ajuste del contrato, llamada precontractual; la de ejecución o fase ejecutiva contractual; y la que sigue a la extinción de la relación contractual, por ello denominada postcontractual.

En los tres escenarios quienes en ellos participan están expuestos a los llamados “riesgos” (*latu sensu*), entendiéndose por tales, contingencias o proximidades de daños, de los cuales, para los fines de esta providencia interesan únicamente los que gravitan sobre las partes contractuales durante la etapa ejecutiva de su negocio contractual.

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

3.1. La diferenciación cardinal (*summa divisio*) en el marco de estos riesgos en sentido amplio o lato distingue entre aquellos que son originados por la culpa del deudor y los que no son imputables a este sujeto a título de culpa (riesgos en sentido estricto).

Los primeros no ofrecen complejidades dogmáticas. Ciertamente, ocasionado el hecho jurídico patológico por culpa del deudor, de estar presentes los demás presupuestos axiológicos de la llamada responsabilidad civil por incumplimiento éste sujeto es un infractor claro del contrato y por lo tanto asume la obligación de pagar el condigno resarcimiento de daños contractuales (*perpetuatio obligationis*)⁵.

Los otros, por el contrario, han ofrecido al derecho de obligaciones y de contratos algunas dificultades para su abordaje, hoy francamente superadas.

El conjunto de ideas jurídicas desarrolladas en torno a estos riesgos en sentido estricto, de los cuales dan cuenta muchos textos del derecho romano, conforman la construcción que en la doctrina de nuestro tiempo es conocida con el nombre de “teoría de los riesgos”, a propósito de la cual los Códigos Civiles más modernos cuentan con normas claras y adecuadamente concebidas. En lo sucesivo estas consideraciones tratan de estos últimos.

3.2. En la etapa de ejecución del contrato son susceptibles de identificarse tres especies de hechos jurídicos que amenazantes del buen desempeño contractual configuran riesgos en sentido estricto, a saber:

a. Primeramente se destacan los más conocidos y analizados en la doctrina comparada. Se trata de los riesgos *strictu sensu* con cuya aparición la prestación a cargo de una de las partes torna de imposible ejecución.

Cuando en el marco de la ejecución de un contrato adviene un hecho jurídico constitutivo de riesgo de este linaje se siguen las siguientes consecuencias:

i. La obligación afectada por este evento se extingue. El modo extintivo de las obligaciones que en estos casos interviene es la imposibilidad sobreviniente de ejecución de la prestación, el cual es operativo como tal en vista de que no siendo la prestación objetiva y

⁵ Código Civil, Artículo 1.731, Inciso Primero (1°): “Si el cuerpo cierto perece por culpa o durante la mora del deudor, la obligación de éste subsiste, pero varía de objeto; el deudor es obligado al precio de la cosa y a indemnizar al acreedor...”.

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

sobreviniendo susceptible de ejecución la obligación queda desprovista de uno de sus elementos: la prestación u objeto, sin el cual no puede subsistir⁶.

ii. Por regla general, en el marco de las relaciones contractuales unilaterales el deudor queda descargado de todo compromiso obligacional ulterior. No solo queda liberado del débito prestacional *in natura*, que ya no es objetivamente susceptible de ejecución. Aditivamente nada debe al acreedor por concepto de daños, pues no siéndole imputable a título de culpa la imposibilidad sobreviniente de ejecución de la prestación él no es patrimonialmente responsable.

Se sigue de lo anterior que en esta especie de contratos estos riesgos en sentido estricto son asumidos por el acreedor, pues ningún derecho le asiste frente al deudor al advenir un acontecimiento de este tipo (*res perit creditoris*).

iii. En línea de principio general, en el entorno de las relaciones contractuales bilaterales el deudor de la prestación afectada queda descargado de ella. Tampoco será civilmente responsable de este resultado, porque su accionar está al margen de culpa. Pero no podrá solicitar que le sea pagada la contraprestación pactada a su favor, porque si pudiese elevar este reclamo se desquiciaría el synalagma, tanto el genético como el funcional, que es esencial en ese tipo de relaciones jurídicas.

Su contraparte contractual, pues, también será puesta al margen de todo compromiso obligacional. En comunión con lo anterior los Códigos Civiles más modernos, para esos casos, deciden que el contrato bilateral se extinga de pleno derecho⁷.

De acuerdo con lo anterior, el riesgo de la imposibilidad objetiva y sobreviniente de ejecución de la prestación, en el entorno de las relaciones contractuales bilaterales, es del resorte de la parte liberada de su cumplimiento por causa de esta imposibilidad sobrevenida, porque en tal caso queda privado del derecho de reclamar la contraprestación a su favor.

iv. Tanto en el marco de las relaciones contractuales unilaterales como en las bilaterales es admitido que los contratantes modifiquen el sentido de las anteriores soluciones, de modo que

⁶ Código Civil, Artículo 1.729: "Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye, o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes".

⁷ Código Civil Italiano, Artículo 1.463: "Imposibilidad total. - En los contratos con prestaciones recíprocas, la parte liberada por la imposibilidad sobreviniente de la prestación debida no podrá pedir la contraprestación y deberá restituir la que ya hubiese recibido, de acuerdo con las normas relativas a la repetición de lo indebido....".

Tribunal Arbitral

Energising Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

se sigan consecuencias distintas a las que operan por lo común. En otras palabras, vale que los riesgos sean desplazados a la otra parte contractual.

b. Siguen en turno los riesgos en sentido estricto que sin objetivamente comportar la imposibilidad de ejecución sobreviniente del deber de prestación temporalmente impiden su cumplimiento. Se trata de hechos jurídicos que solo por un tiempo se oponen a la satisfacción de la prestación, de suerte que removido el obstáculo debe el deudor dedicarse a su cumplimiento, porque el acreedor está habilitado para exigirlo.

Las leyes civiles no se ocupan de sentar reglas expresas en punto de cuál de los sujetos de la relación contractual debe asumir las incomodidades que se generan al originarse situaciones de esta estirpe. En buena hora los principios y reglas generales del derecho de obligaciones ofrecen elementos suficientes para dilucidar este asunto.

Para la dilucidación de esta cuestión es pertinente la aplicación de los principios cardinales que regulan el pago o solución de las obligaciones, de conformidad con los cuales los gastos del pago y en general los obstáculos que deban afrontarse por el deudor en orden a la extinción del deber de prestación vía cumplimiento son de su resorte⁸; idea en la cual está implícita esta otra conforme a la cual las contrariedades que resulten de un estado temporal de imposibilidad de cumplimiento deben ser asumidas por el deudor, sin perjuicio de que la ley diga otra cosa o de que los sujetos involucrados en el asunto, en ejercicio de la autonomía privada, estipulen que sea el acreedor quien los tome. De este modo, el riesgo de la objetiva imposibilidad temporal de cumplimiento lo toma sobre sí el deudor, salvo que otra cosa se convenga o la ley varíe la regla general.

c. Finalmente se hace mención del riesgo consistente en que durante la fase ejecutiva de la relación contractual en contra del deudor se incrementa sustancialmente la dimensión cuantitativa de la prestación a su cargo. El evento corresponde a aquel en que para el deudor, por hechos sobrevivientes, el débito prestacional se torna intrínsecamente más oneroso, a tal punto que lo expone al padecimiento de notables deterioros y que si se trata de una relación contractual sinalagmática o por prestaciones recíprocas el synalagma se desquicia.

Código Civil Peruano, Artículo 1.431: *“En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido”.*

⁸ Código Civil, Artículo 1.629: *“Los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenare acerca de las costas judiciales”.*

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

Sobre esta particular especie de riesgos la postura del derecho de nuestro tiempo es hoy bastante nítida. En línea de principio el incremento cuantitativo de la prestación es un riesgo que grava al deudor. El principio rector en este tema también se fundamenta en que los gastos y riesgos del pago gravitan sobre este sujeto.

Ahora bien, en sede de excepción, cuando este aumento es de tal dimensión que amenaza con causar un deterioro grave a este sujeto, en tratándose de relaciones contractuales bilaterales llamadas a proyectarse en el tiempo es pertinente el reajuste de la contraprestación, de modo que el equilibrio prestacional no se destruya.

La técnica que el derecho privado utiliza para este reajuste de la contraprestación es el llamado "reajuste por excesiva onerosidad sobreviniente". Y la que utiliza el derecho público en el contexto de la contratación oficial es la "preservación de la ecuación financiera del contrato". Una y otra técnica son conocidas en el sistema legal patrio⁹.

3.3. Los hechos relevantes en este proceso arbitral y de los cuales hay constancia en los autos del proceso fácilmente revelan que el asunto sujeto a la decisión de este tribunal arbitral se ubica en el plano del riesgo de imposibilidad objetiva, sobreviniente y temporal de ejecución de la prestación.

En efecto, en la especie de hecho que se estudia, en opinión de este tribunal de arbitramento hacen presencia todos los rasgos caracterizadores de este tipo de riesgos de la ejecución contractual, a saber: **a.** La objetiva imposibilidad de ejecutarse transitoriamente la prestación a cargo del deudor, que en esta especie litigiosa consiste en el evento fehacientemente acreditado en los autos de la actuación procesal consistente en que durante el intervalo que cubre los días primero (1º) de agosto de 2.007 y veintiuno (21) de los mismos mes y año las labores de ejecución del contrato de obra civil celebrado entre las partes en contienda fueron suspendidas por causa de un bloqueo llevado a cabo en la zona de ingreso al sitio de la obra; **b.** La falta de autoría de este evento por parte de quienes ahora litigan, circunstancia también probada, pues la prueba arrimada al expediente indica que este paro no es imputable a ninguna de las personas comprometidas en la presente controversia, pues autores del mismo fueron extrabajadores de

⁹ Código de Comercio, Artículo 868: "*Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá esta pedir su revisión.*

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea."

Ley 80 de 1.993, Artículos 4o, 5o, 14 y 28.

54

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

una compañía contratista de una de las convocadas, acontecimiento que por lo tanto configura hecho de terceros; c. El carácter sobreviniente de este acontecimiento, el cual advino al final del plazo estipulado para la realización de los trabajos de ingeniería civil de cargo de la demandante.

3.4. De acuerdo con lo expuesto en el número 4.2, literal B., ut supra las incomodidades, molestias y en general todo detrimento resultante de la situación suscitada con el supracitado paro deben ser asumidas por ENERGING OBRAS CIVILES LTDA, pues este contratante era el deudor de la obligación que temporalmente fue de imposible ejecución sobreviniente y en adición, en el contexto de los documentos contractuales en los cuales las partes vertieron los contenidos de su contrato de obra civil, ningún tipo de riesgo que por principio fuese del resorte del contratista fue convencionalmente trasladado a las contratantes.

Por añadidura las partes contractuales, en el evidente interés de que todos los riesgos de la ejecución contractual gravaran a la compañía actora sin que esta tuviese derecho a trasladar sus secuelas nocivas a las demandadas, consignaron en el Parágrafo Primero (1º) de la Cláusula Sexta (6º) del documento de oferta de contrato de obra, de fecha doce (12) de diciembre de dos mil seis (2.006), que la remuneración acordada a favor de la demandante comprendía, entre otros rubros, las llamadas "contingencias"¹⁰.

(4) En el medio contractual la pretensión de resarcimiento por causa de infracción del vínculo comercial exhibe los siguientes presupuestos para su prosperidad: i. El incumplimiento del contrato, que en este entorno hace las veces de hecho ilícito fuente de la prestación de reparación de daños; ii. La culpa del infractor con ocasión de su incumplimiento, si es que la deuda infringida es de medios o actividad. Si es de resultado no es requerida la culpa; iii. El daño; y, iv. La relación de adecuada causalidad entre el incumplimiento y el daño irrogado.

Para desestimarse desde la perspectiva de la responsabilidad civil la pretensión que se analiza basta con considerar que en la especie de autos no se ha probado que de parte de las compañías demandadas se haya incurrido en incumplimiento contractual con motivo del evento que la parte actora invoca como causa de su malestar. Este evento no constituye un hecho ilícito de la autoría de las convocadas. Está probado que el bloqueo ilegal del acceso al área de las obras

¹⁰ "...Parágrafo Primero: Las tarifas definidas en el cuadro anterior incluyen todos los gastos en que el CONSTRUCTOR deba incurrir para la realización de los Trabajos, incluyendo pero sin limitarse a: salarios, y prestaciones sociales, equipos, servicios, mantenimientos, gastos directos, gastos de administración y transportes, contingencias, pólizas de seguro, así como el pago de servicios prestados y remuneración del CONSTRUCTOR (incluyendo administración, utilidad e imprevistos), y, en general, cualesquiera gastos directos o indirectos derivados de los Trabajos, así como los impuestos aplicables..." (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

civiles que adelantaba ENERGING OBRAS CIVILES LTDA fue obra de terceros, a quienes ninguna relación jurídica vinculaba con las demandadas.

Se hecha pues de menos en este caso el presupuesto de la pretensión de resarcimiento que abre la puerta al escenario de la responsabilidad civil contractual, lo cual es suficiente, se repite, para que no prospere el pedido en estudio basado en esta construcción jurídica.

(5) Este tribunal arbitral, interpretando la demanda genitora de este proceso, entiende que la pretensión de restablecimiento del equilibrio contractual está en conexión con el Artículo 868 del Código de Comercio, norma que en el derecho privado patrio consagra la institución del reajuste prestacional por excesiva onerosidad sobreviniente. No puede estarlo con las normas que en el estatuto contractual del Estado y sus entidades descentralizadas regulan la preservación de la ecuación financiera del contrato, porque estas últimas no han sido diseñadas para la contratación entre particulares, medio al cual corresponde el negocio celebrado entre los hoy litigantes.

La destacada norma del estatuto mercantil demanda la presencia de los siguientes requisitos en orden a que se abra paso la pretensión de reajuste prestacional por excesiva onerosidad sobreviniente: i. La existencia de un contrato válido de ejecución sucesiva, periódica o diferida, de naturaleza bilateral; y, ii. La irrupción de eventos posteriores al origen del contrato, de carácter extraordinario, imprevistos o imprevisibles, que incrementan excesivamente la dimensión cuantitativa de la prestación a cargo de una de las partes.

La pretensión en análisis, soportada en la construcción regulada en el Artículo 868 del Código de Comercio tampoco podrá ser respaldada en la parte resolutive de este laudo. En efecto, de un lado, ya se ha dicho en otro apartado de esta providencia que el incidente consistente en el bloqueo ilegal del acceso al área de las obras civiles que la demandante ejecutaba no constituye un riesgo de aquellos que alteren intrínsecamente la prestación a cargo, sino ejemplo de riesgo de imposibilidad sobreviniente y temporal de ejecución de la prestación, estos últimos de los cuales no se ocupa la norma legal mencionada; de otro, es nítido que el contrato de obra civil celebrado entre las partes, careciendo de vocación de estabilidad en el tiempo, pues fue concertado a plazo, e involucrando la ejecución de un hecho único e indiviso, como lo era la ejecución de la obra contratada, no es del tipo al cual está destinado el dispositivo de reajuste regulado en el Artículo 868 del estatuto mercantil.

(6) Los presupuestos axiológicos de la pretensión in rem verso son bien conocidos: i. Un enriquecimiento experimentado por un sujeto de derecho mediante una atribución patrimonial; ii. Un correlativo empobrecimiento que otro sujeto padece por efecto de la misma atribución patrimonial; iii. La ausencia de un hecho o circunstancia que en términos de equidad justifique

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

tal atribución patrimonial; iv. Que la prosperidad de la pretensión no soslaye normas imperativas; v. Que el orden jurídico no ofrezca otra vía para impedir que se consuma este estado injusto.

Aplicando lo anterior al asunto puntual que se analiza, es concepto de este tribunal que a partir de la construcción del enriquecimiento incausado la pretensión en estudio tampoco podrá estimarse en la parte resolutive de esta providencia. Primeramente porque del hecho jurídico en el cual la actora basa su pedido no ha resultado enriquecimiento alguno para las demandadas. De ello no hay prueba en el expediente y difícilmente podría haberla porque dada su naturaleza semejante acontecimiento solo puede generar lesividad. Y, en segundo término, porque la distribución de los riesgos de la ejecución contractual, ya sea la efectuada por la ley, ora la determinada por las partes, es en términos de justicia conmutativa razón o motivo suficiente para que la parte gravada con ellos tenga que asumir las nocivas secuelas de ellos, sin poder trasladarlas a su contraparte contractual.

(7) Finalmente, no puede dejar de destacarse que en el evento en que esta pretensión estuviese respaldada por alguna institución del orden jurídico, tampoco podría este Tribunal Arbitral pronunciar condena en contra de las convocadas. Esto es así porque la tarea probatoria desplegada por el litigante que reclama este pronunciamiento ha sido tan insuficiente que en el plenario no existen elementos de juicio suficientes que soporten un exacto laborio de cuantificación del monto de este pedido.

ENERGING OBRAS CIVILES LTDA en su escrito del dieciocho (18) de septiembre de dos mil siete (2.007) ha desglosado los componentes de su reclamo por stand by de maquinaria y equipo y lo ha cuantificado. Esta misma cifra la ha reclamado con ocasión del levantamiento de la llamada ACTA PARCIAL DE OBRA, de fecha veinte (20) de septiembre del mismo año.

Sin embargo, en los autos del proceso no obran probanzas que respalden seriamente los componentes del reclamo y la cifra en que ha sido cuantificado por su interesado. Y durante la etapa probatoria del proceso tampoco se ha generado una cuantificación técnica y exacta del reclamo. Por el contrario, en el expediente obran múltiples elementos probatorios que han privado de credibilidad los soportes sobre los cuales la demandante sustentó su reclamo por este concepto. Es así como está acreditado que al iniciar el bloqueo del acceso al área de labores en ellas no se encontraban todos los aparatos indicados por la demandante. También lo está que varios de ellos durante el periodo de cese en la ejecución del contrato no estaban en condiciones técnicas para operar, como que algunos elementos de este tipo pudieron por sus propietarios ser retirados del área de labores por temor a que fuesen objeto de actos vandálicos por parte de los manifestantes.

Tribunal Arbitral

Energising Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

De este asunto apenas someramente se ocupó el perito GERMÁN BAZZANI DUARTE en su trabajo de complementación de su dictamen pericial. En efecto, en la página cinco (5) de este trabajo apenas efectuó una relación de unos equipos y dejó nota de unos probables valores de explotación de los mismos en términos de hora de trabajo. Nada pues que sirva a este tribunal arbitral para liquidar con exactitud una condena por este concepto.

En suma, esta pretensión, en sus bases de todo orden y en su monto está huérfana de prueba adecuada.

(8) Ha sido dicho que en su demanda genitora de este proceso arbitral la convocante ha edificado en tres instituciones su pedido de reconocimiento de una suma de dinero por motivo de stand by de maquinaria y equipo: la responsabilidad civil o patrimonial (pretensión de resarcimiento), el enriquecimiento sin causa (pretensión in rem verso) y el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Todas las consideraciones que preceden imponen a este Tribunal Arbitral desestimar este pedido frente a estas tres vías, puesto que con base en ninguna de ella el reclamo puede abrirse paso. No lo logra a partir del sistema de la responsabilidad civil porque fue acreditado que en relación con este incidente del bloqueo del acceso a la zona de los trabajos las convocadas no incurrieron en hecho ilícito alguno que fuese causa adecuada de unos daños antijurídicos padecidos por la citante. Tampoco se abre paso el pedido con apoyo en la doctrina del enriquecimiento incausado, de un lado porque del citado episodio no ha resultado enriquecimiento alguno para las convocadas, y, de otro, porque la indicada construcción no aplica cuando con ella se intenta soslayar la distribución de los riesgos contractuales organizada ora por el orden jurídico, bien por las mismas partes. Finalmente, a este pedimento no puede accederse con apoyo en la construcción del reajuste prestacional por excesiva onerosidad sobreviniente, porque tal como ha sido apuntado, esta valiosa pieza de equidad y justicia contractual aplica en tratándose de casos en que la prestación a cargo del deudor se hace intrínsecamente más onerosa por hechos posteriores a su nacimiento, hipótesis que no cuadra a la que revelan los hechos de los cuales dan cuenta los autos, que evidencian, en su lugar, una situación de imposibilidad sobreviniente y temporal de ejecución de la prestación.

En la parte resolutive de este laudo arbitral se desestimará este pedido.

E. LAS EXCEPCIONES FORMULADAS

Oportunamente fueron planteadas por la parte convocada trece excepciones de mérito, sobre las cuales debe pronunciarse el Tribunal en este laudo arbitral, conforme con lo previsto en los artículos 96 y 306 del CPC.

58

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

1. Transacción

Considera la parte demandada que el contenido de la Oferta de Terminación y Liquidación del contrato enviada por Energing Obras Civiles Ltda. al consorcio contratista el 30 de octubre de 2008, así como su aceptación por éste el 12 de octubre del mismo año, configura un acuerdo de transacción mediante el cual las partes se declararon a paz y salvo por todo concepto relativo al contrato objeto de este proceso.

El Tribunal, por considerar que de encontrarse demostrada esta defensa formulada por la parte demandada, habría lugar a declarar infundadas todas las pretensiones de la convocante, la analizó en primer lugar, realizando un riguroso estudio de los hechos alegados, así como de los efectos jurídicos del contenido de los documentos, para concluir que no se perfeccionó entre las partes un acuerdo de transacción, lo que conduce a rechazar la excepción propuesta.

2. Ausencia de incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato

Afirma la parte convocada, que la liquidación del contrato se llevó a cabo de acuerdo con la disposición contractual correspondiente, lo cual puede verse en el Acta de septiembre 20 de 2007, donde las partes hicieron las mediciones finales de la obra realizada.

Al analizar las Pretensiones Primera y Segunda de la demanda, el Tribunal, basado en el dictamen pericial contable valoró las Actas de Obra del contrato, así como las circunstancias de su terminación anticipada acordada por las partes; igualmente se refirió a los dichos de los ingenieros que como representantes de cada contratista en la obra intervinieron en esa época, para concluir que, en efecto el contrato fue liquidado el 20 de septiembre de 2007, tal como allí se hizo constar sobre la duración del contrato, la medición del material extraído y la conciliación final de las cuentas, todo ello a la luz de las disposiciones contractuales. Por tanto al no considerar el incumplimiento del Consorcio de esta obligación, declarará la prosperidad de la excepción bajo estudio en este laudo arbitral.

3. Ausencia del derecho a reclamar sobrecostos por mayores distancias

Sostiene el señor apoderado del Consorcio convocado, que si Energing Obras Civiles Ltda. incurrió en costos por mayores distancias, ello se debió a su falta de organización en la ejecución de la obra. Además invoca las cláusulas del contrato sobre el valor del mismo, para demostrar que el concepto reclamado no estaba allí previsto.

59

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

Al estudiar el Tribunal el tema, contenido en la Segunda Pretensión Principal como uno de los aspectos pendientes de liquidación según Energizing Obras Civiles Ltda., el Tribunal estudió las disposiciones correspondientes a la fijación de los precios del contrato, concluyendo que las partes no acordaron distancias para el transporte del material estéril como elemento de cálculo de pago al contratista, por lo cual consideró equivocado el fundamento de la petición. También analizó las planillas aportadas por Energizing Obras Civiles Ltda. como prueba de los mayores recorridos cuyo pago reclama, para concluir que ellas no demuestran un acuerdo de las partes sobre reconocimiento de costos de este concepto. Destacó el Tribunal la conducta contractual de las partes al elaborar la Actas de Obra y sus soportes, de la cual no se deriva el hecho del reconocimiento de mayores distancias durante la ejecución del contrato, para concluir que no le asiste derecho a Energizing Obras Civiles Ltda. en este reclamo. Por tanto esta excepción está llamada a prosperar.

4. Ausencia de responsabilidad de las demandadas por el *stand by* de maquinaria y equipo

Argumenta el señor apoderado como base de esta defensa la distribución de riesgos del contrato, por lo cual, de haber existido *stand by* de equipos, los costos de ello serían a cargo de la empresa demandante.

El Tribunal luego de un cuidadoso estudio genérico de los riesgos que contractualmente asumen las partes en virtud de su relación y de sus consecuencias jurídicas en el campo de las obligaciones, al valorar los medios probatorios de las causas de las parálisis de las obras, concluye que tales hechos, referidos a la imposibilidad de continuar con los trabajos por razón del bloqueo de la zona, no pueden serle imputables al Consorcio contratante, por lo cual tampoco pueden serle trasladados los efectos económicos que pudieron generarse para el contratista. Por lo anterior, esta excepción también está llamada a prosperar.

Considera el Tribunal, que al no prosperar las dos primeras pretensiones principales de la demanda, como ya se estableció, no hay lugar a pronunciarse sobre la excepción denominada "Fuerza mayor y hecho irresistible de un tercero".

Las excepciones de "Improcedencia del restablecimiento del equilibrio económico del Contrato" e "Improcedencia de reclamación de enriquecimiento sin causa" entiende el Tribunal que apuntan a enervar las Primeras Pretensiones del primer y segundo grupo de las subsidiarias formuladas en la demanda: Como puede verse, al analizar el hecho invocado por Energizing Obras Civiles Ltda. de la parálisis de la maquinaria, el Tribunal se refirió a la norma mercantil que consagra el derecho al reajuste de los contratos por excesiva onerosidad sobreviniente de las prestaciones asumidas, destacando los requisitos que integran esta figura jurídica, sin encontrar

60

Tribunal Arbitral

Energising Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

en los hechos demostrados en el proceso la procedencia de su aplicación. De la misma manera el Tribunal se refirió a la acción in rem verso, para concluir que los elementos que hacen parte de ella, no tienen cabida en el presente litigio.

Lo anterior es suficiente para declarar la prosperidad de estas dos excepciones con relación al concepto de *stand by* de maquinaria. Dado que al reclamo por mayores distancias le es totalmente aplicable el análisis del Tribunal de la no existencia de desequilibrio económico y de enriquecimiento sin causa, por las mismas razones allí expresadas, también sobre ésta petición se declarará la prosperidad de las dos excepciones referidas en este laudo arbitral.

Dado que el Tribunal al estudiar los reclamos económicos derivados del *stand by* de maquinaria y de sobrecostos por mayores distancias concluyó que no se causaron perjuicios a la parte convocante, no habrá de referirse a las pretensiones sobre causación de intereses, así como tampoco a las excepciones de mérito tendientes a enervarlas. Tampoco lo hará respecto de las demás excepciones planteadas por estar desestimadas todas las pretensiones de la demanda con las consideraciones precedentes.

F. LA CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Tomando en consideración que el Tribunal declarará probadas las excepciones de Ausencia de incumplimiento de la obligación de liquidar el contrato, Ausencia de derecho a reclamar sobrecostos por mayores distancias, Ausencia de responsabilidad por *stand by* de máquinas y equipos, Improcedencia del Restablecimiento del Equilibrio Económico del Contrato e Improcedencia de Reclamación de Enriquecimiento Sin Justa Causa y, por consiguiente, negará todas las pretensiones de la demanda, el Tribunal condenará en costas y agencias en derecho a la parte demandante, para lo cual se hace la siguiente liquidación.

1. Costas

- a) Honorarios de los árbitros y del secretario, gastos de administración y otros gastos decretados mediante auto de 5 de mayo de 2009, pagados por cada parte.**

Concepto	Monto
Honorarios del Dr. ÉDGAR RAMÍREZ BAQUERO	\$3.946590
Honorarios del Dr. LUIS SALOMÓN HELO KATTAH	\$3.946590
Honorarios de la Dra. MARÍA CRISTINA MORALES DE BARRIOS	\$3.946590

Tribunal Arbitral

Energing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

HONORARIOS TOTALES ÁRBITROS	\$11.839.770
Honorarios del secretario	\$1.973.294
Gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y Conciliación	\$1.973.294
Otros gastos	\$100.000
TOTAL	\$15.886.358

Que corresponde a la suma pagada por las sociedades convocadas por concepto de honorarios de los árbitros, el secretario, los costos del arbitraje con sus respectivos impuestos.

b) Honorarios de los señores peritos, decretados mediante auto de 26 de octubre de 2009:

- Cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del perito contable Eduardo Jiménez: CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000).
- Cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del perito ingeniero Germán Bazzani: CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000).

La suma total por concepto de honorarios de los señores peritos de **DIEZ MILLONES DE PESOS (\$10.000.000)** corresponde al valor neto pagado por las sociedades convocadas.

2. Agencias en derecho

Es uso establecido en el arbitraje tasar como agencias en derecho a cargo de la parte vencida una suma equivalente al monto bruto de los honorarios de uno de los árbitros. Por lo tanto, siguiendo el anterior criterio, se fijarán las agencias en derecho en la suma de **SEIS MILLONES OCHOCIENTOS CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS pesos (\$6.804.466)**.

3. **PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias surgidas entre **ENERGING OBRAS CIVILES LTDA.**, por un lado, y **CONSORCIO MINERO UNIDO S.A., CARBONES DE LA JAGUA S.A. y CARBONES EL TESORO**

Tribunal Arbitral

Energizing Obras Civiles LTDA. contra Consorcio Minero Unido S.A., Carbones de La Jagua S.A. y Carbones El Tesoro S.A.

S.A., por el otro, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRMERO: No declarar probada la excepción de Transacción.

SEGUNDO: No declarar probada la objeción por error grave formulada por Energizing Obras Civiles Ltda. contra el dictamen pericial técnico.

TERCERO: No declarar probadas las Pretensiones de la demanda (Principales y Subsidiarias).

CUARTO: Declarar probadas las excepciones de Ausencia de Incumplimiento de la Obligación de Liquidar el Contrato, Ausencia del Derecho a Reclamar Sobrecostos por Mayores Distancias, Ausencia de Responsabilidad de las Demandadas por el *Stand By* de Maquinaria y Equipos Paralizados, Improcedencia del Restablecimiento del Equilibrio Económico del Contrato, e Improcedencia de Reclamación de Enriquecimiento Sin Justa Causa.

QUINTO: Condenar a la parte convocante a pagar a la parte convocada la suma de \$ TREINTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO pesos (\$32.690.824), por concepto de costas y agencias en derecho, conforme a liquidación contenida en la parte motiva de este laudo.

SEXTO: Ordenar la protocolización del expediente en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.


ÉDGAR AUGUSTO RAMÍREZ BAQUERO
Presidente


LUIS SALOMÓN HELO KATTAH
Árbitro


MARÍA CRISTINA MORALES DE BARRIOS
Árbitro


FABRICIO MANTILLA ESPINOSA
Secretario