

## **TRIBUNAL ARBITRAL**

**SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A.**  
**VS**  
**REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR**

**LAUDO**

**Bogotá, D.C. noviembre 28 de 2018**

## TABLA DE CONTENIDO.

### PRIMERA PARTE. ANTECEDENTES DEL PROCESO Y DESARROLLO DEL TRÁMITE

1 EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS. ....	8
2 LA CLÁUSULA COMPROMISORIA. ....	8
3 PARTES DEL PROCESO. ....	10
4 TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL. ....	11
4.1 La demanda arbitral. ....	11
4.2 Árbitros. ....	11
4.3 Instalación. ....	11
4.4 Admisión de la demanda. ....	12
4.5 Contestación de la Demanda arbitral. ....	12
4.6 Demanda de Reconvención y llamamientos en garantía. ....	12
4.7 Traslado de las excepciones y oposiciones. ....	13
4.8 Reforma de la Demanda y su contestación. ....	13
4.9 Reforma de la Demanda de Reconvención y su contestación. ....	14
4.10 Audiencia de Conciliación y fijación de gastos del proceso. ....	15
4.11 Primera Audiencia de Trámite. ....	15
4.12 Cuantía de las Pretensiones y juramento estimatorio. ....	16
4.13 Audiencias. ....	16
4.14 Términos del proceso. ....	16
5 PRESUPUESTOS PROCESALES. ....	17
5.1 Demandas en forma. ....	18
5.2 Competencia. ....	18
5.3 Capacidad. ....	18
6 PRETENSIONES. ....	18
6.1 Pretensiones de la Demanda reformada: ....	18

6.2.- Pretensiones de la Demanda de Reconvención reformada:.....	26
6.3.- Pretensiones del llamamiento en garantía: .....	27
7 LOS HECHOS PLANTEADOS POR LAS PARTES .....	28
7.1- Los hechos planteados por SCIA.....	28
7.2.- Hechos planteados por REFICAR.....	33
7.3.- Hechos del llamamiento en garantía a SURAMERICANA.....	37
8 EXCEPCIONES O MEDIOS DE DEFENSA .....	38
8.1.- Las excepciones o medios de defensa de REFICAR.....	38
8.2- Excepciones o medios de defensa de SCIA.....	42
8.3. Las excepciones o medios de defensa de SURAMERICANA.....	46
9 INSTRUCCIÓN DEL PROCESO.....	49
9.1.- Documentales .....	49
9.2.- Inspección Judicial .....	49
9.3.- Testimonios .....	50
9.4.- Exhibiciones de documentos a cargo de las partes .....	51
9.5.- Exhibiciones de documentos a cargo de terceros.....	51
9.6.- Dictámenes Periciales .....	52
9.7.- Informe escrito bajo juramento del representante de REFICAR.....	55
9.8.- Interrogatorio de parte del representante legal de SCIA.....	55
10 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	55

**SEGUNDA PARTE**  
**CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

1 LAS PARTES Y SU NATURALEZA JURÍDICA.....	57
1.1 Naturaleza jurídica de la parte Convocante.....	57
1.2 Naturaleza jurídica de la parte Convocada.....	57
1.3 Naturaleza jurídica del LLAMADO EN GARANTÍA.....	59

2 EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES Y SU RÉGIMEN JURÍDICO.....	59
2.1 Es un contrato estatal.....	60
2.2 El objeto y el alcance de la Obra. ....	62
2.3 El Plazo pactado. ....	65
2.4 El precio y la forma de pago. ....	67
2.5 Las obligaciones generales del contratista. ....	69
3 LAS MODIFICACIONES AL CONTRATO: LOS OTROSÍES. ....	70
4 EL PRECIO GLOBAL Y LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS. ....	76
5 LA CONTROVERSI A. ....	83
5.1 La posición de la Convocante, SCIA. ....	83
5.2 La posición de REFICAR, en la contestación de la Demanda Reformada. ....	85
5.3 La posición de REFICAR en la Demanda de Reconvención Reformada.....	86
5.4 La posición de SCIA, en la contestación a la Reconvención de REFICAR. ....	86
5.5 El Llamamiento en Garantía de REFICAR a SURAMERICANA S. A. ....	87
6 PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.....	88
7 LA PRETENDIDA NULIDAD O INEFICACIA DE UNAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES..	88
7.1 Raciocinios de SCIA. ....	91
7.2 Raciocinios de REFICAR.....	91
7.3 Consideraciones del Tribunal. ....	93
8 LA TRANSACCIÓN INVOCADA POR SCIA. ....	99
8.1 Raciocinios de SCIA.....	100
8.2 Raciocinios de REFICAR. ....	101
8.3 Consideraciones del Tribunal.....	102
8.3.1 La naturaleza jurídica de la transacción.....	104
8.3.2 Los presupuestos de la transacción para precaver o terminar un litigio.....	106
8.3.3 Efectos del acuerdo transaccional. ....	108
8.3.4 Análisis de los Otrosíes suscritos.....	109

8.4 Conclusión. ....	114
9 LA PRETENSIÓN DE PAGO DE LO DEBIDO.....	116
9.1 Lo pedido por SCIA. ....	116
9.2 La posición de REFICAR. ....	118
9.3 Consideraciones y decisión del Tribunal. ....	119
10 LA COMPRENSIÓN Y ORDENACIÓN DE LAS DEMÁS PRETENSIONES DE SCIA. ....	123
10.1 Pretensiones ya definidas por el Tribunal como materia previa.....	123
10.2 Pretensiones Declarativas pendientes de resolución. ....	124
10.3 Las Pretensiones de Condena. ....	127
11 SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE REFICAR Y SU RESPONSABILIDAD EN LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS .....	129
11.1 La posición de SCIA. ....	130
11.2 La posición de REFICAR.....	133
11.3 Consideraciones del Tribunal.....	135
11.3.1 Fundamentos contractuales de la Obligación. ....	135
11.3.2 La modalidad de pago pactada y la responsabilidad de REFICAR.....	138
11.3.3 La prueba pericial y la metodología para estimar la responsabilidad. ....	140
11.3.3.1 La prueba pericial y su mérito probatorio.....	140
11.3.3.2 La metodología escogida para el cálculo de los sobrecostos. ....	144
12. LOS SOBRECOSTOS Y DEMAS COMPENSACIONES RECLAMADOS.....	146
12.1 Los sobrecostos “por MAYOR PERMANENCIA” (Sobreestadía). ....	147
12.1.1 La posición SCIA y sus Expertos (HILL y HKA). ....	148
12.1.2 La posición de REFICAR y su experto GPS.....	152
12.1.3 Consideraciones y decisión del Tribunal. ....	155
12.1.3.1. La Determinación de la metodología para atribuir responsabilidad. ....	156
12.1.3.2. La distribución de responsabilidad en relación con los “COSTOS ADICIONALES POR MAYOR PERMANENCIA”.....	162
12.1.3.3 Los sobrecostos por “EQUIPOS” derivados de la “MAYOR PERMANENCIA”..	165

12.1.3.4 Los sobrecostos por “MANO DE OBRA INDIRECTA” derivados de la “MAYOR PERMANENCIA”.....	166
12.2. Los Sobrecostos por “MANO DE OBRA DIRECTA” derivados de la Pretendida “IMPRODUCTIVIDAD”. .....	168
12.2.1 La posición de SCIA y la metodología del peritaje elaborado por HILL. ....	169
12.2.2 Consideraciones y conclusiones del Tribunal.....	172
12.3. Los Sobrecostos por “INSTALACIONES TEMPORALES” y “OVERHEAD”. .....	179
12.4. La “UTILIDAD” dejada de percibir en relación con los sobrecostos reconocidos..	181
12.5. Los Sobrecostos “FINANCIEROS”, derivados de la “Falta de liquidez”.....	182
12.6. Las “MAYORES CANTIDADES DE OBRA” en la Torre Kanawha. ....	184
12.6.1 La posición de SCIA y del peritaje elaborado por HILL. ....	184
12.6.2 La posición de REFICAR y el peritaje elaborado GPS.....	184
12.6.3 Consideraciones y decisión del Tribunal. ....	186
12.7. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO DE LA CONVOCANTE, SCIA. ....	187
12.7.1 El Juramento Estimatorio de SCIA. ....	188
12.7.2 Las Objeciones de REFICAR. ....	188
12.7.3 Consideraciones del Tribunal.....	190
12.7.4 La liquidación de la sanción pecuniaria.....	195
12.8 COSTAS.....	196
13. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE REFICAR. ....	196
13.1 El fundamento de la Demanda de Reconvención de REFICAR. ....	197
13.2 El contenido económico de la Demanda de Reconvención.....	197
13.3 El presupuesto fáctico de la Demanda de Reconvención.....	198
13.4 La contestación de la Demanda de Reconvención y las Excepciones de SCIA. ....	198
13.5 Remisión del Tribunal a asuntos definidos en la demanda de SCIA. ....	199
13.6 Algunas características y calificaciones de la cláusula penal pactada.....	201
13.7 Lo que pactaron las partes, en concreto. ....	202
13.8 La cláusula penal en función de la estimación anticipada de perjuicios. ....	203
13.9 La indemnización de perjuicios adicionales.....	206
13.10 Conclusiones del Tribunal. ....	208

13.10.1 Las Pretensiones. ....	208
13.10.2 Las excepciones.....	209
13.10.3 La objeción al Juramento estimatorio.....	210
13.10.3.1 La objeción de SCIA.....	210
13.10.3.2 Consideraciones del Tribunal. ....	211
13.10.4 Costas.....	212
14 LLAMAMIENTO EN GARANTÍA DE REFICAR A SURAMERICANA. ....	212
14.1 El llamamiento en garantía de REFICAR.....	212
14.2 Contestación y Oposición de SURAMERICANA.....	213
14.3 Consideraciones del Tribunal. ....	215
15. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO. ....	218
16 CONSOLIDACIÓN Y COMPENSACIÓN DE CONDENAS.....	221

**TERCERA PARTE.**  
**DECISIONES DEL TRIBUNAL**

DEMANDA DE SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. – SCIA- contra la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-. ....	223
DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE LA REFINERIA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- CONTRA SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA-.....	229
LLAMAMIENTO EN GARANTÍA DE LA REFINERIA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR contra SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.....	231
LA LIQUIDACIÓN DE CONTRATO. ....	232
CONSOLIDACIÓN Y COMPENSACIÓN DE CONDENAS. ....	232
OTRAS DECISIONES .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>

**TRIBUNAL ARBITRAL**  
**SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A.**  
**VS**  
**REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. - REFICAR**

**LAUDO ARBITRAL**

Bogotá D.C. República de Colombia, noviembre 28 de dos mil dieciocho (2018)

Agotado el trámite procesal correspondiente con la plena observación de los requisitos legales, sin que se advierta causal alguna de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, el Tribunal Arbitral profiere en derecho el Laudo arbitral que termina el proceso entre **SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A.**, de una parte y, de la otra, la sociedad **REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. REFICAR**

**PRIMERA PARTE.**

**ANTECEDENTES DEL PROCESO Y DESARROLLO DEL TRÁMITE**

**1 EL CONTRATO ORIGEN DE LAS CONTROVERSIAS.**

Con la demanda arbitral, la Parte Convocante aportó copia de la Oferta Mercantil Irrevocable No. 013-01 de 24 de octubre de 2013<sup>1</sup>, la cual tiene por objeto el montaje e instalación de los equipos del Sistema de Manejo de Coke para las áreas de la Unidad de Coke Retardado, el Sistema de Carga de Camiones, el Edificio de Control y las Obras Civiles correspondientes, en el proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena.

**2 LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.**

En la Sección 3.06. de la citada Oferta Mercantil Irrevocable No. 013-01 de 24 de octubre de 2013,

---

<sup>1</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 19 a 38.



obra la Cláusula Compromisoria, cuyo texto es el siguiente:

**“Sección 3.06. ley Aplicable y Cláusula Compromisoria:**

*Esta OFERTA y el NEGOCIO JURÍDICO se regirán por la LEY APLICABLE. REFICAR y EL CONTRATISTA acuerdan que cualquier disputa o controversia que surja entre ellas en relación con la OFERTA y/o el NEGOCIO JURÍDICO, incluyendo pero sin limitarse a las que surjan con ocasión de la celebración, ejecución, terminación, liquidación e interpretación del NEGOCIO JURÍDICO y que no pudiera ser resuelta directamente por REFICAR y EL CONTRATISTA en el lapso de treinta (30) días calendario contados desde la fecha en que una de ellas comunique por escrito a la otra la existencia de la disputa, deberá ser resuelta por un tribunal de arbitramento designado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de una lista de árbitros registrados en dicho centro, las tarifas y honorarios serán los establecidos en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal se regirá por las normas aplicables para el efecto y particularmente por la Ley 1563 de 2012 y las normas que la deroguen o modifiquen y se ceñirá a las siguientes reglas:*

- (i) el tribunal estará integrado por un árbitro que deberá ser abogado*
- (ii) el tribunal se reunirá en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y*
- (iii) el tribunal fallará en derecho”.*

Mediante Otrosí No. 7 a la Oferta Mercantil Irrevocable No. 013-01<sup>2</sup>, las partes modificaron la citada cláusula compromisoria quedando entonces de la siguiente manera:

*“Esta OFERTA y el NEGOCIO JURÍDICO se regirán por la LEY APLICABLE. REFICAR y EL CONTRATISTA acuerdan que cualquier disputa o controversia que surja entre ellas en relación con la OFERTA y/o el NEGOCIO JURÍDICO, incluyendo pero sin limitarse a las que surjan con ocasión de la celebración, ejecución, terminación, liquidación e interpretación del NEGOCIO JURÍDICO y que no pudiera ser resuelta directamente por REFICAR y EL CONTRATISTA en el lapso de treinta (30) días calendario contados desde la fecha en que una de ellas comunique por escrito a la otra la existencia de la disputa, deberá ser resuelta por un tribunal de arbitramento el cual se regirá por las normas aplicables para el efecto y particularmente por la Ley 1563 de 2012 y las normas que la deroguen o modifiquen y se ceñirá a las siguientes reglas:*

- (i) “... el tribunal estará integrado por tres árbitros que deberán ser abogados.*
- (ii) Los árbitros serán designados de común acuerdo entre las Partes de la lista de árbitros registrados en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. El o los árbitros que no pudieren ser designados por*

---

<sup>2</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 238 a 241.

- mutuo acuerdo, serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- (iii) *el tribunal se reunirá en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- (iv) *el tribunal fallará en derecho.”*

### **3 PARTES DEL PROCESO.**

**3.1.-La Parte Convocante.** En este proceso es **SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A.**, sociedad constituida mediante Escritura Pública No. 2483 del 25 de abril de 1973 de la Notaría Sexta de Bogotá D.C. inscrita el 10 de mayo de 1973 bajo el No 9293 del libro IX del Registro Mercantil, con domicilio en el Municipio de Chía, Nit. 860036081-2<sup>3</sup>, cuyo objeto social comprende las actividades sobre las que recae esta controversia. En lo sucesivo, esta providencia se referirá a esta parte como “La Convocante” o “**SCIA**”.

**3.2.- La Parte Convocada.** Es la **REFINERÍA DE CARTAGENA S.A. – REFICAR S.A.**, sociedad de economía mixta, constituida mediante Escritura Pública No. 3890 del 11 de octubre de 2006 de la Notaría Tercera de Cartagena, inscrita el 21 de octubre de 2006 bajo el No 50.347 del libro IX del Registro Mercantil, con domicilio en Cartagena, Nit. 900112515-7, todo lo cual consta en el certificado de existencia y representación que obra en el expediente<sup>4</sup>. Esta sociedad tiene la naturaleza de entidad estatal según las normas y nomenclatura del derecho público colombiano. En lo sucesivo esta providencia se referirá a esta parte como “La Convocada” o “**REFICAR**”.

**3.3.- La parte Llamada en Garantía.** Es la sociedad **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, sociedad comercial anónima de carácter privado, constituida mediante Escritura Pública No. 4438 del 12 de diciembre de 1944 de la Notaría 2 de Medellín, con NIT 890.930.607-9 y sometida al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera<sup>5</sup>, cuya vinculación a este arbitraje ha sido planteada por la Convocada mediante Llamamiento en Garantía. En lo sucesivo esta providencia se referirá a esta parte como “La Llamada en Garantía” o “**SURAMERICANA**”.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitraje en derecho, las Partes han comparecido a este proceso arbitral, representadas judicialmente por abogados a quienes oportunamente el Tribunal les reconoció personería para actuar.

---

<sup>3</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 135 a 141.

<sup>4</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 142 a 152 y Cuaderno principal No. 3, folios 550 a 562.

<sup>5</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 563 a 565.

## 4 TRÁMITE DEL PROCESO ARBITRAL.

### 4.1 La demanda arbitral.

El 6 de noviembre de 2015 **SCIA**, por intermedio de apoderada especial, solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la integración de un Tribunal Arbitral para dirimir sus controversias con **REFICAR**, relativas a la Oferta Mercantil Irrevocable No. 013-01 de 24 de octubre de 2013<sup>6</sup>.

### 4.2 Árbitros.

En cumplimiento de las previsiones incorporadas en la cláusula compromisoria, las partes de común acuerdo designaron a los árbitros **GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN**, **EDUARDO SILVA ROMERO** y **JUAN MANUEL GARRIDO DÍAZ**<sup>7</sup>. Los árbitros designados, oportunamente manifestaron la aceptación de su designación y cumplieron el trámite previsto en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012<sup>8</sup>.

### 4.3 Instalación.

Previas las citaciones correspondientes por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá<sup>9</sup>, el Tribunal Arbitral se instaló el 25 de julio de 2016 y asumió competencia para adelantar los trámites iniciales del proceso, inadmitiendo la demanda arbitral según consta en el Acta N° 1<sup>10</sup>. En dicha audiencia fue designado como presidente el Árbitro Gilberto Peña Castrillón y como secretaria, la abogada Lyda Mercedes Crespo Ríos, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo según consta en el Acta No 2<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 001 a 152.

<sup>7</sup> Cuaderno Principal No. 1, folio 237.

<sup>8</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 263 a 272.

<sup>9</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 298 a 316.

<sup>10</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 317 a 321,

<sup>11</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 361 y 362.

El Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Bogotá informó oportunamente tanto a la Procuraduría General de la Nación, como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sobre la conformación y la instalación de este Tribunal Arbitral.

Para el ejercicio y cumplimiento de las funciones atribuidas por el artículo 277 de la Constitución Política a la Procuraduría General de la Nación, concordante con lo establecido en el artículo 7 del Decreto 262 de 2000, el numeral 4 del artículo 45 del Código General del Proceso, y los numerales 1 y 4, letra a), del artículo 46 del mismo estatuto, el Ministerio Público designó como su Agente para este proceso a la Señora Procuradora 50 Judicial II en Asuntos Administrativos, doctora Mónica Ivón Escalante.

#### **4.4 Admisión de la demanda.**

Subsanada oportunamente la demanda arbitral, se admitió mediante Auto del 3 de agosto de 2016 (Acta No. 2). La secretaria designada, una vez surtido el trámite previsto en el artículo 15 de la ley 1563 de 2012, tomó posesión ante el Tribunal e hizo la notificación personal a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado<sup>12</sup>.

#### **4.5 Contestación de la Demanda arbitral.**

El 18 de octubre de 2016, la parte Convocada contestó la demanda, se opuso a las pretensiones de la misma, formuló excepciones de fondo, solicitó el decreto y práctica de pruebas y objetó el juramento estimatorio<sup>13</sup>. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio y nunca intervino en este proceso.

#### **4.6 Demanda de Reconvención y llamamientos en garantía.**

En la misma fecha, 18 de octubre de 2016, **REFICAR** presentó Demanda de Reconvención originada también en la misma Oferta Mercantil Irrevocable No. 013-01 de 24 de octubre de 2013 y formuló llamamientos en garantía a las sociedades SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. y MECOR COLOMBIA S.A.S<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Cuaderno Principal No. 1, folios 363 a 369.

<sup>13</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 1 a 165.

<sup>14</sup> Cuaderno Principal No. 2., folios 166 a 202.

- El 25 de octubre del 2016, el Tribunal admitió la Demanda de Reconvención y los llamamientos en garantía y ordenó notificar el auto y correr los respectivos traslados por el término de ley (Acta No. 3)<sup>15</sup>.

- El 30 de noviembre del 2016, la parte Convocante contestó la Demanda de Reconvención, se opuso a las pretensiones de la misma, formuló excepciones de fondo, solicitó el decreto y práctica de pruebas y objetó el juramento estimatorio<sup>16</sup>.

- En la misma fecha, las partes llamadas en garantía contestaron los llamamientos, se opusieron a las pretensiones de los mismos, formularon excepciones de fondo y solicitaron el decreto y práctica de pruebas<sup>17</sup>.

#### **4.7 Traslado de las excepciones y oposiciones.**

El 5 de diciembre de 2016, se corrió traslado conjunto de las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la Demanda, en la contestación de la Demanda de Reconvención y las contestaciones de los llamamientos en garantía (Acta No. 4<sup>18</sup>). Las partes Convocante y Convocada dentro de la oportunidad legal radicarón sendos memoriales con los que recorrieron el respectivo traslado<sup>19</sup>.

#### **4.8 Reforma de la Demanda y su contestación.**

- El 6 de marzo de 2017, la parte Convocante presentó escrito de Reforma de la Demanda<sup>20</sup>, que fue inadmitida mediante Auto del 13 de marzo del 2017 (Acta No. 8<sup>21</sup>), subsanada dentro del término legal y admitida mediante Auto del 23 de marzo de 2017 (Acta No. 9<sup>22</sup>).

---

<sup>15</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 203 a 214.

<sup>16</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 215 a 336.

<sup>17</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 337 a 395.

<sup>18</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 396 a 398.

<sup>19</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 405 a 433.

<sup>20</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 1 al 149.

<sup>21</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 150 a 152.

<sup>22</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 158 a 163.

- El 10 de abril de 2017, la parte Convocada presentó la contestación de la Reforma de la Demanda en la que solicitó pruebas, presentó excepciones de mérito y objetó el juramento estimatorio<sup>23</sup>.

- El 19 de abril de 2017, se corrió traslado de las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la Reforma de la Demanda (Acta No. 10). La parte Convocante dentro de la oportunidad legal radicó memorial descorriendo el respectivo traslado<sup>24</sup>.

#### **4.9 Reforma de la Demanda de Reconvención y su contestación.**

- El 8 de mayo de 2017, la parte Convocada (Convocante en Reconvención) presentó escrito de reforma de la Demanda de Reconvención<sup>25</sup>, que fue admitida mediante Auto del 12 de mayo del 2017 (Acta No. 13<sup>26</sup>).

- El 26 de mayo de 2017, tanto la parte Convocante (Convocada en reconvención), como la parte Llamada en Garantía –**SURAMERICANA**-, contestaron la reforma de la Demanda de Reconvención, solicitaron pruebas, presentaron excepciones de mérito y objetaron el juramento estimatorio<sup>27</sup>.

- El 2 de junio de 2017, se corrió traslado a la parte Convocada (Convocante en Reconvención) de las excepciones de mérito formuladas por la parte Convocante (Convocada en Reconvención) y la parte Llamada en Garantía –**SURAMERICANA**- en las contestaciones de la reforma de la Demanda de Reconvención y de la objeción al Juramento estimatorio (Acta No. 14<sup>28</sup>). La parte Convocada radicó, dentro de la oportunidad legal, sendos memoriales con los que descorrió los referidos traslados<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 164 a 663.

<sup>24</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 347 y 348.

<sup>25</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 358 a 394.

<sup>26</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 395 a 397.

<sup>27</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 400 a 515.

<sup>28</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 516 a 518.

<sup>29</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 524 a 540.

#### 4.10 Audiencia de Conciliación y fijación de gastos del proceso.

El 22 de junio del 2017 se celebró la Audiencia de Conciliación, la que se declaró fracasada en tanto las partes no lograron acuerdo conciliatorio alguno. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal procedió a fijar las sumas correspondientes a honorarios y gastos (Acta N° 15<sup>30</sup>).

Dentro de la oportunidad prevista en el inciso primero del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, tanto la Parte Convocante, como las partes Convocada y llamada en garantía efectuaron las consignaciones de los valores correspondientes a los gastos y honorarios fijados para el funcionamiento de este arbitraje, tal como consta en el informe rendido por el Presidente.

#### 4.11 Primera Audiencia de Trámite.

La Primera Audiencia de Trámite se celebró el 31 de julio de 2017, de conformidad con lo previsto en el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012:

- En ella se leyeron la cláusula compromisoria, los asuntos sometidos a decisión del presente Tribunal Arbitral incorporados en la reforma integral de la Demanda, la reforma integral de la Demanda de Reconvención y sus contestaciones, junto con las respectivas réplicas;

- Se asumió competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas por las Partes Convocante, Convocada y la parte llamada en garantía –**SURAMERICANA**-, relativas a la Oferta Mercantil Irrevocable No. 013-01 de 24 de octubre de 2013, esto es, las cuestiones derivadas de las acciones de controversias contractuales contenidas en la demanda arbitral reformada, en la Demanda de Reconvención reformada, en el llamamiento en garantía a **SURAMERICANA**, en las contestaciones de las anteriores, en los escritos con los cuales se descorrieron los traslados de las excepciones de mérito y/o de las oposiciones formuladas y las demás que surgieran durante el trámite procesal y que deban ser decididas en el Laudo;

- En relación con el llamamiento en garantía que hizo **REFICAR** a la sociedad MECOR COLOMBIA S.A.S., el Tribunal se **declaró incompetente para conocer**, bajo la cuerda de este arbitraje, el referido llamamiento en garantía, por haber las partes convenido de manera expresa e inequívoca, otro juez (otro tribunal de arbitraje de naturaleza diferente) y otro foro (el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, París), para resolver estas controversias;

---

<sup>30</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 541 a 549.

- Se fijó el término de duración del proceso arbitral en un (1) año;
- Y, finalmente, se resolvió sobre las pruebas solicitadas por las partes y se declaró finalizada la Primera Audiencia de Trámite (Acta No. 16<sup>31</sup>).

#### **4.12 Cuantía de las Pretensiones y juramento estimatorio.**

En la Demanda arbitral reformada la parte Convocante estimó bajo juramento la cuantía de sus pretensiones en la suma de **\$29.639.919.300**<sup>32</sup>. En la contestación de la demanda presentada el 10 de abril de 2017, el apoderado de la parte Convocada formuló objeción contra el juramento estimatorio.

Por su parte, en la Demanda de Reconvención reformada de fecha 8 de mayo de 2017, la parte Convocante en reconvención estimó bajo juramento la cuantía de sus pretensiones en la suma de **\$9.355.416.835**<sup>33</sup>. En la contestación de la demanda de Reconvención reformada, presentada el 26 de mayo de 2017, la parte Convocada en reconvención formuló objeción contra el juramento estimatorio.

#### **4.13 Audiencias.**

El Tribunal sesionó durante este proceso arbitral en 37 audiencias, incluyendo la de juzgamiento.

#### **4.14 Términos del proceso.**

Las partes acordaron en la Primera Audiencia de Trámite (Acta N° 16), por conducto de sus apoderados debidamente facultados, que el término de este proceso arbitral sería de un (1) año contado a partir de la terminación de esta Primera Audiencia de trámite, sin perjuicio de las prórrogas, suspensiones o interrupciones que pudieran presentarse en su desarrollo.

Como la referida audiencia finalizó el 31 de julio de 2017, el término de este proceso se extendería, en principio, hasta el 31 de julio de 2018. Sin embargo, para el cómputo de términos se deben

---

<sup>31</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 1 a 33.

<sup>32</sup> Cuaderno Principal No. 3, folio 102.

<sup>33</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 388 y 389.



tener en cuenta los 110 días hábiles en que, por solicitud conjunta de los apoderados de las partes y por autorización de la ley, se decretó la suspensión del proceso, así:

<b>Fechas de suspensión (ambas fechas incluidas)</b>	<b>Días Suspendidos</b>
1º agosto al 17 de septiembre de 2017 (Acta 16)	32 días
29 septiembre al 06 noviembre de 2017 (Acta 21)	25 días
15 diciembre al 28 enero de 18 (Acta 23)	28 días
26 de abril al 1º de junio de 2018 (Acta 33)	25 días
	<b>Total de días suspendidos: 110</b>

En resumen, este proceso arbitral estuvo suspendido durante 110 días hábiles, razón por la cual su término se extiende hasta el día 11 de enero de 2019, lo que significa que este Laudo se profiere dentro de la oportunidad legal.

## **5 PRESUPUESTOS PROCESALES.**

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso y observa que las actuaciones procesales se han desarrollado con pleno ajuste a las previsiones legales, por lo que concluye que no existe causal alguna de nulidad procesal. Lo anterior fue advertido e informado por el Tribunal a las partes y al Ministerio Público, en los términos ordenados por el artículo 132 del Código General del Proceso, en audiencias realizadas el 31 de julio de 2017 (Primera Audiencia de Trámite), 28 de junio de 2018 (cierre de etapa probatoria) y 9 de agosto de 2018 (concluida la etapa de alegaciones), oportunidades en las que el Tribunal realizó el control de legalidad de este trámite, y en las que las partes y el Ministerio Público, validaron tal conclusión y expresaron que no existe vicio o irregularidad constitutivo de nulidad que debiera ser saneada hasta ese momento.

Por lo expuesto, es procedente dictar Laudo de mérito que, según lo acordado en la cláusula compromisoria y lo que al respecto determina la ley vigente, debe proferirse en derecho, para lo cual se tiene en cuenta que de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

### 5.1 Demandas en forma.

En su oportunidad el Tribunal verificó que tanto la Demanda inicial, la Demanda de Reconvención y sus reformas, como el llamamiento en garantía, cumplían las exigencias procesales y, por ello, las sometió oportunamente a trámite.

### 5.2 Competencia

El Tribunal concluyó del estudio detallado que se hizo sobre el tema, en el Auto proferido en la Primera Audiencia de Trámite realizada el 31 de julio de 2017 (Acta N° 16), que las controversias de que dan cuenta la Demanda y la Demanda de Reconvención reformadas y el llamamiento en garantía, así como sus respectivas contestaciones, son de naturaleza económica, susceptibles de transacción, tienen origen en la Oferta Mercantil Irrevocable No. 013-01 de 24 de octubre de 2013 y están amparadas por la cláusula compromisoria contenida en la Sección 3.06 de dicha oferta, modificada mediante Otrosí No. 7 del 10 de diciembre de 2015, razón por la cual se asumió competencia para conocer de tales diferencias, decisión que se ratifica ahora como más adelante se precisa.

### 5.3 Capacidad.

Del estudio de los documentos aportados por las Partes al expediente, se observa que **SCIA, REFICAR y SURAMERICANA**, son sujetos plenamente capaces para comparecer a este proceso; su existencia y representación legal están debidamente acreditadas y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna y, además, por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido al proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados, debidamente constituidos.

## 6 PRETENSIONES.

### 6.1 Pretensiones de la Demanda reformada:

En su Demanda reformada, la parte Convocante formuló las siguientes Pretensiones<sup>34</sup>:

---

<sup>34</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 005 al 010.

### **“Pretensiones declarativas**

#### **Pretensión 5.1.1**

*Se declare que REFICAR incumplió el Contrato celebrado con SCIA para el montaje e instalación de los equipos del Sistema de Manejo de Coke para las áreas de la Unidad de Coke Retardado, del Sistema de Carga de Camiones, el Edificio de Control y las Obras Civiles del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena.*

#### **Pretensión 5.1.2**

*Se declare que REFICAR incurrió, entre otros, en los siguientes incumplimientos durante la ejecución del Contrato:*

- i. La entrega tardía de las áreas previstas para el pre-ensamble y/o acopio de las Belt Conveyors (bandas transportadoras).*
- ii. La entrega de las áreas en lugares, tamaños y/o condiciones diferentes a los inicialmente previstos para el pre-ensamble y/o acopio de las Belt Conveyors (bandas transportadoras).*
- iii. La entrega tardía de las fundaciones de las Torres de Transferencia 2 y 3.*
- iv. La no entrega de las áreas en los lugares, tamaños y/o condiciones inicialmente previstos para la zona de campamento y almacenaje temporal del área TLA (Truck Loading Area).*
- v. La entrega tardía y/o la no entrega de la ingeniería requerida para la construcción, montaje y/o instalación de los equipos del Sistema de Manejo de Coke.*
- vi. La entrega de ingeniería deficiente para la construcción y/o montaje del Sistema de Manejo de Coke.*
- vii. La entrega tardía y/o en condiciones distintas de las requeridas para la ejecución del Contrato, de los suministros de materiales y equipos del Sistema de Manejo de Coke.*
- viii. El no pago de los trabajos adicionales y/o mayores cantidades de obra requeridos por REFICAR a SCIA durante la ejecución del Contrato.*
- ix. El no pago por parte de REFICAR de sumas de dinero contractualmente pactadas en el Contrato y que REFICAR adeuda a SCIA.*
- x. Demorar y/o impedir el proceso de facturación de trabajos que fueron ejecutados y completados por SCIA, entre otros, el proceso de facturación de los trabajos que se encuentran incluidos en la Actas de Avance Nos. 20, 30 y 31.*
- xi. Los demás incumplimientos que se prueben en el presente trámite arbitral.*

#### **Pretensión 5.1.3**

*Se declare que REFICAR es responsable de los atrasos del Proyecto durante la ejecución del Contrato para el montaje e instalación de los equipos del Sistema de Manejo de Coke para las áreas de la Unidad de Coke Retardado, del Sistema de Carga de Camiones, el Edificio de Control y las Obras Civiles del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena.*

#### **Pretensión 5.1.4**

*Se declare que REFICAR es responsable y debe pagar a SCIA los perjuicios sufridos por SCIA como consecuencia de los retrasos del Proyecto y/o de los incumplimientos en que incurrió REFICAR en relación con el Contrato para el montaje e instalación de los equipos del Sistema de Manejo*

de Coke para las áreas de la Unidad de Coke Retardado, del Sistema de Carga de Camiones, el Edificio de Control y las Obras Civiles del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena.

**Pretensión 5.1.5**

Se declare que los retrasos en el Proyecto y/o los incumplimientos en los que incurrió REFICAR causaron perjuicios a SCIA, según se demostrará en el presente trámite arbitral, incluyendo, pero sin limitarse a ello, los siguientes:

- i. Los costos adicionales por la mayor permanencia en el Proyecto.
- ii. La pérdida de productividad en las obras de instalación y montaje.
- iii. El costo financiero por los pagos tardíos, morosos o no recibidos.
- iv. La falta de liquidez.
- v. La pérdida de utilidad.

**Pretensión 5.1.6**

Se declare que REFICAR debe pagar a SCIA los valores correspondientes a los mayores costos de ejecución, financieros y demás, en que incurrió SCIA para el montaje e instalación del Sistema de Manejo de Coke, según se demuestre en este arbitraje.

**Pretensión 5.1.7**

Se declare que REFICAR debe pagar a SCIA, entre otros, los siguientes conceptos correspondientes a sobrecostos incurridos por SCIA como consecuencia de los incumplimientos de REFICAR en relación con la ejecución del Contrato:

- i. La suma de COP\$ 7.734.097.954 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de sobrecostos en la mano de obra directa.
- ii. La suma de COP\$ 5.440.678.087 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de sobrecostos en la mano de obra indirecta.
- iii. La suma de COP\$ 3.890.895.538 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de sobrecostos en los equipos.
- iv. La suma de COP\$ 501.157.955 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de sobrecostos por instalaciones temporales.
- v. La suma de COP\$ 772.940.499 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de gastos generales (overhead), de los sobrecostos relativos a los conceptos i., ii., iii. y iv. anteriores.
- vi. La suma de COP\$ 1.229.678.067 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de utilidad, en relación con los sobrecostos relativos a los conceptos i., ii., iii. y iv. anteriores.

**Pretensión subsidiaria a la Pretensión 5.1.7**

Se declare que REFICAR debe pagar a SCIA, entre otros, los siguientes conceptos correspondientes a sobrecostos incurridos por SCIA como consecuencia del desequilibrio económico presentado durante la ejecución del Contrato:

- i. La suma de COP\$ 7.734.097.954 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de

- sobrecostos en la mano de obra directa.
- ii. La suma de COP\$ 5.440.678.087 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de sobrecostos en la mano de obra indirecta.
  - iii. La suma de COP\$ 3.890.895.538 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de sobrecostos en los equipos.
  - iv. La suma de COP\$ 501.157.955 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de sobrecostos por instalaciones temporales.
  - v. La suma de COP\$ 772.940.499 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de gastos generales (overhead), de los sobrecostos relativos a los conceptos i., ii., iii. y iv. anteriores.
  - vi. La suma de COP\$ 1.229.678.067 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de utilidad, en relación con los sobrecostos relativos a los conceptos i., ii., iii. y iv. anteriores.

#### **Pretensión 5.1.8**

Se declare que REFICAR debe pagar a SCIA los sobrecostos financieros de ejecución del Contrato que se generaron como consecuencia de los incumplimientos en los que incurrió REFICAR durante la ejecución del Contrato, y que ascienden a la suma de COP \$1.076.572.965, o la suma que se pruebe en el proceso.

#### **Pretensión subsidiaria a la Pretensión 5.1.8**

Se declare que REFICAR debe pagar a SCIA los sobrecostos financieros de ejecución del Contrato en virtud al desequilibrio económico presentado durante la ejecución del Contrato, y que ascienden a la suma de COP \$1.076.572.965, o la suma que se pruebe en el proceso.

#### **Pretensión 5.1.9**

Se declare que como consecuencia de los incumplimientos en los que incurrió REFICAR, SCIA ejecutó mayores cantidades de obra a las previstas inicialmente en el Contrato para la construcción de la Torre Kanawha, las cuales deben ser remuneradas por REFICAR.

#### **Pretensión subsidiaria a la Pretensión 5.1.9**

Se declare que SCIA ejecutó mayores cantidades de obra a las previstas inicialmente en el Contrato para la construcción de la Torre Kanawha, las cuales deben ser remuneradas por REFICAR por haberse generado un desequilibrio económico para SCIA durante la ejecución del Contrato.

#### **Pretensión 5.1.10**

Se declare que REFICAR debe pagarle a SCIA la suma de COP\$ 6.849.424.120 o la que resulte probada en el proceso arbitral, correspondiente a las actividades o trabajos inicialmente pactados, trabajos adicionales y/o mayores cantidades de obra que REFICAR solicitó a SCIA y que SCIA ejecutó, que REFICAR aún no ha pagado, según se demuestren en el presente trámite arbitral, que incluyen entre otros los siguientes, sin limitarse a ellos:

- i. La suma de COP\$ 2.009.470.510, o la que se pruebe en el proceso, correspondiente al diez por ciento (10%) del valor de las Actas de Avance Parcial Nos. 1, 2, 3, 5, 7, 8, 10 y 12.

- ii. *La suma de COP\$ 579.015.991, o la que se pruebe en el proceso, la cual corresponde al pago pendiente del valor inicialmente previsto en el Contrato, de acuerdo con el Acta de Avance No. 20.*
- iii. *La suma de COP \$381.251.808, o la que se pruebe en el proceso, por concepto de las actividades adicionales y trabajos adicionales ejecutados por SCIA a petición de REFICAR, correspondientes al Acta de Avance No. 21, suma que debe ser pagada a SCIA.*
- iv. *La suma de COP\$ 1.225.454.180, o la que se pruebe en el proceso, correspondiente al pago pendiente de acuerdo con el Acta de Avance No. 30.*
- v. *La suma de COP\$ 465.810.028, o la que se pruebe en el proceso, correspondiente al pago pendiente de acuerdo con el Acta de Avance No. 31.*
- vi. *La suma de COP\$ 57.498.463, o la que se pruebe en el proceso, por concepto de "gestión de compras por gastos reembolsables" de acuerdo con el Reembolsable No. 5.*
- vii. *La suma de COP\$ 812.530.500, o la que se pruebe en el proceso, por concepto del delta salarial por la aplicación de la Política Salarial de REFICAR para los meses de septiembre 2014, diciembre 2014, enero 2015 y febrero 2015, o por el periodo que se pruebe en el presente arbitral.*

**Pretensión 5.1.11**

*Se declare que entre REFICAR y SCIA no se ha celebrado contrato de transacción alguno mediante el cual se haya terminado extrajudicialmente un litigio pendiente o precavido un litigio eventual relacionado con el Contrato celebrado entre REFICAR y SCIA para el montaje e instalación de los equipos del Sistema de Manejo de Coke para las áreas de la Unidad de Coke Retardado, del Sistema de Carga de Camiones, el Edificio de Control y las Obras Civiles del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena.*

**Pretensión subsidiaria a la pretensión 5.1.11**

*Se declare que entre REFICAR y SCIA no se ha celebrado contrato de transacción alguno mediante el cual se haya terminado extrajudicialmente un litigio pendiente o precavido un litigio eventual que se refiera o cobije las pretensiones y/o controversias formuladas por SCIA en la presente demanda.*

**Pretensión 5.1.12**

*Se declare que los acuerdos contenidos en los Otrosíes Nos. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 al Contrato celebrado entre REFICAR y SCIA, no tienen el alcance de un contrato de transacción y/o que tales acuerdos no producen el efecto de cosa juzgada.*

**Pretensión subsidiaria a la Pretensión 5.1.12**

*Se declare que los acuerdos contenidos en los Otrosíes Nos. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 al Contrato celebrado entre REFICAR y SCIA, no tienen el alcance de un contrato de transacción y/o que tales acuerdos no producen el efecto de cosa juzgada, respecto de las pretensiones y/o controversias formuladas por SCIA en la presente demanda.*

**Pretensión 5.1.13**

*Se declare la nulidad absoluta por objeto ilícito del párrafo primero de la sección 2.04 del Contrato celebrado entre REFICAR y SCIA.*

**Pretensión 5.1.14**

*Se declare la nulidad absoluta por objeto ilícito del numeral 13 de la sección 2.06 del Contrato celebrado entre REFICAR y SCIA.*

**Pretensión 5.1.15**

*Se declare que la cláusula 2.12 del Contrato celebrado entre REFICAR y SCIA no produce efectos por ser una cláusula abusiva.*

**Pretensión 5.1.16**

*Se liquide el Contrato de conformidad con las obligaciones que en cabeza de cada una de las partes se establezcan en el proceso arbitral.*

**Pretensión 5.1.17**

*Se declare que REFICAR debe pagar a SCIA las sumas reclamadas en la presente demanda, junto con los intereses de mora causados desde la fecha en que se debieron realizar los respectivos pagos a SCIA y hasta cuando se realice su pago efectivo, o desde la fecha que determine el Tribunal Arbitral.*

**Pretensión subsidiaria a la Pretensión 5.1.17**

*Se declare que REFICAR debe pagar a SCIA las sumas reclamadas en la presente demanda, indexadas desde la fecha en que se debieron realizar los respectivos pagos a SCIA y hasta cuando se realice su pago efectivo, o desde la fecha que determine el Tribunal Arbitral.*

**Pretensión 5.1.18**

*Se declare que REFICAR debe pagar las costas y agencias en derecho que se generen como consecuencia del presente trámite arbitral.*

**5.2 Pretensiones de condena**

**Pretensión 5.2.1**

*Se condene a REFICAR a pagar a SCIA los perjuicios sufridos por SCIA como consecuencia de los retrasos del Proyecto y/o de los incumplimientos en que incurrió REFICAR en relación con el Contrato para el montaje e instalación de los equipos del Sistema de Manejo de Coke para las áreas de la Unidad de Coke Retardado, del Sistema de Carga de Camiones, el Edificio de Control y las Obras Civiles del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena.*

**Pretensión 5.2.2**

Se condene a REFICAR a pagar a SCIA los perjuicios que los retrasos en el Proyecto y/o los incumplimientos en los que incurrió REFICAR causaron a SCIA, según se demostrará en el presente trámite arbitral, incluyendo, pero sin limitarse a ello, los siguientes:

- i. Los costos adicionales por la mayor permanencia en el Proyecto.
- ii. La pérdida de productividad en las obras de instalación y montaje.
- iii. El costo financiero por los pagos tardíos, morosos o no recibidos.
- iv. La falta de liquidez.
- v. La pérdida de utilidad.

**Pretensión 5.2.3**

Se condene a REFICAR a pagar a SCIA los valores correspondientes a los mayores costos de ejecución, financieros y demás, en que incurrió SCIA para el montaje e instalación del Sistema de Manejo de Coke, según se demuestre en este arbitraje.

**Pretensión 5.2.4**

Se condene a REFICAR a pagar a SCIA, entre otros, los siguientes conceptos correspondientes a sobrecostos incurridos por SCIA como consecuencia de los incumplimientos de REFICAR en relación con la ejecución del Contrato:

- vii. La suma de COP\$ 7.734.097.954 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de sobrecostos en la mano de obra directa.
- viii. La suma de COP\$ 5.440.678.087 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de sobrecostos en la mano de obra indirecta.
- ix. La suma de COP\$ 3.890.895.538 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de sobrecostos en los equipos.
- x. La suma de COP\$ 501.157.955 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de sobrecostos por instalaciones temporales.
- xi. La suma de COP\$ 772.940.499 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de gastos generales (overhead), de los sobrecostos relativos a los conceptos i., ii., iii. y iv. anteriores.
- xii. La suma de COP\$ 1.229.678.067 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de utilidad, en relación con los sobrecostos relativos a los conceptos i., ii., iii. y iv. anteriores.

**Pretensión subsidiaria a la Pretensión 5.2.4**

Se condene a REFICAR a pagar a SCIA, entre otros, los siguientes conceptos correspondientes a sobrecostos incurridos por SCIA como consecuencia del desequilibrio económico presentado durante la ejecución del Contrato:

- vii. La suma de COP\$ 7.734.097.954 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de sobrecostos en la mano de obra directa.
- viii. La suma de COP\$ 5.440.678.087 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de sobrecostos en la mano de obra indirecta.
- ix. La suma de COP\$ 3.890.895.538 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de



sobrecostos en los equipos.

- x. La suma de COP\$ 501.157.955 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de sobrecostos por instalaciones temporales.
- xi. La suma de COP\$ 772.940.499 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de gastos generales (overhead), de los sobrecostos relativos a los conceptos i., ii., iii. y iv. anteriores.
- xii. La suma de COP\$ 1.229.678.067 o la que resulte probada en el proceso, por concepto de utilidad, en relación con los sobrecostos relativos a los conceptos i., ii., iii. y iv. anteriores.

#### **Pretensión 5.2.5**

Se condene a REFICAR a pagar a SCIA los sobrecostos financieros de ejecución del Contrato que se generaron como consecuencia de los incumplimientos en los que incurrió REFICAR durante la ejecución del Contrato, y que ascienden a la suma de COP \$1.076.572.965, o la suma que se pruebe en el proceso.

#### **Pretensión subsidiaria a la Pretensión 5.2.5**

Se condene a REFICAR a pagar a SCIA los sobrecostos financieros de ejecución del Contrato en virtud al desequilibrio económico presentado durante la ejecución del Contrato, y que ascienden a la suma de COP \$1.076.572.965, o la suma que se pruebe en el proceso.

#### **Pretensión 5.2.6**

Que como consecuencia de los incumplimientos en los que incurrió REFICAR, se condene a REFICAR a pagar a SCIA las mayores cantidades de obra a las previstas inicialmente en el Contrato para la construcción de la Torre Kanawha.

#### **Pretensión subsidiaria a la Pretensión 5.2.6**

Se condene a REFICAR a pagar a SCIA las mayores cantidades de obra a las previstas inicialmente en el Contrato para la construcción de la Torre Kanawha, las cuales deben ser remuneradas por REFICAR por haberse generado un desequilibrio económico para SCIA durante la ejecución del Contrato.

#### **Pretensión 5.2.7**

Se condene a REFICAR a pagarle a SCIA la suma de COP\$ 6.849.424.120 o la que resulte probada en el proceso arbitral, correspondiente a las actividades o trabajos inicialmente pactados, trabajos adicionales y/o mayores cantidades de obra que REFICAR solicitó a SCIA y que SCIA ejecutó, que REFICAR aún no ha pagado, según se demuestren en el presente trámite arbitral, que incluyen entre otros los siguientes, sin limitarse a ellos:

- i. La suma de COP\$ 2.009.470.510, o la que se pruebe en el proceso, correspondiente al diez por ciento (10%) del valor de las Actas de Avance Parcial Nos. 1, 2, 3, 5, 7, 8, 10 y 11
- ii. La suma de COP\$ 579.015.991, o la que se pruebe en el proceso, la cual corresponde al pago pendiente del valor inicialmente previsto en el Contrato, de acuerdo con el Acta de Avance No. 20.

- iii. La suma de COP \$381.251.808, o la que se pruebe en el proceso, por concepto de las actividades adicionales y trabajos adicionales ejecutados por SCIA a petición de REFICAR, correspondientes al Acta de Avance No. 21, suma que debe ser pagada a SCIA.
- iv. La suma de COP\$ 1.225.454.180, o la que se pruebe en el proceso, correspondiente al pago pendiente de acuerdo con el Acta de Avance No. 30.
- v. La suma de COP\$ 465.810.028, o la que se pruebe en el proceso, correspondiente al pago pendiente de acuerdo con el Acta de Avance No. 31.
- vi. La suma de COP\$ 57.498.463, o la que se pruebe en el proceso, por concepto de "gestión de compras por gastos reembolsables" de acuerdo con el Reembolsable No. 5.
- vii. La suma de COP\$ 812.530.500, o la que se pruebe en el proceso, por concepto del delta salarial por la aplicación de la Política Salarial de REFICAR para los meses de septiembre 2014, diciembre 2014, enero 2015 y febrero 2015, o por el periodo que se pruebe en el presente arbitral.

#### **Pretensión 5.2.8**

Se condene a REFICAR a pagar a SCIA las sumas reclamadas en la presente demanda, junto con los intereses de mora causados desde la fecha en que se debieron realizar los respectivos pagos a SCIA y hasta cuando se realice su pago efectivo, o desde la fecha que determine el Tribunal Arbitral.

#### **Pretensión subsidiaria a la Pretensión 5.2.8**

Se condene a REFICAR a pagar a SCIA las sumas reclamadas en la presente demanda, indexadas desde la fecha en que se debieron realizar los respectivos pagos a SCIA y hasta cuando se realice su pago efectivo, o desde la fecha que determine el Tribunal Arbitral.

#### **Pretensión 5.2.9**

Se condene a REFICAR en costas, agencias en derecho y gastos del proceso”

### **6.2.- Pretensiones de la Demanda de Reconvención reformada:**

Por su parte, la parte Convocada relacionó las siguientes pretensiones en la Demanda de Reconvención reformada<sup>35</sup>:

#### **“PRETENSIONES**

**PRIMERA.-** Que se declare que entre SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. y REFICAR se celebró un negocio jurídico el día 30 de octubre de 2013 en razón de la Orden de compra emitida por REFICAR para la oferta mercantil del 24 de octubre de 2013 que fuera emitida por SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A

**SEGUNDA.** - Que se declare que SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. incumplió el negocio jurídico celebrado con REFICAR el 30 de octubre de 2013 en virtud de la Orden de Compra

---

<sup>35</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 365 a 367

emitida por ésta última de los servicios ofrecidos por la Convocada en la Oferta Mercantil Irrevocable del 24 de octubre de 2013 junto con sus modificaciones.

**TERCERA.** - Que se declare que SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. incumplió sus deberes secundarios de conducta en relación con el negocio jurídico celebrado con REFICAR el 30 de octubre de 2013 en virtud de la Orden de Compra emitida por ésta última de los servicios ofrecidos por la Convocada en la Oferta Mercantil Irrevocable del 24 de octubre de 2013 junto con sus modificaciones.

**CUARTA.** - Que como consecuencia de la pretensión segunda y tercera, se condene a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. a pagar a REFICAR, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha del laudo, las siguientes sumas de dinero, o las que se demuestren en el proceso:

- (i) CINCO MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS MILLONES NOVECIENTOS TREINTA MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$5.826.930.659) correspondientes al 20% del valor del negocio jurídico, por concepto de la cláusula penal establecida en el numeral 2.12 de la Oferta.
- (ii) DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA MIL QUINIENTOS SIETE PESOS (\$277.790.507) correspondientes al valores (sic) pagados por REFICAR por concepto mayor permanencia en obras de otros contratistas y costos de otros servicios, como consecuencia de los retrasos e incumplimientos de SCIA.
- (iii) MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS VEINTE MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$1.275.920.587) correspondientes al valor de los trabajos que a pesar de estar contemplados en la Oferta no fueron ejecutados por SCIA.
- (iv) MIL NOVECIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CINCO MIL OCHENTA Y DOS PESOS (\$1.974.775.082) correspondientes al costo del personal contratado por REFICAR para la supervisión y administración del Proyecto del Coke Handling (CHS), por mayor permanencia de tales personas con ocasión de los retrasos e incumplimientos de SCIA.

**QUINTA.** Que se condene a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. a pagar las costas y agencias en derecho, cuya liquidación solicito incluir en el laudo arbitral que ponga fin al proceso.”

### 6.3.- Pretensiones del llamamiento en garantía:

REFICAR relacionó las siguientes Pretensiones en el llamamiento en garantía formulado a SURAMERICANA<sup>36</sup>:

---

<sup>36</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 195 y 196.

“En el evento en que prosperen algunas o todas las pretensiones formuladas en la demanda presentada en contra de SCIA, y su eventual reforma, solicito se hagan iguales o similares declaraciones y condenas:

**PRIMERA.** Que se declare que como consecuencia de algunos o todos los hechos y pretensiones expuestos en la demanda formulada en contra de SCIA, respecto de las obras que SCIA entregó y el contrato que esa compañía ejecutó, inició la vigencia de la Póliza tomo la Póliza de Cumplimiento para Particulares No. 0955684-6 (sic), obrante en el documento No. 100900767.

**SEGUNDA.** - Que como consecuencia de algunos o todos los hechos expuestos en la demanda y la prosperidad de algunas o todas las pretensiones contenidas en la demanda formulada en contra de SCIA y en la pretensión primera anterior, se condene a SURAMERICANA a pagar a favor de REFICAR los perjuicios objeto de la condena impuesta hasta por la suma del total del valor asegurado establecido para cada uno de los amparos de: (i) Cumplimiento, y (ii) estabilidad, calidad, rehabilitación y mejoramiento de las obras.

**TERCERA.** - Que sobre todas las sumas de que trata la pretensión segunda anterior, se ordene a SURAMERICANA a pagar intereses moratorios a la tasa máxima moratoria comercial permitida por la ley, causados desde la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda de acuerdo con lo establecido en el artículo 94 del Código General del Proceso.

**CUARTA.** - Que se condene a SURAMERICANA a pagar las costas y agendas en derecho, cuya liquidación solicito incluir en el laudo arbitral que ponga fin al proceso.”

## 7 LOS HECHOS PLANTEADOS POR LAS PARTES

### 7.1- Los hechos planteados por SCIA.

Los hechos que soportan las pretensiones de la parte Convocante están relacionados y debidamente clasificados en el texto de la Demanda arbitral reformada bajo el capítulo 8 rotulado “fundamentos de hecho”<sup>37</sup>, y los mismos, así como el objeto de la controversia fueron resumidos y sintetizados en la primera parte de la Demanda reformada, así<sup>38</sup>:

- i) El 24 de octubre de 2013, **SCIA** presentó a **REFICAR** una oferta mercantil para el montaje e instalación de los equipos del Sistema de Manejo de Coke, las áreas de la Unidad de Coke Retardado, del Sistema de Carga de Camiones, el Edificio de Control y las Obras Civiles correspondientes en el proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena. Esta oferta mercantil fue posteriormente aceptada por **REFICAR**, perfeccionándose así el negocio jurídico celebrado entre las partes (en adelante el Contrato).

---

<sup>37</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 13 a 102.

<sup>38</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 1 a 4.

- ii) El Contrato estipuló un término de duración inicial de 330 días. Este término se amplió, por razones imputables a **REFICAR**. Con dichas modificaciones, las partes establecieron que la fecha de finalización de actividades sería el 28 de febrero de 2015, señalando además que el plazo de liquidación del Contrato se ampliaría hasta el 30 de abril de 2015. Al 28 de febrero de 2015, **SCIA** había ejecutado el 99.95% del objeto contractual.
- iii) El Sistema de Manejo de Coke es uno de los múltiples subsistemas que se localizan dentro del Proyecto de Expansión de la Refinería de Cartagena. Mediante este subsistema se almacena y se moviliza el coke desde el "DCU" (Unidad de Coke Retardado) hasta la "torre de carga de camiones" (Torre Kanawha o TLS).
- iv) **REFICAR** debía necesariamente cumplir previamente con ciertas obligaciones contractuales para que **SCIA** pudiera ejecutar las actividades de montaje e instalación de los equipos del Sistema de Manejo de Coke, dentro de las que se encontraban:
- Entregar y liberar oportunamente, con el acta de inicio del Contrato, las áreas previamente delimitadas para el preensamble y acopio de las Belt Conveyors Nos. 2, 4 y 5. El plan de constructibilidad de **SCIA** se basó en la disponibilidad oportuna y completa de estas áreas previamente definidas por **REFICAR** en los términos de referencia.
  - Entregar oportunamente las fundaciones de las Torres de Transferencia 2, 3 y 4, y liberar éstas mismas áreas para la instalación de las Belt Conveyors Nos. 2, 4 y 5.
  - Suministrar oportunamente los materiales y equipos para la obra mecánica, estructural, eléctrica, tubería e instrumentación del Sistema de Manejo de Coke. **SCIA** únicamente se obligó al suministro de ciertos materiales para el Cuarto de Control o CRB, Warehouse y la vía de camiones.
  - Entregar, con la firma del Contrato, la totalidad de la ingeniería de detalle para la construcción, el montaje e instalación del Sistema de Manejo de Coke. Estos diseños debían ser de detalle, ajustados y desarrollados para construcción, a fin de permitir a **SCIA** planear las actividades a ejecutar, y desarrollarlas de manera continua e ininterrumpida.
- v) **SCIA** estructuró el Plan de Construcción del Proyecto, definió los tiempos de inicio y fin de las actividades, estructuró el Programa Detallado de Trabajo (PDT) y diseñó su presupuesto de ejecución, considerando que **REFICAR** cumpliría con sus compromisos contractuales en las fechas, condiciones y términos previstos en el Contrato, en sus adendas y anexos; y, que

mantendría las condiciones iniciales de contratación, sin incluir la ejecución de actividades adicionales no previstas en el Contrato.

vi) **REFICAR** incumplió de manera reiterada con su “*deber de planeación*”, en virtud del cual **REFICAR** debía contar con la totalidad de estudios, planos, proyectos y diseños de detalle que garantizaran la correcta ejecución del Contrato, incumplimiento que se evidencia, entre otros, en la entrega tardía de la ingeniería, en la entrega de ingeniería defectuosa, en la entrega tardía de las áreas destinadas para las labores de **SCIA** y la modificación de las mismas y en la entrega tardía de materiales, y en general, en todos los incumplimientos atribuibles a **REFICAR**.

vii) **REFICAR** incumplió al modificar sustancialmente “*las condiciones acordadas inicialmente para la ejecución de los trabajos de montaje e instalación de los equipos que conforman el Sistema de Manejo de Coke*”, por las siguientes razones:

- No cumplió con los tiempos de entrega de las áreas para los trabajos de montaje e instalación de las Belt Conveyors Nos. 2, 4 y 5 y además, modificó las áreas definidas para el preensamble y acopio de las Belt Conveyors Nos. 2 y 4.
- No entregó oportunamente las fundaciones de las Torres de Transferencia Nos. 2 y 3. La construcción tardía de estas fundaciones por parte de **REFICAR**, fue una de las “*causas que impactó en la liberación de las áreas para el preensamble y acopio de las Belt Conveyors Nos. 2 y 4, en las condiciones definidas en el Plan de Constructibilidad*”.
- No entregó oportunamente a **SCIA**, los suministros de materiales y equipos del Sistema de Manejo de Coke. Adicionalmente, suministró materiales defectuosos que no pudieron ser utilizados en la obra, lo que obligó a **SCIA** a suplir el stock de materiales defectuosos suministrados por **REFICAR**.
- No entregó la ingeniería de detalle, desarrollada y ajustada para construcción de cada una de las estructuras y equipos que conforman el Sistema de Manejo de Coke. El referido incumplimiento se presentó porque **REFICAR**:
  - Entregó a **SCIA**, con la firma del Contrato, unos “planos” no aprobados para construcción. Estos “planos” no eran definitivos y por lo tanto no constituían la ingeniería conceptual y definitiva de todo el Proyecto, lo que impidió que **SCIA** pudiera dar inicio al montaje de las estructuras y equipos del Sistema de Manejo de Coke en los tiempos previstos inicialmente.

- Entregó a **SCIA** una ingeniería defectuosa con múltiples errores conceptuales que no permitían el desarrollo constructivo de cada actividad. **SCIA** encontró que, en muchos casos, los diseños entregados por **REFICAR** interferían o no se ajustaban a las condiciones reales de ejecución, razón por la que tramitó ante **REFICAR** múltiples solicitudes de aclaración y corrección de esta ingeniería. La revisión de la ingeniería fue la causa de múltiples reprocesos en la construcción, montaje e instalación del Sistema de Manejo de Coke. Estos reprocesos y los defectos en la ingeniería quedaron documentados, entre otros, en los múltiples Requests for Information - RFI's tramitados por **SCIA**.

viii) Los incumplimientos de **REFICAR** impactaron los tiempos programados para la ejecución de cada una de las actividades comprendidas en el montaje e instalación del Sistema de Manejo de Coke. Lo anterior en razón a que la construcción, montaje e instalación del Sistema de Manejo de Coke, se fundamentaban en una secuencia lógica y continua de constructibilidad, de manera que cualquier retraso en las *“actividades de esta secuencia tenía un impacto directo en las actividades programadas, teniendo en cuenta que son precedentes las unas de las otras”*.

ix) Los retrasos de **REFICAR**, son la causa directa, entre otros, de:

- Los Mayores costos directos e indirectos que **SCIA** asumió, dentro de los que se incluyen:
  - El Incremento en los costos de la hora-hombre directa dedicada a cada actividad.
  - El aumento de las improductividades del personal de mano de obra directa, debido a la ejecución dispersa e interrumpida de los trabajos contratados por **REFICAR**.
  - El Incremento en los costos de la hora-hombre indirecta y de los medios de producción (equipos e instalaciones temporales) del Proyecto.
  - El aumento de los costos indirectos de ejecución, debido a la ejecución dispersa e interrumpida del Contrato.
- El aumento en los costos financieros del Proyecto, dado que el flujo de caja proyectado se impactó con el aumento en el tiempo de ejecución del Contrato. **SCIA** esperaba recibir de **REFICAR** el pago por los hitos de ejecución programados en el Plan Detallado de Trabajo, en las fechas indicadas, pero el retraso en las actividades impactó la remuneración oportuna esperada por la ejecución de cada actividad programada.
- El incremento de los costos directos e indirectos de ejecución debido al Plan de Aceleración que de manera forzosa **SCIA** tuvo que implementar a fin de mitigar los retrasos e incumplimientos de **REFICAR**-, que en términos administrativos representa: (i)

un aumento en los recursos de mano de obra y equipos; (ii) el pago de horas extras; y, (iii) la implementación de dobles turnos.

- La realización y ejecución por parte de **SCIA**, por solicitud de **REFICAR**, de múltiples actividades adicionales que no hacían parte del alcance del Contrato original, tales como: (i) la adquisición de suministros de materiales y equipos no entregados por **REFICAR** o entregados defectuosamente; y, (ii) ajustes en los diseños requeridos para construcción, que inicialmente debían haber sido entregados ajustados por **REFICAR**. Dichas actividades adicionales, además, no le han sido pagadas a **SCIA**.

x) En la ejecución del Contrato se presentaron otros incumplimientos y circunstancias atribuibles a **REFICAR** que han generado graves perjuicios para **SCIA**, a saber:

- **En relación con la torre Kanawha.** **REFICAR** confirmó, en la fase precontractual, que “el peso de la "Torre Kanawha" o "Truck Loading System" sería de (+/- 10%) respecto del peso indicado”. En los diseños entregados por **REFICAR** a **SCIA** para “la ejecución de la "Torre Kanawha", la ingeniería era deficiente y carecía del nivel de detalle necesario para la correcta estimación de estos pesos. En la práctica, los pesos fueron superiores al 10% del peso indicado originalmente, esto generó para **SCIA** mayores cantidades de obra en la ejecución del montaje e instalación de este equipo, con el correspondiente aumento de los costos asociados a dicha actividad, que no han sido pagados por **REFICAR**”.
- En el proceso de completamiento mecánico del Sistema de Manejo de Coke, **REFICAR** “impuso a **SCIA** una nueva obligación consistente en la entrega de un libro de completamiento mecánico”, que no hacía parte de la documentación exigida inicialmente en el Contrato para la entrega y terminación del Proyecto, y que representó para **SCIA** “una mayor complejidad técnica, directamente asociada a unos "mayores costos indirectos" del personal destinado a la entrega de los "libros de completamiento mecánico", los cuales no han sido pagados por **REFICAR**”.
- **REFICAR** no le ha pagado a **SCIA** los siguientes items: (i) el delta salarial que surge como consecuencia de la aplicación de la Política Salarial de **REFICAR**, para los meses de septiembre y diciembre de 2014, y enero y febrero de 2015; (ii) el 10% de las actas de avance parciales Nos. 1, 2, 3, 5, 7, 8, 10 y 12; (iii) el precio total del Contrato, según los términos expresamente previstos por acuerdo entre las Partes; (iv) la "gestión de compras por gastos reembolsables" que le adeuda.



xi) **SCIA** solicitó a **REFICAR** en innumerables ocasiones, el reconocimiento y pago de los sobrecostos en que incurrió durante la ejecución del Contrato, por causas atribuibles a **REFICAR** y ajenas a **SCIA**. Sin embargo, a pesar de varios intentos de negociación, **REFICAR** no le ha pagado a **SCIA** los mayores costos directos e indirectos, ni la ejecución de los trabajos adicionales no previstos en el alcance inicial del Contrato.

xii)- El párrafo primero de la sección 2.04, como el numeral 13 de la Sección 2.06 del Contrato, por medio de los cuales se "exonera" a **REFICAR** de asumir "costos" o "gastos adicionales" que surjan de su gestión contractual son nulos por objeto ilícito, dado que pretenden la condonación del dolo futuro, en total contravía con lo previsto en el artículo 1522 del Código Civil, en la medida en que **REFICAR** se exonera de cualquier "costo o gasto" de actividades o suministros adicionales, costos ordinarios o extraordinarios, previstos o imprevistos, directos e indirectos, en que pueda incurrir **SCIA**, incluso a pesar de que ellos sean consecuencia del dolo o culpa grave de **REFICAR**.

xiii) Peritos expertos independientes han establecido que **SCIA** tiene derecho a que **REFICAR** le reconozca y pague la suma de \$27.495.445.185 en razón a conductas e incumplimientos atribuibles a **REFICAR**.

## 7.2.- Hechos planteados por REFCAR.

Los hechos que soportan las pretensiones de la parte Convocante en reconvención están relacionados en el texto de la Demanda de Reconvención reformada y se resumen así<sup>39</sup>:

i) El 24 de octubre de 2013, **SCIA** presentó a **REFICAR** la Oferta Mercantil Irrevocable No. 013-01 (la **Oferta**).

ii) El 30 de octubre de 2013 **REFICAR** aceptó la Oferta al emitir Orden de Compra de los servicios ofrecidos por **SCIA**, perfeccionándose de esta manera el negocio jurídico entre las Partes. En el texto de la misma se acordó, en primer lugar, un término de duración de 330 días calendario contados desde la fecha de firma del Acta de Inicio, que comprendía el plazo de ejecución de 270 días calendario (incluyendo los días necesarios para la movilización y desmovilización) y el de liquidación de 60 días, plazo en el que la Convocante en reconvención podría dar por terminado este NEGOCIO JURÍDICO. En segundo lugar, se pactó como modalidad de pago y remuneración, el sistema de precio global fijo por una suma de (\$22.105.247.277), sin incluir el valor del Impuesto

---

<sup>39</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 367 a 388.

al Valor Agregado (IVA), forma de remuneración que fue aceptada por **SCIA** con pleno conocimiento de su alcance y que nunca fue modificada.

iii) - Dentro de las obligaciones asumidas por **SCIA**, se encuentran las siguientes (Sección 2.06 de la Oferta):

1) *Prestación de los SERVICIOS de acuerdo a las especificaciones y condiciones referidas en el Anexo No. 2 “Alcance de los Servicios” de la presente OFERTA, obligándose EL CONTRATISTA a responder por la calidad y exactitud de los mismos. (...)*

13) *EL CONTRATISTA asumirá todos los costos, ordinarios o extraordinarios, previstos o imprevistos, directos o indirectos, en que deba incurrir para el cumplimiento del objeto del NEGOCIO JURÍDICO. Por lo tanto, REFICAR no tendrá ninguna obligación de pago, compensación, indemnización o similar en relación con los costos en que incurra EL CONTRATISTA salvo aquellos que sean aprobados con anterioridad, de forma escrita, por REFICAR, o con posterioridad de conformidad con el numeral 9) de esta sección 2.06 “Obligaciones de EL CONTRATISTA” (...)*

18) *EL CONTRATISTA declara que conoce plena y cabalmente los requerimientos de REFICAR, y que acepta cumplir con dichos requerimientos. Igualmente, que conoce el (las) área (s) donde se prestarán los servicios (así como conoce que tales SERVICIOS podrán ser prestados en cualquier lugar del país); sus condiciones, vías de acceso, topografía, vegetación, condiciones climáticas, recursos hídricos, situación de orden público y que ha tenido en cuenta todo lo anterior para efectos de fijar los precios, plazos y recursos necesarios para la ejecución a satisfacción de REFICAR del objeto de ésta OFERTA. (sic)”*

iv) En la oferta mercantil mencionada, se incluyó el pago de una pena equivalente al 20% del valor del negocio jurídico, sin perjuicio del derecho de solicitar la indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento del Contratista.

v) Las partes modificaron el referido Contrato en seis (6) oportunidades, en las fechas y para los propósitos que a continuación se indican, incluyendo en cinco (5) de los otrosíes, una manifestación según la cual, tales acuerdos tendrían alcance y valor transaccional:

- Mediante Otrosí No. 1 suscrito el 29 de abril de 2014, modificaron, entre otros, el valor del negocio jurídico al incluir dos nuevos ítems de pago denominados “Reajuste por Actualización de Política Salarial” e “Impacto por Desplazamiento de la Fecha de Inicio del Proyecto.”

- En el Otrosí No. 2 del 22 de julio de 2014 adicionaron el alcance, las actividades y el precio del negocio jurídico ascendiendo éste a la suma de VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y UN MIL NOVECIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$24.210.461.927 COP)”.
- En el Otrosí No. 3 del 1 de septiembre de 2014 extendieron el plazo de ejecución, las actividades a desarrollar y modificaron el valor del contrato ascendiendo éste a la suma de VEINTICINCO MIL TRESCIENTOS VEINTIDOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SIETE PESOS (\$25.322.233.307 ).
- En el Otrosí No. 4 del 30 de octubre de 2014, modificaron la fecha de finalización del contrato, para el día el 17 de febrero de 2015.
- En el Otrosí No. 5 del 2 de diciembre de 2014, cambiaron los “hitos de pago” contenidos en la tabla “PRICING TABLE” del subtítulo “PRICING” del ANEXO No. 3- PRECIOS Y TÉRMINO DE PAGO” de la Oferta y,
- En el Otrosí No. 6 del 19 de diciembre de 2014, prorrogaron el plazo de ejecución hasta el día 28 de febrero de 2015, y adicionaron el valor del negocio jurídico en la suma de \$29.134.653.296.

vi) Durante la ejecución del negocio jurídico, **SCIA** incumplió en múltiples oportunidades los plazos contractuales acordados, y ejecutó de manera tardía y defectuosa las actividades a su cargo, desconociendo así, no solamente los cronogramas y planes de trabajo establecidos, sino también los deberes de cooperación contractual y de protección del interés de **REFICAR**. Prueba de lo anterior es que **SCIA**, pese a que el acta de inicio de los trabajos se suscribió el 5 de noviembre de 2013, solamente inició las labores de construcción dos (2) meses después, sin contar con los equipos principales ni con el recurso humano requerido.

vii) El atraso de **SCIA** en el inicio de las labores de construcción, se notificó por **REFICAR** en las comunicaciones VP-SCHA-002-355-13 y VP-SCH-004-3558-13 de 26 de noviembre de 2013.

viii) Para minimizar los atrasos existentes para el 14 de febrero de 2014, **SCIA** estableció un segundo turno de trabajo, que no fue suficiente, si se tiene en cuenta que el 28 de febrero de 2015, al finalizar el término de ejecución de las obras y **SCIA** abandonar las obras, varias unidades presentaban labores pendientes, incompletas o inconclusas, a saber: 1) El área del DCU o Área

de Unidad de Coke Retardado, 2) La Torre de Kanawha, 3) Las edificaciones, 4) Las obras civiles, 5) Las obras estructurales y mecánicas de las áreas del DCU y del TLS, 6) Los trabajos de tuberías, 7) Los trabajos de electricidad e Instrumentación en el área del DCU, 8) Los trabajos de electricidad e instrumentación en el área del TLS, 9) Las actividades de Izajes y 10) Las actividades relacionadas con aseguramiento de la calidad y el diligenciamiento de los libros de completamiento mecánico.

ix) El día 28 de febrero de 2015, **SCIA** inició su desmovilización y se retiró del proyecto, sin haber cumplido con las obras antes mencionadas.

x) Con ocasión de la falta de ejecución y entrega de los trabajos por parte de **SCIA**, **REFICAR** envió múltiples comunicaciones a la Convocada en reconvención en las que le reiteró la existencia de obligaciones pendientes por cumplir y su descuerdo con el abandono de los trabajos por parte de **SCIA**.

xi) Durante el tiempo en el que se desarrolló el negocio jurídico, **SCIA** no ejecutó cantidades de obra que le correspondían y que ascienden a la suma de \$228.371.742.

xii) Como consecuencia de los retrasos e incumplimientos de **SCIA**, a partir del 28 de febrero de 2015, **REFICAR** incurrió en los siguientes sobrecostos:

- Mayor Permanencia de Otros Contratistas. **REFICAR** tuvo que prorrogar los Contratos de Asistencia Técnica o TSA celebrados con las sociedades Mecor (\$130.944.097,92) y ELS (\$146.846.409,09).
- Costos de los trabajos dejados de ejecutar por SCIA. **REFICAR**, con el fin de que la unidad 113 entrara en funcionamiento, pagó aproximadamente, a la compañía CDI S.A. la suma de \$1.275.920.587 para terminar los trabajos que a pesar de estar contemplados en la oferta, no fueron ejecutados por **SCIA**.
- Pagos efectuados al personal contratado por REFICAR para la supervisión y administración del Proyecto del Coke Handling (CHS), por mayor permanencia de tales personas, con ocasión de los retrasos e incumplimientos de **SCIA**. Este rubro asciende a la suma de \$1974.775.082.

xiii) El 24 de marzo de 2015, **REFICAR** envió a **SCIA** la comunicación VP-SCH 0266-5328-15 en la que le informó que debido a su incumplimiento se vio obligada a culminar los trabajos pendientes a través de la contratación de terceros, con el fin de mitigar los perjuicios causados por **SCIA**. Asimismo, y con fundamento en lo establecido en la sección 4.04 de la Oferta, le solicitó la

entrega de los libros de completamiento mecánico (“Turn-Over”) y demás entregables, que ésta entregó tiempo después.

xiv) Finalizado el período de ejecución del contrato, **REFICAR** contrató a la compañía CDI S.A para que concluyera las obras que **SCIA** no culminó, con el fin de que la unidad 113 pudiera entrar en operación. Así mismo, encargó a CDI la ejecución de los trabajos de reparación sobre las obras ejecutadas por **SCIA** que estaban contempladas en la oferta mercantil de **SCIA**, que se suponía estaban completas, finalizadas y en perfecto estado de funcionamiento.

### 7.3.- Hechos del llamamiento en garantía a SURAMERICANA.

En el escrito en el que **REFICAR** formula el llamamiento en garantía a **SURAMERICANA**, obran los siguientes hechos<sup>40</sup>:

i) El 30 de octubre de 2013, **SCIA** constituyó con **SURAMERICANA**, la Póliza de Cumplimiento para Particulares No. 0955684-6, obrante en el documento No. 100900767, con el objeto de amparar las obligaciones derivadas del contrato para el montaje e instalación de los equipos del sistema de manejo de choque para las áreas de la unidad de coque retardado, del sistema de carga de camiones, el equipo de control y obras civiles del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena.

ii) En la Póliza de Cumplimiento para Particulares No. 0955684-6, el único asegurado y beneficiario es **REFICAR**.

iii) La Póliza contiene los amparos de seriedad, buen manejo, correcta inversión, y amortización del anticipo, cumplimiento, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y estabilidad, calidad, correcto funcionamiento de los equipos, provisión de repuestos y accesorios rehabilitación y mejoramiento de las obras con las siguientes vigencias:

AMPARO	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA
Cumplimiento	05/11/2013	28/02/2015
Pago de Salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones	05/11/2013	01/10/2017
Estabilidad, calidad, rehabilitación y mejoramiento de las obras.	05/11/2013	05/11/2018

---

<sup>40</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 193 a 197.

iv) Para la fecha en que sucedieron los hechos objeto de la Demanda de Reconvención y de presentación de este llamamiento en garantía, la póliza de seguro de cumplimiento expedida por **SURAMERICANA** se encontraba vigente.

## **8 EXCEPCIONES O MEDIOS DE DEFENSA**

### **8.1.- Las excepciones o medios de defensa de REFICAR.**

**REFICAR** formuló en la contestación a la Demanda reformada, las siguientes excepciones<sup>41</sup>:

#### **8.1.1 El contrato celebrado es de una suma global fija y SCIA lo quiere convertir en uno de gastos reembolsables. Falta de derecho para los reclamos efectuados por parte de SCIA.**

Afirma **REFICAR** que la principal característica de la modalidad de precio pactada se encuentra en su invariabilidad, pues es de su esencia que la suma se mantenga constante, incluso si los costos de construcción resultan ser diferentes a los previstos a la celebración del contrato. Por lo anterior, si el contratista subestima los riesgos del contrato, sus utilidades se verán adversamente afectadas al punto que en ocasiones tendrá que realizar el proyecto a pérdida. Paralelamente, el contratante está obligado a pagar el precio pactado, incluso si los costos en que incurre el constructor resultan ser inferiores a los previstos a la celebración del Contrato. Lo anterior deja claro que, bajo esta modalidad, el precio puede ser incrementado únicamente si se presentan circunstancias que no fueron previstas, ni pudieron haberlo sido y que impiden la finalización del proyecto o hacen esta excesivamente onerosa.

La reclamación de **SCIA** lo que busca es obtener un cambio del contrato para percibir mayor dinero al que tiene derecho. En ese propósito aspira a que se le reconozcan todo tipo de valores a su favor, incluso aquellos que corresponden a su propia valoración de los riesgos y que debió haber calculado desde el principio, y que *“no se acompasa con la naturaleza y alcance del contrato celebrado”*.

---

<sup>41</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 90 a 305.

### 8.1.2 Transacción y pago.

Según **REFICAR** obra en el expediente prueba de que las partes acordaron y celebraron seis (6) otrosíes con alcance de transacción. En consecuencia, cualquier reclamación de fecha anterior al último otrosí, se entiende incluida dentro del objeto transigido, compensado o conciliado en esos acuerdos, los que son válidos y fueron suscritos para remunerar obras adicionales, reconocer suministros, autorizar trabajos adicionales, ampliar plazos, definir valores del contrato y, en definitiva, para cerrar discusiones como las que plantea **SCIA** en su demanda.

En ese orden de ideas, afirma **REFICAR**, que no se comprende cómo **SCIA** puede advertir en su demanda que existen otros reclamos atinentes a situaciones inclusive anteriores a las fechas de los otrosíes, después de haber celebrado 6 otrosíes a lo largo del Contrato, todos con efectos y alcances de transacción, que ampliaron el valor del mismo en más de 7000 millones de pesos, y de haber tramitado innumerables autorizaciones de obras adicionales y haber recibido pagos por suministros y obras adicionales.

### 8.1.3 Culpa de SCIA. Inexistencia de causalidad en los reclamos presentados.

Advierte **REFICAR** que debe valorarse con especial cuidado la relación de causalidad e imputabilidad de los daños que reclama **SCIA**, en la medida en que ésta ha intentado imputar toda la responsabilidad de los hechos a **REFICAR**, omitiendo su propia participación en la situación, para *“justificar situaciones que derivaron en sobrecostos y perjuicios acaecidos, pero que en últimas, si es que ocurrieron, no tenían la implicación de ocasionar los daños alegados”*.

### 8.1.4 Mala fe del demandante. Desconocimiento del acto propio

Señala **REFICAR** que el comportamiento contractual de **SCIA** y el cálculo de los perjuicios no resulta ajustado a lo establecido y ocurrido en el Contrato.

En tal sentido destaca que resulta insólito que la Convocante esgrima como fundamento de su Demanda que en un contrato de suma global y precio fijo no tuvo en cuenta varios aspectos de la oferta presentada y que ello tuvo las consecuencias negativas que ahora pretende reclamar a **REFICAR**, si se tiene en cuenta que como profesional que es, conoce el contenido y alcance del acuerdo que suscribió con **REFICAR**, la modalidad contractual y los riesgos asumidos en esa contratación.

Asimismo agrega que no es aceptable que la Convocante firme seis (6) otrosíes con alcance de transacción y, posteriormente, una vez se ha creado la confianza de que la controversia finalizó, indique que tales acuerdos no tienen ese alcance y que, además, solicite perjuicios, pese a conocer que su conducta y sus retrasos no solamente ocasionaron gran parte de las situaciones a partir de las cuales pretende lucrarse, sino también que abandonó las obras sin haber cumplido con el objeto contractual propuesto, ejecutó algunas sin la calidad exigida y no cumplió con la obligación de solicitar los suministros oportunamente.

#### **8.1.5 Incumplimiento de parte de SCIA.**

**REFICAR** afirma que siendo un principio elemental del derecho que quien ha incumplido un contrato no está legitimado para solicitar la declaración de incumplimiento y reclamar perjuicios derivados de esta situación, es claro que la pretensión de **SCIA** no puede prosperar en tanto incumplió el contrato, por las siguientes razones:

- Tuvo retrasos en las fechas hito y compromiso de inicio de las obras de construcción;
- Demoró en forma injustificada los documentos esenciales de planificación;
- Se demoró en la entrega de la planificación a niveles 3 y 4;
- Incurrió en atrasos en el programa de construcción;
- No entregó el listado general de materiales, bienes y equipos;
- Se demoró en la entrega de las áreas de esquema de trabajo;
- Falta de operación de herramientas técnicas en la obra;
- Tuvo retrasos en la construcción del cuarto de control y el almacén;
- No realizó el completamiento de las obras mecánicas;
- No terminó las obras en las condiciones requeridas; y
- No acreditó los requisitos de calidad para las obras.

#### **8.1.6 Desconocimiento del acto propio por parte de SCIA.**

Según **REFICAR** la reclamación de **SCIA** parte del desconocimiento de sus propios actos, y en especial, de su participación en los hechos que dieron lugar a la presente controversia, como son: los retrasos en la ejecución y el incumplimiento del Contrato en cuanto a la entrega de planes de constructibilidad, solicitud de terrenos y, requerimientos de materiales.



#### **8.1.7 Buena fe de REFICAR.**

Sostiene **REFICAR** que obró de absoluta buena fe y para preservar los efectos del negocio jurídico celebrado, solucionando todos los inconvenientes presentados, colaborando en la medida de lo posible a la Convocante y facilitando la ejecución del contrato, pese a que gran parte de la causa de los inconvenientes se encontraba en la misma conducta de **SCIA**.

#### **8.1.8 Compensación.**

**REFICAR** solicita que, en el remoto caso en que el Tribunal considere que **REFICAR** le adeuda a **SCIA** alguna suma de dinero, ordene que ésta le sea compensada con la que **SCIA** le llegue a adeudar a **REFICAR**.

#### **8.1.9 Carencia de fundamento para solicitar declaraciones de invalidez, ineficacia, o abuso de cláusulas contractuales**

Afirma **REFICAR** que es exigente la carga de la prueba de quien alega la inexistencia, invalidez o ineficacia de contratos, o de elementos de su contenido, cuando quien los ha suscrito los ha ejecutado libre y voluntariamente. **SCIA** es un profesional que desde la solicitud de la oferta estuvo informado sobre las condiciones del contrato a celebrar, las condiciones de la obra, los riesgos que asumía, la modalidad de pago a precio global, la forma de facturación, situación que impide considerar que existió abuso de posición dominante o que se incluyó una cláusula abusiva.

#### **8.1.10 Improcedencia de la declaración de desequilibrio económico.**

Advierte **REFICAR** que no existe en el derecho privado colombiano ninguna figura jurídica aplicable a las pretensiones de la demanda, de manera que no hay razón alguna para acceder a la declaración de desequilibrio económico a la que aspira **SCIA**.

#### **8.1.11 Ausencia de derecho para reclamar**

Afirma **REFICAR** que **SCIA** no solamente tuvo la oportunidad de determinar el valor del contrato y presentar su oferta, sino que conoció que se le pagaría un precio global, único y fijo por la obra

encomendada. En esa medida tenía claro que no podía con posterioridad exigir pagos adicionales a **REFICAR**, en tanto ello implicaría un cambio en la modalidad de pago pactada: de precio global fijo a gastos reembolsables.

#### **8.1.12 La genérica establecida en el artículo 282 del C.G.P.**

El Tribunal se referirá a estas excepciones, oposiciones o medios de defensa más adelante en este Laudo.

### **8.2- Excepciones o medios de defensa de SCIA.**

Las excepciones, oposiciones o medios de defensa propuestas por la parte Convocante, según la contestación a la Demanda de Reconvención reformada, son las siguientes<sup>42</sup>:

#### **8.2.1 Excepción de contrato no cumplido (“*Exceptio Non Adimpleti Contractus*”).**

**REFICAR** se obligó a realizar ciertas actividades cuyo cumplimiento en tiempo, en los términos pactados en el Contrato, era absolutamente indispensable para que **SCIA** pudiera, a su turno, ejecutar sus propias obligaciones contractuales, dentro de las que se encuentra la obligación de entregar a **SCIA** los suministros y la ingeniería del proyecto.

**REFICAR** incumplió de manera reiterada con sus obligaciones contractuales. Dicho incumplimiento ocasionó múltiples problemas y retrasos en la ejecución del Proyecto y la necesidad de ejecutar actividades adicionales por fuera del alcance original del Proyecto.

#### **8.2.2- Inexistencia de los requisitos de la supuesta responsabilidad civil contractual reclamada.**

Aduce **SCIA** que las pretensiones de **REFICAR** se circunscriben a la declaratoria de responsabilidad civil contractual de **SCIA** por supuestos incumplimientos de sus obligaciones, que le generaron los perjuicios y sobrecostos objeto de las reclamaciones contenidas en la Demanda de Reconvención. Frente al punto afirma que para que proceda esta declaratoria resulta imperativo para **REFICAR** demostrar la ocurrencia de todos y cada uno de los siguientes requisitos propios de la responsabilidad civil contractual a saber: a) la preexistencia de un vínculo convencional; b) el incumplimiento o inexecución del contrato; c) una conducta culposa en el obligado, dentro de los varios grados de culpa legalmente establecidos; y d) una relación de

---

<sup>42</sup> Cuaderno Principal No. 3, folios 436 a 456

causalidad entre la culpa y el perjuicio causado, perjuicio que a su vez debe también acreditar **REFICAR**.

Sostiene que se demostrará en el presente proceso, que no se cumple con la totalidad de requisitos, y en esa medida no se debe acceder a las pretensiones de la Demanda de Reconvención.

### **8.2.3 Inexistencia de incumplimiento de SCIA.**

**SCIA** sostiene que con la suscripción del Negocio Jurídico, se obligó a la realización de las actividades necesarias para el "*montaje e instalación de los equipos del Sistema de Manejo de Coke para las áreas de la Unidad de Coke Retardado, del Sistema de Carga de Camiones, el Edificio de Control y Obras Civiles del proyecto de Expansión de la Refinería de Cartagena*"<sup>43</sup> y que al vencimiento de plazo de ejecución del Negocio Jurídico (28 de febrero de 2015) había ejecutado el 99,95% del Proyecto<sup>44</sup>, quedando pendientes atribuibles, exclusivamente, a las acciones u omisiones de **REFICAR**.

### **8.2.4 Inexistencia de incumplimiento de SCIA por la supuesta desmovilización y retiro del proyecto.**

**SCIA** afirma que no es cierto que al finalizar al plazo se retiró del proyecto dejando "*labores pendientes, incompletas o inconclusas*"<sup>45</sup>. Asegura que cumplió con el alcance contratado y que se retiró del Proyecto por el vencimiento del plazo contractual.

### **8.2.5 Inexistencia de nexo de causalidad.**

**SCIA** afirma que no es cierta la existencia de los supuestos incumplimientos y además que hay ausencia de un perjuicio cierto, directo y cuantificado derivado de estos, cuestión que denota la inexistencia de un nexo causal entre estos dos extremos de la responsabilidad contractual. Lo anterior, toda vez que los retrasos acumulados del Proyecto y los perjuicios derivados de ellos

---

<sup>43</sup> Sección 2.01. "Alcance" del Negocio Jurídico. Folio 20 Cuaderno de Pruebas 1.

<sup>44</sup> Hill International, Reporte de Expertos, Informe Técnico para Peritaje, Proyecto de Ampliación de la Refinería de Cartagena S.A. - REFICAR- Sistema de Manejo de Coke, octubre de 2015Folios 237 a 241 Cuaderno de Pruebas No. 10.

<sup>45</sup> Respuesta al Hecho 27 y 28 de la contestación de la Demanda en Reconvención reformada.

guardan conexidad con los incumplimientos de **REFICAR**, en particular, con la entrega tardía o defectuosa, o incluso la no entrega, de suministros e ingeniería del Proyecto.

Asimismo, sostiene que aún en el evento en que se llegare a considerar que **SCIA** incumplió sus obligaciones bajo el contrato, se demostrará que las afectaciones, retrasos y dificultades en la ejecución de las actividades a cargo de **SCIA**, obedecieron a los múltiples incumplimientos de **REFICAR** de sus obligaciones bajo el contrato.

#### **8.2.6- Buena fe contractual de SCIA.**

**SCIA** afirma que, durante la negociación, celebración y ejecución del contrato, siempre se comportó y ajustó su conducta contractual al principio de la buena fe<sup>46</sup>, y prueba de ello es que no solamente le facilitó a **REFICAR** el cumplimiento del objeto del contrato, sino que ejecutó, incluso en exceso sus obligaciones, actividades adicionales al alcance original del Contrato.

#### **8.2.7 REFCAR actúa en contravía de sus propios actos - Incumplimiento del principio "Venire contra factum proprium non valet" o principio de la confianza legítima.**

**SCIA** alude a la doctrina de los actos propios, conforme a la cual "*a nadie es lícito venir contra sus propios actos*", que tiene su fundamento en el principio general de derecho que ordena proceder de buena fe en la vida jurídica (artículo 83 Constitución Política) e impide a las partes de un contrato sustraerse de las manifestaciones que libre, espontánea y expresamente han consignado en sus otrosíes. Afirma que, en este caso, **REFICAR**, con su Demanda de Reconvencción, desconoce el contenido y alcance de los otrosíes al Contrato, los cuales fueron válidamente acordados y celebrados y produjeron plenos efectos jurídicos.

#### **8.2.8 Desconocimiento del deber de planeación contractual.**

Afirma **SCIA** que **REFICAR** desconoció el deber de planeación cuyo cumplimiento le resulta exigible, debido a la naturaleza jurídica de **REFICAR** y a la calificación del contrato como un contrato estatal, sujeto a los principios generales de la función administrativa y de la contratación estatal, y en concreto, al principio de economía, que ordena que los procesos de

---

<sup>46</sup> Artículo 871 del Código de Comercio. "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."

selección se adelanten con suficiente planeación asegurando que previo a la apertura de un proceso de selección o firma de un contrato, se cuente con los estudios y diseños requeridos, así como con las demás previsiones que eviten dilaciones y retardos en la ejecución del contrato.

#### **8.2.9 Excepción de improcedencia del cobro de la Cláusula Penal.**

**SCIA** sostiene que en el presente caso la imposición o cobro de la cláusula penal no es procedente en tanto no se cumple con los siguientes requisitos: (i) Que exista un incumplimiento definitivo de **SCIA** de una o varias obligaciones del contrato y (ii) Que el contrato haya sido terminado de manera anticipada por razones imputables a **SCIA**.

#### **8.2.10 Nulidad del párrafo primero de la sección 2.04 y el numeral 13 de la Sección 2.06 del Negocio Jurídico.**

**SCIA** advierte que **REFICAR** en su Demanda de Reconvención, se refiere tanto al párrafo primero de la sección 2.04, como al numeral 13 de la Sección 2.06 del Contrato, disposiciones en las que se exonera a **REFICAR** de la obligación de asumir cualquier costo o gasto de actividades o suministros adicionales, costos ordinarios o extraordinarios, previstos o imprevistos, directos e indirectos, en que pueda incurrir **SCIA** y surjan de su gestión contractual.

Frente al punto sostiene que no hay duda de que tales disposiciones son abusivas, en la medida en que desequilibran por completo las cargas de las partes al pretender exonerar de antemano a **REFICAR** de toda responsabilidad durante la ejecución del contrato, incluso a pesar de que ellos sean consecuencia del dolo o culpa grave de **REFICAR** y, por tal razón, son nulas por objeto ilícito. Ello se debe a que pretenden la condonación del dolo futuro, en total contravía con lo previsto en el artículo 1522 del Código Civil.

#### **8.2.11- El literal (b) de la Sección 2.12 del Contrato contiene una cláusula penal abusiva.**

**SCIA** sostiene que la cláusula penal contenida en el literal (b) de la Sección 2.12 del Contrato es abusiva al ser una cláusula pactada sólo en favor de **REFICAR**, que sanciona únicamente el incumplimiento de **SCIA** y no los incumplimientos en los que pudiera incurrir **REFICAR**.

#### **8.2.12 Ausencia de alcance y valor transaccional de los acuerdos contenidos en los Otrosíes al Contrato.**

**SCIA** señala que si bien es cierto que suscribió con **REFICAR** seis (6) otrosíes al Contrato, con el fin de responder a las situaciones que estaban afectando la ejecución del Proyecto y, en particular, a las afectaciones ocasionadas por los retrasos atribuibles a factores ajenos a **SCIA** y, en muchos de los casos, a demoras o falencias en la calidad de los trabajos realizados por los proveedores de **REFICAR**. Sin embargo, no es cierto que las partes le hayan dado a tales acuerdos alcance o valor transaccional. Prueba de ello es que **REFICAR** voluntariamente accedió a ampliar el plazo de duración del Contrato y asumió el compromiso de revisar y estimar de manera conjunta con **SCIA** los costos asociados a la mayor permanencia en la obra.

#### **8.2.13 Compensación.**

**SCIA** propone la excepción de compensación en los términos previstos en los artículos 1714 y 1715 del Código Civil. Lo anterior, guardando directa relación con lo expuesto en el escrito de Demanda arbitral, por la cual se reclama el pago de los sobrecostos directos e indirectos y de los perjuicios sufridos con ocasión de la ejecución del Contrato como consecuencia de los reiterados incumplimientos de **REFICAR**, así como el pago de las sumas que **REFICAR** le adeuda a **SCIA** por la ejecución del Contrato.

#### **8.2.14 Excepción Genérica.**

El Tribunal se referirá más adelante en este Laudo a estas excepciones, oposiciones o medios de defensa.

### **8.3. Las excepciones o medios de defensa de SURAMERICANA.**

**SURAMERICANA** en la contestación del llamamiento en garantía, propuso las siguientes excepciones<sup>47</sup>:

---

<sup>47</sup> Cuaderno Principal No. 2, folios 339 a 351.

**8.3.1. La cláusula penal está excluida de la cobertura de la Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares no. 0955684-6.**

Advierte **SURAMERICANA** que una de las exclusiones consagradas en la Sección II del Clausulado General de la Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares No. 0955684-6, es: “...2. SANCIONES. CLAUSULAS PENALES O MULTAS IMPUESTAS AL CONTRATISTA”.

**8.3.2. El amparo de cumplimiento es excluyente con el amparo de estabilidad y calidad de la obra; en consecuencia, no se pueden afectar los dos amparos al mismo tiempo.**

**SURAMERICANA** advierte que en el presente caso debe tenerse en cuenta que el amparo de cumplimiento cubre los riesgos que surjan en la etapa **contractual**, mientras que el amparo de estabilidad y calidad de la obra cubre los riesgos de la etapa **post-contractual**, prueba de ello, es que la definición de este último expresamente indica que la vigencia arranca a partir de la entrega de la obra a satisfacción.

**8.3.3. La Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares No. 0955684 - 6 solo cubre el daño emergente sufrido por el asegurado.**

Según **SURAMERICANA** el clausulado de la Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares No. 0955684-6 (Sección II, numerales 2, 3 y 7 citados en precedente), excluye de la cobertura de la póliza el pago de multas o de la cláusula penal, el lucro cesante y los perjuicios morales, es decir, la póliza únicamente cubre el daño emergente que sufra la entidad contratante.

**8.3.4. La Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares No. 0955684-6 cubre los perjuicios patrimoniales a título de daño emergente que sufra REFICAR como consecuencia del incumplimiento imputable SCIA.**

El objeto del seguro de cumplimiento es proteger el patrimonio de la entidad contratante asegurada, en el evento en el que el contratista garantizado incumpla sus obligaciones. El riesgo asegurado es, entonces, que el contratista incumpla sus obligaciones y como consecuencia de ello, le cause perjuicios al contratante asegurado.

### 8.3.5. La aseguradora solo responde hasta el valor asegurado pactado en el contrato de seguro.

Sostiene **SURAMERICANA** que debe considerarse en el presente caso que el artículo 1079 del Código de Comercio establece que "el asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada (...)". Adicionalmente, que en el clausulado que contiene las condiciones que rigen el contrato de seguro se consignó en la Sección III, que la suma asegurada, determinada para cada amparo en la caratula de esta póliza, delimita la responsabilidad máxima de SURAMERICANA en caso de siniestro.

### 8.3.6. Aplicación del principio de proporcionalidad pactado en el contrato de seguro.

**SURAMERICANA** pide se aplique el principio de proporcionalidad pactado en el numeral 1 de la Sección III del clausulado general de la Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares No. 0955684-6, que establece:

*"También es entendido que el valor asegurado responde de los perjuicios derivados del incumplimiento de la totalidad del contrato. Si hubiere sido satisfecha parcialmente la obligación cuyo cumplimiento se ampara, la cuantía de la indemnización derivada del incumplimiento parcial se liquidará deduciendo, de la suma asegurada, la proporción equivalente a la parte cumplida de la obligación."*

### 8.3.7. Compensación.

**SURAMERICANA** solicita que en el evento remoto en el que se condene a **SCIA** a pagar las pretensiones solicitadas por **REFICAR**, el Tribunal proceda a compensar dicho valor con el dinero que esta última le adeude por cualquier concepto al contratista garantizado.

### 8.3.8. El contrato es ley para las partes.

**SURAMERICANA** solicita que, en el evento de una condenada a favor de **REFICAR**, se observen los términos del contrato de seguro, para efectos de determinar las prestaciones económicas a las que tiene derecho el asegurado en virtud del seguro de cumplimiento a favor de particulares No. 0955684-6, que fundamenta este llamamiento en garantía.



## 9 INSTRUCCIÓN DEL PROCESO.

El Tribunal considera útil y necesario, para el sustento de la decisión que adoptará en este Laudo, relacionar los medios de prueba solicitados por las partes y decretados en Auto de 31 de julio de 2017, Acta No. 16.

Las pruebas que se practicaron en su integridad y obran en el expediente, con excepción de las desistidas por los apoderados, son las siguientes:

### 9.1.- Documentales

Con el valor legal que la ley les confiere, fueron agregados al expediente, los documentos aportados por las partes al proceso físicamente y en medios magnéticos en los diferentes momentos procesales y que obran en los 92 cuadernos de pruebas del expediente.

### 9.2.- Inspección Judicial

El Tribunal decretó la práctica de la inspección judicial en el área donde se desarrolló la totalidad de las obras a cargo de **SCIA**, esto es, la Unidad 113 (Unidad de Manejo o procesamiento de Coke en la Refinería de Cartagena). En dicha diligencia se inspeccionaron las áreas o módulos de la planta donde se sitúan las reclamaciones de las partes Unidad de coke retardado (DCU) ubicado en el Edificio de la Tolva de Coke: el Cuarto de Control, las bandas transportadoras (Belt Conveyors) y los soportes, Torres de transferencia, la Torre Kanawha o Torre para carga de camiones.

La inspección se practicó el día 18 de septiembre de 2017, según consta en el Acta No. 17<sup>48</sup> y fue íntegramente registrada mediante sistema de video grabación, que fue puesta en conocimiento de las partes y agregada al expediente<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 90 a 92.

<sup>49</sup> Cuaderno de Pruebas No. 54, folio 602.

### 9.3.- Testimonios

En el auto de pruebas se decretó la práctica de 19 testimonios solicitados por **SCIA**, 22 solicitados por **REFICAR**, uno solicitado por la parte llamada en garantía y uno decretado de oficio.

Fueron efectivamente practicadas las declaraciones de las siguientes personas:

- ROBINSON CALDERÓN, YESID ANTONIO CAÑÓN, JOSÉ LUIS CORCEGA y MATEO RODRIGUEZ (Acta No. 18 del 19 de septiembre de 2017)<sup>50</sup>.

- CAROLINA OSPINA, JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ y PABLO ROBERTO DE OLIVEIRA (Acta No. 19 del 20 de septiembre de 2017)<sup>51</sup>

- ERWIN PAAP, HUGO FERNANDO RAMÍREZ, CLAUDIA BIBIANA VALENCIA y ALFREDO RAMÍREZ ABADÍA (Acta No. 20 del 21 de septiembre de 2017)<sup>52</sup>.

- VIDAL VEGA (Acta No. 21 del 22 de septiembre de 2017)<sup>53</sup>.

- JULIO CÉSAR SUÁREZ, GUSTAVO ADOLFO ZÚÑIGA, CAROLINA GÓMEZ HURTADO y VICTORIA MONTALVO (Acta No. 23 del 15 de noviembre de 2017)<sup>54</sup> y

- RICARDO VÉLEZ BENEDETTI (Acta No. 27 del 6 de febrero de 2018)<sup>55</sup>

Las transcripciones de los testimonios fueron puestas en conocimiento de las partes y agregadas al expediente<sup>56</sup>, excepto la del testigo PABLO ROBERTO DE OLIVEIRA que no fue posible transcribirse, circunstancia que se puso en conocimiento de las partes de manera oportuna.

---

<sup>50</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 93 a 99.

<sup>51</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 100 a 104.

<sup>52</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 158 a 164.

<sup>53</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 172 a 175.

<sup>54</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 192 a 200.

<sup>55</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 276 a 280

<sup>56</sup> Actas Nos. 25 del 29/01/2018 (folios 218 a 221 del Cuaderno principal No 4) y 34 del 29 de junio de 2018 (folios 349 a 353 del Cuaderno principal No 4). Las transcripciones obran en los Cuadernos de Pruebas Nos. 54 (folios 1 a 230 y 361 a 420); 56 (folios 279 a 308); 60 (folios 102 a 104 y 11 a 149).

**SCIA** desistió en su oportunidad de los siguientes testimonios: Jorge Alejandro Chaves, Pablo Muñoz, Ismael Muñoz, Álvaro Andrade, Carlos Avellaneda, Andrés Arbona, Carlos Fernando Tirado, Sergio Alexander Porras, Andres Robayo, Diego Carrillo, Andrés Felipe Peña y Miguel Flórez. **REFICAR**, por su parte, igualmente, desistió de los testimonios de Juan Fuguet, José Sierra Ollier, Cristian Mantilla, Juan David López, Johanna Herrera, Ricardo Rausseo, Rolando Quintanilla y Roger Padilla. El Tribunal aceptó estos desistimientos mediante Auto de fecha 5 de febrero de 2018 (Acta 26)<sup>57</sup>.

#### 9.4.- Exhibiciones de documentos a cargo de las partes

Los documentos objeto de las exhibiciones decretadas en el Auto de Pruebas provenientes de **SCIA** y de **REFICAR** fueron entregados de común acuerdo por las partes y, como consecuencia el Tribunal ordenó prescindir de las exhibiciones de documentos. Al respecto se precisa:

- i) Los documentos provenientes de **SCIA**, se entregaron el 1º de noviembre de 2017 y se agregaron al expediente mediante Auto del 5 de febrero de 2018 (Acta No. 26), en los cuadernos de Pruebas Nos. 61 al 92 y un medio magnético que obra a folio 2 del Cuaderno de Pruebas No. 56.
- ii) Los documentos provenientes de **REFICAR**, se aportaron en medios magnéticos en tres entregas: la primera el 12 de enero de 2018 y obra a Folio 1 del Cuaderno de Pruebas No. 57, la segunda el 5 de febrero de 2018 visible a folio 349 del Cuaderno de Pruebas No. 58 y la tercera el 15 de febrero de 2018, folio 378 del Cuaderno de Pruebas No. 58.

Mediante Auto del 15 de febrero de 2018 (Acta No. 28<sup>58</sup>) el Tribunal declaró efectuada y concluida la exhibición residual de documentos a cargo de **REFICAR** y se agregó al plenario el producto de esa exhibición.

#### 9.5.- Exhibiciones de documentos a cargo de terceros

Por solicitud de **SCIA**, el Tribunal decretó la exhibición de documentos a cargo de las sociedades **MECOR COLOMBIA S.A.S., RAPISCOL S.A** y **CDI S.A.**

---

<sup>57</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 243 a 252.

<sup>58</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 300 a 306.

**Exhibición de Mecor Colombia S.A.S.** En audiencia de 15 de febrero de 2018 (Acta No. 28<sup>59</sup>) el apoderado de **SCIA** desistió de esta prueba comoquiera que **REFICAR** incluyó en su exhibición documentos que tenía que exhibir este tercero.

**Exhibición de Rapiscol S.A.** El 5 de febrero de 2018 (Acta 26<sup>60</sup>), se surtió la exhibición a cargo de esta sociedad y se ordenó la incorporación al plenario de los documentos exhibidos los que obran a folios 1 a 742 del Cuaderno de Pruebas No. 59.

**Exhibición de CDI S.A.** En audiencia del 15 de febrero de 2018 (Acta No. 28<sup>61</sup>) el apoderado de **SCIA** desistió de esta prueba comoquiera que **REFICAR** incluyó en su exhibición documentos que tenía que exhibir este tercero.

## **9.6.- Dictámenes Periciales**

La parte Convocante solicitó la práctica de cinco (5) experticias: cuatro (4) cuatro de ellas de carácter técnico y una (1) de naturaleza contable; **REFICAR** solicitó la práctica de 3 experticias: una (1) de carácter contable y dos (2) de índole técnico y el llamado en garantía solicitó la práctica de una (1) experticia técnica.

El Tribunal decretó en el Auto de pruebas la práctica de todas las experticias solicitadas por las partes bajo la modalidad de dictámenes periciales de parte (artículos 227 y 228 del Código General del Proceso)

### **9.6.1.- Dictámenes de parte aportados por SCIA**

#### **Aportados con la demanda inicial:**

i) Informe técnico Proyecto de Ampliación de la Refinería de Cartagena (sobre los retrasos) de octubre de 2015 elaborado por HILL INTERNATIONAL, en adelante HILL. El informe obra en el expediente a folios 1 a 241 del Cuaderno de Pruebas No. 10 y los anexos obran en los cuadernos de pruebas Nos. 11 al 42.

---

<sup>59</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 300 a 306.

<sup>60</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 243 a 252.

<sup>61</sup> Cuaderno Principal No. 4. folios 300 a 306.

ii) Informe técnico sobre ingeniería estructural – evaluación de la estructura de acero de agosto de 2016, elaborado por HILL INTERNATIONAL e incorporado en medio magnético a folio 772 del Cuaderno de Pruebas No. 1

Si bien la parte Convocante anunció aportar dos (2) dictámenes técnicos adicionales, en la oportunidad respectiva guardó silencio y no los entregó.

**Aportados durante el trámite:**

iii) Peritaje Contable, elaborado por Luis A. Ramírez y Luis H. Ramírez, aportado el 8 de noviembre de 2017 y puesto en conocimiento de las partes mediante Auto de fecha 6 de febrero de 2018 (Acta No. 27). Este peritaje fue incorporado a folios 10 a 83 Cuaderno de Pruebas No. 56. **REFICAR** solicitó audiencia de contradicción, la que se llevó a cabo el 25 de abril de 2018, oportunidad en la que rindieron declaración y fueron interrogados por el Tribunal y por las partes, acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen aportado (Acta No. 32<sup>62</sup>)

La transcripción de la declaración de los peritos fue puesta en conocimiento de las partes y agregada al expediente a folios 120 a 143 del Cuaderno de Pruebas No. 60.

iv) “Informe técnico Gerencia de Proyectos – Respuesta al Peritaje de GPS del 2 de octubre de 2017”, elaborado por el experto Mateo Rodriguez de la firma HKA y aportado por la Parte Convocante el 9 de febrero de 2018, para ejercer contradicción al dictamen de parte de **REFICAR** entregado el 2 de octubre de 2017. Este informe obra a folios 284 a 285A del Cuaderno de Pruebas No. 58.

v) “Informe de Objeciones al Dictamen de Integra Consultores y Asesores S.A. del 8 de noviembre de 2017” elaborado por los peritos contables Luis A. Ramírez y Luis H. Ramírez y aportado por la Parte Convocante el 9 de febrero de 2018, para ejercer contradicción al dictamen de parte de carácter contable entregado por **REFICAR** el 8 de noviembre 2017. Este peritaje obra a folios 286 a 326 Cuaderno de Pruebas No. 58.

vi) “Informe técnico – Prueba Pericial técnica de Experto en Gerencia de Proyectos – Respuesta al Peritaje de GPS del 6 de abril de 2018” (elaborado por el experto Mateo Rodriguez de la firma HKA y aportado por la Parte Convocante el 6 de junio de 2018, para ejercer contradicción al dictamen

---

<sup>62</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 332 a 334.

de parte elaborado por GLOBAL PROJECT STRATEGY – GPS, en adelante GPS y entregado por **REFICAR** el 6 de abril 2018. Este peritaje obra a folios 1 a 94 Cuaderno de Pruebas No. 60.

#### **9.6.2- Dictámenes de parte aportados por REFICAR**

**REFICAR** solicitó el decreto y práctica de 3 experticias, una (1) de carácter contable y dos (2) de índole técnico.

i) Peritaje Experto sobre el Desarrollo de los Trabajos Realizados en la Unidad 113 de la Refinería y Respuesta al Informe técnico presentado por Hill International, elaborado por los peritos Carlos Sosa y Rubén Pulgar de la firma GLOBAL PROJECT STRATEGY – GPS y presentado el 2 de octubre de 2017. Se puso en conocimiento mediante Auto de fecha 6 de febrero de 2018 (Acta No. 27<sup>63</sup>) y fue incorporado a folios 421 a 602 del Cuaderno de Pruebas No. 54. Por solicitud de **SCIA** y **SURAMERICANA**, mediante auto del 15 de febrero de 2018 (Acta No. 28) se fijó fecha para audiencia de contradicción para el día 24 de abril de 2018. Mediante memoriales del 19 de abril de 2018 los peticionarios desistieron de este interrogatorio, solicitud que fue aceptada por el Tribunal mediante Auto del 20 de abril de 2018 (Acta No. 30<sup>64</sup>).

ii) Dictamen Pericial Contable, elaborado por la firma Integra Auditores Consultores S.A. y presentado el 8 de noviembre de 2017. Se puso en conocimiento de las partes mediante auto del 6 de febrero de 2018 (Acta No. 27) y fue incorporado a folios 1 a 785 Cuaderno de Pruebas No. 55.

**SCIA** y **SURAMERICANA** solicitaron citar a sus autores Luis Alexander Urbina y Carlos Alberto Vargas a audiencia de contradicción, la que tuvo lugar el 24 de abril de 2018, oportunidad en la que rindieron declaración y fueron interrogados por el Tribunal y las partes acerca de su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen aportado (Acta No. 31<sup>65</sup>).

La transcripción de la declaración de los peritos Urbina y Vargas fue puesta en conocimiento de las partes y agregada al expediente a folios 111 a 119 del Cuaderno de Pruebas No. 60.

iii) Informe Técnico sobre el Desarrollo de los Trabajos Realizados en la Unidad 113 de la Refinería de Cartagena, elaborado por los peritos Carlos Sosa y Rubén Pulgar de la firma Global Project Strategy – GPS y presentado el 6 de abril de 2018. Se puso en conocimiento mediante auto de

---

<sup>63</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 276 a 280.

<sup>64</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 322 y 323

<sup>65</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 332 y 336.

fecha 25 de abril de 2018 (Acta 32<sup>66</sup>) y fue incorporado a folios 381 a 568 del Cuaderno de Pruebas No. 58. La parte llamada en garantía solicitó citar a los autores de esta experticia en audiencia de contradicción y posteriormente desistió de esta solicitud, desistimiento que fue aceptado mediante Auto del 28 junio de 2018 (Acta No. 34<sup>67</sup>)

#### **9.6.3- Dictamen de parte solicitado por SURAMERICANA**

En el Auto de pruebas, por petición de la parte llamada en garantía, se decretó la práctica de un dictamen técnico a cargo de un experto en ejecución de proyectos de ingeniería, confiriéndose un plazo de dos meses contados a partir de la ejecutoria de este auto para su realización. Mediante memorial del 6 de junio de 2017, **SURAMERICANA** desistió de la prueba pericial decretada (Acta 26<sup>68</sup>).

#### **9.7.- Informe escrito bajo juramento del representante de REFCAR.**

En el auto de pruebas, atendiendo una solicitada de **SCIA** y de **SURAMERICANA** se ordenó al representante legal de **REFCAR** rendir declaración mediante informe escrito presentado bajo juramento. Se concedió un término al peticionario de la prueba para entregar el cuestionario correspondiente, el que no se aportó en el plazo previsto.

#### **9.8.- Interrogatorio de parte del representante legal de SCIA.**

Decretado en el auto de pruebas la práctica del interrogatorio al representante legal de la parte Convocante y fijada fecha para su práctica, fue desistida la prueba por su peticionario mediante memorial del 1º de febrero de 2018 (Acta 26).

### **10 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

Recaudado así el acervo probatorio y cerrado el periodo probatorio con la conformidad de las partes, el Tribunal en sesión del 9 de agosto de 2018, realizó la audiencia de alegaciones (Acta

---

<sup>66</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 332 a 336.

<sup>67</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 349 a 352.

<sup>68</sup> Cuaderno Principal No. 4, folios 243 a 252.

36<sup>69</sup>) en la que los apoderados de las partes formularon oralmente sus argumentos de cierre y entregaron un memorial con el resumen de los mismos que forma parte del expediente<sup>70</sup>. Este laudo se referirá, en el análisis de cada tema, a las argumentaciones expuestas por las partes en tal oportunidad. La representante del Ministerio Público rindió su concepto en esa misma oportunidad.

---

<sup>69</sup> Cuaderno Principal No.5, folios 1 a 4.

<sup>70</sup> Cuaderno Principal No. 5, folios 1 a 360.



## SEGUNDA PARTE

### CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal, en primer lugar, ratifica el control de legalidad de lo actuado que se consignó en el Acta No. 34 el 28 de junio de 2018, al cerrarse la instrucción de este arbitraje, sobre el que las partes dieron su conformidad. También considera el Tribunal debidamente establecidos los presupuestos procesales por lo que resulta procedente formular las consideraciones que fundamentarán sus decisiones.

#### 1 LAS PARTES Y SU NATURALEZA JURÍDICA.

Sin perjuicio de lo que acaba de sentarse, el Tribunal considera necesario hacer las siguientes precisiones respecto de las partes de este arbitraje.

##### 1.1 Naturaleza jurídica de la parte Convocante.

La Contratista, Convocante en este proceso arbitral es **SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A.**, sociedad anónima de derecho privado, constituida como sociedad limitada a través de la Escritura Pública No. 2483 otorgada el 25 de abril de 1973 de la Notaría 6ª del círculo de Bogotá, inscrita el 10 de mayo de ese mismo año bajo el No. 9293 del Libro IX, nombre que ha sido modificado en varias oportunidades. Mediante Escritura Pública No. 6008 del 22 de diciembre de 1988, de la Notaría 25 del Círculo de Bogotá, inscrita el 6 de enero de 1989 bajo el No. 254304, se transformó en sociedad anónima y cambió su nombre por el actual.

El objeto principal de la sociedad es la realización de actividades en el campo de la ingeniería en cualquiera de sus ramas y, en desarrollo de lo anterior, se encuentra habilitada para elaborar diseños, realizar asesorías, interventorías, gerencias de proyecto y proyectos llave en mano y todas las demás labores conexas y complementarias a ese objeto.

##### 1.2 Naturaleza jurídica de la parte Convocada.

La Contratante, parte Convocada, es la **REFINERÍA DE CARTAGENA S. A.**, en lo sucesivo **REFICAR**, sociedad anónima constituida mediante Escritura Pública No. 3890 otorgada el 11 de octubre de 2006 de la Notaría 3 de Cartagena, inscrita el 12 de octubre de ese mismo año bajo el No. 50.347 del Libro IX, nombre que fue modificado por el actual mediante Escritura Pública No. 3.024 del

19 de octubre de 2009 de la Notaría 42 del Círculo de Bogotá, inscrita el 21 de octubre de 2009 bajo el No. 63.824 del Libro IX.

La contratante es una SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA, de carácter comercial, organizada bajo la forma de sociedad anónima, del orden nacional, y con participación del Estado superior al cincuenta por ciento (50%) de su capital social, condición que impone calificarla, para efectos contractuales, como una **entidad estatal** según se desprende de lo dispuesto en el artículo 2° del Estatuto de Contratación Estatal (Ley 80 de 1993) y, en materia procesal, como una **entidad pública** a la luz de lo dispuesto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA.

El objeto principal de la referida sociedad por acciones, según se desprende del certificado de existencia y representación de la entidad, es ser usuaria de los bienes y servicios de la zona franca y realizar actividades relacionadas con la construcción y operación de refinerías, refinación de hidrocarburos y comercialización, mezcla, importación y exportación de coque de petróleo, entre otras.

Pese a su condición de entidad estatal, sus actos y contratos no se rigen por el Estatuto Contractual de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) porque, por virtud de lo previsto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, este tipo de entidades se rige por el **derecho privado**. Tal situación fue advertida durante el proceso de selección de contratistas, en la Adenda No. 5<sup>71</sup> en la que la entidad al responder la pregunta No. 45<sup>72</sup> precisó: “...se aclara que el NEGOCIO JURIDICO estará sujeto al derecho privado. Reficar, por ser empresa de economía mixta, está sujeta a las disposiciones del artículo 95 y s.s de la Ley 489 de 1998, y el Artículo 461 de Código de Comercio. Estas disposiciones consagran que nuestras actividades se suscriben (sic) al derecho privado...”

No sobra destacar que su condición de entidad estatal le impone observar en el desarrollo de sus procedimientos de selección y en materia contractual, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y los de selección objetiva, igualdad y planeación, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades contenido en la Ley 80 de 1993. Lo anterior tomó fuerza, a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, norma que modificó el Estatuto contractual estatal, al ordenar

---

<sup>71</sup> Adenda No. 5 del 21 de junio de 2013. Proceso de selección. Concurso “montaje e Instalacion de los equipos del sistema de manejo de coke para las áreas de la Unidad de Coke retardado, del sistema de cargue de camiones, el edificio de control y obras civiles del Proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena. Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 481 a 494.

<sup>72</sup> Ibidem. Adenda No. 5 respuesta No. 45, folio 486 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

en su artículo 13, a las entidades estatales que tengan régimen contractual excepcional al del Estatuto Contractual, aplicar acorde con su régimen legal especial, los referidos principios y normas legales.

### 1.3 Naturaleza jurídica del LLAMADO EN GARANTÍA.

El llamado en garantía, como ya se indicó, es la compañía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., sociedad anónima dedicada al aseguramiento de riesgos generales. Su objeto es la realización de operaciones de seguro y de reaseguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente por la ley.

La referida Aseguradora fue vinculada a este proceso por llamamiento de la Convocada en consideración a que **SCIA** constituyó con esa aseguradora y en favor de **REFICAR**, la Póliza de Cumplimiento en favor de particulares No. 100900767 de 30 de octubre de 2013<sup>73</sup>, que garantiza las obligaciones del Contrato celebrado entre las partes y cuyas controversias se dirimen en este proceso arbitral. Dicha póliza ampara: (i) La calidad y correcto funcionamiento de bienes y equipos suministrados; (ii) El cumplimiento del contrato; (iii) La estabilidad y calidad de la obra y, (iv) El pago de prestaciones sociales e indemnizaciones laborales.

## 2 EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES Y SU RÉGIMEN JURÍDICO.

El contrato objeto de la presente controversia está rotulado “OFERTA MERCANTIL IRREVOCABLE”, ajustado (Oferta y Aceptación) el 24 de octubre de 2013 entre **REFICAR** y **SCIA**, adjudicado como resultado del proceso de Selección No. PRES -013-01 adelantado por **REFICAR** desde el mes de mayo de 2013, con el fin de seleccionar al contratista que se encargaría de realizar “el montaje e instalación de los equipos del sistema de manejo de coke para las áreas de la unidad de coke retardado del sistema de carga de camiones, el edificio de control y obras civiles del proyecto de expansión de la refinería de Cartagena”<sup>74</sup>, concurso en el que fue seleccionada la

---

<sup>73</sup> Se observa que en la respuesta al llamamiento en garantía se hace referencia a la Póliza No. 09555684-6. Cuaderno Principal No.2, folios 337 a 340.

<sup>74</sup> En el expediente (Cuaderno de Pruebas 1 folios 4 a 15) obra un documento rotulado Términos de Referencia. El referido documento es un borrador y en el mismo se consigna una invitación a los interesados en participar en la presentación de una oferta para “realizar la construcción de los cimientos, carreteras y obras civiles del sistema de cargue de coque en el proyecto CHS procedimiento adelantado dentro del proyecto de expansión de la refinería de Cartagena”. Los Terminos de referencia definitivos (versiones en Ingles y en español) obran a folios 1 a 151 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

oferta presentada por **SCIA** en junio de 2013, aclarada posteriormente en agosto y octubre del mismo año<sup>75</sup>, y cuya oferta definitiva fue la presentada el 23 de octubre de 2013<sup>76</sup>, aceptada por **REFICAR** mediante orden de compra del 30 de octubre de 2013<sup>77</sup>.

Para los fines de esta controversia, el Tribunal destaca los siguientes aspectos relevantes del contrato suscrito entre las partes.

## 2.1 Es un contrato estatal.

El referido Contrato se califica como un **contrato estatal** en virtud del criterio orgánico adoptado en la Ley 80 de 1993 en sus artículos 1º, 2º y 32, según el cual todo acto jurídico generador de obligaciones celebrado por una de las entidades, órganos o personas listadas y consideradas en el artículo 2º de la ley como entidades estatales, se consideran contratos estatales, sin importar el régimen jurídico contractual previsto para esa determinada entidad estatal. Así lo ha reconocido la Sección III del Consejo de Estado en múltiples providencias en las que ha señalado que al adoptar la Ley 80 de 1993 un criterio orgánico, es preciso concluir que *“la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico”* y, por tanto, serán considerados **“contratos estatales especiales”** aquellos que celebren las entidades estatales no sujetas a su régimen. Al respecto resulta ilustrativa la providencia de fecha 3/03/ 2011 Exp Rad: 16246 que dispone:<sup>78</sup>

*“Al respecto, la Jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la naturaleza del contrato no depende de su régimen jurídico, por tanto, al adoptar un criterio orgánico, se ha expuesto que serán considerados contratos estatales aquellos que*

---

<sup>75</sup> En el Cuaderno de Pruebas No. 2 a folios 441 a 456 obran dos comunicaciones suscritas por el representante legal de Schrader Camargo, Ingenieros Asociados, rotuladas “anexo 14 Carta P/363-13- respuesta solicitud de aclaraciones-ofrecimiento” y Anexo 15. Carta P/3951-13 –“respuesta solicitud de aclaraciones – ofrecimiento”, de fechas 29/06/2013 y 8/08/ 2013, respectivamente, comunicaciones en las que SCIA responde las solicitudes de aclaración efectuadas por REFICAR respecto de la oferta presentada por SCIA.

<sup>76</sup> Comunicación REFICAR VP-GEN-1368-3148-13 del 24 de octubre de 2013. Referencia: “Concurso para adjudicar el Contrato “Montaje e instalación de los equipos del Sistema de manejo de Coke del Proyecto de Expansión de la Refinería de Cartagena”- Proyecto de Expansión Refinería de Cartagena”. Asunto: “Comentarios de la Oferta Mercantil”. Folios 18 y 19 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>77</sup> Así consta en el acta de inicio suscrita entre las partes, el 5 de noviembre de 2013, que obra a folio 16 del Cuaderno de pruebas No. 1. La orden de compra y sus anexos obran a folios 39 yss del Cuaderno de Pruebas No. 1.

<sup>78</sup> Sentencia del Consejo de Estado. S.C.A del 3/03/ 2011 C. P: Hernán Andrade, Expediente: 16246. Demandante: Ever Alfonso Suárez Lagos. Demandado: Empresa Colombiana de Petróleo.

celebren las entidades de igual naturaleza. En este sentido se ha pronunciado esta Sala:

*De este modo, son contratos estatales ‘todos los contratos que celebren las entidades públicas del Estado, ya sea que se regulen por el Estatuto General de Contratación Administrativa o que estén sujetos a regímenes especiales’, ..., son objeto de control por parte del juez administrativo, caso en el cual las normas procesales aplicables a los trámites que ante éste se surtan no podrán ser otras que las del derecho administrativo y las que en particular existan para este tipo de procedimientos, sin que incida la normatividad sustantiva que se le aplique a los contratos.’<sup>79</sup> (Negrilla fuera del texto)*

Como ya se indicó, el régimen jurídico aplicable al contrato es el **derecho privado**, de acuerdo con lo previsto en el artículo 97 de la Ley 489 de 1998. Sin perjuicio de lo anterior, debe resaltarse que la calificación como **contrato estatal especial** exige considerar, además de las normas civiles y comerciales que resultan aplicables de acuerdo con el objeto y alcance y que regulan el negocio jurídico celebrado, las reglas fijadas en los respectivos términos de referencia y los principios que rigen la función administrativa (artículo 209 de la C.P.). Lo anterior en consideración a que estos aspectos se imbrican normalmente en el texto del contrato estatal haciendo parte integral del mismo y convirtiéndose en cláusulas vinculantes o en criterios de interpretación de lo pactado. Ello es así pues, a través de las mismas, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado<sup>80</sup>, se fija el contenido obligacional del contrato que pretende suscribirse y se hacen efectivos los principios de igualdad, de transparencia, de economía, publicidad, de responsabilidad y de selección objetiva, conforme a los cuales debe adelantarse la función administrativa contractual.

Precisados los anteriores aspectos el Tribunal entra a revisar, en primer lugar, el objeto del contrato celebrado entre las partes y, en lo que sea pertinente, los documentos de la etapa precontractual, en tanto los mismos sirven como criterio para la indagación e interpretación de la voluntad de las partes y de las reglas dispuestas en el Contrato.

---

<sup>79</sup> Auto del Consejo de Estado. S.C.A de 20/08/1998. Exp. 14.202. C. P. Juan de Dios Montes Hernández.

<sup>80</sup> Sobre el particular son pertinentes, por lo menos, estas sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 24 de julio de 2013. Exp: 25642, C. P: Enrique Gil Botero; de 4 de junio de 2008, Exp. 17783, C.P: Miriam Guerrero Escobar; de 30 de diciembre de 2006, Exp. 18059 C.P: Alier Hernández Enríquez; de 8 de junio de 2006, Exp: 15005 C.P: María Elena Giraldo Gómez; de 28 de abril de 2005, Exp. 12025, C.P: Ramiro Saavedra y, de 3 de mayo de 1999, Exp. 12344, C.P: Daniel Suarez Hernández.

## 2.2 El objeto y el alcance de la Obra.

De acuerdo con la Sección 2.01, el “alcance” del Contrato se concretó en lo siguiente<sup>81</sup>:

*“... EL CONTRATISTA ejecutará el montaje e instalación de los equipos del sistema de manejo de coque para las áreas de la unidad de coque retardado, del sistema de carga de camiones, el edificio de control y obras civiles del proyecto de expansión de la refinería de Cartagena, tal y como se establecen en el anexo No. 2 “alcance de los servicios.*

*Reficar será el propietario y tendrá el derecho de uso de los planos, estudios y documentos producidos en el desarrollo de este Negocio jurídico sin ningún costo adicional a los establecidos en esta OFERTA”.*

El alcance específico del Contrato obra en el Anexo No.2 “Scope of Work<sup>82</sup>”, que es el mismo Anexo No. 2 de los Términos de Referencia. Este documento que comprende dos partes:

En la primera parte se consignan las condiciones generales del proyecto, se efectúa una descripción del sistema de manejo de coque y se precisa en forma detallada el alcance de la obra en los siguientes términos<sup>83</sup>:

### *“2.2 RESUMEN DEL ALCANCE DE LA OBRA.*

*El alcance de la obra cubierto por este Pliego es el levantamiento, instalación y prueba del sistema de manejo de Coque de petróleo dentro de las áreas del proyecto designadas como AREA DCU, AREA DE CARGA DE CAMIONES (TLA) y CRB. Otra sección se refiere a todas las obras civiles requeridas para todo el proyecto (salvo por el Área DCU).*

*Los esquemas, arreglos generales y planos de diseño detallados que hacen parte de las cuatro (4) áreas del Proyectos mencionadas anteriormente, están adjuntos en los ANEXOS que forman parte de este Pliego.*

*Cada uno de los elementos que van a ser instalados tiene una lista de materiales (BOM). Las cantidades enumeradas en dichas BOM son únicamente de carácter informativo. El Licitante verificará las cantidades que él considere necesarias para las obras de levantamiento con base en la información incluida en este Pliego y en toda la documentación técnica adjunta al mismo.*

---

<sup>81</sup> Ver Cláusula 2 de la Oferta Mercantil Irrevocable. Folio 20 Cuaderno de Pruebas No. 1

<sup>82</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 145 a 338.

<sup>83</sup> Págs. 16 y 17 del Anexo No. 2 de los Pliegos de Condiciones “Scope of work”. Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 159 y 160.

*La descripción de la obra en este documento tiene por objeto proporcionar una indicación del contenido de los SERVICIOS que van a ser prestados por el CONTRATISTA y no se deberá interpretar como si limitara de alguna manera el alcance de la OBRA del CONTRATISTA y quien ejecutará todas las OBRAS necesarias según como se establece en este documento y en las demás áreas el CONTRATISTA.*

### 2.3 ALCANCE GENERAL DE LA OBRA.

*El alcance general de la OBRA del CONTRATISTA incluye lo siguiente*

1. *El transporte desde las áreas de almacenamiento de materiales (Casablanca 2, lugar Ro-Ro- o Zona Franca la Candelaria) hasta las áreas de DCU y TLS en el lugar de trabajo de la Refinería. La descarga, el almacenamiento (si se requiere), la custodia y la preservación a largo plazo de los equipos antes de la instalación y de la finalización mecánica.*
2. *La prestación de dirección técnica, supervisión, mano de obra, equipos, materiales y combustibles para el montaje, levantamiento e instalación de todos los equipos y sistemas auxiliares y estructurales de acero.*
3. *Hacer todas las instalaciones eléctricas: cableado y prueba del sistema eléctrico en las áreas de DCU y TLS. El sistema eléctrico incluye: el sistema de energía eléctrica, sistema de iluminación. Sistema de conexión a tierra sobre la superficie de la Tierra y el sistema de Bandeja porta cables de Aluminio.*
4. *Instalar todos los instrumentos y controles para el correcto funcionamiento de los equipos y de la instalación en su conjunto.*
5. *Ejecutar todas las actividades relacionadas con la fase de finalización mecánica, antes de la entrega para la puesta en marcha.*
6. *El suministro de materiales:*
  - a) *Todos los materiales asociados con el Edificio de la sala de control y de la Bodega será suministrados por el Contratista. Esto incluye: la fabricación, transporte al sitio de trabajo, construcción de edificios, suministro de equipos, instalación y pruebas. El CRB incluye la sala de equipos, sala de control, oficinas para los empleados, muebles, salas de sistemas y una subestación. La bodega incluye la sala de repuestos electrónicos, la subestación eléctrica y aun área de bodega general. EL SISTEMA SCADA (sic) SERA SUMINISTRADO, INSTALADO Y PROBADO POR TERCEROS.*
  - b) *Los materiales para la DCU y TLS serán suministrados por REFICAR excepto cuando así se indique en este documento.*
  - c) *Todo el material requerido para las OBRAS CIVILES será suministrado por el Contratista”.*

Asimismo se destaca que en esta primera parte se describe de manera detallada la obra, con la indicación de que los servicios prestados por el contratista incluyen pero no están necesariamente limitados a: instalaciones temporales, actividades de HSE, instalación estructural y de los equipos, instalaciones eléctricas, de control e instrumentación y pruebas, Tuberías y obras civiles en el área TLS, precisándose también las responsabilidades del contratista en cada una de las actividades mencionadas (numeral 3), así como las normas y regulaciones aplicables en materia de mecánica estructural, instrumentación y control,

seguridad y garantía de calidad (numeral 4). De igual forma se especifica todo lo relativo a la documentación para el proceso de licitación, para la implementación del proyecto y lo relativo a la documentación técnica e informes diarios semanales y mensuales exigidos, y finalmente se advierte en relación con el pago, lo siguiente<sup>84</sup>:

*“con el fin de ayudar el CONTRATISTA con la lista general de materiales y equipos proporcionados para la obra, las BOMS (Bill OF MATERIAL, Listado de Materiales) de toda la obra se incluyen en los anexos de cada área. REFICAR no asume ninguna responsabilidad por estas cantidades y el CONTRATISTA deberá verificar las cantidades por medio de los planos y las especificaciones técnicas proporcionadas. El Contratista deberá utilizar las BOMS para efectos informativos solamente. La base del pago será la siguiente:*

- Área de DCU: suma global.
- Área del TLS: Suma global
- Área del CRB y la Bodega: Suma global
- Obras civiles: Suma Global”.

En la segunda parte del documento, obra información detallada relativa a la instalación de los equipos y su programación, indicándose, respecto de cada obra, el alcance y las obligaciones que asume el contratista, dentro de la que se destaca la obligación de presentar antes del inicio de la obra, el programa detallado de trabajo de instalación para su aprobación por **REFICAR**, con el fin de evitar interferencias con otras obras de infraestructura que se adelantan, o para que las mismas puedan ser minimizadas.

Revisado el alcance es claro que se trata de un Contrato para la confección de obra material regulado en los artículos 2053 a 2062 del Código civil, en la medida en que su objeto se concreta en la realización por parte de **SCIA** sin que exista subordinación alguna del contratista, de una obra material para **REFICAR** consistente en levantar, instalar y hacer el montaje de unos equipos, así como ejecutar unas determinadas obras de construcción, en un plazo y bajo una remuneración y modalidad de pago previamente pactadas.

Adicionalmente, **REFICAR** dispuso, en los términos de referencia (anexo no. 9)<sup>85</sup>, reglas que se aplicarían en el evento en que fuera necesario efectuar cambios en el alcance de los servicios durante la ejecución. En este sentido dispuso que:

---

<sup>84</sup> Pág. 56 del Anexo No. 2 de la oferta Mercantil “Scope of work”. Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 199.

<sup>85</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 428 y 429.



- i) **REFICAR**, se reserva el derecho a efectuar, mediante órdenes de cambio, las modificaciones que sean consideradas “consecuentes” con la intención inicial de la oferta, cambios que el contratista se encuentra obligado a realizar sin ningún costo adicional, en tanto se consideran dentro del alcance de la oferta.
- ii) Por el contrario, aquellos cambios que estén “fuera” o sean “contradictorios” con la intención original de la oferta, se entiende que no son obligatorios. Respecto de los mismos, **REFICAR** se obligó a solicitar inmediatamente al contratista una oferta de servicios, que debía ser aceptada y aprobada previamente por **REFICAR**. En igual forma se dispuso para los eventos en que se requieran servicios adicionales que éstos no podrían iniciarse sin contar con la aprobación por escrito de **REFICAR**.

### 2.3 El Plazo pactado.

En cuanto al plazo, las partes acordaron en la sección 2.03 del Contrato de Oferta Mercantil<sup>86</sup> que el mismo tendría un “término de duración” de 330 días calendario contados desde la fecha de la firma del Acta de inicio por parte de **REFICAR**, plazo que según se precisó, comprende:

- i) El periodo de ejecución de los servicios que se acordó en un “*máximo de 270 días calendario (plazo que incluye los días necesarios para la movilización y desmovilización) contados a partir de la fecha ... que se señale para el inicio de los trabajos en el acta de inicio de actividades, la que sería suscrita dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de emisión de la orden de compra por parte de REFICAR*” ...
- ii) El plazo de liquidación de mutuo acuerdo, que se pactó en 60 días, contados desde la fecha de finalización del plazo de ejecución, vencido el cual **REFICAR** tendrá la facultad de liquidarlo unilateralmente.

Según han afirmado las partes en la Demanda y su respectiva contestación y según obra en diversos documentos aportados al plenario, el plazo de ejecución inició el 5 de noviembre de 2013<sup>87</sup>, fecha a partir de la cual debían computarse los 277 días pactados<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 20 y 21.

<sup>87</sup> Ver Comunicación de **REFICAR** VP-GEN-1368-3148-13 del 24 de octubre de 2013 Rad E0002456. Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 18

<sup>88</sup> El acta de inicio obra a folios 16 y 17 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

El Contrato fue objeto de seis (6) otrosíes<sup>89</sup>, cuyo alcance se precisará más adelante. Sin embargo, se destaca, para efectos del plazo, que cuatro (4) de ellos prorrogaron el periodo de ejecución, fijándose como nuevas fechas de terminación del Contrato, las siguientes:

- Mediante Otrosí No. 2 del 22 de junio de 2014, se extendió el plazo en 31 días para la continuación de las actividades del PDT rev 1.
- En el Otrosí No. 3 de fecha 1º de septiembre de 2014 se prorrogó el plazo en 60 días calendario, fijando como nueva fecha para la finalización el 3 de diciembre de 2014.
- En el otrosí No. 4 del 30 de octubre de 2014, se acordó extender el plazo en 49 días calendario y como consecuencia de ello, cambiar la fecha de finalización para el 19 de diciembre de 2014 y,
- En el Otrosí No. 6, último instrumento modificatorio suscrito entre las partes, se prorrogó el plazo de ejecución por el término de 71 días, acordando como fecha de finalización de este el 28 de febrero de 2015.

En definitiva, se tiene que el plazo de ejecución del Contrato finalizó el 28 de febrero de 2015, tal y como lo reconocen ambas partes<sup>90</sup>. Lo anterior significa, atendiendo lo dispuesto en el párrafo 1º de la cláusula 4 del Otrosí No. 6, que a partir del día siguiente (1/02/2015) se inició el plazo de dos meses para liquidar el mismo, cuyo vencimiento tuvo lugar el pasado 30 de abril de 2015, sin que las partes hayan procedido en consecuencia.

En este punto debe considerarse lo manifestado por ambas partes. Afirma a Convocante que lo anterior fue así porque *“REFICAR no convocó a SCIA ni adelantó tramite alguno que condujera a la liquidación de común acuerdo del Contrato. Por lo tanto, el vencimiento del plazo para liquidar el contrato ocurrió sin que las partes acordaran de común acuerdo su liquidación”*. Por su parte la Convocada sostiene que para esa fecha *“SCIA seguía trabajando en la terminación y entrega de los libros de completamiento mecánico y no demostró ningún interés en liquidar el Contrato previamente. El retiro de SCIA del proyecto se dio finalmente en el mes de junio de 2015”*<sup>91</sup>. Adicionalmente afirma en la Demanda de Reconvención que *“ al finalizar el término de ejecución de las obras”, SCIA abandonó las obras, no las concluyó, dejó las labores pendientes, incompletas o inconclusas “registrando un atraso de más de 7 meses con respecto al PDT Rev, y de 5 meses con*

---

<sup>89</sup> Los Otrosies al contrato de Oferta Mercantil obran a folios 2 a 30 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

<sup>90</sup> Ver página 2 de la Demanda de SCIA. Cuaderno Principal No. 3, folio 1 reverso.

<sup>91</sup> Lo anterior lo afirma SCIA en los Hechos Nos. 675 y 676 de la Demanda. (págs. 203 y 204) y REFCAR en la contestación a esos hechos. Cuaderno Principal No. 3, folio 102 y 290, respectivamente.

respecto al PDT Rev. 4”<sup>92</sup> cuestión que obligó a **REFICAR** a contratar a terceros que se encargaran de “realizar las obras que SCIA no había culminado ... (para) que la unidad 113 pudiera entrar en operación”.

## 2.4 El precio y la forma de pago.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 1864 del Código Civil, el precio de un Contrato debe ser determinado o al menos determinable, o su determinación puede deferirse de manera total o parcial a un tercero (artículo 1865 del C.C) o estructurarse por “cualquiera medios o indicaciones que lo fijen” (art 1864 inciso segundo, ibidem). En el presente caso, el precio y la forma de pago fueron definidos desde el proceso de selección en los términos de referencia y en las Adendas<sup>93</sup>, aspectos que posteriormente y en idénticos términos fueron incluidos en el Contrato.

En efecto, en el Anexo No. 3<sup>94</sup> del Contrato de Oferta Mercantil, que corresponde al Anexo No. 3 de los Términos de Referencia, **REFICAR** indicó que el presente Contrato se pacta bajo la modalidad de **suma global fija** y que por tal motivo el precio contenido en la Oferta debe contemplar e incluir todos los trabajos y actividades necesarios para la ejecución del objeto contratado<sup>95</sup>. Así, precisó:

*“Compensación.- Los servicios serán remunerados en pesos colombianos bajo la figura de suma global , según se establece en la sección 3 previos de este anexo- El precio suma global incluye todo el trabajo, materiales, el personal, el equipo de campo, la comunicaciones, las instalaciones temporales, los servicios, lo vehículos de transporte, las herramientas, el equipo de campo, la supervisión, licencias, los gastos de viaje y las contribuciones parafiscales y otros impuestos nacionales, regionales y locales (estampillas).*

---

<sup>92</sup> Hechos 20, 27 y siguientes de la Demanda de Reconvención. Cuaderno Principal No. 3, folio 361.

<sup>93</sup> Ver Adenda No. 5. Respuestas a preguntas Nos. 12 y 43, Cuaderno de Pruebas No.2, folios 481 a 494.

<sup>94</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 398 y 399.

<sup>95</sup> Al respecto debe considerarse que REFICAR, en sintonía con lo anterior, en la adenda No. 5 de las respuestas a las preguntas a términos de referencia contestó, ante la solicitud presentada por uno de los interesados (pregunta 43), respecto de la posibilidad de incluir aclaraciones técnicas no condicionantes en la oferta dada la modalidad de contratación de una suma global fija y con el fin de “declarar grandes diferencias que se pueden encontrar entre las cantidades recibidas por parte de REFICAR contra las que en este momento nos hayamos verificando (sic) permitiendo así el mutuo entendimiento y generar un ambiente de igualdad al momento de comparar con los demás contratistas”, lo siguiente:

Respuesta:

El “contrato será a suma global debido a que el alcance del contrato está bien definido. “Todos los contratistas están compitiendo en igualdad de condiciones y han recibido la misma información. No se aceptarán ofertas condicionadas con notas aclaratorias”.

*Los pagos se harán por trabajo ejecutado a satisfacción, como se describe en las tablas de precios. Las sumas globales en las tablas de abajo no serán sujetas a variaciones. Las cantidades en las listas de materiales son estimadas y es responsabilidad del CONTRATISTA verificar las cantidades asociados (sic) con los dibujos, alcance de trabajo, especificaciones técnicas y las listas de materiales.*

*Ninguna variación o cambio en cantidades totales o unitarias, tamaño promedio, magnitud o número u otras cantidades promedio en el trabajo final instalado constituirán bases de revisión de tarifas, precios u otras cifras unitarias descritas en la presente Oferta”.*

En consonancia con lo anterior, en el Contrato se pactó una remuneración por el **sistema de precio o valor global fijo, por un monto de \$22.105.247.277, sin IVA**, suma de dinero que comprende la totalidad de las actividades y/o suministro de materiales necesarios para la ejecución del Contrato, e *“incluye todos los costos directos e indirectos, los gastos de administración, imprevistos ordinarios y utilidades”*. Como consecuencia de lo anterior se advirtió que **REFICAR** no tendría la obligación de reconocer ningún reajuste solicitado por **SCIA** por concepto de costos o gastos de actividades o suministros adicionales.

En este orden de ideas, se pactó<sup>96</sup>:

*“SECCION 2.04 PRECIO. De ser aceptada la presente OFERTA, EL NEGOCIO JURIDICO será remunerado por el sistema de precios valor global fijo: por consiguiente, ese valor comprende y remunera la totalidad de las actividades (trabajos, servicios, movilización, y desmovilización) y/o suministro de materiales que sean necesarios para la ejecución del NEGOCIO JURIDICO, de conformidad con lo pactado, e incluye todos los costos directos e indirectos relacionados con este, gastos de administración, imprevistos ordinarios y utilidades .*

*El valor global fijo del NEGOCIO JURIDICO es de veintidós mil ciento cinco millones, doscientos cuarenta y siete mil doscientos setenta y siete PESOS COLOMBIANOS (\$22.105.247.277), sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA).*

*PARAGRAFO PRIMERO. - REAJUSTES. Dado que el NEGOCIO JURIDICO es por valor global fijo, REFICAR no tendrá obligación alguna de despachar favorablemente reclamos o solicitudes de reajuste efectuadas por EL CONTRATISTA por concepto de costos o gastos de actividades o suministros adicionales que aquel que requiera para la ejecución del NEGOCIO JURIDICO”.*

En cuanto a la forma de pago, consignada en la Sección 2.05 de la oferta mercantil, las partes estipularon que el 90% del precio se pagaría mensualmente en forma proporcional a la ejecución real de los trabajos y el 10% contra el acta de liquidación:

---

<sup>96</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 21.

*“De ser aceptadas la OFERTA, REFICAR le pagará a EL CONTRATISTA el precio del NEGOCIO JURIDICO de la siguiente manera:*

- *90% del precio del NEGOCIO JURIDICO mediante pagos mensuales calculados en proporción al alcance real de ejecución de los SERVICIOS, empleando como base de cálculo el monto global fijo de cada ítem de pago fijado en el Anexo 3 de la presente OFERTA. Cada pago se autorizará una vez PCIB certifique el correspondiente porcentaje de avance real de ejecución de los SERVICIOS. EL CONTRATISTA facturará no más que una vez por mes por los SERVICIOS prestados en el mes anterior.*
- *10 % del precio del NEGOCIO JURIDICO contra la firma del acta de liquidación del NEGOCIO JURIDICO”*

Se pactó, igualmente, que **REFICAR** se obliga a pagar dentro de los 30 días calendario siguientes a la fecha de recibo de la factura que cumpla con la totalidad de los requisitos y condiciones exigidos en la ley y en la oferta, para lo cual el contratista debe presentar mensualmente una copia de la factura original firmada por su representante, junto con los respectivos soportes por cada concepto facturado, la que sería revisada por **REFICAR** para su aprobación o su devolución y corrección, dentro de los 5 días hábiles siguientes al recibo de la misma.

Finalmente, y en cuanto al último pago, se acordó que el contratista debe presentar

*“Acta de finalización del NEGOCIO JURIDICO debidamente suscrita por ambas partes- Certificado de prórroga de la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, por tres (3) años contados a partir de la fecha de terminación del NEGOCIO JURIDICO, por una suma igual al diez por ciento (10%) del valor final total del NEGOCIO JURIDICO, para cubrir a REFICAR contra cualquier reclamación de los trabajadores de EL CONTRATISTA y/o sus subcontratistas, que se origine en la ejecución del NEGOCIO JURIDICO”.*

## **2.5 Las obligaciones generales del contratista.**

En la sección 2.06 del Contrato<sup>97</sup>, las partes detallaron las obligaciones del contratista. En este sentido estipularon en el numeral 1, respecto de la obligación principal, consistente en la prestación de los servicios, que la misma debía ejecutarse atendiendo las especificaciones y condiciones indicadas en el ya mencionado Anexo No 2 “Alcance de los servicios”.

En los demás numerales de la sección 2.06, se consignaron las demás obligaciones del contratista, dentro de las que se destacan las siguientes:

---

<sup>97</sup> Folio 24, Cuaderno de Pruebas No. 1

- Mantener a su cargo el personal, los equipos y herramientas necesarios para la ejecución del Contrato;
- Suministrar los recursos necesarios para ser autosuficiente con respecto a los servicios de energía, agua, recolección y almacenamiento de aguas residuales, alojamiento y transporte de su personal, oficina, equipos y herramientas;
- Conocer y adherirse a las reglas y regulaciones del sitio del proyecto y a las normas de seguridad;
- Cumplir con los requisitos ambientales y obligaciones exigidas en la legislación ambiental;
- Custodiar, cuidar y controlar todo el material y equipo;
- Contratar el personal que se requiera y pagar el salario en las condiciones exigidas;
- Pagar los gastos que demande la realización de los servicios, salvo los que sean de suma global;
- Hacer dirigir los servicios por profesionales idóneos y,
- Asumir todos los costos ordinarios o extraordinarios previstos o imprevistos, directos o indirectos, en que deba incurrir para el cumplimiento del objeto del negocio jurídico.

### 3 LAS MODIFICACIONES AL CONTRATO: LOS OTROSÍES.

Como ya se precisó, las partes suscribieron seis (6) otrosíes con el objeto de modificar el Contrato. Para los fines de esta controversia se resalta el objeto de cada uno de ellos y los principales acuerdos alcanzados:

- En el Otrosí No 1 suscrito el 29/04/2014<sup>98</sup>, por valor de \$ 1.726.588.822 sin IVA, las partes acordaron:
  - i) Incluir como obligación de **SCIA**, la de reconocer y cancelar a los trabajadores adscritos en jornada completa a la ejecución del Contrato, que se encuentren en categoría 1 a 7 de la política salarial de **REFICAR**, el “*Reajuste por actualización de política salarial*” a partir del 5/11/2013 y hasta el vencimiento del plazo de ejecución (cláusula 1ª).
  - ii) Incluir como obligación de **REFICAR**, y debido al impacto que generó la actualización de la política salarial, la de reconocer el costo de aplicar el “*reajuste salarial y el derivado de la incidencia salarial y prestacional del mismo, que incluye trabajo suplementario, descanso*”

---

<sup>98</sup> Cuaderno de Pruebas No 4, Folios 2 a 5.

*festivo y aportes al SSS y parafiscales” desde el 5/11/2013 hasta el vencimiento del plazo (cláusula 2ª).*

El costo de aplicar la actualización se estimó en la suma de \$1.532.763.665 y corresponde a la diferencia entre la anterior política salarial y la actualización de la política salarial, más el 15% por concepto de administración. Respecto de este último porcentaje las partes acordaron que sería definitivo si **SCIA** prueba y aporta, dentro de los 45 días siguientes a la suscripción de este acuerdo, los documentos que evidencien que tal situación le generó una afectación de sus costos administrativos en un porcentaje entre 29.73% y 15% (cláusula 3ª, párrafos 2º y 3º).

iii) Reconocer a **SCIA** la suma de \$ 193.825.157 incluido el AIU y antes de IVA, por concepto de los costos directos adicionales derivados del “*Desplazamiento de la fecha de inicio del proyecto*”, por el término de 2 meses y 21 días. Tales costos directos comprenden el mayor porcentaje de trabajo durante 2014 con la incidencia en el costo de la nómina, materiales, consumibles, transportes y “*cualquier otro derivado del incremento salarial a partir de enero de 2014, más un AIU del 40,73%*” (cláusula 5ª).

iv) Modificar como consecuencia de los acuerdos logrados, el valor total del negocio jurídico que ascendió a la suma de \$23.831.836.099 más IVA. (cláusula 5ª párrafo 1), así como las garantías otorgadas, en aras de incluir las previsiones pactadas (cláusula 7).

v) Dar a los “*acuerdos contenidos en el presente documento, el alcance de transacción*”, salvo en lo que respecta al monto del porcentaje por concepto de Administración, materia cuya determinación definitiva, según se indicó, sería objeto de “*acuerdo posterior*” (cláusula 9º)

• **En el Otrosí No 2 suscrito el 22/06/2014<sup>99</sup>**, por valor de \$ **378.625.828**, se destacan estos acuerdos de las partes:

i) Adicionar al alcance del Contrato las actividades y el hito “*cambio de tornillería y torque en las galerías CNVR 002-2004 y 005*” como parte del precio global fijo del negocio jurídico, cuyo costo es de \$ 378.625.828 incluido AIU y sin IVA. Se acordó que dicha actividad debía ejecutarse en un plazo de 31 días calendario, iniciando el 23 de julio y finalizando el 22 de agosto de 2014, y comprende tanto el cambio y torqueo de la tornillería en las Belt Conveyors 2,4 y 5 en las uniones apernadas, como el suministro de personal, de equipos y herramientas y su mantenimiento, el armado, desarmado y suministro de andamios, la

---

<sup>99</sup> Cuaderno de Pruebas No 4, Folios 6 a 12.

gestión de calidad de los trabajos y todas las actividades descritas en el procedimiento de torqueo, salvo el suministro de los materiales (tornillos) necesarios para realizar la labor, que serían entregados por **REFICAR** a más tardar el 5/08/2014 (cláusula 1°).

- ii) Extender en 31 días calendario, el periodo para la continuación de actividades contenidas en el PDT Revisión 1, iniciando el 3/08/2014 y finalizando el plazo el 2/09/2014 y, como consecuencia de lo anterior, modificar la cláusula relativa al plazo del Contrato.
- iii) Identificar, documentar y estimar el tiempo real de afectación originado por los atrasos en los suministros entregados por **REFICAR**, así como por los que pudieran imputarse a **SCIA**<sup>100</sup>, con el fin de “*modificar correspondientemente el programa de trabajo y cuantificar el respectivo impacto económico e identificar la aplicación de las respectivas sanciones contractuales que sean procedentes*” (Cláusula 2).
- iv) Modificar los hitos de pago contenidos en la tabla “Pricing table” del Anexo 3 y sustituirla por la nueva tabla contenida en el Anexo 1 del presente Otrosí No. 2 (Cláusulas 3, 4 y 6).
- v) Modificar, como consecuencia de los acuerdos logrados, el valor total del negocio jurídico que ascendió a la suma de \$24.210.461.927. más IVA, y las garantías respectivas otorgadas por **SCIA**.
- vi) Dar a los “*acuerdos contenidos en el presente documento, el alcance de transacción*”. (Cláusula 9)

- **En el Otrosí No 3 suscrito el 1/09/2014**<sup>101</sup>, por valor de \$ **1.111.771.381**, las partes acordaron:

- i) Extender el plazo de ejecución del Contrato en 60 días calendario, como consecuencia de la mayor permanencia en el proyecto según PDT Revisión 4, con lo cual se fijó como nueva fecha para la finalización del mismo el 3 de diciembre de 2014. Las partes advirtieron que

---

<sup>100</sup> En el considerando No. 11 del Otrosí No. 2 las partes se refirieron a las actividades cuyos atrasos afectaron el PDT rev. 1 y la ruta crítica del proyecto y que serían objeto de análisis posterior de las partes a fin de determinar los efectos económicos que de tales situaciones se podrían desprender, en el siguiente sentido: “*una serie de atrasos no atribuibles al CONTRATISTA han venido afectando de manera considerable la ruta crítica del Proyecto. Entre estas, se resaltan los atrasos en la entrega de los materiales a ser suministrados por REFICAR como son: Drip Pans Galerías 2,3,4 y 5; sistema supresor de polvos, tuberías HDPE; uniones PVC-CPVC, materiales eléctricos y soportes e tuberías. Los cuales debieron ser entregados en oportunidad y con el cumplimiento de las especificaciones técnicas por parte de RAPISCOL*”. Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 8 reverso.

<sup>101</sup> Cuaderno de Pruebas No 4, folios 13 a 18.



la extensión se realizó con “reserva de todas las reclamaciones, derechos y acciones que ambas partes pudieran tener bajo el Contrato o ley” (cláusula 1).

- ii) Incluir en el negocio jurídico, el estimado correspondiente al Reconocimiento de la diferencia del costo en que tendrá que incurrir **SCIA** para dar cumplimiento a la política salarial vigente a partir del 1/10/2013, en aras de cumplir el PDT Revisión 4, por un monto de \$ 962.862.132 incluida la administración del 15%. Como consecuencia de ello se actualizó el ítem “*reajuste por actualización salarial*” a una suma total estimada de \$2.495.625.826 (cláusula 2).
- iii) Incluir en el Negocio jurídico, y como valor estimado de la gestión de la compra y entrega de materiales que pudieran faltar en inventarios equivalente al 5% del valor cada compra, la suma de \$32.371.570, antes de IVA (cláusula 3).
- iv) Permitir a **SCIA** realizar, previa autorización escrita de **REFICAR**, compras de bienes que requieran una gestión de importación, nuevos equipos y servicios de ingeniería, teniendo derecho a recibir en tales eventos, un reembolso del 100% del costo de los bienes y una contraprestación total y única por la gestión de compra equivalente al 18% del valor de la respectiva compra. Para tales efectos se fijó como monto estimado la suma de \$116.537.649 pesos antes de IVA (cláusula 4).
- v) Que la remuneración de los trabajos adicionales no contemplados dentro del alcance original del negocio y solicitados por escrito por **REFICAR**, se realizaría “empleando las tarifas de mano de obra y equipos establecidos en el subtítulo “*Labor Rates for Changes*” y “*Equipment Rates for Change*” del Anexo 3 de la oferta mercantil más un AIU de 18% del valor de los recursos utilizados” (cláusula 5).
- vi) Sustituir, como consecuencia de lo acordado, la tabla “Pricing Table” del Anexo 3, por la nueva tabla “Precios del negocio jurídico”, contenida en el Anexo 1 al Otrosí No. 3 que hace parte integral del Otrosí. (Cláusulas 6 y 8).
- vii) Modificar con base en los acuerdos logrados, el valor total estimado del negocio jurídico, que ascendió a la suma de \$25.322.233.307, más IVA, así como garantías respectivas otorgadas por **SCIA** (cláusulas 7 y 9).

• **En el Otrosí No. 4 firmado el 30/10/2014**<sup>102</sup>, las partes acordaron:

- i) Extender el plazo del Contrato en 49 días, iniciando el 1º de noviembre de 2014 y teniendo como fecha de finalización de las actividades del proyecto el 19 de diciembre de 2014. Como consecuencia de lo anterior, se modificó el plazo del Contrato (Cláusula 1).
- ii) *“Revisar, identificar, documentar y estimar”*, antes del 1º de diciembre de 2014, *“el costo real de las eventuales afectaciones sufridas con ocasión de los atrasos señalados en el presente Otrosí No. 4 respecto de los suministros entregados por REFICAR y de aquellos que puedan imputarse al CONTRATISTA con el objeto de cuantificar, si hubiere lugar el respectivo impacto económico en el Contrato e identificar si hubiere lugar a la aplicación de las respectivas sanciones contractuales que sean procedentes”*<sup>103</sup> (parágrafo 1º de la cláusula 1), así como los temas pendientes de definición a la fecha, tales como *“trabajos adicionales, actividades soportadas en los RFI’s, nuevos hitos de facturación y mayores cantidades de obra y mayor permanencia”*.
- iii) Modificar, como consecuencia de los acuerdos logrados, las garantías respectivas otorgadas por SCIA y ajustar el valor asegurado (Cláusula 2).
- iv) Dar a los *“acuerdos contenidos en el presente documento, y a lo no expresamente exceptuado, el alcance de transacción”* (Cláusula 4).

• **En el Otrosí No.5 suscrito el 2/12/2014**<sup>104</sup> las partes convinieron:

- i) Modificar los hitos de pago contenidos en la tabla “Pricing Table” del Subtitulo “Pricing del Anexo 3. Precios y término de pago” (cláusula 1).

---

<sup>102</sup> Cuaderno de Pruebas No 4, folios 19 a 21.

<sup>103</sup> Se destaca que las partes indicaron en el considerando 4 del Otrosí, que los atrasos o situaciones que afectaron el cronograma de trabajo PDT revisión 4 e impactaron su ruta crítica, y cuya imputabilidad revisarán las partes son:

- ✓ Demora en la entrega de accesorios para tubería y de cables de instrumentación,
- ✓ Atrasos en las actividades de izajes de las galerías
- ✓ La Suspensión de trabajos en la banda 4 por la deformación en los soportes de apoyo de la torre de transferencia 3 y 4
- ✓ Listado de pendientes
- ✓ Paro laboral 24 y 25/09 2014

Ver Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 20.

<sup>104</sup> Cuaderno de Pruebas No 4, folios 19 a 21.

- ii) Sustituir, como consecuencia de lo acordado, la tabla “Pricing Table” del Anexo 3, por la nueva tabla “Precios del negocio jurídico”, contenida en el Anexo 1 al Otrosí No. 5 que hace parte integral del Otrosí (cláusulas 2 y 3).
  - iii) Modificar, como consecuencia de los acuerdos logrados, las garantías respectivas otorgadas por **SCIA** (cláusula 4).
  - iv) *“Dar a los acuerdos y efectos de los mismos contenidos y aprobados en el presente documento respecto de la modificación de los hitos y las condiciones en la forma de pago, el alcance de transacción”.*
- **En el Otrosí No.6 suscrito el 19/12/ 2014**<sup>105</sup>, se pactó, entre otras:
    - i) Incluir en el negocio jurídico, el valor estimado por concepto de reconocimiento de la diferencia del costo en que ha tenido que incurrir **SCIA** para dar cumplimiento a la política salarial de **REFICAR** vigente a partir del 1/10/2013, por valor de \$937.455.348, incluida la administración del 15%. Como consecuencia de lo anterior, se modificó el valor del negocio jurídico y se actualizó el ítem *“Reajuste por actualización de política salarial”*, a una suma que asciende a \$3.433.081.174 incluido el 15% de administración (cláusula 1).
    - ii) Extender el plazo de ejecución en 71 días calendario con lo cual la fecha de finalización se fijó para el 28/02/2015. Como consecuencia de lo anterior, se modificó el plazo del Contrato (cláusula 2).
    - iii) Modificar con base en los acuerdos logrados, el valor total estimado del negocio jurídico que ascendió a la suma de \$29.134.653.296, monto en el que se incluyó el valor estimado para remunerar los trabajos adicionales al alcance original que se han solicitado y autorizado, que se estimó en la suma de \$2.874.964.641. (cláusula 3). Asimismo, modificar las garantías respectivas otorgadas por **SCIA** (cláusula 5).
    - iv) ***“Revisar y estimar el costo real de las eventuales afectaciones sufridas y mayores cantidades de obra, que a la fecha no hayan sido resueltos y que han sido declarados por el CONTRATISTA mediante sus comunicaciones SC-339-GR 1415 del 21 de noviembre de 2014 y SC-339-GR 1231 del 7 de octubre de 2014 y de aquellos que pudieran imputarse al CONTRATISTA, con el objeto de cuantificar, si hubiere lugar, el respectivo impacto económico e identificar si hubiere lugar a la aplicación de las respectivas sanciones contractuales que***

---

<sup>105</sup> Cuaderno de Pruebas No 4, folios 19 a 21.

sean procedentes”. Lo anterior en razón a que a la fecha **SCIA** “ha presentado la información referente a las solicitudes de compensación o reconocimientos de los costos directos e indirectos incurridos con corte a la fecha de este Otrosí” (Cláusula 4. Se destaca).

- v) Dar a los acuerdos y efectos de los mismos contenidos y aprobados en el presente documento el alcance de transacción.

#### 4 EL PRECIO GLOBAL Y LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS.

El Tribunal considera necesario, antes de avocar el estudio de los incumplimientos que la Convocante le imputa a la Convocada, precisar algunos conceptos del Contrato, en primer lugar, el relativo a la distribución de riesgos, en consonancia con la modalidad de pago acordada. Este asunto es de especial importancia según lo que destacan tanto la parte Convocante y la Convocada en cada uno de sus escritos de Demanda y contestación a la misma.

En efecto, la parte Convocante en su Demanda pretende, entre otras cosas, “**el reconocimiento y pago de los sobrecostos en que incurrió SCIA en la ejecución del Contrato, por causas atribuibles a REFICAR**” (retrasos e incumplimientos y la ejecución de los trabajos adicionales no previstos en el alcance inicial del Contrato)<sup>106</sup>, así como la declaratoria de **nulidad por objeto ilícito**, de lo dispuesto en el párrafo primero de la sección 2.04 y del numeral 13 de la Sección 2.06 del Contrato, cláusulas en las cuales se acordó, en su orden, lo siguiente:

- i) “que el **NEGOCIO JURÍDICO** es por valor global fijo” y en consecuencia “REFICAR no tendrá obligación alguna de despachar favorablemente reclamos o solicitudes de reajuste efectuadas por el **CONTRATISTA**, por concepto de costos o gastos de actividades o suministros adicionales que aquel requiera para ejecutar el **NEGOCIO JURÍDICO**”. (párrafo primero de la sección 2.04)
- ii) “El **CONTRATISTA** asumirá todos los costos ordinarios o extraordinarios, previstos o imprevistos, directos o indirectos, en que deba incurrir para el cumplimiento del objeto del **NEGOCIO JURÍDICO**. Por tanto, REFICAR no tendrá ninguna obligación de pago, compensación, indemnización o similar en relación con los costos en que incurra EL **CONTRATISTA** salvo aquellos que sean aprobados con anterioridad de forma escrita por REFICAR, o con posterioridad de conformidad con el numeral 9) de esta sección 2.06

---

<sup>106</sup> Pretensiones 5.1.1 a 5.1.10, por ejemplo. Cuaderno Principal No. 3, folios 6 a 8.

"Obligaciones de EL CONTRATISTA". (numeral 13 de la sección 2.06 Obligaciones de EL CONTRATISTA)

Según la Convocante, las anteriores estipulaciones son nulas por objeto ilícito, en tanto implican "la condonación del dolo futuro de REFCAR", cuestión que "va en total contravía con lo previsto en el artículo 1522 del Código Civil..", en la medida en que, a través de las mismas **REFCAR** pretende: "exonerarse de pagar los gastos y costos adicionales que surjan durante la ejecución del Contrato, incluso cuando sean consecuencia de una conducta dolosa de REFCAR" (sección 2.04 párrafo primero), "no tener obligación alguna de pago, compensación, indemnización o similar en relación con los costos en que incurra SCIA, salvo aquellos que sean aprobados con anterioridad de forma escrita por REFCAR" y "exonerarse del efecto de los incumplimientos que le sean atribuibles a su gestión" y en términos generales, exonerarse "de cualquier "costo o gasto" de actividades o suministros adicionales, costos ordinarios o extraordinarios, previstos o imprevistos, directos e indirectos, en que pueda incurrir SCIA, incluso a pesar de que ellos sean consecuencia del dolo o culpa grave"( sección 2.06 numeral 13)<sup>107</sup>.

La parte Convocada por su parte plantea la excepción rotulada "El Contrato celebrado es de una suma global fija y SCIA lo quiere convertir en uno de gastos reembolsables. Falta de derecho por los reclamos efectuados por parte de SCIA", y al respecto manifiesta que el hecho de que las partes hayan pactado un precio bajo la modalidad de "precio global o fijo", deja sin fundamento las pretensiones de la Convocante, en la medida en que esta modalidad de pago supone de una parte, la ejecución de un trabajo por una suma única, fija en la que se encuentran incluidos "los costos totales del proyecto y las utilidades que el contratista espera recibir, así como una asignación para cubrir los riesgos a cargo del contratista según las condiciones del Contrato y las contingencias" y de otra, que "los riesgos son del contratista a cambio de la remuneración aceptada". En consecuencia y por regla general, la suma fija pactada debe "mantenerse, incluso si los costos de construcción resultan ser diferentes a los previstos a la celebración del Contrato, salvo que el Contrato mismo o la ley aplicable a él ordenen reajustes o la revisión del precio en determinadas circunstancias" y en esa medida "el precio puede ser incrementado únicamente si se presentan circunstancias que no fueron previstas, ni pudieron haberlo sido y que impiden la finalización del proyecto o hacen está excesivamente onerosa"<sup>108</sup>.

Sostiene **REFCAR** que lo que pretende **SCIA** "es obtener un cambio del Contrato para percibir mayor dinero al que tiene derecho" y en esa medida obtener "un reconocimiento por todo

---

<sup>107</sup> Págs. 7 y 8 de la Demanda arbitral reformada. Cuaderno Principal No. 3, folios 4 y 5.

<sup>108</sup> Cuaderno Principal No. 3, folio 291.

*concepto, desconociendo que quien asumió el riesgo del precio fue SCIA” y convertirlo “en uno de precio reembolsable”, pese a haber obtenido el aumento de la remuneración en varias ocasiones a través de los otrosíes celebrados y los reconocimientos que hizo Reficar.”*

Dada la importancia que las partes le atribuyen en esta controversia al precio y a la modalidad de precio pactada, el Tribunal procederá a referirse a dicha modalidad de pago y a identificar los derroteros que han sido fijados por la jurisprudencia del Consejo de Estado y que resultan útiles para las materias que se debaten.

En primer lugar, los Contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, incluyéndose dentro del precio global pactado, todos los costos directos e indirectos en que incurra en la ejecución de la obra. Ello implica, en principio, que no existe el derecho del contratista a solicitar el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas.

La jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>109</sup> se ha referido en múltiples providencias a esta modalidad de pago precisando no solamente sus características y los aspectos que la diferencian de las otras modalidades de pago, como es la de precios unitarios, sino también el alcance y los riesgos que el contratista asume al suscribir el Contrato y los eventos excepcionales en los que, pese a la naturaleza de este Contrato, hay lugar a efectuar un ajuste en la remuneración o reconocimientos adicionales.

---

<sup>109</sup> Ver las siguientes providencias del Consejo de Estado.

- Sentencia de la Sección III de la S.C. A. de fecha 31/08/2011. Exp: No: 18080. C.P. Ruth Stella Correa. Actor: Pavicon Ltda. Demandado: departamento de Cundinamarca.
- Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil. del 18/07/ 2002. Exp: No. 1439.C.P: Susana Montes de Echeverri. Actor: Ministro del Interior
- Sentencia de la Sección III del 29/02/2012. Exp: 16.371.C.P: Danilo Rojas Betancourt. Actor: Sociedad Larios Asociados Ltda. Demandado: Inpec.
- Sentencia de la Sección III de fecha 14/09/2016. Exp: No. 50.907. C.P: Martha Nubia Velásquez Rico. Actor: Sociedad P&P Construcciones y otros. Demandado: Distrito capital – Secretaria de Educación.
- Auto de la Sección III. C.P: Mauricio Fajardo Gómez de fecha 29/09/2007. Exp: No. 14.854. Actor: Hernán Duarte Esguerra.
- Auto de la Sección III, de fecha 6 /04/ 2011. Exp: 14.823 C.P. Stella Conto del Castillo. Actor: Sociedad Construcciones Sigma Ltda. Demandado IDU.
- Sentencia de la Sección III. de fecha 29/07/2015. Exp: 41.008. C. P. Hernán Andrade Rincón. Actor: Compañía de trabajos Urbanos S.A. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

En este sentido se ha indicado que los contratos de obra a precio global: “(...) son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales<sup>110</sup>”.

En concordancia con lo anterior y respecto de su diferenciación con la modalidad de pago a precios unitarios, el Consejo de Estado se pronunció en concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, el 18 de julio de 2002, en el siguiente sentido:

*“En efecto, en el contrato por precio global, el valor establecido en la cláusula de valor es vinculante y genera, por lo mismo, obligaciones mutuas pues señala la contraprestación a que tiene derecho el contratista por su trabajo, pero, a su vez, señala para él la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por ese precio. Es por lo mismo, una cláusula que señala el verdadero valor total del contrato, pues el contrato se celebró a precio determinado.”*

*La doctrina y la jurisprudencia de manera reiterada han pretendido diferenciar estos contratos con aquellos pactados a precios unitarios. En este sentido, el contrato a precio unitario puede entenderse como: “(...) aquel contrato en el cual se pacta el valor de las diferentes unidades primarias de obra que deben realizarse, tales como el metro cúbico de remoción o movimiento de tierras, el metro cuadrado de muros, el metro lineal de instalación de tubería, etc., calculando cuánto vale la ejecución de cada una de éstas y el costo directo total del contrato, será el resultado de multiplicar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutadas y de sumar todos los ítems necesarios para dicha ejecución.”<sup>111</sup>*

*La importancia de la anterior distinción radica en que: “(...) en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales”. (subrayas fuera de texto)*

*De lo anterior se deriva que para que sea procedente el reconocimiento de obras adicionales en un contrato de obra pactado a precio global se requiere la suscripción de un contrato adicional o de un negocio jurídico modificatorio del contrato inicial, a*

---

<sup>110</sup> Sentencia de la Sección III de la S.C. A. de fecha 31/08/2011. Exp. No: 18080. C.P. Ruth Stella Correa. Actor: Pavicon Ltda. Demandado: Departamento de Cundinamarca.

<sup>111</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Bogotá D.C., 29 de febrero de 2012. Exp No. 16.371.

*diferencia de lo que ocurre con los contratos a precios unitarios en los que el reconocimiento de las mayores cantidades de obra, entendidas como “la ejecución de mayores cantidades de unos ítems que si han sido contemplados en el contrato”, debe efectuarse desde que se compruebe que dicha mayor cantidad fue ordenada y autorizada por la entidad contratante, sin que sea necesario la suscripción de un contrato adicional o un otrosí modificadorio”.*

No obstante lo anterior, y en cuanto a los riesgos asumidos por el contratista bajo esta modalidad de pago, el Consejo de Estado ha precisado que si bien bajo esta modalidad de pago el contratista asume la totalidad de los riesgos del contrato, se exceptúan aquellos eventos en los que por circunstancias o hechos no imputables al contratista, varíen las condiciones consideradas al momento de ofertar, eventos en los cuales la remuneración pactada puede ser ajustada según el alcance y naturaleza de la alteración presentada. Al respecto debe considerarse la sentencia de 29 de agosto de 2007, en la que se precisó lo siguiente:

*“no significaba que éste tuviera la obligación de asumir o soportar todos los riesgos o cargas que se derivaran del contrato a precio global por circunstancias que no eran imputables a su conducta y que se salían del ámbito de su control, tal como lo sostuvo la jurisprudencia de la Sección Tercera al desatar un asunto similar al que hoy ocupa la atención de la Sala: “En aplicación del principio general de la equidad, no pueden atribuirse de manera exclusiva al contratista los efectos que produce la presencia de áleas en un contrato estatal, entendidas estas como los riesgos que pueden alterar la economía original de los contratos. El derecho moderno reconoce y protege los intereses legales y justos que movieron al particular a suscribir el contrato con la administración. Por otra parte, cabe afirmar que la modalidad de “precio global” lo que pone de presente son los elementos o aspectos que él envuelve o comprende, pero nunca podrá entenderse como la rigidez inmutable que impida llevar a cabo los desajustes de contenido económico, originados en causas sobrevinientes, eso sí, no imputables al contratista.”<sup>112</sup>*

*Lo anterior significa que en el contrato de obra a precio global el contratista se obliga con la entidad pública contratante a ejecutar una determinada obra en contraprestación a una suma de dinero fija, **si y solo si se mantienen incólumes las hipótesis tenidas en cuenta para ofertar y contratar. Si estas varían por hechos no imputables al contratista o por acuerdos modificatorios de las partes, la contraprestación en favor del contratista debe ser ajustada según el alcance y naturaleza de la alteración. Solo las renunciaciones expresas y concretas, más no genéricas y abstractas podrían enervar una pretensión resarcitoria.** De ahí que cuando una entidad diseñe este tipo de contratos, deba ser muy cuidadosa y cumplir a cabalidad con sus deberes en la etapa de planeación ya que, si estos fallan y por cuenta de ellos, durante el desarrollo del contrato se alteran las condiciones estructurales del negocio y con ello del precio, no podría pretenderse mantener el mismo precio. Es que cualquier modificación del negocio, implica un cambio que normalmente trae consecuencias pecuniarias. Aplicando estas nociones al caso concreto, reitera el Tribunal que el contrato pactado trasciende el de obra pues a pesar de que las*

---

<sup>112</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., 29 de agosto de 2007. Exp No. 14.854.



prestaciones fundamentales caen bajo la preceptiva de aquél, también se pactaron obligaciones, que se adecuan a otras tipologías, como es el de consultoría en cuya virtud se elaboran diseños, sin contar con lo atinente a la operación una vez se construya la obra, propio de otras modalidades.

(...)

**De acuerdo con lo antes dicho, ese precio global concebido en el marco de una objetiva equivalencia de prestaciones propia de los contratos estatales ha de mantenerse, salvo que cambien los elementos estructurales del negocio, incluso por acuerdo de voluntades, evento en el cual ese precio tendría que ser reajustado teniendo en cuenta las nuevas condiciones o modificaciones introducidas, excepto si corresponden a situaciones provenientes de riesgos previamente asignados al contratista. Así lo ha reconocido reiteradamente la Jurisprudencia del Consejo de Estado al admitir la posibilidad de ajustar el valor del contrato pactado a precio global bien porque así lo requieren la ampliación del objeto del negocio jurídico<sup>113</sup>, o las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección<sup>114</sup> o porque sobrevienen circunstancias que hacen más gravoso el costo de la obra, por cuanto tal pacto no obsta para que frente a circunstancias de tal entidad “las partes acudan a las fórmulas de reajuste o revisión de precios para que no se afecte la ecuación económica vigente al tiempo de presentación de la propuesta o a la celebración del contrato, según corresponda al procedimiento de selección que le haya dado origen.”<sup>115</sup>**

Igualmente debe considerarse la sentencia del 29/04/1999. Exp 14855. C.P Daniel Suárez Hernández. Actor: Sociedad Constructora A C S. A., en la que se reconoce el derecho del contratista de reclamar el pago de las mayores cantidades de obra ordenadas expresamente por la entidad contratante cuando ya se había iniciado la ejecución del contrato, toda vez que el principio del equilibrio financiero del contrato estatal, no tiene por excepción a los contratos de obra pública celebrados bajo la modalidad remuneratoria de precio global.

*“El contrato 021 se celebró con el objeto de que el contratista realizara el diseño de la obra y la ejecutara a "precio global". Pero en el mismo también se previó la posibilidad de adicionar las cantidades de obra, de modificar los plazos contractuales y de realizar ajuste y revisión de precios. A pesar de que en la cláusula primera del contrato se estipuló que el contratista estaba obligado a "elaborar y ejecutar a precio global los diseños arquitectónicos, estructurales, hidráulicas...", cláusulas posteriores y especiales del mismo lo traducen en un contrato bien distinto, sujeto a la construcción de mayores cantidades de obra que deben ser reconocidas al contratista previo el ajuste y la revisión de los precios inicialmente acordados. Lo pactado en las cláusulas referidas permite afirmar que no se trataba de un típico contrato de los que antaño se conocían como de precio global, toda vez que en el texto del contrato se señalaron procedimientos de ajuste*

---

<sup>113</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de abril de 1999, Expediente 14.855.

<sup>114</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 6 de abril de 2011, Expediente 14.823

<sup>115</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de junio de 2015, Expediente 41.008

*de precios, propios de los contratos que se pactan a precios unitarios; se hace referencia a cantidades adicionales de obra y a nuevas obras, bien fuere de las que constituyen el objeto del contrato, o, de naturaleza distinta. Frente a cláusulas abiertamente contradictorias, el Código Civil establece en su artículo 1620, aplicable al contrato estatal (art. 13 Ley 80 de 1993), que: "El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno", lo cual permite señalar que, en el caso concreto, debe preferirse en la interpretación del contrato, lo acordado por las partes en las cláusulas quinta y sexta, por sobre lo señalado en la cláusula primera del mismo en lo que se refiere a la modalidad de "precio global". Incluso, de aceptarse que el contrato es típicamente a precio global, tal circunstancia no permitiría el desconocimiento del derecho que le asiste al contratista de reclamar el pago de las mayores cantidades de obra que tuvo que construir, porque fueron ordenadas expresamente por la entidad contratante cuando ya se había iniciado la ejecución del contrato, toda vez que el principio del equilibrio financiero del contrato estatal, acogido por nuestra legislación y jurisprudencia, no tiene por excepción a los contratos de obra pública celebrados bajo la modalidad remuneratoria a precio global. En el caso concreto está plenamente demostrado, que la mayor cantidad de obra responde a las solicitudes y órdenes de la entidad contratante; y, no son por tanto el resultado de una imprevisión del contratista, ni mucho menos, originadas en el capricho del mismo. Con fundamento en lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia la Sala acoge la posición asumida en casos similares al sublite, y declarará el incumplimiento del contrato pretendido por la firma constructora dado que a pesar de haberse formulado oportunamente las reclamaciones hoy judicializadas por el actor, la demandada no las estimó como le correspondía, so pretexto del apego a la expresión a precio global del contrato, lo que era a todas luces contrario a derecho. En consecuencia, condenará al pago de las sumas correspondientes a la entidad contratante."<sup>116</sup>(Subrayas fuera de texto).*

A la luz de los anteriores principios y razonamientos de una jurisprudencia estable y uniforme del máximo órgano de lo contencioso- administrativo se impone, como derrotero de los racionios en derecho, que la consideración de un *plus* o precio adicional o por fuera del precio global fijo convenido por las partes, solo será procedente si ese mayor valor corresponde a una obra o servicio adicional debidamente agregado al contrato, o a un riesgo no cubierto por el precio global fijo acordado, o a una modificación del alcance del trabajo originalmente acordado, en fin, a una situación contractual que ontológicamente no cabe, o no puede ajustarse de manera típica a la enumeración amplia del texto contractual respecto de lo que comprende el concepto de precio global fijo, de tal manera que los racionios de las partes, ni del juez del contrato, deriven en una alteración de la naturaleza del negocio jurídico (como si se tratara de un contrato por gastos reembolsables, por ejemplo) o, lo que sería igualmente improcedente, dándole paso a consideraciones de equidad, en cuanto morigeración del repertorio legal aplicable, ajenas por completo al mundo del contrato estatal.

---

<sup>116</sup> Sobre el tema puede consultarse la sentencia 9347 de 29 de agosto de 1996, Magistrado Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

## 5 LA CONTROVERSIA.

### 5.1 La posición de la Convocante, SCIA.

De acuerdo con los términos de la Demanda, incluido el resumen ejecutivo que agregó la Convocante (“**Breve síntesis del objeto de la controversia**”), la Demanda tiene como fundamento el contrato que las partes ajustaron el 25 de septiembre de 2013 en el que **SCIA** se comprometió a efectuar, para la Convocada, **REFICAR**, “*el montaje e instalación de los equipos del Sistema de manejo de Coke para las áreas de la Unidad de Coke Retardado, del Sistema de Carga de Camiones, el Edificio de Control y las Obras Civiles del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena*”.<sup>117</sup>

Se reitera que el contrato tenía un plazo de ejecución de 330 días, que se prorrogó en 221 días, habiendo ocurrido su vencimiento el 28 de febrero de 2015. El valor inicial de esta contratación fue la suma de \$ **22.105.247.277**, por el “sistema de precios valor global fijo”.

La Convocante le imputa una serie de incumplimientos a la Convocada que tienen que ver, según su relato, con (i) unas obligaciones contractuales de **REFICAR** previas y necesarias para que **SCIA** pudiera ejecutar unas determinadas etapas del montaje; (ii) La entrega inoportuna o inadecuada de áreas para el pre-ensamble y acopio de las Belt Conveyor o Bandas Transportadoras 2, 4 y 5, así como respecto de las fundaciones de las Torres de Transferencia 2, 3 y 4; (iii) El suministro inoportuno a **SCIA**, o defectuoso, de los materiales y equipos de diversa naturaleza para el montaje e instrumentación del Sistema de Manejo de Coke, así como la entrega inoportuna para la instalación y el ensamblaje de los equipos de ese mismo Sistema, incluida la ingeniería de detalle para su construcción, montaje e instalación.

Afirma la Convocante que estos incumplimientos “*impactaron los tiempos programados para la ejecución de cada una de las actividades comprendidas en el montaje e instalación del Sistema de Manejo de Coke*”<sup>118</sup> y explican la extensión de 211 días en el plazo de ejecución, la que, afirma la Convocante, no era atribuible a causas imputables a **SCIA** y “*fueron expresamente aceptadas por Reficar*”, y quedaron consignadas en los Otrosíes 2, 3, 4 y 6.

---

<sup>117</sup> Págs 1 y 2 de la Demanda reformada. Cuaderno Principal No. 3, folios 1 y 2.

<sup>118</sup> Pág 4 de la Demanda reformada. Cuaderno Principal No 3, folio 3.

También afirma la Convocante que “La extensión de 211 días en el plazo de ejecución del Contrato representó para **SCIA** mayores costos directos e indirectos de ejecución” que, en sus propios términos se reflejan en (i) “El incremento en los costos de la hora-hombre directa dedicada a cada actividad”, (ii) En que “La ejecución dispersa e interrumpida de los trabajos contratados por Reficar, aumentó las improductividades del personal de mano de obra directa”; (iii) “El incremento en los costos de la hora-hombre indirecta y de los medios de producción (equipos e instalaciones temporales) del Proyecto”; (iv) “La ejecución dispersa e interrumpida del contrato aumentaba los costos directos de ejecución” y fue causa de un “aumento en los costos financieros del Proyecto” e “impactó también la remuneración oportuna esperada por la ejecución de cada actividad programada”<sup>119</sup>

En adición a lo anterior, sin relación de causalidad con el mayor plazo de ejecución, la Convocante le imputa a **REFICAR** su responsabilidad por las siguientes actividades que justifican otras reclamaciones: (i) El mayor peso final de la construcción de la Torre Kanawha o “Truck Loading Sistem” en un diez por ciento (10%) adicional a lo estimado por **REFICAR**, lo que significó “mayores cantidades de obra en la ejecución del montaje e instalación de este equipo”; (ii) La obligación de entregar un “libro de completamiento mecánico”, que según afirma la Convocante “no hacía parte de la documentación exigida para la entrega y terminación del contrato”; (iii) El no pago de unas determinadas sumas de dinero que la Convocante identifica así:

- Por el denominado Delta Salarial (aplicación de la Política Salarial de **REFICAR** a sus propias relaciones laborales) la suma de \$ 2.122.705.436.
- El diez por ciento (10%) de retenciones a las Actas de Avance de Obra Nos. 1, 2, 3, 5, 7, 8, 10 y 12.
- El “pago pendiente del valor inicialmente previsto en la oferta mercantil”, por la suma de \$2.316.046.150, y un saldo de \$ 19.950.216 por concepto de “gestión de compras por gastos reembolsables” (Todo lo transcrito en Folios 4 vto y 5 ibidem).

Al terminar la “Síntesis” que se ha citado (Resumen Ejecutivo), la Convocante afirma: “A la fecha de la presentación de la demanda, peritos expertos independientes han establecido que SCIA tiene derecho a que REFICAR le reconozca y pague la suma de **COP\$ 27.495.445.185** en razón a conductas e incumplimientos atribuibles a REFICAR” (Folio 005 ibidem).

---

<sup>119</sup> Págs. 4 y 5 de la Demanda Reformada (Folios 3 y 4 del Cuaderno Principal No. 3).

## 5.2 La posición de REFICAR, en la contestación de la Demanda Reformada.

En la contestación de la Demanda reformada, en su Capítulo I (“Una manifestación preliminar”), la Convocada, **REFICAR**, sienta esta consideración general: “De entrada llama la atención que **SCIA** presente una reclamación en sede arbitral por treinta mil millones de pesos (\$30.000.000.000). Es decir, más del valor del contrato ejecutado. Tal circunstancia permite colegir que **SCIA** pretende, vía demanda arbitral, trocar el alcance del contrato para convertirlo en uno de gastos reembolsables y además, gracias al reclamo presentado, obtener una suma equivalente a la ejecución de otro contrato, pero, obviamente, sin ejecutarlo y que lo cierto es “que no se entiende como llegar a ese propósito”.

**REFICAR** consigna en esta “Manifestación Preliminar” estos argumentos básicos para contradecir la demanda de **SCIA**:

1° En esta ejecución contractual “no acaecieron hechos imprevistos ni imprevisibles, ni incumplimientos graves de **REFICAR**, que le permitan a **SCIA** reclamar el pago de una suma de dinero como la incluida en la demanda”. Las circunstancias que la Convocante invoca como incumplimientos de la Convocada, “no son nada distinto que las vicisitudes propias y normales de un contrato de obra en las que, además, la demandante tuvo un altísimo grado de participación, responsabilidad e injerencia”.

2° **REFICAR** afirma que, “al leer la demanda reformada queda la impresión que **SCIA** propone este litigio ignorando el alcance de su oferta, ignorando el clausulado contractual, ignorando la naturaleza del contrato propuesto, ignorando la manera en que debía ejecutar la obra, ignorando las obligaciones que había asumido”.

3° Afirma **REFICAR** que “... el sustento financiero del reclamo es, como mínimo, aventurado. Las cifras, los soportes y los deseos económicos del demandante no guardan consonancia ni con la ejecución contractual ni con lo acordado con **Reficar**, ni mucho menos con las cifras y estimados que **SCIA** entregaba en el marco de la obra, y que al día de hoy parece desconocer”.

4° Respecto de la pretendida nulidad de unas determinadas cláusulas contractuales, **REFICAR** afirma que **SCIA** “parece olvidar ... lo siguiente”:

- i) Que el Contrato no surgió de manera espontánea ni instantánea, o en una forma en la que **SCIA** se hubiera visto forzado a su celebración.

- ii) Que el contrato tuvo como antecedente vinculante y relevante doce rondas de preguntas de los oferentes y respuestas de **REFICAR**.
- iii) Que la minuta de contrato siempre fue del conocimiento de **SCIA** y que incluía las cláusulas que ahora pretende anular.
- iv) Que, en su momento, **SCIA** no manifestó nada sobre ese particular ni realizó cuestionamiento alguno sobre esas cláusulas.

5° **REFICAR** concluye, respecto del propósito subyacente en la Demanda de **SCIA**, que parece reflejar *“la muy frecuente postura, pero no por ello aceptable, de consentir íntegramente en el contenido, alcance y naturaleza de un contrato, para después de un tiempo largo y según convenga en los particulares intereses litigiosos, tildar las cláusulas que no le son útiles en su propósito, de nulas, abusivas o ineficaces. O bien, la otra modalidad de este notorio desconocimiento del acto propio y de las cargas de la autonomía privada radica en alegar luego de la ejecución, que el contrato estaba desequilibrado”*.

### 5.3 La posición de **REFICAR** en la Demanda de Reconvención Reformada.

**REFICAR** presentó, de manera simultánea con la contestación de la Demanda reformada, Demanda de Reconvención contra **SCIA** para que se declare su incumplimiento y se la condene al pago (i) *“de la cláusula penal establecida en el numeral 2.12 de la Oferta”*, (ii) a lo que tuvo que pagar por la *“mayor permanencia en obra de otros contratistas y costos de otros servicios como consecuencia de los retrasos e incumplimientos de SCIA”*, (iii) *“el valor de los trabajos que a pesar de estar contemplados en la Oferta no fueron ejecutados por SCIA”* y, (iv), el valor correspondiente *“al costo del personal contratado por REFICAR para la supervisión y administración del Proyecto del Coke Handling (CHS), por mayor permanencia de tales personas con ocasión de los retrasos e incumplimientos”*.

### 5.4 La posición de **SCIA**, en la contestación a la Reconvención de **REFICAR**.

En la contestación de la demanda de Reconvención **SCIA** hace nuevamente una *“BREVE SÍNTESIS DEL OBJETO DE LA CONTROVERSIA”* y, para contradecir la Demanda de Reconvención, vuelve sobre los cargos a **REFICAR** que sustentan su propia Demanda. En otros términos, su Demanda constituye el *“FUNDAMENTO DE LA DEFENSA”* frente a la Reconvención.

## 5.5 El Llamamiento en Garantía de REFICAR a SURAMERICANA S. A.

**REFICAR**, parte Convocada, formuló dos llamamientos en garantía. El que denominó No. 1 a MECOR COLOMBIA S.A.S. cuyo trámite se frustró por haber encontrado el Tribunal que no era competente para conocerlo por estar reservado su trámite a otro foro arbitral, en concreto a un tribunal bajo los auspicios de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, CCI, París.

El otro llamamiento en garantía, el No. 2, se presentó contra **SURAMERICANA** con fundamento en la Póliza de Cumplimiento para Particulares No. 0955684-6 expedida el 30 de octubre de 2013 por esta Aseguradora y que, a términos del Hecho 3 del Llamamiento en Garantía “*contiene los amparos de seriedad, buen manejo, correcta inversión y amortización del anticipo, cumplimiento, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y estabilidad, calidad, correcto funcionamiento de los equipos, provisión de repuestos y accesorios rehabilitación y mejoramiento de las obras con los valores asegurados y vigencias que se señalan en el siguiente cuadro*”:

AMPARO	VIGENCIA DESDE	VIGENCIA HASTA
Cumplimiento	05/11/2013	28/02/2015
Pago de Salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones	05/11/2013	01/10/2017
Estabilidad, calidad, rehabilitación y mejoramiento de las obras	05/11/2013	05/11/2018

El *petitum* de este llamamiento en garantía está bien especificado en la Segunda Pretensión en la que solicita condenar a la Aseguradora “*a pagar a favor de REFICAR los perjuicios objeto de la condena impuesta hasta por la suma del valor asegurado establecido para cada uno de los amparos de (i) Cumplimiento, y (ii) estabilidad, calidad, rehabilitación y mejoramiento de las obras*”.

La Aseguradora llamada en garantía concurrió al proceso en debida forma y en escrito radicado el 30 de noviembre de 2016 contestó los Hechos del Llamamiento y presentó las excepciones de mérito que rotuló, (i) “*La cláusula penal está excluida de la cobertura de la Póliza de Cumplimiento*”, (ii) “*El amparo de cumplimiento es excluyente con el amparo de estabilidad y calidad de la obra...*”, (iii) “*La Póliza de cumplimiento a favor de Particulares No. 0955684-6 sólo cubre el daño emergente sufrido por el asegurado*”, (iv) La Póliza de Cumplimiento... cubre los perjuicios patrimoniales a título de daño emergente que sufra **REFICAR** como consecuencia del incumplimiento de SCIA, (v) La aseguradora sólo responde hasta el valor asegurado pactado en el contrato de seguro, (vi) Aplicación del principio de proporcionalidad pactado en el contrato de seguro, (vii) Compensación y, (viii) El contrato es ley para las partes.

## 6 PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS.

La controversia que las partes han sometido a este Tribunal plantea los siguientes problemas jurídicos que tendrán que quedar resueltos en este laudo arbitral, sin importar el orden en que ello ocurra y sin que esta enumeración implique el grado de su importancia.

1° ¿En un contrato estatal a precio global fijo, es procedente la reclamación por mayores cantidades de obra y por obras adicionales? ¿Se dan los presupuestos legales y jurisprudenciales en el presente caso para proceder al resarcimiento?.

2° ¿Cabe la reclamación por desequilibrio económico, en un contrato estatal sometido al derecho privado, pactado a precio global fijo?

3° ¿Debe la reclamación económica del contratista, en este tipo de contratación (a precio global fijo), observar algún criterio de razonabilidad o proporcionalidad, frente al precio pactado y al valor efectivamente pagado al contratista?

4° ¿Bajo qué presupuestos fácticos y legales (sustanciales y procesales) procede el pago de lo debido pretextado bajo las consideraciones de (i) ser sumas de dinero ciertas que constan en Actas de Avance de Obra, o (ii) ser sumas de dinero originadas en “mayores cantidades de obra” o en trabajos ejecutados por fuera del alcance del contrato (Trabajos adicionales)?

5° ¿Bajo qué presupuestos fácticos y legales procede la declaratoria de ineficacia de unas determinadas cláusulas contractuales que llegan a ese arbitraje bajo la presunción de legalidad del artículo 1602 del Código Civil?

6° ¿Qué requisitos legales deben cumplir unos determinados acuerdos de las partes, invocados como contratos de transacción que habrían hecho tránsito a cosa juzgada, que ahora se presentan como Excepción por la Convocada y desconocidos como tales por la Convocante?

## 7 LA PRETENDIDA NULIDAD O INEFICACIA DE UNAS DETERMINADAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES.

La parte Convocante pretende que se declare la **nulidad absoluta por objeto ilícito** y la **ineficacia por abuso del derecho** de unas determinadas cláusulas contractuales, asuntos que constituyen materia de definición previa, puesto que estas Pretensiones de la Convocante ponen en



entredicho la fuerza normativa con la que han llegado a este arbitraje los textos impugnados, tal y como lo dispone el artículo 1602 del Código Civil. Ellas son:

**Pretensión 5.1.13.** Que “Se declare la nulidad absoluta por objeto ilícito del parágrafo primero de la Sección 2.04 del Contrato celebrado entre REFICAR Y SCIA” (Se destaca).

Para mayor claridad se transcribe la parte impugnada del contrato (el “**Parágrafo Primero**”), y la Cláusula contractual de la que forma parte, no impugnada (“**2.04 Precio**”):

“2.04 Precio.- De ser aceptada la presente **OFERTA, EL NEGOCIO JURIDICO** será remunerado por el sistema de precios valor global fijo; por consiguiente, ese valor comprende y remunera la totalidad de las actividades (trabajos , servicios, movilización y desmovilización) y/o suministros de materiales QUE SEAN NECESARIOS PARA LA EJECUCION DEL negocio jurídico, de conformidad con lo pactado, e incluye todos los costos directos e indirectos relacionados con éste, gastos de administración, imprevistos ordinarios y utilidad.

El valor global fijo del **NEGOCIO JURIDICO** es de veintidós mil ciento cinco millones, doscientos cuarenta y siete mil, doscientos setenta y siete PESOS COLOMBIANOS (\$22.105.247.277), sin incluir el valor del Impuesto al Valor Agregado (IVA)

**PARAGRAFO PRIMERO REAJUSTES.** - Dado que el **NEGOCIO JURIDICO** es por valor global fijo, **REFICAR** no tendrá obligación alguna de despachar favorablemente reclamos o solicitudes de reajuste efectuadas por EL **CONTRATISTA**, por concepto de costos o gastos de actividades o suministros adicionales que aquel requiera para ejecutar el negocio jurídico”. (Subrayas y resaltado fuera de texto).

**Pretensión 5.1.14** Que “Se declare la nulidad absoluta por objeto ilícito del numeral 13 de la sección 2.06 del Contrato celebrado entre REFICAR y SCIA” (Se destaca).

Nuevamente, para mayor claridad se transcribe la parte del Contrato impugnada:

El numeral 13 de la Sección 2.06 del Contrato. “Obligaciones de **EL CONTRATISTA**”, prevé:

“(…)

13) **EL CONTRATISTA** asumirá todos los costos ordinarios, o extraordinarios, previstos o imprevistos, directos e indirectos, en que deba incurrir para el cumplimiento del objeto del **NEGOCIO JURIDICO**. Por lo tanto, **REFICAR** no tendrá ninguna obligación de pago, compensación, indemnización o similar en relación con los costos en que incurra **EL CONTRATISTA** salvo aquellos que sean aprobados con anterioridad, de forma escrita, por **REFICAR**, o con posterioridad de conformidad con el numeral 9) de esta sección 2.06 “**Obligaciones de EL CONTRATISTA**”.

**Pretensión 5.1.15** Que “Se declare que la cláusula 2.12 del Contrato celebrado entre REFICAR y SCIA **no produce efectos por ser una cláusula abusiva**” (Se destaca). Igualmente, para mayor claridad se transcribe la cláusula contractual impugnada, relativa a la cláusula penal<sup>120</sup>:

*“El incumplimiento parcial como el definitivo de las obligaciones de **EL CONTRATISTA**, generará el pago de una pena de conformidad con lo que sigue:*

**a) Incumplimiento parcial:**

*La no ejecución, mora o simple retardo en el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA, genera perjuicios para REFICAR.*

*En caso de incumplimiento Parcial, EL CONTRATISTA deberá pagar a título de pena de apremio, una suma equivalente al uno por ciento (1%) del precio total del NEGOCIO JURIDICO por cada día de mora.*

*Dicha pena no podrá superar, ya sea por un solo evento o por múltiples eventos, el diez por ciento (10%) del mencionado precio.*

*El pago de la pena no exime a EL CONTRATISTA de la obligación incumplida y es sin perjuicio del derecho que tenga REFICAR para exigir el cumplimiento del NEGOCIO JURIDICO o la terminación del mismo.*

*En el evento de que el incumplimiento de la respectiva obligación por parte de EL CONTRATISTA persista por un término superior a diez (10) días, REFICAR tendrá la facultad a criterio propio de:*

- (i) Terminar el NEGOCIO JURIDICO, unilateralmente, y proceder a su liquidación,*
- (ii) Aplicar la cláusula penal por incumplimiento definitivo. Las dos facultades pueden ser ejercidas individual o conjuntamente.*

**b) Incumplimiento definitivo:**

*En caso de incumplimiento definitivo de una o varias de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA o de la terminación anticipada del NEGOCIO JURIDICO, por razones imputables a EL CONTRATISTA, éste pagará a REFICAR, a título de pena, una suma equivalente el veinte por ciento (20%) del precio total del NEGOCIO JURIDICO.*

*El pago de la pena es sin perjuicio del derecho que pueda tener REFICAR de solicitar la indemnización de los daños y/o perjuicios causados por el incumplimiento de EL CONTRATISTA.*

*Las sanciones impuestas bajo los literales a) y/o b) de la presente Sección 2.12, serán exigibles sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial alguno.*

*El pago de la pena no elimina la obligación incumplida.*

---

<sup>120</sup> Cláusula 2.12. Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 33 y 34.

Esta OFERTA junto con la ORDEN DE COMPRA, constituye título ejecutivo por el cobro de la(s) pena(s).

**Procedimiento de Imposición de Penalidades:**

Para que la imposición de las penalidades descritas en las Secciones 2.12 a) y b) se surtirá el siguiente procedimiento:

- (i) REFICAR notificará por escrito a EL CONTRATISTA el hecho presentado.
- (ii) Recibida la notificación, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, EL CONTRATISTA podrá indicar las razones por las cuales estima que no tiene responsabilidad en relación con el hecho notificado.
- (iii) REFICAR analizará las explicaciones suministradas por EL CONTRATISTA y, de resultar aceptables, se lo hará saber a éste; en caso contrario, le notificará que se procederá a la imposición de la penalidad, así como con la compensación prevista en esta cláusula. En caso de que EL CONTRATISTA no indique razón alguna, se procederá de la manera señalada para explicaciones no satisfactorias.

El monto de la(s) pena(s) podrá descontarse de cualquier saldo pendiente de pago a EL CONTRATISTA, si lo hubiere, para lo cual EL CONTRATISTA desde ahora otorga su consentimiento expreso, sin perjuicio de las acciones indemnizatorias que REFICAR tenga derecho a ejercer”.

## **7.1 Raciocinios de SCIA.**

El Tribunal no encuentra en la Demanda reformada de **SCIA** los raciocinios en derecho pertinentes para la **fundamentación** de estas Pretensiones. En su alegato de conclusión dice haberlo hecho cuando se refirió al “*Régimen Legal Aplicable al Contrato para el Montaje de la Unidad 113*”, de donde extrae el argumento de que ambas imputaciones, tanto (i) contra el Parágrafo Primero de la Sección 2.04, como (ii) contra el numeral 13 de la Sección 2.06 del contrato “*son nulos absolutamente por objeto ilícito, toda vez que dichas cláusulas contractuales condonan el dolo futuro, en total contravía del artículo 1522 del Código Civil*”<sup>121</sup>.

## **7.2 Raciocinios de REFICAR.**

El Tribunal ya reseñó (No. 5.2 supra), los argumentos que **REFICAR** consignó en su “Manifestación Preliminar” de la contestación de la demanda reformada a los que deben agregarse los raciocinios articulados en sus Excepciones de Mérito tituladas “(a) **El contrato**

---

<sup>121</sup> Alegato de conclusión, página 283. Cuaderno principal No. 5, Folio 146.

celebrado es de una suma global fija y la SCIA lo quiere convertir en uno de gastos reembolsables...” y “(i) Carencia de fundamento para solicitar declaraciones de invalidez, ineficacia, o abuso de cláusulas contractuales”, razonamientos que aparecen confirmados en su alegato de conclusión. De todos ellos se destaca:

1° Las cláusulas contractuales que **SCIA** “*tilda de abusivas o nulas absolutas son acordes a la naturaleza del contrato, comunes para una modalidad de precio global a suma fija y no entrañan un abuso o un objeto ilícito que comprometan su eficacia comercial*”.

2° Que no existe en la extensa demanda de la Convocante un solo hecho que sirva para fundamentar estas pretensiones, “*Es decir, se trata de aspiraciones sin fundamento fáctico tangible*”.

3° Que las cláusulas 2.06 y 2.04 del Contrato nada tienen que ver con una supuesta condonación de dolos futuros, sino que son la confirmación de la naturaleza de un Contrato convenido en forma “*global a suma fija y valor cierto*”.

4° **REFICAR** admite que “*Según este sistema, el precio puede ser incrementado únicamente si se presentan circunstancias que no fueron previstas, ni pudieron haberlo sido y que impiden la finalización del proyecto o hacen esta excesivamente onerosa... Con esta modalidad de precio, si el contratista ha subestimado los riesgos del contrato sus utilidades se verán adversamente afectadas, al punto que en ocasiones realice el proyecto a pérdida*” (Negrillas del texto, Primera Excepción).

5° Con relación al supuesto **abuso del derecho** que se invoca en la Pretensión 5.1.15, sostiene **REFICAR** en su Excepción de Mérito que es aventurado considerar que existen cláusulas abusivas en una relación contractual simétrica entre partes profesionales con amplia prestancia comercial y con capacidad plena, y concluye:

*“La convocante conocía muy bien, como profesional que es, el contenido y alcance del contrato, que repetimos, habían sido discutidos de manera previa con Reficar. SCIA no es una sociedad neófita o inexperta sometida al capricho comercial de Reficar, sino, por el contrario, una profesional avezada con plena capacidad de discusión y negociación”... que tuvo el pleno conocimiento “del tipo contractual que iba a ejecutar, de las condiciones de la obra, de los riesgos que asumía al presentar la oferta por un precio global, de la imposibilidad de recibir pagos parciales, siendo su carga exclusiva hacer un análisis de todas las variables que pudieran afectar el desarrollo del contrato. Tal previsión quedó estipulada, de manera expresa, en el texto del contrato”.*

6° Finalmente, **REFICAR** entiende que la censura, en ambos cargos, apunta a la declaración de la nulidad absoluta de esas cláusulas.

### 7.3 Consideraciones del Tribunal.

Para resolver la suerte de estas pretensiones serán suficientes los siguientes racionios en derecho:

Las cláusulas contractuales que se impugnan al amparo de estas pretensiones llegaron a este arbitraje con la plenitud de su fuerza normativa de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 1602<sup>122</sup> del Código Civil, de tal manera que la eventual prosperidad de estas pretensiones exige la plena prueba de los vicios que estarían implicados en ellas.

Dos clases de vicios se atribuyen a unas determinadas partes del contrato que sustenta este arbitraje, así: (i) La **nulidad absoluta por objeto ilícito** respecto de las **Pretensiones 5.1.13 y 5.1.14** y, (ii), La **ineficacia** de una parte del contrato “**por ser una cláusula abusiva**”, tal y como reza la **Pretensión 5.1.15**.

Sin embargo, ambas partes coinciden en sus alegatos de conclusión en que el común denominador de ambas impugnaciones, así una se rotule como **nulidad absoluta** y la otra como **abuso del derecho**, es lo que corresponda bajo el régimen de la **nulidad absoluta**, de tal manera que este será el hilo conductor de los racionios del Tribunal.

En este análisis no se puede perder de vista el **tipo contractual** bajo el que quedaron convenidas las partes, respecto del que ninguna duda tuvieron la contratante estatal, y el contratista privado, máxime cuando ambos son profesionales del ramo comercial a términos de lo que dispone el Código de Comercio, sobre quienes pesa la grave presunción de tener que conocer las reglas de su arte u oficio y estar en condiciones de identificar, sin duda alguna, a qué especie de contratación estaba invitando **REFICAR** a los interesados en presentar sus propuestas.

El plenario da cuenta de un amplio despliegue de preguntas a **REFICAR** de los interesados en este mismo contrato, con las que pudieron satisfacer las dudas que se presentaban, ocasión en la que **REFICAR** ratificó las razones que tenía para insistir en el texto ahora impugnado, pese a lo cual **SCIA** suscribió el contrato, conducta concluyente de **SCIA** (el ajuste del contrato y su suscripción)

---

<sup>122</sup> La norma citada reza: “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

que deja fuera de duda cualquier insatisfacción precontractual de la Convocante respecto del objeto de estas impugnaciones.

En este punto concreto es necesario recordar que una de las responsabilidades pre – contractuales de las partes es su “Deber de indicar las causales de nulidad conocidas”<sup>123</sup>, con los efectos que ello pueda acarrear y cuyas consecuencias deben o pueden ser bastanteadas en ese momento de las tratativas, pero no parece ser un comportamiento leal con la otra parte haber guardado silencio respecto de un probable vicio de esta magnitud, haber mantenido ese silencio durante toda la ejecución contractual e invocar esa grave circunstancia en sede jurisdiccional, una vez agotada la ejecución contractual. El asunto está fuera de toda duda ante los contundentes términos del artículo 863 del Código de Comercio cuando ordena que “Las partes deben proceder de buena fe exenta de culpa en el periodo contractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

Para abundar en fundamentos de derecho, es oportuno recordar este pronunciamiento de una de nuestra altas Cortes. En lo que se transcribe a continuación el Honorable Consejo de Estado consigna que, con relación a las posibles inconformidades que puedan surgir entre las partes de un contrato relativas a cláusulas contractuales, el deber de obrar de buena fe impone a quien esté inconforme que (i) **Manifiestar de manera inmediata esa inconformidad a su contraparte** y, (ii), **Evitar interpretar de forma unilateral las cláusulas convenidas para satisfacer sus intereses**. Dice la referida providencia:

*“Es por ello que, además, **ante la inconformidad con el clausulado contractual** o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, **la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su co-contratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual.***

*“Asimismo, **tampoco es admisible que una de las partes interprete de forma unilateral las cláusulas inicialmente convenidas en el contrato o negocio jurídico estatal con el objeto de satisfacer sus intereses personales,** pues aceptar dicha posibilidad no sólo vulneraría los principios que rigen la actividad contractual del estado sino el principio de buena fe objetiva*

---

<sup>123</sup> Por todos, puede verse a Fernando Hinestrosa, “Tratado de las obligaciones”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, ps. 730 y siguientes, Sección 361. En esta misma obra, en nota de pie de página a la Sección citada puede verse la importante doctrina de la privatística italiana en la que se funda, adicionalmente, el autor para describir esta obligación pre-contractual y evidente carga contractual.

que según los dictados de los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil debe regir toda relación comercial”<sup>124</sup>.

### La pretendida nulidad por objeto ilícito

El objeto ilícito como causal de nulidad de los negocios jurídicos se construye a partir de una aplicación integrada de los artículos 6°, 1502, 1519, 1523 y 1741 del Código Civil colombiano, de donde se concluye que la contravención de normas de orden público o la celebración de un contrato expresamente prohibido por la ley afecta necesariamente de nulidad el respectivo acto contractual.

En un contrato estatal, como el que nos ocupa, el marco de causales de nulidad se amplía, en la medida en que, por un lado, la nulidad opera (i) por las mismas causas previstas en el derecho común, y adicionalmente, (ii) cuando se celebra contra expresa prohibición legal o constitucional o (iii) con abuso o desviación de poder. Frente al particular, ha señalado la jurisprudencia nacional lo siguiente:

*“El artículo 44 de la Ley 80 de 1993 dispone que el contrato estatal es absolutamente nulo por las mismas causas que se prevén en el derecho común y, en especial entre otros eventos, cuando se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional o con abuso o desviación de poder. Para que se configure la causal de nulidad prevista en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993, esto es que el contrato se celebre contra expresa prohibición legal o constitucional es menester que haya una violación al régimen de prohibiciones y que esa prohibición sea explícita, razón por la cual no toda transgresión a una prohibición conduce a estructurar esta precisa causal aunque por supuesto habrá de configurar otra. En este orden de ideas, si se desacata una prohibición genérica o una prohibición implícita del estatuto contractual, el contrato será absolutamente nulo por violar el régimen legal pero la causal no será la enlistada en el numeral 2° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993 sino una diferente según el caso. En consecuencia, cuando la ley de contratación estatal dispone que en el proceso de selección del contratista debe tenerse en cuenta el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, la elusión de estos mandatos comporta una transgresión al orden legal que conduce a la nulidad absoluta del contrato. Si lo primero, es decir no se observa el principio de transparencia, se genera una nulidad absoluta por objeto ilícito porque de acuerdo con el derecho común esto es lo que se configura en todo acto que contraviene al derecho público; si lo segundo, esto es se incumple el deber de selección objetiva, se produce una nulidad absoluta por celebrarse el contrato con abuso o desviación de poder.”<sup>125</sup>*

---

<sup>124</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 22 de octubre de 2015. Rad: 48061, Ponente Jaime Orlando Santofimio.

<sup>125</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de marzo de 2011. Exp. 18118.

La consecuencia de la configuración del objeto ilícito en un negocio jurídico implica, entonces, la nulidad absoluta del contrato o de la cláusula contractual en disputa (artículo 1741 del C.C.). Así, el objeto ilícito conlleva una sanción civil de la mayor trascendencia para los actos jurídicos, en los términos del artículo 1740 del Código Civil, con lo cual, habida cuenta de su naturaleza sancionatoria, la nulidad no puede tener aplicación extensiva o analógica, máxime cuando tiene un impacto directo en los derechos de las partes y en la necesidad de retrotraer las cosas a su estado anterior.

En tanto la parte actora no precisó el alcance de su afirmación al omitir indicar la norma exacta del ordenamiento jurídico público que las cláusulas señaladas de objeto ilícito presuntamente inobservan, del ejercicio de revisión de legalidad en abstracto no encuentra sustento alguno la afirmación de existir contradicción entre el contenido de las estipulaciones contractuales y el derecho público.

En el caso bajo análisis, la posición de la Convocante radica en afirmar que a la luz del artículo 1522 del C.C. lo pactado en el parágrafo 1º de la sección 2.04 y en el numeral 13 de la sección 2.06 de la oferta mercantil tienen objeto ilícito. **SCIA** considera haber asumido directamente y sin ninguna consideración todos los costos, gastos y erogaciones del desarrollo de la obra en la modalidad de precio global, sin que se hubiera contemplado la posibilidad que dicho valor se aumentará con ocasión de incumplimientos (dolosos o culposos) de **REFICAR**.

Considera pertinente entonces el Tribunal remitirse al numeral 9 de la cláusula 2.06 de la oferta mercantil aceptada, relativa a las obligaciones del contratista, la cual señala en particular la obligación de pago, por su cuenta y riesgo, de los servicios que excedan la suma global incluida en la oferta, como se evidencia a continuación:

*“9) Pagar, por su cuenta y riesgo todos los gastos que demande la realización de los SERVICIOS salvo los que según los Términos y Condiciones de la presente OFERTA sean de Suma Global. Todas compras de material[e]s reembolsables requieren previamente aprobación por REFICAR por escrito. En el caso de aquellos SERVICIOS que por su naturaleza y las circunstancias apremiantes que se presenten, EL CONTRATISTA no cuente con tiempo previo para tramitar autorización previa, su reconocimiento estará sujeto a la aprobación posterior por REFICAR, una vez sean suministrados a esta los documentos que soporten la urgencia del servicio que impidió su aprobación previa, adicionalmente a los documentos que soporten el gasto.”*

De la lectura detenida de la estipulación contractual que acaba de citarse, se desprende que lo que las partes acordaron no fue una exoneración de la obligación de pago por parte de **REFICAR** de todos los gastos adicionales a él imputables, o cuya ocurrencia escaparan al resorte del contratista, sino que estableció un procedimiento específico para su reconocimiento.



Las cláusulas acusadas por la Convocante de ser nulas por objeto ilícito, a lo que apuntan es a precisar el alcance de la modalidad de pago seleccionada por las partes, esto es, **el precio global fijo**, con la obligación en cabeza del contratista de advertir previamente al contratante, y contar con su aprobación, respecto de costos adicionales no cubiertos en la remuneración pactada por las partes.

El artículo 2060 del Código Civil establece la siguiente regla en lo referente a la construcción de edificios por precio único.

*“Los contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado, se sujetan además a las reglas siguientes:*

- 1. El empresario no podrá pedir aumento de precio, a pretexto de haber encarecido los jornales o los materiales, o de haberse hecho agregaciones o modificaciones en el plan primitivo; salvo que se haya ajustado un precio particular por dichas agregaciones o modificaciones.*
- 2. Si circunstancias desconocidas, como un vicio oculto del suelo, ocasionaren costos que no pudieron preverse, deberá el empresario hacerse autorizar para ellos por el dueño; y si éste rehúsa, podrá ocurrir al juez o prefecto para que decida si ha debido o no preverse el recargo de obra, y fije el aumento de precio que por esta razón corresponda...”* (Subrayas fuera del texto).

A su turno, el alcance de la modalidad de pago pactada por las partes, si bien no constituye un impedimento en cabeza del contratista para reclamar por las mayores cantidades de obra ejecutadas como resultado de obras o servicios no contemplados en el alcance de los trabajos, o por el advenimiento de circunstancias imprevistas y extraordinarias no imputables al contratista que alteren el equilibrio contractual, o por la solicitud de reajustes a la remuneración surgidos en virtud de la revisión del contrato, sí establece una mayor carga en cabeza del contratista al advertir la suficiencia de la remuneración dada la transferencia del riesgo que se realiza, a su cargo.

Las cláusulas cuestionadas por la Convocante, interpretadas de manera sistemática, corroboran la anteriormente mencionada mayor carga de diligencia en cabeza del contratista, al advertir en su conjunto la no obligatoriedad de acceder a los reclamos y solicitudes de reajuste por concepto de costos o gastos por actividades o suministros adicionales para la ejecución del negocio jurídico, por entender que las mismas se encuentran cubiertas con el precio pactado por las partes y, además, establecer la necesidad de autorización previa escrita por parte del contratante para la ejecución de obras y servicios que implicaran costos adicionales a los contemplados por las partes, so pena de no ser reconocidos.

Por tanto, invocar la nulidad de las cláusulas en examen bajo el cargo de tener objeto ilícito implicaría suplir la voluntad de las partes en cuanto no existe norma de derecho público que se contravenga al configurar un procedimiento para la aceptación de costos adicionales o para la conformidad automática del contratante frente a los reclamos o solicitudes de reajuste, pues la fijación de dichas cargas adicionales obedece al querer de los co-contratantes devenido del principio de autonomía de la voluntad que en nada contraviene al derecho público. Otra cosa sería que las mismas señalaran la renuncia al derecho de acción o la prohibición de revisar los desequilibrios a la ecuación económica del contrato bajo la consecuencia de la producción de efectos negativos para el contratista.

Finalmente, vale la pena destacar que las cláusulas cuestionadas corresponden a una legítima distribución de riesgos contractuales propia de los contratos concluidos bajo la modalidad de precio global fijo. En relación con la distribución de los riesgos contractuales, la jurisprudencia del Consejo de Estado ya citada, y la de la Corte Suprema de Justicia han precisado que tales convenios resultan válidos, siempre y cuando no sean el producto de abuso del derecho o violatorias del principio de buena fe. Por todo, se transcribe el siguiente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia que reza:

*“En singular, la economía del contrato, y los riesgos integrantes, son susceptibles de previsión, asunción, distribución, dosificación y negociación por las partes, llamadas en cuanto tales a su evaluación, asignación, reparto, dosificación, agravación y asunción dentro de los dictados de la buena fe, la simetría prestacional, función práctica o económica social del contrato, designio, conveniencia e interés y la justicia contractual. Ciertos riesgos están atribuidos por la ley conforme al tipo de contrato, a su estructura y disciplina normativa. Otros, son negociados en particular por las partes, quienes como titulares del interés dispositivo, no siendo contra la ley, el orden público, las buenas costumbres, el equilibrio prestacional, la buena fe y la justicia, pueden modificar para atenuar o agravar el régimen de la responsabilidad ordinaria, y en consecuencia, podrán descartar unos o asumir otros adicionales, en cuyo caso, soportan sus efectos y no pueden desconocerlos. En la negociación de los riesgos, ostenta relevancia mayúscula la buena fe y el deber de informar toda razonable circunstancia verosímil, cognoscible e influyente en la estructura económica del contrato, los riesgos normales, dosificados, distribuidos o asumidos, por cuya omisión la parte afectada no debe soportar sus efectos que se radican plenos en quien debía suministrarla clara, completa, veraz y oportuna. Exactamente, el suceso determinante de la alteración ha de ser ajeno a la esfera o círculo de la parte afectada, y del riesgo asumido por la ley o el contrato. Los riesgos del contrato confluyen a integrar el equilibrio prestacional, lo conforman y excluyen la extraneidad para efectos de la imprevisión. Por supuesto, ausente disposición legal o negocial, ningún contratante debe soportar aleas anormales y ajenas al contrato, salvo las asumidas sensatamente en*

*armonía con el tipo contractual y su disciplina legal, o las imputables”<sup>126</sup> (Subrayas fuera del texto)*

Por lo expuesto, esto es, tomando en consideración que las cláusulas contractuales impugnadas por tener objeto ilícito no vulneran el derecho público de la Nación y corresponden al ejercicio legítimo de facultades de las partes dentro de su autonomía para modular el tipo contractual al que se sometieron y distribuir y asumir los riesgos asociados a su ejecución, no prosperan las Pretensiones Declarativas 5.1.13 y 5.1.14 de la Demanda reformada.

También dispondrá el Tribunal, de manera consecencial y correlativa con la conclusión anterior, la prosperidad de la excepción de mérito de la Convocada respecto de la ausencia de fundamento de las pretensiones de objeto ilícito propuestas en la contestación a la demanda principal reformada y así lo dispondrá en la parte resolutive de este laudo arbitral.

## **8 LA TRANSACCIÓN INVOCADA POR SCIA.**

En sus **Pretensiones 5.1.11 y 5.1.12 (Principales y Subsidiarias)**, la Convocante solicita una manifestación negativa, controvertida por la afirmación positiva de la Convocada vertida en una de sus excepciones de mérito, ambas manifestaciones relativas a la existencia (**REFICAR**) o inexistencia (**SCIA**) del evento de **la transacción** en sentido sustancial o material, esto es, como contrato que de existir entre las partes habría producido los efectos de la cosa juzgada en última instancia<sup>127</sup> respecto de algunas reclamaciones de la Convocante. Para una mejor comprensión de las tesis de las partes y de las consideraciones que el Tribunal habrá de formular se transcriben las Pretensiones correspondientes.

### **“Pretensión 5.1.11**

*Se declare que entre REFICAR y SCIA no se ha celebrado contrato de transacción alguno mediante el cual se haya terminado extrajudicialmente un litigio pendiente o precavido un litigio eventual relacionado con el Contrato celebrado entre REFICAR y SCIA para el montaje e instalación de los equipos del Sistema de Manejo de Coke para las áreas de la Unidad de Coke Retardado, del Sistema de Carga de Camiones, el Edificio de Control y las Obras Civiles del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena”.*

---

<sup>126</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012, ponente William Namén.

<sup>127</sup> Artículo 2483 del Código Civil: “La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia...”

**“Pretensión subsidiaria a la Pretensión 5.1.11**

*Se declare que entre REFICAR y SCIA no se ha celebrado contrato de transacción alguno mediante el cual se haya terminado extrajudicialmente un litigio pendiente o precavido un litigio eventual que se refiera o cobije las pretensiones y/o controversias formuladas por SCIA en la presente demanda”.*

**“Pretensión 5.1.12**

*Se declare que los acuerdos contenidos en los Otrosíes Nos. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 al Contrato celebrado entre REFICAR y SCIA, no tienen el alcance de un contrato de transacción y/o que tales acuerdos no producen el efecto de cosa juzgada”.*

**“Pretensión subsidiaria a la Pretensión 5.1.12**

*Se declare que los acuerdos contenidos en los Otrosíes Nos. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 al Contrato celebrado entre REFICAR y SCIA, no tienen el alcance de un contrato de transacción y/o que tales acuerdos no producen el efecto de cosa juzgada, respecto de las pretensiones y/o controversias formuladas por SCIA en la presente demanda”.*

En el marco de la relación negocial, las partes reconocieron expresamente la suscripción de los otrosíes No. 1, 2, 3, 4, 5 y 6, sobre los cuales la parte Convocante solicitó que se declare que no ha operado la transacción (**Pretensiones 5.1.11 y 5.1.12** de la Demanda principal reformada y **Excepción 4.14** de la contestación de la reforma de la Demanda de Reconvención), mientras que la parte Convocada formuló una excepción de mérito invocando que, efectivamente, con ocasión de cinco (5) de los seis (6) otrosíes suscritos, operó la transacción (Excepción b. de la contestación a la reforma de la Demanda).

## **8.1 Raciocinios de SCIA.**

La parte Convocante adujo que, en varios de los citados otrosíes, **REFICAR** reconoció que los retrasos eran atribuibles a factores ajenos a **SCIA**, en donde supuestamente **REFICAR** también reconoció que algunas de las demoras eran atribuibles a las falencias de sus proveedores. Agregó la Convocante que en virtud de ello fue que **REFICAR** amplió el plazo de duración del Contrato, acordando que posteriormente se llegaría a un acuerdo sobre los costos asociados a la mayor permanencia en obra con el fin de ser reconocidos a la Convocante.

A juicio de **SCIA**, los otrosíes no tienen un alcance transaccional porque la voluntad de las partes no estuvo encaminada a producir los efectos propios de la misma. En su entender, inclusive, no se satisfacen los elementos de la transacción. Señaló la Convocante como un ejemplo de la ausencia de la intención de las partes de transigir, el hecho que en el otrosí No. 1 se estableció una posterior revisión de la prueba documental presentada con el fin de decidir la procedencia o

el rechazo del reajuste, lo cual consideró que se desprendía, también, de la lectura de todos los otrosíes.

A su vez, en la contestación de la Demanda de Reconvención la Convocante sostuvo que no es cierto que la elaboración de los acuerdos fue realizada por ambas partes y que los mismos fueron suscritos de manera conjunta pues, a su juicio, omitió la Convocada mencionar que en los otrosíes quedó expresamente reconocida la responsabilidad de **REFICAR** en los retrasos, el aumento de costos de la ejecución del contrato, lo cual se manifestó dejando pendiente el cálculo de la suma que reclamaba **SCIA** a título de reajuste por los incumplimientos de **REFICAR**.

Así mismo, consideró la Convocante en la contestación de la Demanda de Reconvención que no es cierto como lo plantea **REFICAR** que los acuerdos incluyeran la información, cálculos y soluciones que ambas partes estimaban pertinentes, y que permitían la continuidad de la obra en condiciones aceptables para ambas, pues a su juicio, de la lectura del texto mismo de los otrosíes, se evidencia que la determinación de los valores adicionales surgidos de los impactos ocasionados por los incumplimientos de **REFICAR** y por las circunstancias no atribuibles a **SCIA** quedaban pendientes de definición.

## 8.2 Raciocinios de REFICAR.

A su vez, sostuvo la Convocada en la contestación de la demanda que, no es cierto que la ampliación de los plazos obedeciera al reconocimiento de incumplimientos por parte de **REFICAR**, sino principalmente a los incumplimientos de **SCIA** de sus obligaciones contractuales. Reconoció que es cierto que las partes establecieron el compromiso de revisar costos, lo cual, en su criterio, no desvirtuaba la transacción suscrita, pues obedecía a un análisis de los soportes contables de las reclamaciones, los cuales debían ser revisados y aprobados por **REFICAR**.

Adicionalmente la parte Convocada manifestó que los otrosíes No. 1, 2, 4, 5 y 6 contienen una estipulación consistente en expresar que las partes convienen en dar a los acuerdos y efectos de los mismos contenidos y acordados en el documento, el alcance de transacción conforme a las previsiones establecidas en la normatividad vigente.

Estableció que, salvo en el otrosí No. 3, las partes no hicieron reserva de derechos y acciones legales sobre el contrato. Aclaró que el hecho que se estableciera la revisión de las causas y las responsabilidades de las partes no implicaba el reconocimiento de la responsabilidad por parte de **REFICAR**. Así mismo, expuso que en el último otrosí firmado se amplió el plazo de ejecución

del contrato, actualizando el valor global, y dándole un alcance transaccional al mismo, con lo cual desconoce los motivos por los cuales se quiera alterar el valor global de los contratos.

Agregó la parte Convocada que cada uno de los otrosíes –salvo el tercero- incluyó una cláusula de transacción, cláusulas estas que fueron incorporadas y suscritas como producto de una dinámica que implicaba necesariamente una interacción entre las partes, que se manifestaba como una negociación mediante comunicaciones. Adicionalmente, adujo **REFICAR** que ambas partes participaron en su redacción, lo cual –a su juicio- evidencia el desconocimiento de los efectos de un clausulado suscrito por **SCIA**.

Aduce la Convocada que, a su juicio, mediante la cláusula transaccional, las partes expresamente solucionaron todas sus diferencias para la fecha de suscripción de cada uno de los otrosíes con lo cual, concluye, que *“cualquier reclamación de fecha anterior a los del último otrosí se habría entendido incluida dentro del objeto transigido, compensado o conciliado”*, agregando que el propósito mismo de los acuerdos modificatorios del contrato no era otro distinto que *“solucionar la litigiosidad y las vicisitudes propias del contrato ejecutado”*.

### 8.3 Consideraciones del Tribunal.

Habiendo expuesto la posición de las partes, encuentra fundamental el Tribunal analizar si en el presente caso se ha configurado o no la transacción teniendo en cuenta que, de existir en los términos extintivos expuestos por la parte Convocada, nos encontraríamos frente al fenómeno de la *cosa juzgada* (artículo 2483 del Código Civil) con lo cual el Tribunal tendría que abstenerse de pronunciarse sobre todos y cada uno de los acuerdos incorporados en los otrosíes a la Oferta Mercantil.

Antes de abordar el análisis del instituto es necesario referirse a la generalidad o universalidad de la **Pretensión 5.1.11 Principal** que apunta a que el Tribunal declare que entre las partes *“no se ha celebrado contrato de transacción alguno mediante el cual se haya terminado extrajudicialmente un litigio pendiente o precavido un litigio eventual relacionado con el contrato celebrado entre REFICAR y SCIA para el montaje e instalación de los equipos del Sistema de Manejo de Coke para las áreas de la Unidad de Coke Retardado del Sistema de Carga de Camiones del Edificio de Control y las Obras Civiles del Proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena”*.

Esta solicitud de la Convocante tiene un radio de comprensión que, si bien está alinderado por el contrato que sustenta este arbitraje, desborda los precisos asuntos sometidos a este Tribunal porque su entendimiento natural y obvio es que la declaración que pudiera proferir el Tribunal a

su amparo, tendría que hacer referencia tanto a los temas articulados en este proceso arbitral, como a cualesquiera otros que hubieran podido surgir del mismo contrato, no traídos a este Tribunal, materia sobre la que este panel carece de competencia.

En este orden de ideas la **Pretensión 5.1.11 Principal** será desestimada por su improcedencia frente al marco estricto de la materia sometida a decisión de este tribunal de arbitraje.

El Tribunal también desestimaré la **Pretensión Principal 5.1.12** por su falta de claridad y conexidad con las Pretensiones de la demanda, lo que surge con fuerza de su propio texto, en el que hay silencio respecto del referente con el que debe establecerse el efecto de la *cosa juzgada en última instancia* (artículo 2483 del Código Civil). En consecuencia, esta Pretensión se desestimaré en la parte resolutive del laudo arbitral sin necesidad de más consideraciones.

Así las cosas, quedan para consideración del tribunal las **Pretensiones Subsidiarias** de las dos Principales que no prosperarán, que buscan las siguientes declaraciones:

<b>“Pretensión Subsidiaria 5.1.11</b>	<b>“Pretensión Subsidiaria 5.1.12</b>
<i>Se declare que entre REFICAR y SCIA no se ha celebrado contrato de transacción alguno mediante el cual se haya terminado extrajudicialmente un litigio pendiente o precavido un litigio eventual que se refiera o cobije las pretensiones y/o controversias formuladas por SCIA en la presente demanda”</i>	<i>Se declare que los acuerdos contenidos en los Otrosíes Nos. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 al Contrato celebrado entre REFICAR y SCIA, no tienen el alcance de un contrato de transacción y/o que tales acuerdos no producen el efecto de cosa juzgada, respecto de las pretensiones y/o controversias formuladas por SCIA en la presente demanda”</i>

La **Pretensión Subsidiaria 5.1.11** contiene una afirmación negativa indefinida que apunta a que el Tribunal profiera una declaración general y contundente de que entre las partes “*no se ha celebrado contrato de transacción alguno... que se refiera o cobije las pretensiones y/o controversias formuladas por SCIA en la presente demanda*”, Pretensión en la que resulta imposible verificar el extremo con el que habría que confrontar las referidas pretensiones y controversias de SCIA, por tratarse de la negación indefinida respecto de unos documentos inexistentes en el plenario.

En estas circunstancias, la falta del extremo referido, o su imposibilidad de ser probado o verificado, constituye una falta de claridad no remediable que resulta suficiente para desestimar la **Pretensión Subsidiaria 5.1.11**, y así quedará consignado en la parte resolutive de este laudo arbitral.

El Tribunal ha avocado la interpretación de la demanda tratando de desentrañar la real intención de la Convocante en esta parte de su estrategia, la que encuentra la anhelada claridad en los términos de la **Pretensión Subsidiaria 5.1.12**, puesto que en ella sí están los instrumentos que serán confrontados para establecer si se dio o no el evento de la transacción, esto es, a partir de unos determinados acuerdos contractuales frente a las Pretensiones de la demanda.

En consecuencia, el estudio del Tribunal se referirá, de manera exclusiva a establecer si por mérito de los Otrosíes indicados en esta **Pretensión Subsidiaria 5.1.12** ocurrió o no el evento de la transacción con los efectos de la *cosa juzgada en última instancia*, estudio en el que quedará despachada, en forma simultánea, la excepción de mérito de la Convocada, **REFICAR**, que así lo afirma.

Por virtud de las consideraciones que anteceden, el Tribunal procederá a analizar la naturaleza jurídica y los alcances de la transacción, para posteriormente analizar la eventual configuración del instituto en cada uno de los acuerdos modificatorios (Otrosíes).

### 8.3.1 La naturaleza jurídica de la transacción

La transacción dentro del ordenamiento jurídico colombiano fue definida por el legislador en el artículo 2469 del Código Civil como “*un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*”. En la misma definición, el legislador advirtió que “*No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa*” (Subrayas fuera del texto original) y en el artículo 2483 del Código Civil, a su vez, precisó los efectos del citado instituto en los siguientes términos:

“**ARTICULO 2483. EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN.** *La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes.*” (Subrayas por fuera de texto original)

En ese sentido, la transacción “*es un acto de autonomía privada, destinado, más que a modificar una situación en curso, a precisarla, cuanto lo primero, eliminando el conflicto y la consiguiente incertidumbre*”<sup>128</sup>, lo que significa que algunos de los elementos esenciales para su configuración son indefectiblemente, por un parte, la voluntad de los contratantes y, por la otra, la existencia de una disputa o conflicto sobre un derecho o situación jurídica que pretende ser resuelta (res

---

<sup>128</sup> Hinestrosa, Fernando. “Tratado de las obligaciones”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pg. 723.



*dubia*) mediante un acuerdo pero, sobre todo, la incertidumbre en que se encuentran las partes al momento de acudir a un acuerdo transaccional.

Sobre la naturaleza del acto de transigir, precisa el profesor Hinestroza la esencia del instituto como un modo de extinguir las obligaciones que requiere, necesariamente, la reciprocidad en las concesiones. Veamos:

*“La transacción es un arreglo amigable de conflicto surgido entre las partes, esté pendiente de decisión judicial o no haya sido sometido aún a ella. Los interesados renuncian recíprocamente a pretensiones; no hay transacción, así se otorgue ese nombre al acuerdo celebrado, si uno de ellos impone totalmente sus aspiraciones al otro, o si éste se limita a renunciar a sus derechos o aspiraciones. Transigir equivale a hacer concesiones y obtenerlas del contrario, con miras a cancelar una contienda.”*<sup>129</sup> (Subrayas fuera del texto).

Bajo la misma línea conceptual, la jurisprudencia ha definido la naturaleza de la transacción. Por tal motivo, el Consejo de Estado en sentencia del 4 de noviembre del 2004, en Sala Plena Contenciosa Administrativa, manifestó lo siguiente:

*“La base de la transacción es la existencia de una controversia, de una incertidumbre, aquí se cede sobre una pretensión y no un derecho. La transacción es un negocio dispositivo, ante todo se dispone de la litis cancelándola, las partes disponen de sus posiciones contrapuestas, con abdicación de sus pretensiones, mediante concesiones mutuas y regulación de intereses. La transacción, no es ni puede ser fuente de obligaciones; termina litigios, eventualmente extingue obligaciones, pero no las crea.”*<sup>130</sup> (Subrayas fuera del texto original).

De lo anterior se desprende que la transacción tiene una naturaleza jurídica amplia, en donde no solo adopta la forma del contrato, sino que también puede identificarse como un mecanismo alternativo para solucionar controversias, y como un modo de extinción de las obligaciones. No debe olvidarse la triple función del instituto en el ordenamiento jurídico colombiano, (i) como contrato, (ii) como método alternativo de solución de conflictos o derecho común de los mismos y (iii) como medio de terminación del proceso. En estas consideraciones interesa su primera acepción y función con los alcances ya varias veces citados.

En el primer sentido indicado, la transacción es *“un acuerdo o concurso de voluntades individuales [...] en lo tocante a la extinción o la evitación del litigio pendiente o de uno futuro y con los medios*

---

<sup>129</sup> Hinestroza, obra citada, ps. 735 y 736.

<sup>130</sup> Sentencia del 4 de noviembre de 2004, radicado 2002-0564-01(24225) de Consejo de Estado, Sala Contenciosa Administrativa - Sección Tercera. Ponente Ramiro Saavedra.

o concesiones en cuya virtud las partes acceden a no acudir al aparato judicial o a no continuar con la litis,”<sup>131</sup> con lo cual resulta palmario advertir que en el acuerdo transaccional “convergen las voluntades correspondientes, manifestadas por cada una de las partes en la negociación y, en consecuencia, alrededor de él aflora el consabido consentimiento, base y nervio del contrato de transacción, al igual que de todos los contratos, en general”<sup>132</sup>.

Sin embargo, también ha sido identificado por la doctrina como un modo de extinguir obligaciones. Así, resulta medular al acuerdo transaccional que mediante este es posible terminar, total o parcialmente, obligaciones anteriores. Si bien ello no significa que la transacción sea siempre un modo de extinguirlas, “en la generalidad de los casos las concesiones recíprocas –aliquid datum, aliquid retentum- a que se comprometen las partes implicarán la extinción de las obligaciones”<sup>133</sup>.

Ahora bien, habiendo establecido de manera sumaria la naturaleza jurídica de la transacción, procede el Tribunal a analizar los elementos propios de la misma que la diferencian de otro tipo de negocios jurídicos.

### **8.3.2 Los presupuestos de la transacción para precaver o terminar un litigio.**

Como se ha establecido en líneas anteriores, en los términos del artículo 2469 del Código Civil, la transacción constituye, en sí misma, un negocio jurídico, y es por ello que debe cumplir con los requisitos de existencia y validez de todos los contratos, así como con las exigencias propias de los derechos sobre los cuales las partes quieran disponer.

Adicionalmente, la jurisprudencia y la doctrina han identificado cuáles son los elementos que distinguen la transacción de otro tipo de acuerdo. Veamos:

*"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,*

---

<sup>131</sup> Jaramillo, Carlos Ignacio. *Derecho Privado. Tomo II. Derecho de las obligaciones*. Pontificia Universidad Javeriana. Editorial Ibáñez. CEDEP. Bogotá. 2014. Página 334.

<sup>132</sup> *Íbid.* Página 334.

<sup>133</sup> *Íbid.* Página 339.

la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas<sup>134</sup>.  
(Subrayas fuera del texto).

Lo anterior significa que la transacción exige una serie de requisitos necesarios o indispensables para su existencia que, si llegaren a faltar, o no existe transacción, o estamos en presencia de otro negocio jurídico.

De acuerdo con lo anterior, que encuentra fundamento tanto en la ley citada como en reiterada y pacífica jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, para que el acuerdo de las partes de transigir sus disputas actuales o eventuales surta efectos, se requiere inexorablemente la concurrencia de los siguientes elementos:

1º Existencia de una diferencia litigiosa actual o potencial, que se manifiesta en una **incertidumbre** (*res dubia*), incluso si no ha sido llevada al juez competente.

2º Voluntad manifiesta de **poner fin a una disputa o prevenir su materialización**.

3º **Concesiones recíprocas de las partes para lograr ponerle fin a la disputa**.

Uno de los elementos que debe concurrir para que exista la transacción, es la presencia de una litis. Ello se deriva del hecho que una de las causas esenciales en la transacción resulta del interés en la terminación de un litigio pendiente, es decir, que ya se encuentra en curso, o en precaver un litigio eventual. *“El concepto de transacción se configura, pues, con la presencia de una litis; esto es, un conflicto en ciernes, y su eliminación por medio de concesiones recíprocas, consistentes en la abdicación de pretensión y su rechazo”*<sup>135</sup>.

Ahora bien, la transacción solo produce efectos sobre los derechos que han sido puntual y específicamente transigidos, siempre que se satisfagan los requisitos antes señalados. Sobre el principio de relatividad de los efectos, resulta importante invocar el artículo 2485 del Código Civil, en el cual se lee: *“Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión, deberá solo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige”*.

Al respecto, la doctrina especializada ha señalado lo siguiente:

---

<sup>134</sup> Casación Civil, diciembre 12 de 1938, XLVII, 479-480; Casación junio 6 de 1939, XLVIII. 268.

<sup>135</sup> Hinestrosa, Fernando. “Tratado de las obligaciones”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pg. 723.

*“La transacción es de interpretación estricta, y su eficacia no puede traspasar los límites del objeto controvertido que constituye su objeto. De aquí las dos siguientes reglas de nuestro Código (que tienen ya su origen en el Derecho romano): 1ª. La transacción no comprende sino los objetos expresados determinadamente en ella, o que, por una inducción necesaria de sus palabras, deban reputarse comprendidos en la misma. 2ª. La renuncia general de derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción (art. 1815)”<sup>136</sup>.*

Esta regla resulta de especial transcendencia para efectos del presente estudio, pues en principio puede afirmarse que la transacción genérica carece de efectos reales. *“A propósito de la eficacia objetiva de la transacción, ha de indicarse que no abarca más que aquellas relaciones que forman parte de su contenido, al mismo tiempo que todas ellas quedan comprendidas en la composición (art. 2483 c.c.)”<sup>137</sup>.*

En particular, si se tiene en cuenta, tal como se evidenciará con mayor profundidad en líneas posteriores, en varios de los otros ítems se estableció expresamente que se excluían de los efectos de transacción algunos elementos sobre los cuales versaba la incertidumbre y el desacuerdo sobre los derechos y obligaciones derivados de la relación jurídico negocial.

El elemento de la especificidad propio de la transacción asume una particular relevancia, pues, lejos de poner en evidencia la ausencia del alcance de transacción de lo pactado, delimita el objeto a transigir.

### **8.3.3 Efectos del acuerdo transaccional.**

El efecto principal que se desprende de la transacción no es otro distinto que *“la extinción de la res litigiosa et dubia sobre las que versa, pues mediante ellas y de las concesiones recíprocas que le son inmanentes, se abdica a la posibilidad de ventilar judicialmente la contienda que ab initio existía entre las partes y que se tradujo en el manantial del acuerdo transaccional”<sup>138</sup>.*

Adicionalmente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2483 antes citado, la transacción genera *“el efecto de cosa juzgada en última instancia”* sobre la materia transigida, asunto que tiene un entendimiento claro, constante y pacífico en la jurisprudencia de nuestras altas cortes, así como en la doctrina, por ejemplo, la que se ha citado en esta parte del laudo arbitral.

---

<sup>136</sup> Castán Tobeñas, José. “Derecho Civil Español Común y Foral”, Madrid, Tomo IV, 15ª Edición, Reus S.A., 1993, p. 836.

<sup>137</sup> Hinestrosa, Fernando. Obra citada, página 747.

<sup>138</sup> Jaramillo, Carlos Ignacio. *Íbid.* Página 384.

Habiendo establecido lo anterior, el Tribunal analizó con detenimiento cada uno de los otrosíes suscritos, con el fin de dilucidar la existencia de un acuerdo transaccional dentro de los mismos, que implique la exclusión de las materias en aquellos aspectos relacionados con las controversias que han sido sometidas a este arbitraje, con los resultados que se consignan enseguida.

#### **8.3.4 Análisis de los Otrosíes suscritos.**

A lo largo de la relación jurídico comercial que nos ocupa, como ya se indicó, las partes decidieron celebrar seis (6) otrosíes para modificar el contenido del negocio jurídico; y en cinco (5) de ellos se incluyó una cláusula donde se expresó que convenían dar a los acuerdos celebrados el alcance de transacción. A este respecto resulta de especial importancia destacar de antemano que el hecho de que las partes hayan atribuido el alcance de transacción a los citados acuerdos, *per se* no puede llevar a la configuración de dicha institución, pues debe analizarse con detenimiento y cuidado la concurrencia de los tres (3) elementos exigidos legalmente, confirmados por la jurisprudencia, ya analizados, para, finalmente, concluir si se configura o no la invocada transacción.

Habiendo establecido, entonces, los elementos propios de la transacción, el Tribunal consideró pertinente realizar el análisis, uno a uno, de los seis (6) otrosíes suscritos para establecer su contenido y el contexto en el que fueron suscritos, con el fin de determinar si realmente se trató de acuerdos transaccionales, por cuanto resulta claro y evidente que la sola manifestación del deseo de transigir no resulta suficiente para sostener la existencia de una transacción, lo cual se deriva, como uno de sus presupuestos, de lo que prevé el artículo 2485 del Código Civil.

Para estos efectos, el Tribunal analizó de manera particular, en cada uno de los otrosíes, la cláusula de transacción incluida en ellos con la excepción del Otrosí No. 3, así como las comunicaciones cruzadas entre las partes antes y después de la suscripción de estos, con el fin de dilucidar la configuración de los presupuestos de la transacción expuestos en líneas anteriores.

Frente al punto, sea lo primero señalar que efectuada una lectura de lo acordado en los referidos otrosíes el Tribunal concluye que en esos documentos los acuerdos a que llegaron las partes estuvieron encaminados básicamente a **modificar** el contenido contractual ante circunstancias que se presentaron durante la ejecución y desarrollo del contrato, y no a **extinguir** obligaciones como es propio de la transacción. Veamos:

- **Otrosí No. 1:** Tuvo por objeto *modificar* el Contrato ante la adopción de una nueva política salarial por parte de **REFICAR**, lo cual originaría a **SCIA** unos costos que no le resultaba posible preveer en el momento en que formuló la oferta. Así las cosas, las partes acordaron que se *modificaría* el Contrato en el sentido de que **SCIA** aplicaría la nueva política salarial y **REFICAR** ampliaría el valor del contrato para cubrir los mayores costos originados por la nueva política salarial.
- **Otrosí No. 2:** Tuvo por objeto *modificar* el Contrato para incluir a cargo de **SCIA**, un nuevo hito asociado a las labores de "cambio de tornillería y torque", las cuales en principio debían ser realizadas por un tercero, RAPISCOL. Como consecuencia de la inclusión de un nuevo hito, **REFICAR** se obligó a pagar por ello.
- **Otrosí No. 4:** Tuvo por objeto *modificar* el Contrato para incluir el valor que pagaría **REFICAR** a **SCIA** por el desarrollo de diez (10) trabajos adicionales.
- **Otrosí No. 6:** Tuvo por objeto *modificar* el Contrato para aumentar el valor en consideración a la realización de obras que excedían el alcance del Contrato, y actualizar el valor del contrato asociado a la *modificación* de la política salarial implementada por **REFICAR**.

Lo anterior es suficiente para sostener que los Otrosíes suscritos encuentran su causa eficiente en una serie de circunstancias que afectaban la ejecución y desarrollo del Contrato y que, para garantizar su continuidad debieron ser acordados. Ello no es suficiente para derivar de los acuerdos alcanzados los elementos propios de la transacción, en particular la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, ni la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme, así como tampoco la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas.

De otra parte, encuentra el Tribunal fundamental destacar que, del análisis crítico de las pruebas documentales aportadas por ambas partes, así como de los testimonios recibidos dentro del proceso, resulta probado que otros motivos que llevaron a suscribir los Otrosíes se basaron principalmente en la negociación de las reclamaciones por parte de **SCIA**, esto, en palabras de la testigo Carolina Gómez Hurtado, directora jurídica de **SCIA**<sup>139</sup>, con el fin de “llevar a buen término las reclamaciones que **SCIA** había llevado a **REFICAR**”, así como la “Cuantificación del impacto económico” de circunstancias particulares que afectaron la ejecución del contrato y el cumplimiento del cronograma.

---

<sup>139</sup> Su testimonio se recibió en audiencia del 14 de noviembre de 2017. Cuaderno de Pruebas No. 56, folios 297 a 304.

En ese sentido, del análisis de las pruebas que obran en el expediente, encuentra igualmente el Tribunal que las partes acudieron a **negociar** con el fin de valorar o cuantificar una serie de circunstancias que se verificaron durante la ejecución del Contrato y el impacto económico que aquellas implicaban, en el marco de un serie de conflictos que versaban sobre la atribución de la responsabilidad de los retrasos, sobre la asunción de los riesgos y sobre el mayor valor que pudieren generar los hechos que afectaban la ejecución del contrato y el cronograma pactado, los cuales derivaron en varias de las reclamaciones sometidas a este arbitraje, materias y/o asuntos respecto de las cuales las partes además, efectuaron expresas salvedades en el Otrosí No. 6 reservándose el derecho a efectuar posteriormente las respectivas reclamaciones.

Así las cosas, del análisis realizado de los otrosíes suscritos, encuentra el Tribunal que la conclusión sobre la existencia o no de un acuerdo transaccional en los otrosíes 1, 2, 3, 4, 5 y 6 es la misma para todos, tal como se explica a continuación.

#### **8.3.4.1 Existencia de una diferencia litigiosa actual o potencial.**

De las consideraciones incorporadas al otrosí No. 1 y las justificaciones incluidas como sustento del aumento del precio global, no se aprecia que existiera una disputa entre las partes. Lo mismo se evidencia en todos los acuerdos modificatorios del Contrato, en los que no se infiere la existencia de un conflicto, únicamente se observa un interés de las partes en reconocer una situación que impactaba el valor del Contrato, ya fuera relacionado con el incremento del delta salarial, con el aumento del valor del precio global pactado como remuneración de la obra, con la ampliación del término de duración del Contrato o, incluso, con la propuesta de una nueva división de los hitos de pago de cara a la realidad del proyecto.

Incluso, al realizar un análisis del material probatorio en la búsqueda de la prueba del primer elemento (el conflicto), es posible concluir que lo que se pretendía no era cosa distinta que adecuar el contrato a una serie de circunstancias verificadas durante su ejecución, que se hacía necesario tomar en cuenta con el fin de continuar con el desarrollo del objeto contratado.

En ese sentido, lo cierto es que ni de las comunicaciones anteriores a la suscripción de los otrosíes, así como tampoco del contenido de los acuerdos mismos, es posible deducir claramente la existencia de un conflicto puntual, delimitado y determinado, cuya litigiosidad actual o eventual se pretendiera precaver o zanjar.

### 8.3.4.2 Voluntad manifiesta de poner fin a una disputa o prevenir su materialización.

A pesar de la argumentación reiterada de **SCIA** a lo largo del proceso, en particular la de su directora jurídica,<sup>140</sup> quien afirmó que **SCIA** sostuvo en reiteradas ocasiones que no tenía intención alguna de transigir, lo cierto es que las cláusulas de transacción existen y se encuentran consignadas, casi que con el mismo tenor literal, en los otrosíes 1, 2, 3, 5 y 6. Lo anterior fue reconocido por la testigo, señora Gómez Hurtado, quien al explicar la dinámica de la negociación por correo electrónico, afirmó que el mismo contratista aceptaba otorgarle efectos de transacción al otrosí, siempre que se redujera a lo consignado en el escrito del mismo. Sobre este particular, contestó: “OK, puede haber transacción única y exclusivamente respecto de los acuerdos aquí consignados”<sup>141</sup>.

Ahora bien, una cosa es que la cláusula efectivamente exista y que su literalidad no pueda desconocerse, y cosa distinta es que ello signifique que la voluntad de las partes se encontraba realmente encaminada a poner fin a una disputa o a prevenir su materialización futura.

Frente a este punto resulta de particular importancia señalar que, además de que no se observa una delimitación del conflicto o disputa, lo cierto es que, de la lectura del acuerdo, así como de las comunicaciones cruzadas entre las partes y de las minutas de reuniones semanales<sup>142</sup>, tampoco se deduce una *voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme*<sup>143</sup>, que es lo que tiene que ocurrir cuando se pretenda otorgarle alcances transaccionales a un acuerdo.

En este orden de ideas, resulta pertinente destacar que dentro de las comunicaciones enviadas a lo largo de la relación contractual y que fueron aportadas al proceso, particularmente las relativas a la ejecución de las obras adicionales pactadas mediante el otrosí en análisis<sup>144</sup>, esto es,

---

<sup>140</sup> Carolina Gómez Hurtado, testimonio antes citado.

<sup>141</sup> *Íbid.*

<sup>142</sup> **Minutas de Reunión:** Minuta de reunión semanal del 23 de enero de 2014; 30 de enero de 2014; 25 de marzo de 2014; 27 de marzo de 2014; 4 de abril de 2014; 8 de mayo de 2014; 15 de mayo de 2014; 05 de junio de 2014; 12 de junio de 2014; 19 de junio de 2014; 26 de junio de 2014; 19 de junio de 2014.

**Comunicaciones:** Comunicación de REFICAR a SCIA -VP-GEN-1776-0618-14; VP-GEN-1777-0619-14; VP-SCH-0015-0211-14; VP-SCH-0025-0477-14; VP-SCH-0026-0524-14; VP-SCH-0036-0983-14; VP-SCH-0038-1084-14; VP-SCH-0039-1088-14; VP-SCH-0041-1221-14; VP-SCH-0046-1441-14.

<sup>143</sup> Casación Civil, diciembre 12 de 1938, XLVII, 479-480; Casación de junio 6 de 1939, XLVIII. 268.

<sup>144</sup> **Minutas de Reunión:** Minuta de reunión semanal del 12 de junio de 2014; 19 de junio de 2014; 26 de junio de 2014; 3 de julio de 2014; 17 de julio de 2014; 31 de julio de 2014 y 16 de junio de 2014.



enviadas con posterioridad a la suscripción del otrosí, como la comunicación VP-SCH 0049-1471-14 de 21 de mayo de 2014, **REFICAR** incluyó expresamente lo siguiente:

*“Esta comunicación se emite sin perjuicio de los derechos, acciones y facultades de REFICAR que pudiere tener contractualmente o bajo la ley aplicable, todos los cuales se entienden expresamente reservados”.*

Inclusive, en el Otrosí No. 4 ante la incertidumbre del responsable de los retrasos, las mismas partes acordaron en el párrafo primero de la cláusula primera del otrosí No. 4 que (i) revisarían, (ii) estimarían, (iii) identificarían y (iv) documentarían el valor de los sobrecostos.

De esta manera, si se analiza el conjunto de comunicaciones y minutas de actas de reunión posteriores a la suscripción del otrosí, es claro que mediante los otrosíes suscritos no se mutaron las relaciones jurídicas dudosas por otras ciertas, sino que se mantuvo la incertidumbre sobre distintos puntos que, sumados a los acontecimientos verificados más adelante, derivaron en la presente controversia.

#### **8.3.4.3 Concesiones recíprocas de las partes para lograr ponerle fin a la controversia.**

De la lectura de los acuerdos modificatorios al Contrato no es posible concluir la existencia de concesiones recíprocas entre las partes. Por un lado, **REFICAR** reconoce los gastos que la implementación de su política salarial le representa al contratista. Sin embargo, no es posible derivar de lo anterior una serie de concesiones recíprocas encaminadas a ponerle fin a una controversia. Lo anterior obedece a que el acuerdo no pretende poner fin a un conflicto presente, ni precaver un litigio eventual, sino que la causa del mismo se origina únicamente en una necesidad que surge durante la ejecución del Contrato y que es preciso acomodar con el fin de continuar la ejecución del Contrato, en donde el reajuste es asumido sin oposición evidente.

Obsérvese entonces que, al momento de la celebración de los otrosíes, no existía una controversia o disputa respecto de las obligaciones sobre las cuales versaba la negociación, es decir, que sobre ellas no había litigio (*res litigiosa*), por lo cual tampoco había una intención expresa de precaver un litigio sobre un conflicto puntual, de manera que equivocado sería señalar que como hubo un acuerdo transaccional, se extinguió la posibilidad de perseguir una pretensión sobre ello.

---

**Comunicaciones:** Comunicación de SCIA a REFICAR - SC-339-GR-307; VP-GEN-2191-1671-14; VP-SCH-0049-1471-14; VP-SCH-0050-1505-14; VP-SCH-0051-1549-14; VP-SCH-0061-1949-14; VP-SCH-0062-1950-14; VP-SCH-0072-2065-14 y contestación RAPISCOL; VP-SCH-0072-2065-14; VP-SCH-0074-2224-14; VP-SCH-0075-2229-14; VP-SCH-0077-2332-14.

De la lectura de los acuerdos modificatorios no es posible derivar las renunciaciones recíprocas que tendrían que haber ocurrido entre las partes. Si bien podría pensarse que **REFICAR** accedió a aumentar el valor del precio global, no se logra vislumbrar con claridad que la razón del acuerdo obedeciera a un reclamo por parte de **SCIA** y mucho menos que **SCIA** hubiere renunciado a reclamar con ocasión al aumento del valor del Contrato.

Frente a este punto, de las comunicaciones aportadas al proceso<sup>145</sup>, el **Tribunal pudo verificar y concluir la negativa expresa de SCIA a renunciar a las reclamaciones en virtud de los acuerdos alcanzados puntualmente mediante el Otrosí No. 6, de lo cual resulta claro para este Tribunal que las partes no pretendían realizar una serie de concesiones recíprocas encaminadas a zanjar de plano la existencia de un conflicto, o a precaver un litigio eventual. Lo anterior se colige de la manifestación contenida en la cláusula cuarta en la que expresa su compromiso de revisar y estimar el costo real de las eventuales afectaciones sufridas y mayores cantidades de obra, que a la fecha no habían resuelto, contenidas en las comunicaciones SC339-GR1415 de 21 de noviembre de 2014 y SC-339 GR 1237 del 7 de octubre de 2014, materias que debe destacarse corresponden a las que pretenden dirimirse en este trámite arbitral.**

En otras palabras, tal como afirma un autor ya citado, *“las partes que están liquidando un contrato, temerosas de reclamos futuros o, mejor, en su afán de que esa liquidación sea no sólo definitiva, sino inexpugnable, le agregan a su acuerdo el calificativo de transacción, pese a no haber habido disputa alguna entre ellas, o cuando más, haber agregado al convenio inicial una interpretación auténtica de sus cláusulas y una verificación genuina de los hechos, simplemente con el fin de atraer los efectos de cosa juzgada asignados a aquella por la ley (art. 2483 c.c.)”*<sup>146</sup>. (Subrayas fuera del texto original).

#### 8.4 Conclusión.

En conclusión, pese a que en el texto del Otrosí No. 6 se dan algunas luces sobre la posible discusión entre las partes asociadas a obras adicionales solicitadas y autorizadas, no resulta claro su deseo de transigir dicha diferencia. Por el contrario, el objeto de la modificación es incluir un valor adicional que permita pagar dichas obras adicionales.

---

<sup>145</sup> Actas de avance parcial: Actas de avance parcial No. 12. Comunicaciones: Comunicación de SCIA a REFICAR - SC-339-GR-1061; SC-339-GR-1313; SC-339-GR-1322; SC-339-GR-1659; Comunicación de REFICAR a SCIA - VP-SCH-0075-2229-14.

<sup>146</sup> Hinestrosa, Fernando. *“Tratado de las obligaciones”*, Ob. Cit. p. 747 y 748.

De lo expuesto se desprende la imposibilidad de otorgarles a los Otrosíes los efectos de transacción con el alcance que quisiera la parte Convocada. Del análisis realizado queda en evidencia que los Otrosíes suscritos encuentran su única causa eficiente en una serie de circunstancias que afectaban el cumplimiento del contrato y que, para garantizar su continuidad, debieron ser acordados. Sin embargo, ello no es suficiente para derivar de los acuerdos alcanzados los elementos propios de la transacción<sup>147</sup>, en particular la terminación de la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio, ni la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme, así como tampoco la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas.

Tan claro es que las partes no resolvieron mediante la suscripción de los otrosíes los desacuerdos sobre los ajustes que debieran realizarse con el fin de continuar con la ejecución contractual que, inclusive, con posterioridad a la suscripción de varios de aquellos acuerdos, las partes continuaron discutiendo asuntos relativos a los otrosíes suscritos.

Importante es resaltar, también, que ambas partes, en distintas comunicaciones, señalaron las reservas sobre los derechos, acciones y facultades que pudieran tener sobre lo acordado, lo cual es muestra clara de la ausencia de voluntad de terminar o precaver un conflicto, pues precisamente lo que esas salvedades implicaban era la posibilidad para ambas partes de iniciar una acción sobre los puntos objeto del acuerdo en cualquier momento.

Así las cosas, a pesar de que es claro que las partes tenían desacuerdos frente a la asunción de responsabilidad de las circunstancias que afectaron la ejecución del contrato, respecto de las cuales se pretendió hacer frente mediante la suscripción de acuerdos, lo cierto es que no se agregó al plenario la plena prueba de la existencia de una disputa clara y delimitada que se pretendiera zanjar, modificando una circunstancia jurídicamente incierta por una cierta. Tampoco es posible, por la misma razón, encontrar las concesiones recíprocas de las partes de las que se pueda derivar la voluntad clara y expresa de “*terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual*” (Nuevamente, artículo 2469 del Código Civil).

Por lo anterior, del estudio de la Demanda reformada, el Tribunal llega a la convicción de que los temas en ella incluidos fueron objeto expreso y manifiesto de salvedades por las partes en el momento de la suscripción de los distintos otrosíes modificatorios del Contrato, por lo que no encuentra procedente la prosperidad de la alegada **excepción de transacción** que pueda dejar

---

<sup>147</sup> Casación Civil, diciembre 12 de 1938, XLVII, 479-480; Casación junio 6 de 1939, XLVIII. 268

sin merito la procedibilidad de la demanda reformada, sin perjuicio de los demás acuerdos mandatorios frente al contrato. En ese sentido, los otrosíes carecen de certeza sobre la disputa a ser transigida, esto es, sobre el objeto de la misma, lo que resulta suficiente, desde el punto de vista de la adecuación típica contractual de los Otrosíes pertinentes, frente a los elementos de la esencia del contrato de transacción, para concluir que no se da esa conformidad típica, sin que sea del caso indagar por otros arquetipos contractuales que pudieran estar disponibles en el ordenamiento jurídico.

En merito de lo expuesto en este capítulo, el Tribunal dispondrá en la parte resolutive del Laudo arbitral desestimar las **Pretensiones 5.1.11 Principal y Subsidiaria**, así como sobre la **Pretensión 5.1.12 Principal**, y darle prosperidad a la **Pretensión 5.1.12 Subsidiaria**; y de manera consecuencial, desestimar la Excepción Perentoria de **REFICAR** rotulada **Transacción**.

## 9 LA PRETENSIÓN DE PAGO DE LO DEBIDO.

En este capítulo se analizarán las Pretensiones que solicitan el pago, “*por parte de REFICAR de sumas de dinero contractualmente pactadas... que REFICAR adeuda a SCIA*”, que, *prima facie*, parecieran ser una reclamación de estirpe ejecutiva.

### 9.1 Lo pedido por SCIA.

La primera mención a este grupo de Pretensiones aparece como la especie (ix) de la Pretensión 5.1.2, (p. 11 de la demanda reformada). Luego, en la Pretensión 5.1.5 (iii), p. 12 ibidem, se reclama el costo financiero “por los pagos... no recibidos”, esto es, por los accesorios de las sumas reclamadas bajo esta Pretensión. Igualmente, el Tribunal entiende que estas reclamaciones tambien se fundan en los incumplimientos mencionados en los numerales (viii) y (x) de la pretensión 5.1.2, esto es, el “*no pago de trabajos adicionales*” y “*demorar y/o impedir el proceso de facturación de trabajos que fueron ejeutados y completados por SCIA*”, que se encuentran “*incluidos en las Actas de Avance 20,30 y 31*”.

La **Pretensión 5.1.10** contiene la valoración de las declaraciones que se han reseñado, cuyo común denominador es tener como fundamento lo que quedó vertido en unas determinadas Actas de Avance de Obras, o en un determinado Acuerdo de Reembolso por la “*gestión de compras por gastos reembolsables*”, así como lo que se pruebe por concepto del “*delta salarial por la aplicación de la Política Salarial de REFICAR*”, en los meses allí mismo determinados.

Para mayor claridad y precisión de las consideraciones y conclusiones del Tribunal, se transcribe la **Pretensión de Condena 5.2.7<sup>148</sup>**, en donde la Convocante confirma los valores estimados en la **Pretensión Declarativa 5.1.10**, así:

*“Se condene a REFCAR a pagarle a SCIA la suma de **COP\$ 6.849.424.120** o la que resulte probada en el proceso arbitral, correspondiente a las actividades o trabajos inicialmente pactados, trabajos adicionales y/o mayores cantidades de obra que REFCAR solicitó a SCIA y que SCIA ejecutó, que REFCAR aún no ha pagado, según se demuestren en el presente trámite arbitral, que incluyen entre otros los siguientes, sin limitarse a ellos:*

- i. La suma de **COP\$ 2.009.470.510**, o la que se pruebe en el proceso, correspondiente al diez por ciento (10%) del valor de las Actas de Avance Parcial Nos. 1, 2, 3, 5, 7, 8, 10 y 12.*
- ii. La suma de **COP\$ 579.015.991**, o la que se pruebe en el proceso, la cual corresponde al pago pendiente del valor inicialmente previsto en el Contrato, de acuerdo con el Acta de Avance No. 20.*
- iii. La suma de **COP \$381.251.808**, o la que se pruebe en el proceso, por concepto de las actividades adicionales y trabajos adicionales ejecutados por SCIA a petición de REFCAR, correspondientes al Acta de Avance No. 21, suma que debe ser pagada a SCIA.*
- iv. La suma de **COP\$ 1.225.454.180**, o la que se pruebe en el proceso, correspondiente al pago pendiente de acuerdo con el Acta de Avance No. 30.*
- v. La suma de **COP\$ 465.810.028**, o la que se pruebe en el proceso, correspondiente al pago pendiente de acuerdo con el Acta de Avance No. 31.*
- vi. La suma de **COP\$ 57.498.463**, o la que se pruebe en el proceso, por concepto de "gestión de compras por gastos reembolsables" de acuerdo con el Reembolsable No. 5.*
- vii. La suma de **COP\$ 812.530.500**, o la que se pruebe en el proceso, por concepto del delta salarial por la aplicación de la Política Salarial de REFCAR para los meses de septiembre 2014, diciembre 2014, enero 2015 y febrero 2015, o por el periodo que se pruebe en el presente arbitral”.*  
*(...)*

En su pretensión 5.2.8, la Demandante solicita el pago de indexaciones e intereses sobre estos montos como parte de la condena.

En sus Alegatos de Conclusión, la Convocante precisa que su reclamo por estos conceptos asciende únicamente a **\$ 5.531.076.480<sup>149</sup>**, distribuidos así:

- i. \$ 2.009.470.510 por el “10% del valor total de las Actas de Avance Parcial Nos. 1, 2, 3, 5, 7, 8, 10 y 12”;*

---

<sup>148</sup> Pagina 19 de la Demanda reformada. Cuaderno Principal No. 3, folio 10.

<sup>149</sup> Alegatos de Conclusión de la Convocante, párr. 13(b). Cuaderno Principal No. 5, folio 10.

- ii. \$ 579.015.991 por “trabajos ejecutados en el periodo del 15 de noviembre de 2014 al 30 de mayo de 2015”;
- iii. \$ 381.251.808 por “sumas que REFCAR ha reconocido adeudar a SCIA por trabajos ejecutados durante la ejecución del Proyecto y que hasta el momento no han sido pagadas”;
- iv. \$ 1.225.454.180 “soportada en el Acta de Avance Parcial No. 30 por concepto de desmovilización”;
- v. \$ 465.810.028 “soportada en el Acta de Avance No. 31 por concepto de desmovilización”;
- vi. \$ 57.543.463 por “por gastos reembolsables identificados en el Reembolsable No. 5”; y
- vii. \$ 812.530.500 por el “delta salarial por la aplicación de la Política Salarial de REFCAR para los meses de septiembre de 2014, diciembre de 2014, enero de 2015 y febrero de 2015”.

## 9.2 La posición de REFCAR.

Con excepción de la reclamación relativa a los gastos identificados en el “Reembolsable No. 5”, la Convocada acepta que tiene la obligación de pagar a **SCIA** los dineros que ésta reclama. De hecho, en sus Alegatos de Conclusión<sup>150</sup>, reconoce que la suma debida por estos conceptos – y que se encuentran consignados en las Actas de Avance Parcial Nos. 19, 20, 21, 30, 31, 33 y 34 asciende a **\$ 5.473.533.017**.

La defensa de la Convocada sobre este punto se centra, en consecuencia, en negar que **SCIA** tenga derecho a indexación, intereses, utilidad, u otro monto accesorio sobre la suma cuyo pago reconoce como procedente:

- Porque dichas sumas solamente serían debidas únicamente a partir de la liquidación del Contrato (lo cual, hasta este Laudo, no ha ocurrido)<sup>151</sup>; o
- Porque “la falta de certidumbre de las sumas adeudadas y sobre todo de algún incumplimiento de parte de Reficar en su pago, pues es SCIA quien no facilitó cumplir con la obligación liberatoria a la convocante, no habrá lugar a la declaratoria de intereses moratorios o corrientes”<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Alegatos de Conclusión de la Convocada, pág. 175. Cuaderno Principal No. 5, folio 241.

<sup>151</sup> Alegatos de Conclusión de la Convocada, pág. 167. Cuaderno Principal No. 5, folio 237.

<sup>152</sup> Alegatos de Conclusión de la Convocada, pág. 175. Cuaderno Principal No. 5, folio 241.

### 9.3 Consideraciones y decisión del Tribunal.

El Tribunal nota, en *primer lugar*, que no existe disputa entre las Partes respecto de los montos que debe la Convocada por concepto de los ítems (i) a (v) y (vii) de la reclamación de la Convocante (conforme ha sido cuantificada en los Alegatos de Conclusión). Tal como señaló el Sr. Zúñiga durante su declaración:

*“DR. PEÑA: Yo creo que lo aportamos al expediente para que obre como un anexo de su declaración, en este punto y para continuar con su relato: ¿cómo se encuentra el tema facturación, hay claridad hay certeza ya de cuál es la facturación pendiente de pago?”*

*SR. ZÚÑIGA: Sí correcto, nosotros ya tenemos un número de lo que está pendiente, estamos hablando de \$5.500 millones pendientes por pagar.*

*DR. PEÑA: ¿Esa cifra y esa verificación tiene la conformidad de Schrader en este momento?”*

*SR. ZÚÑIGA: De esos \$5.500 millones hay un porcentaje que todavía no se ha facturado de parte de ellos, nosotros en la parte final...*

*DR. PEÑA: Pero en lo conceptual hay un acuerdo?”*

*SR. ZÚÑIGA: Conceptualmente ya hay un acuerdo correcto.*<sup>153</sup>

Lo anotado por el Sr. Zúñiga también lo confirma una comparación de los montos que cada parte indica en sus respectivos Alegatos de Conclusión al respecto:

Ítem	Acta de Avance Parcial	Monto reclamado por SCIA <sup>154</sup>	Monto reconocido por Reficar <sup>155</sup>
(i)	19	\$ 2.009.470.510	\$ 2.009.470.510
(ii)	20	\$ 579.015.991	\$ 579.015.991
(iii)	21	\$ 381.251.808	\$ 381.251.808
(iv)	30	\$ 1.225.454.180	\$ 1.225.454.180
(v)	31	\$ 465.810.028	\$ 465.810.028
(vii)	33	\$ 812.530.500	\$ 457.217.928,00
	34		\$ 355.312.572,00
<b>TOTAL</b>		<b>\$ 5.473.533.017</b>	

<sup>153</sup> Cuaderno de Pruebas No. 56, folio 291 reverso.

<sup>154</sup> Alegatos de Conclusión de la Convocante, párr. 13(b). Cuaderno Principal No. 5, folio 10.

<sup>155</sup> Alegatos de Conclusión de la Convocada, pág. 175. Cuaderno Principal No. 5, folio 241.

En sintonía con lo anterior, se destaca igualmente que, en el dictamen aportado por **REFICAR**, elaborado por GPS, los expertos afirman que procedieron a revisar “los montos incluidos en la demanda de SCIA” y confirmaron, con la administración de **REFICAR** que “existe coincidencia en el monto de las actas de facturación no pagadas”, las que lista así:

Tabla 43- Actas Pendientes de pago.

ACTA	CONCEPTO	Monto (COP\$)
19	10% actas 1,2,3,5,7,8,10 y 12	2.009.470.510
20	Obra Ejecutada	579.015.991
21	Trabajos Adicionales	381.251.808
30	Obra Ejecutada	1.225.454.180
31	Obra Ejecutada	465.810.028
33	PSR	457.217.928,00
34	PSR	355.312.572,00
<b>TOTAL</b>		<b>5.473.533.017</b>

En *segundo lugar*, sin perjuicio del análisis detallado en materia de intereses que el Tribunal realizará más adelante, conviene destacar que el debate aquí estriba, en realidad, en si la Convocante tendría derecho al cobro de alguna indexación, utilidad o intereses sobre estos montos. Tras considerar las pruebas del expediente, el Tribunal considera que la Convocante no tiene derecho a ningún tipo de ajuste.

Primero, el ítem (i) de la reclamación corresponde a un valor residual del 10% del total de las Actas de Avance Parcial Nos. 1, 2, 3, 5, 7, 8, 10 y 12. Conforme a la cláusula 2.5 de la Oferta Mercantil Irrevocable, resulta claro que este valor es exigible “*contra la firma del acta de liquidación del Negocio Jurídico*”<sup>156</sup>.

No está en disputa entre las Partes que el Contrato, a la fecha, no se encuentra liquidado y que, por solicitud de la Convocante (a la cual “*Reficar no se opone*”<sup>157</sup>), corresponde a este Tribunal efectuar dicha liquidación. En vista de lo anterior, no es procedente declarar el cobro de intereses o indexaciones por el paso del tiempo sobre este monto.

Segundo, y en cualquier caso, la Convocante no ha acreditado la fecha a partir de la cuál era exigible a **REFICAR** el pago de los montos a los que se refieren los ítems (i) a (v) y (vii). Tampoco

<sup>156</sup> Oferta Mercantil Irrevocable, cláusula 2.05, Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 21.

<sup>157</sup> Alegatos de Conclusión de la Convocada, pág. 167. Cuaderno Principal No. 5, folio 237.



ha determinado a partir de cuándo **REFICAR** estaba en mora del pago de estas obligaciones ni, consecuentemente, las indexaciones o intereses a las que hubiera lugar sobre esta base.

En contraste, sí se encuentra acreditado en el expediente que, si **REFICAR** no pagó estos montos, fue porque **SCIA** no los había facturado. En palabras de los peritos contables presentados por **SCIA**, “[d]e acuerdo con los registros de la contabilidad de Schrader, en la cuenta 13050502-Deudores-clientes-nacionales-Ingresos pendientes por facturar, y reconocidos como Ingresos en la cuenta 4130970 -Ingresos operacionales-provisión de ingresos, como ingresos devengados (o causados) y no facturados, aparecen registros a cargo de Reficar S.A. por diferentes conceptos [...] (esta suma, al no haberse facturado por parte de Schrader, no ha sido cancelada por Reficar)”<sup>158</sup>.

No cabe duda de que, conforme al Contrato, todo pago debía ser hecho por **REFICAR** “dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de recibo de una factura que cumpla con la totalidad de los requisitos de ley y con las condiciones fijadas en la OFERTA”<sup>159</sup>. Si **SCIA** no facturó antes los montos que ahora reclama, pudiendo haberlo hecho, no puede ahora beneficiarse de su propia negligencia (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Lo anterior es suficiente para concluir que **REFICAR** no se demoró ni impidió el proceso de facturación de trabajos y por tanto desestimar la pretensión 5.1.2 Numeral (x) y 5.1.5 numeral (iii) así se declarará en la parte resolutive.

La exigibilidad de las obligaciones cuyo pago reclama **SCIA** sólo podrá tenerse por cierta a partir de la liquidación del Contrato. En consecuencia, no procede ningún ajuste o interés sobre estos montos, y así se consignará en la parte resolutive de esta providencia.

En tercer lugar, la Convocante solicita al Tribunal que ordene a **REFICAR** al pago de \$ 57.543.463 adicionales por “por gastos reembolsables identificados en el Reembolsable No. 5” (ítem vi de la reclamación *sub examine*). En sustento de esta reclamación, la Convocante presenta una copia del asiento L-5-69-12 de su contabilidad<sup>160</sup>.

El Tribunal considera que la Convocante no ha probado que este pago sea procedente. Conforme a la Cláusula Cuarta del Otrosí No. 3:

---

<sup>158</sup> Peritaje técnico contable de Luis Abelardo Ramírez y Luis Humberto Ramírez de fecha 30 de junio de 2017 (aportado el 8 de noviembre de 2017). Cuaderno de Pruebas No. 56, folio 71 reverso.

<sup>159</sup> Oferta Mercantil Irrevocable, cláusula 2.05, Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 21.

<sup>160</sup> Ver Anexo 142 del Peritaje técnico contable de Luis Abelardo Ramírez y Luis Humberto Ramírez de fecha 30 de junio de 2017 (aportado el 8 de noviembre de 2017) CD Cuaderno de Pruebas No. 56, folio 15.

*“Las Partes acuerdan que con la previa autorización escrita de REFICAR, el CONTRATISTA podrá efectuar bajo el NEGOCIO JURÍDICO compras de bienes que requieren de una gestión de importación, nuevos equipos y servicios de ingeniería. En tales eventos, REFICAR le reembolsará al CONTRATISTA el 100% del costo de dicho(s) bien(es) y como contraprestación total y única por dicha gestión de compra REFICAR le pagará al CONTRATISTA una cifra equivalente al dieciocho por ciento (18%) del valor de la respectiva compra [...]. Nada de lo aquí contenido podrá ser interpretado como una promesa u obligación a cargo de REFICAR de autorizar o solicitar compra alguna de bienes que requieren de una gestión de importación, equipos o servicios de ingeniería<sup>161</sup>.”*

Por lo tanto, correspondía a **SCIA** probar que el monto reclamado por el denominado “Reembolsable No. 5” corresponde a un bien que requiriese una gestión de importación, nuevos equipos o servicios de ingenierías y que fue autorizado previamente y por escrito por **REFICAR**.

Dicho de otro modo, la Convocante no ha probado la fuente de la obligación de reembolso del monto que aparece en sus asientos contables como “Reembolsable No. 5”.

En vista de todo lo anterior, el Tribunal arbitral declarará la prosperidad parcial de las pretensiones 5.1.2 numerales (viii) y (ix) y 5.1.10 numerales (i) a (v) y (vii) y sus correlativas consecuenciales de condena 5.2.7 numerales (i) a (v) y (vii), precisando que **SCIA** tiene derecho a que **REFICAR** le pague la suma de \$ **5.473.533.017**, suma que se discrimina así:

1. La suma de COP\$ 2.009.470.510, que corresponde al diez por ciento (10%) del valor de las Actas de Avance Parcial Nos. 1, 2, 3, 5, 7, 8, 10 y 12.
2. La suma de COP\$ 579.015.991, que corresponde al pago pendiente del valor inicialmente previsto en el Contrato (obra ejecutada), de acuerdo con el Acta de Avance No. 20.
3. La suma de COP \$381.251.808, por concepto de las actividades adicionales y trabajos adicionales ejecutados por **SCIA** a petición de **REFICAR**, correspondientes al Acta de Avance No. 21.
4. La suma de COP\$ 1.225.454.18 que corresponde al pago pendiente (obra ejecutada), de acuerdo con el Acta de Avance No. 30.
5. La suma de COP\$ 465.810.028, que corresponde al pago pendiente (obra ejecutada), de acuerdo con el Acta de Avance No. 31.
6. La suma de COP\$ 812.530.500 por concepto del delta salarial por la aplicación de la Política Salarial de **REFICAR** (PSR) para los meses de septiembre 2014, diciembre 2014, enero 2015 y febrero 2015, de acuerdo con las Actas Nos. 33 y 34.

---

<sup>161</sup> Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 16.

## 10 LA COMPRENSIÓN Y ORDENACIÓN DE LAS DEMÁS PRETENSIONES DE SCIA.

El orden con el que el Tribunal ha comenzado el análisis de las pretensiones de **SCIA** obedece a la necesidad de despejar el amplio pedido de la Convocante despachando en primer lugar, como se ha hecho, las pretensiones susceptibles de un pronunciamiento prioritario por razón de su misma naturaleza o por su mayor certeza probatoria, pero, en particular, por constituir temas de derecho en forma dominante (la nulidad, la ineficacia, la cosa juzgada en última instancia y el pago de lo debido).

El Tribunal entrará a analizar el resto de la Pretensiones de **SCIA** y para evitar reiteraciones innecesarias, remitirá a la transcripción textual y completa de las **Pretensiones de la demanda** que obra en los Antecedentes de este laudo arbitral (Sección Primera).

Lo que se concluye en un primer examen es que la pretensión básica y rectora de todo el *petitum* es **el incumplimiento por parte de REFICAR del Contrato que suscribió con SCIA**, cuyo alcance era, se repite, “*el montaje electromecánico de las bandas transportadoras (Belt Conveyors) y sus soportes, las torres de transferencia entre estos (Transfer Towers), un sistema de recolección de polvos, y el edificio de carga de camiones. La unidad también incluía todo el sistema de control, un almacén, y el área de limpieza de camiones*”<sup>162</sup>. En este sentido, es concluyente el alcance de la **primera Pretensión Declarativa, No. 5.1.1.**

### 10.1 Pretensiones ya definidas por el Tribunal como materia previa.

Las Pretensiones que participan del carácter ya indicado, esto es, que dados sus alcances y estructura constituyen típicos puntos de derecho, en forma dominante (la nulidad, la ineficacia, la cosa juzgada y el pago de lo debido), son las siguientes:

1°. Grupo de **Pretensiones 5.1.13, 5.1.14 y 5.1.15** y relativas a la nulidad por objeto ilícito, o a la ineficacia, de unas determinadas cláusulas contractuales.

2°. Grupo de **Pretensiones 5.1.11 y 5.1.12** relativas al evento de la transacción invocada por **SCIA** como un contrato inexistente entre las partes, mientras que la Convocada la alega como excepción de mérito contra algunas Pretensiones de SCIA.

---

<sup>162</sup> Descripción del objeto del contrato en el peritaje de Global Project Strategy, GPS, de 6 de abril de 2018, página 92. Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 472.

3° **Pretensión 5.1.10** numerales (i) a (v) y (vii) en concordancia con la **Pretensión 5.1.2** numerales (viii) y (ix), y sus correlativas consecuenciales de condena 5.2.7 numerales (i) a (v) y (vii) respecto “de sumas de dinero... que REFICAR adeuda a SCIA” o porque así estaba pactado, o por trabajos adicionales solicitados por **REFICAR** y ejecutados por **SCIA** y no pagados (numeral viii), y por “Demorar y/o impedir el proceso de facturación” de trabajos ejecutados incluidos en Actas 20, 30 y 31.

A estos tres grupos de Pretensiones ya se refirió el Tribunal y las despachará tal y como quedó consignado en páginas anteriores.

## **10.2 Pretensiones Declarativas pendientes de resolución.**

Para el tratamiento ordenado y comprensivo del resto de **Pretensiones Declarativas** de **SCIA**, el Tribunal observa y concluye que, siendo todas ellas de incumplimiento del Contrato, se acomodan a la siguiente tipología a la que se recurre para la cabal comprensión del *petitum* de la Convocante, así como para asegurar la completitud del trabajo del Tribunal.

### **10.2.1 Entregas Tardías, No Entregas, Entregas Deficientes.**

Hay un número importante de pretensiones que guardan relación con **entregas tardías** o **no entregas**, o **entregas deficientes**, que **SCIA** le imputa a **REFICAR** y que tienen que ver, en concreto, con los siguientes aspectos de la ejecución contractual:

- **Pretensiones 5.1.2 (i) y (ii).** Entrega tardía de áreas de pre- ensamble y acopio de las Belt Conveyors (bandas transportadoras), o la entrega de esas mismas áreas en condiciones diferentes a las previstas.
- **Pretensión 5.1.2 (iii).** Entrega tardía de las fundaciones de las Torres de Transferencia 2 y 3.
- **Pretensión 5.1.2 (iv).** No entrega de áreas en los lugares, con los tamaños y condiciones inicialmente previstos para las zonas de campamento y almacenaje temporal del área TLA (Truck Loading Area).
- **Pretensiones 5.1.2 (v) y (vi).** Entrega tardía, no entrega o entrega deficiente de la ingeniería requerida para la construcción, montaje o instalación de los equipos del Sistema de Manejo de Coke.

- **Pretensión 5.1.2 (vii).** Entrega tardía o en condiciones distintas a las requeridas, de suministros de los materiales y equipos del Sistema de Manejo de Coke.

#### **10.2.2 Pretensiones originadas en los atrasos que tuvo la ejecución contractual, por los que SCIA responsabiliza a REFICAR.**

Si el grupo de Pretensiones anterior tiene su causa eficiente en los retardos, demoras o entregas deficientes de **REFICAR** en diversos aspectos de la ejecución contractual (**No. 10.2.1**, anterior), este grupo de pretensiones se funda en los **atrasos** que tuvo el Proyecto (la ejecución del objeto), también por causas que la Convocante le imputa a la Convocada, cuya solicitud es inequívoca en la **Pretensión Declarativa 5.1.3**.

#### **10.2.3 Concreción del daño y solicitud de perjuicios por los problemas en las entregas y por los atrasos del Proyecto.**

Las **Pretensiones 5.1.4 y 5.1.5** están encaminadas a que el Tribunal declare que **REFICAR** es responsable frente a **SCIA** por todos los incumplimientos anteriores (Retardos de **REFICAR** en la ejecución de sus propias obligaciones y **Atrasos** en la ejecución del Proyecto), y que **REFICAR** debe indemnizar a **SCIA** las resultas de **dos clases de perjuicios** que el Tribunal interpreta, así, a términos de las Pretensiones **5.1.4 y 5.1.5**:

1º El **daño emergente**, bajo dos géneros que la Convocante tipifica expresamente, el primero, en su lista, **Pretensión 5.1.5 (i)**, las consecuencias de la mayor permanencia o sobreestadía de la infraestructura material y humana imputables a **REFICAR**, y para estos efectos la unidad natural de cuenta parece ser lo que costaba un día de trabajo. Por esta razón, los peritajes de ambas partes utilizan, naturalmente con diversos alcances, los días de retraso en la ejecución de la obra, como la unidad de valoración de este probable perjuicio.

El segundo genero de la especie daño emergente es lo que **SCIA** denomina, en la **Pretensión 5.1.5 (ii)**, **“La pérdida de productividad en las obras de instalación y montaje”**, por concepto de mano de obra directa, cuya unidad de cuenta, a voces de lo que informan los peritajes, son las horas productivas, o improductivas, en los diversos frentes de la ejecución contractual.

Se observa que la **Pretensión 5.1.6** es una reiteración de la genérica de daño emergente ya incluida en la **Pretensión 5.1.5**.

2° El **lucro cesante**, conformado por “(iii) El costo financiero por los pagos tardíos, morosos, o no recibidos. (iv) La falta de liquidez. (v) la pérdida de utilidad”, tal y como reza la **Pretensión 5.1.5**.

También tiene este mismo carácter la **Pretensión 5.1.17** en la que se solicita la declaración de los intereses de mora respecto de todas “las sumas reclamadas en la presente demanda”, liquidados por el período allí mismo indicado.

#### **10.2.4 Pretensiones que siendo Declarativas incluyen una estimación condenatoria.**

Hay una serie de Pretensiones que, aunque incluyen o proponen una suma estimatoria del daño emergente o del lucro cesante, o de algún accesorio de estas Pretensiones, siguen siendo **Declarativas**, y así serán consideradas. Tan claro es su carácter Declarativo que, para afirmar su contenido consecuencial o de condena, la Convocante las incluye expresamente, con este carácter, en el **capítulo 5. 2**, rotulado de manera inequívoca **Pretensiones de Condena** (Página 16 y siguientes de la Demanda Reformada).

De aquella naturaleza, ser **Pretensiones Declarativas**, son las que el Tribunal identifica bajo esta nomenclatura y contenido:

- **Pretensión 5.1.7**. Estimaciones del valor de la mano de obra directa e indirecta, de los sobrecostos en los equipos y en las instalaciones temporales, lo que estima por los denominados gastos generales (overhead), y una pretendida utilidad ya imprecada en la **Pretensión 5.1.5 (v)**. La **Pretensión de Condena 5.2.4** corresponde, exactamente, a esta Pretensión Declarativa, tanto en los rubros invocados, como en el valor particular y global estimado.
- **Pretensión 5.1.8**, respecto de los sobrecostos financieros generados para **SCIA** en la ejecución del contrato, estimados en la suma exactamente igual a la que obra en la **Pretensión de Condena 5.2.5**.
- **Pretensión 5.1.10** ya resuelta (Pago de lo Debido), que tiene su equivalente en la **Pretensión de Condena 5.2.7**, por los mismos valores estimados en la Declarativa.

#### **10.2.5 Los accesorios y la condena en costas.**

Las dos Pretensiones Declarativas finales solicitan, la primera (**5.1.17**), como único accesorio intereses de mora o indexación (**Subsidiaria**) respecto de los pagos a los que sea condenada

**REFICAR**, desde la fecha en que se hubieran debido hacer y hasta su pago efectivo, o hasta la fecha que indique el Tribunal. Y la segunda (5.1.18), se refiere a la condena en costas.

#### 10.2.6 La Liquidación del Contrato.

La **Pretensión declarativa 5.1.16** solicita expresamente que “*Se liquide el Contrato de conformidad con las obligaciones que en cabeza de cada una de las partes se establezcan en el proceso arbitral*”.

#### 10.3 Las Pretensiones de Condena.

Es de Perogrullo que en una sentencia o en un laudo arbitral no procede una condena que no esté fundamentada en una declaración previa de existencia del daño, de su atribución de responsabilidad y de la estimación del perjuicio establecido bajo el rito de la plena prueba.

El Tribunal observa que la Convocante no solicita condenas particulares imbricadas en los innumerables ítems que cubren la ejecución contractual, sino que utiliza los siguientes reductores de la responsabilidad que le imputa a **REFICAR**, así:

i) **La sobreestadía o mayor permanencia en la obra, Pretensión de Condena 5.2.2 (i)**, con lo que ella implica en costos por conceptos de equipo y de personal (mano de obra indirecta), cuya unidad de cuenta, empleada por los peritos de ambas partes, es el precio de un día de labores, cálculo en el que deben incluirse todos los eventos con mérito para impactar esa valoración, uno de ellos el precio global fijo convenido y los incrementos de que dan cuenta varios Otrosíes al contrato vinculados a específicas extensiones del plazo, tal y como se puede concluir, *prima facie*, a la vista de esos textos contractuales. Además, también deben ponderarse circunstancias frecuentes en la contratación como la responsabilidad mutua de las partes, casi siempre con diverso grado de intensidad, en las causas de esas extensiones o sobreestadías del contratista en la ejecución de la obra, así como sucesos naturales o de terceros que pueden influir en esas extensiones, por ejemplo.

ii) **La productividad, Pretensión de Condena 5.2.2. (ii)**, es el segundo reductor o nucleador de la determinación del daño, tal y como lo solicita la Convocante en la **Pretensión Declarativa 5.2.2** (“*La pérdida de productividad en las obras de instalación y montaje*”), con lo que ella implica en costos por concepto de personal (mano de obra directa).

Acaba de advertir el Tribunal que este segundo nucleador de la determinación del daño debe analizarse con una inevitable correlación con el anterior (**la sobreestadía**) y que su valoración tiene como unidad de medida las horas estimadas para la ejecución total del contrato comparadas con las gastadas o invertidas efectivamente, pero todo esto confrontado o ponderado con el peso de las improductividades de cada parte, así como con las interferencias que hayan podido perturbar la normal y pacífica ejecución del contrato, propias, naturales, o de terceros, algunas excusables, otras no.

En este contexto, observa el Tribunal que los peritos de ambas partes consignaron en sus experticias las verificaciones tanto de la cantidad como del valor de las horas improductivas y, adicionalmente, se observa, sin necesidad de un juicio técnico que, dada la diversa naturaleza de las actividades o frentes de ejecución, son también distintos los pesos que ellas tienen en el resultado final de la **productividad/hora**. A continuación, se resume la correlación que se observa entre las **Pretensiones Declarativas** y las **Condenas** que se solicitan (Demanda reformada de **SCIA**).

iii) **Mayores cantidades de obra en la construcción de la torre Kanawha**. Pretensión de condena No. 5.2.6, cuya unidad de cuenta empleada por HILL es el precio de un día de labores.

El **Capítulo 5.2** de las Pretensiones de **SCIA** comprende las condenas que solicita (van de la **5.2.1** a la **5.2.9**), en las que se observa la siguiente relación de causalidad con las **Pretensiones Declarativas** que se acaban de revisar:

- **5.2.1** Es una pretensión genérica de condena por el pretendido incumplimiento de **REFICAR**.
- **5.2.2** Esta pretensión es un calco de la Pretensión Declarativa 5.1.5 que, como ya lo consignó el Tribunal, es la síntesis del daño emergente y del lucro cesante que se reclaman.
- **5.2.3** En este caso se reproduce la Pretensión Declarativa 5.1.6, bajo la fórmula condenatoria.
- **5.2.4** Reproduce textualmente, bajo la fórmula condenatoria, la Pretensión Declarativa **5.1.7** Son los mismos valores por los que reclama los mayores costos de mano de obra directa e indirecta, sobrecostos en equipos, instalaciones temporales, gastos generales (overhead) y utilidad, todos ellos por un valor global, meramente indicativo, de COP \$ 19.566 millones.
- **5.2.5** Nuevamente, bajo la fórmula condenatoria reproduce la Pretensión Declarativa.
- **5.1.8** Relativa a sobrecostos financieros por un valor estimado de COP\$ 1.076.572.965.
- **5.2.6** Reproduce la Pretensión Declarativa 5.1.9 relativa a las mayores cantidades de obra que habría tenido que incluir en la construcción de la Torre Kanawha.



- **5.2.7** Pretensión de condena correspondiente a la Declarativa 5.1.10, ya despachada por el Tribunal bajo el rótulo “El pago de lo debido” (No. 9 anterior).
- **5.2.8 y 5.2.9** La primera respecto de un accesorio (intereses moratorios) y, la segunda, relativa a la condena en costas.

A lo anterior debe agregarse lo correspondiente a dos grupos más de Pretensiones Declarativas ya despachadas por el Tribunal bajo los epígrafes “**La pretendida nulidad o ineficacia de unas determinadas cláusulas contractuales**” (No. 7 anterior), y “**La excepción de transacción de la convocada**” (No. 8 anterior), sobre las que se reiteran las siguientes precisiones. La primera se origina en tres Pretensiones Declarativas de la Convocante (**5.1.13, 5.1.14 y 5.1.15**) y, la segunda, si bien resuelve una excepción de mérito de **REFICAR**, su origen es lo que **SCIA** solicita en sus **Pretensiones Declarativas 5.1.11 y 5.1.12**, en las que plantea que las partes **NUNCA** suscribieron contratos de transacción y que ni en los **Otrosíes 1 a 6**, ni en ninguna otra ocasión, la Convocante ajustó con la Convocada acuerdos con efectos de cosa juzgada en última instancia (Código Civil, artículo 2483).

## **11 SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE REFICAR Y SU RESPONSABILIDAD EN LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS**

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el acápite décimo anterior, el Tribunal ha despachado las pretensiones de la demanda reformada mediante un criterio diferente que no obedece al orden presentado por la Convocante, con el fin de darle coherencia a la argumentación del presente laudo arbitral y resolver la totalidad de las pretensiones siguiendo un hilo conductor consonante con el análisis técnico realizado.

En ese sentido, el Tribunal pasará a continuación, a analizar la procedencia de las Pretensiones 5.1.1 y numerales (i) a (vii) y (xi) de la pretensión 5.1.2 de la Demanda reformada formulada por **SCIA**, las cuales tienen por objeto declarar que **REFICAR** incumplió el contrato de oferta mercantil irrevocable celebrado con **SCIA** y, en concreto, incurrió en los incumplimientos que se relacionan en la referida pretensión 5.1.2., así como la correlativa de condena 5.2.1.

En aras de lo anterior el Tribunal considera necesario referirse, nuevamente, a las posiciones de las partes y a los acuerdos contenidos en el contrato, relativos a la modalidad de pago a precio global fijo pactada, a fin de definir si, en el presente caso, las causas que generaron atrasos en el proyecto devienen o no de un incumplimiento de **REFICAR** y, en esa medida, si se encuentra obligado o no a pagar los sobrecostos que en esta demanda se reclaman.

### 11.1 La posición de SCIA.

La parte Convocante afirma en los hechos de la Demanda, que **REFICAR** incumplió el Contrato en razón a que: (i) Entregó en forma tardía las áreas previstas para el pre-ensamble y/o acopio de las Belt Conveyors (bandas transportadoras); (ii) Entregó “las áreas en lugares, tamaños y/o condiciones diferentes a los inicialmente previstos para el pre-ensamble y/o acopio de las Belt Conveyors (bandas transportadoras); (iii) Entregó tardíamente “las fundaciones de las Torres de Transferencia 2 y 3”; (iv) No entregó las “áreas en los lugares, tamaños y/o condiciones inicialmente previstos para la zona de campamento y almacenaje temporal del área TLA (Truck Loading Area)”-; (v) Entregó tardíamente o no entregó “la ingeniería requerida para la construcción, montaje y/o instalación de los equipos del Sistema de Manejo de Coke”; (vi) Entregó una “ingeniería deficiente para la construcción y/o montaje del Sistema de Manejo de Coke”, (vii) Entregó en forma “tardía y/o en condiciones distintas de las requeridas para la ejecución del Contrato, los suministros de materiales y equipos del Sistema de Manejo de Coke”; (viii) No pagó “los trabajos adicionales y/o mayores cantidades de obra requeridos por **REFICAR** a **SCIA** durante la ejecución del Contrato”; (ix) No pagó las “sumas de dinero contractualmente pactadas en el Contrato”, las que **REFICAR** le adeuda a **SCIA** y (x) Demoró y/o impidió el proceso de facturación de trabajos que fueron ejecutados y completados por **SCIA**, entre otros, el proceso de facturación de los trabajos que se encuentran incluidos en la Actas de Avance Nos. 20, 30 y 31, entre otros.

Adicionalmente sostiene que tales incumplimientos le causaron unos perjuicios (sobrecostos) que **REFICAR** se encuentra obligado a pagar. Como soporte de la indemnización reclamada, y para probar sus afirmaciones, aportó prueba pericial elaborada por HILL (octubre de 2015) a la que ya el Tribunal se ha referido, cuyos resultados fueron resumidos por la Convocante de manera detallada en el acápite número 10 de la demanda, relativo a la “estimación razonada de la cuantía y juramento estimatorio”.

En el numeral 10.1 del juramento estimatorio, la parte Convocante se refirió específicamente a la **Pretensión de condena 5.2.4** y resumió los motivos y razones que sustentaron a su juicio la indemnización reclamada por un valor total de diecinueve mil quinientos sesenta y nueve millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil cien pesos (**\$19.569.448.100**), en los siguientes términos:

(i) Por sobrecostos derivados de mano de obra directa, la parte Convocante reclama una indemnización por valor de siete mil setecientos treinta y cuatro millones noventa y siete mil novecientos cincuenta y cuatro pesos (**\$7.734.097.954**), que a su juicio se causaron como consecuencia de las horas adicionales de mano de obra directa que debió emplear **SCIA** por causas atribuibles a **REFICAR**. Para el cálculo del valor que se solicita como indemnización, **SCIA**

adoptó el valor real medio de la hora para la mano de obra directa (**\$38.303**) y lo multiplicó por 201.917 horas, que en su concepto fueron las empleadas de más.

(ii) Por sobrecostos derivados de mano de obra indirecta, **SCIA** reclama la suma de cinco mil cuatrocientos cuarenta millones seiscientos setenta y ocho mil ochenta y siete pesos (**\$5.440.678.087**), resultado de sumar (a) el valor de la mayor cantidad de mano de obra indirecta empleada por causas atribuibles a **REFICAR** (aumento de número de horas) y (b) el valor adicional (aumento de la tarifa) de la hora media real sobre la planificada inicialmente para el proyecto, la cual a juicio de **SCIA**, debió pagarse a valores más altos por causas atribuibles a **REFICAR**.

(iii) Por sobrecostos de equipos **SCIA** reclama una indemnización por valor total de tres mil ochocientos noventa millones ochocientos noventa y cinco mil quinientos treinta y ocho pesos (**\$3.890.895.538**), que calculó restando del total de equipos usados en el proyecto hasta el 28 de febrero de 2016, aquellos que fueron ofertados (Oferta Mercantil Irrevocable) inicialmente para el desarrollo del proyecto y, las cantidades resultantes, las multiplicó por las tarifas de equipos aprobadas en el contrato y/o por las tarifas efectivamente pagadas a los subcontratistas.

(iv) Por concepto de instalaciones temporales **SCIA** reclama la suma de quinientos un millón ciento cincuenta y siete mil novecientos cincuenta y cinco pesos (**\$501.157.955**), los cuales en su criterio se causaron como consecuencia de los mayores gastos tenidos por ese concepto, en virtud de la ampliación del plazo del proyecto desde el 2 de agosto de 2014 hasta el 13 de junio de 2015. Para el cálculo de la indemnización se tomó el valor total pagado por instalaciones temporales y a ello se le restó la suma inicialmente contratada por **REFICAR**.

(v) A título de gastos generales (overhead) **SCIA** reclama la suma de setecientos setenta y dos millones novecientos cuarenta mil cuatrocientos noventa y nueve pesos (**\$772.940.499**), correspondientes a gastos adicionales de servicios públicos, contabilidad y otros, la cual se calculó extrayendo el 4.4% al valor total de la indemnización reclamada por concepto de mano de obra directa, mano de obra indirecta, sobrecosto de equipos e instalaciones temporales.

(vi) Finalmente, **SCIA** reclama a título de utilidad dejada de percibir por concepto de la mano de obra empleada (directa e indirecta), de los equipos adicionales utilizados y de las instalaciones temporales construídas, una suma de mil doscientos veintinueve millones seiscientos setenta y ocho mil sesenta y siete pesos (**\$1.229.678.067**), los cuales se calcularon extrayendo el 7% del valor total de la indemnización reclamada.

La Convocante sustenta las citadas reclamaciones con el peritaje de octubre de 2015, en el que HILL concluye que **REFICAR** incumplió las obligaciones contractuales, causando impactos en el

desplazamiento del cronograma lo cual, en criterio de la Convocante y del perito, implicaba un aumento en los costos. Asimismo, **SCIA** argumenta que cumplió cabalmente sus obligaciones contractuales, ejecutando los trabajos de manera satisfactoria y culminando la labor contratada en las fechas acordadas, incluso realizando actividades más allá de sus obligaciones contractuales con el fin de recuperar los atrasos generados por **REFICAR**.

Por lo anterior, en el dictamen pericial se afirma que **REFICAR** es responsable por el 100% de los impactos derivados de la entrega tardía de las áreas para ensamble de las Belt Conveyor, de la entrega tardía, incompleta o defectuosa de la ingeniería, y de la entrega tardía e incompleta de equipos y materiales, incluidos los sobrecostos incurridos por improductividad, mayores costos en la mano de obra directa e indirecta, equipos e instalaciones temporales, y por horas adicionales derivadas de mayores cantidades en la Torre Kanawha.

El soporte utilizado por HILL para arribar a la conclusión con fundamento en la cual se estructura la solicitud de indemnización de perjuicios por pérdida de productividad, adicional a lo anteriormente expuesto, establece como causas: (i) la ingeniería defectuosa y deficiente, (ii) la entrega tardía de ingeniería, (iii) las respuestas tardías a los RFI (*Request for Information*), (iv) la solicitud de comprimir el programa, (v) los errores e interferencias en los diseños entregados por **REFICAR** y, (vi) el suministro tardío de materiales.

Según el peritaje referido, todo lo anterior derivó en la implementación de un plan de recuperación de los atrasos en el proyecto que consistió en el desarrollo de un turno doble a partir del 22 de febrero de 2014<sup>163</sup> y en un aumento del número de personal del 50% en agosto de 2014<sup>164</sup>). Agrega la Convocante que, para el 1º de septiembre de 2014, **REFICAR** aprobó el PDT Revisión 4 Final mediante la comunicación VP-SCH-0075-2229-14, considerando continuar el doble turno de trabajo, así como el incremento del personal para acometer los nuevos frentes de trabajo<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Página 115 del informe técnico para peritaje de Hill International de octubre de 2015. Cuaderno de Pruebas No. 10, folio 124.

<sup>164</sup> Página 117 peritaje de Global Project Strategy, GPS, de 6 de abril de 2018. Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 497.

<sup>165</sup> Páginas 117 y 118 ibidem. Cuaderno de Pruebas No. 58, folios 497 y 498.

## 11.2 La posición de REFICAR.

Conviene iniciar el recuento de los racionios de la Convocada resaltando que en la contestación a la demanda reformada, **REFICAR** se opuso a las pretensiones de **SCIA** indicando que sus reclamos no son procedentes, entre otras razones, porque el Contrato celebrado se pactó bajo la modalidad de precio global fijo porque, además, no existe relación de causalidad e imputabilidad con los daños que reclama y porque **SCIA** incumplió el Contrato.

En cuanto a los incumplimientos **REFICAR** se opone a los mismos y si bien acepta que hubo algunos retrasos, básicamente en materia de entrega de suministros de materiales y equipos, no acepta su responsabilidad en relación con la entrega de las áreas que se le imputan y la modificación de las mismas. Sostiene al respecto que según lo pactado en el Contrato, el cumplimiento por parte de **REFICAR** de esas obligaciones estaba sujeto al cumplimiento previo por parte de **SCIA** de sus obligaciones primigenias, en concreto, al agotamiento de un procedimiento previo consistente en la solicitud de las áreas mínimas de trabajo requeridas y la entrega de un esquema o plan de constructibilidad, obligación que **SCIA** no cumplió oportunamente sino tres meses y medio después de la fecha de inicio, afectando y atrasando la ejecución del proyecto. Advierte, además, que esa demora implicó que **REFICAR** no pudiera entregarle las áreas solicitadas en tanto las mismas se encontraban ocupadas, situación que implicó buscar lugares alternativos y que demuestra que la razón por la que se entregaron otras áreas no fue por voluntad de **REFICAR** de modificarlas, sino porque no estaban disponibles. En definitiva, sostiene que **REFICAR** no incumplió con su obligación de entrega de las áreas y que los retrasos que alega **SCIA** derivados de esta situación, le son imputables a **SCIA**, por no haber cumplido oportunamente con las obligaciones previas exigidas en el contrato para la entrega de las áreas.

Respecto de la entrega de las fundaciones para las torres de transferencia, **REFICAR** advierte que entregó las áreas cuando **SCIA** estuvo lista para recibir las y, finalmente, en relación con el incumplimiento en la entrega de la ingeniería del proyecto, señala que tanto los planos como la ingeniería fueron entregados oportunamente, desde la etapa inicial de contratación, y que la ingeniería contaba con el nivel de detalle requerido para la construcción del proyecto.

En cuanto a la indemnización solicitada, **REFICAR** objetó el juramento estimatorio manifestando que la cuantificación de **SCIA** no es adecuada porque parte de una percepción equivocada consistente en que los perjuicios reclamados se originaron exclusivamente en la acción u omisión de **REFICAR**, desconociendo el inmenso grado de participación efectiva que tuvo **SCIA** en la situación que fundamenta su propio reclamo.

Al referirse a la **Pretensión de Condena 5.2.4 REFICAR** se opone a todos y cada uno de los sobrecostos reclamados, en síntesis, así:

(i) Sobrecosto por mano de obra directa: Según la Convocada, existen diferencias entre lo reportado por **SCIA** en el curso de ejecución de la obra y lo reclamado en la demanda reformada. En criterio de **REFICAR**, aún asumiendo como real la información presentada por **SCIA** en sus informes diarios y semanales y la tarifa de \$38.303 calculada (no aceptada por **REFICAR**), en la realidad, el posible total de horas improductivas por responsabilidad de **REFICAR** serían las 25.121 reportadas por **SCIA** en el último informe diario (No. 442). Multiplicando las citadas 25.121 horas por \$38.303, daría como resultado un valor total a cargo de **REFICAR** en la suma de \$962.209.663, y no la suma de \$7.734.097.954 reclamada por **SCIA**.

(ii) Sobrecosto por mano de obra indirecta: **REFICAR** considera que **SCIA** realizó el cálculo de las horas “responsabilidad de **REFICAR**” sin tener en cuenta que el negocio jurídico fue suscrito bajo la modalidad *Lump Sum* (Suma Global Fija) y no por precios unitarios. Por lo tanto, la responsabilidad de las horas era de **SCIA**, razón por la cual **REFICAR** no está obligada contractualmente a reconocer esas horas. Incluso, en el evento de encontrarse que **REFICAR** tuviera que asumir este sobrecosto, el valor a pagar ascendería a un máximo de \$1.164.732.131,57.

(iii) Sobrecosto por equipos: Según **REFICAR**, la modalidad del Contrato es de Suma Global y no contempla pagos adicionales por mayor costo de los equipos de construcción. Además, **SCIA** tiene responsabilidad por la mayor duración del proyecto y, por ende, la mayor permanencia del equipo de construcción. En gracia de discusión, bajo el supuesto de que **REFICAR** tuviese el 100% de la responsabilidad de todos los atrasos, el monto que **SCIA** debería recibir no es mayor a \$335.869.400 y, a ese valor, tiene que descontársele los \$38.364.211 aprobados como adicional en el Otrosí No. 1.

(iv) Sobrecosto por instalaciones temporales: Una eventual responsabilidad de **REFICAR** no superaría el 59% de los perjuicios sufridos por concepto de este sobrecosto. Aun cuando **REFICAR** tuviese el 100% de la responsabilidad, no habría lugar a reconocer ningún monto superior a \$183.918.455.

(v) Sobrecosto por gastos generales: Dice la Convocada que aplicando el 4.4% sobre los gastos generales, el valor sería de \$190.203.534 (no de \$772.940.499 como dice **SCIA**), y con el 7% se obtiene un monto de \$302.596.532, no de \$1.229.678.067 como afirma **SCIA**.

En adición a los reparos concretos realizados por la Convocada respecto de cada una de las reclamaciones de la Convocante, **REFICAR** señaló, como primera medida, que no es cierto que en el dictamen de HILL se calcule la improductividad puesto que, a su juicio, el experto se limitó a mostrar la diferencia entre las horas estimadas por **SCIA** y las horas gastadas hasta el 28 de febrero de 2015, descontando posteriormente las horas pagadas por RFI's y las supuestas horas improductivas de **SCIA**, olvidando, en palabras de la Convocada, *“incluir las horas gastadas en trabajos adicionales”,* y omitiendo además señalar *“que las horas que indicada como horas improductivas causadas por SCIA, en realidad son horas NO- productivas, causadas por SCIA”* [así como que] en *“los informes diarios se muestra claramente que existen solo 4.505 horas improductivas causadas por Reficar y además 20.616 horas improductivas causadas por lluvia y normalización de trabajos”*<sup>166</sup>.

### 11.3 Consideraciones del Tribunal.

Habiendo reseñado las posiciones de las partes respecto de los principales incumplimientos invocados en la demanda, procede el Tribunal a analizar si **REFICAR** incumplió el Contrato y además, si tales incumplimientos fueron la causa de los atrasos en el proyecto. Para tales efectos considera necesario referirse nuevamente, a las obligaciones pactadas en el contrato de Oferta mercantil irrevocable en relación con el precio, forma de pago, compensaciones y ajustes y obligaciones del contratista y reiterar algunas de las consideraciones ya efectuadas por el Tribunal en el acápite 4, frente a la modalidad de pago pactada: Precio global fijo y la distribución de riesgos.

#### 11.3.1 Fundamentos contractuales de la Obligación.

Las estipulaciones contractuales frente al precio del Contrato: Las partes suscribieron un contrato<sup>167</sup> cuyo precio es global y fijo, característica que se desprende del Anexo 3 que establecen lo siguiente<sup>168</sup>:

*“2. Compensación.*

*Los **SERVICIOS** serán remunerados en pesos colombianos bajo la figura de suma global, según se establece en la sección 3- Precios de este anexo. El precio suma*

---

<sup>166</sup> Contestación de la Demanda. Respuesta al hecho 153. Cuaderno Principal No. 3, folio 207.

<sup>167</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 17 a 38.

<sup>168</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 398.

*global incluye todo el trabajo, materiales, el personal, el equipo de campo, las comunicaciones, las instalaciones temporales, los servicios, los vehículos de transporte, las herramientas, el equipo de campo, la supervisión, licencias, los gastos de viaje y las contribuciones parafiscales y otros impuestos nacionales, regionales y locales (estampillas).*

*Los pagos se harán por trabajo ejecutado a satisfacción, como se describe en las tablas de precios. Las sumas globales en las tablas de abajo no serán sujetas a variaciones. Las cantidades en las listas de materiales son estimadas y es responsabilidad del CONTRATISTA verificar las cantidades asociados con los dibujos, alcance de trabajo, especificaciones técnicas y las listas de materiales.*

*Ninguna variación o cambio en cantidades totales o unitarias, tamaño promedio, magnitud o número u otras cantidades promedio en el trabajo final instalado constituirán bases de revisión de tarifas, precios u otras cifras unitarias descritas en la presente Oferta”.*

A renglón seguido, dentro del mismo documento constitutivo del Anexo 3 relativo a los precios y términos de pago, se establece la especificación del alcance de la labor a desarrollar, disponiendo que el contratista deberá proveer todas las labores, equipos, herramientas y material necesario para desarrollar la instalación contratada, todo lo cual resulta en un contrato a precio global y fijo, el cual no es objeto de reajuste por ningún motivo. Sin embargo, el Anexo 3 a la Oferta mercantil irrevocable señala:

*“REFICAR acuerda revisar y estudiar de buena fe con el **CONTRATISTA**, dentro de un periodo de (30) días calendario contados a partir de la expedición de la **ORDEN DE COMPRA**, si es necesario ajustar por una sola vez la suma global y fija de manera tal que se reflejen los costos aumentados -en caso de presentarse estos, y siempre debidamente soportados y evidenciados- directamente asociados con el **CONTRATISTA**, habiendo desarrollado un porcentaje superior al alcance de la obra durante el año 2014 mayor al previsto originalmente (i.e. la propuesta de precio global y fijo del **CONTRATISTA** basado en una fecha de inicio de 15 de agosto de 2013)” (Negrita del texto original)<sup>169</sup>*

Dentro del ámbito del mismo Anexo 3 de la Oferta Mercantil irrevocable, el contratista especificó en una tabla la totalidad de los costos directos, por un monto de \$15.707.558.642 y los costos de administración, equivalentes al 28,73%, es decir, \$4.699.857.184. Agregó allí una suma por concepto de imprevistos del 4% del valor del Contrato, esto es, \$628.302.346; una utilidad del 7%, correspondiente a \$1.099.529.105, para un costo total, IVA incluido, de \$22.281.171.934.

---

<sup>169</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 398.



En el mismo sentido, la cláusula 2.04 de la Oferta Mercantil Irrevocable dispone lo siguiente<sup>170</sup>:

**“SECCIÓN 2.04. – Precio:**

*De ser aceptada la presente **OFERTA, EL NEGOCIO JURÍDICO** será remunerado por el sistema de precios valor global fijo; por consiguiente, ese valor comprende y remunera la totalidad de las actividades (trabajos, servicios, movilización y desmovilización) y/o suministros de materiales que sean necesarios para la ejecución del **NEGOCIO JURÍDICO, de conformidad con lo pactado, e incluye todos los costos directos e indirectos relacionados con éste, gastos de administración, imprevistos ordinarios y utilidades.***

*El valor global fijo del **NEGOCIO JURIDICO** es de veintidós mil ciento cinco millones, doscientos cuarenta y siete mil, doscientos setenta y siete PESOS COLOMBIANOS (\$22.105.247.277), sin incluir el valor del impuesto al Valor Agregado (IVA).*

**PARÁGRAFO PRIMERO: REAJUSTES.** - *Dado que el **NEGOCIO JURÍDICO** es por valor global fijo, **REFICAR** no tendrá obligación alguna de despachar favorablemente reclamos o solicitudes de reajuste efectuadas por **EL CONTRATISTA**, por concepto de costos o gastos de actividades o suministros adicionales que aquél requiera para ejecutar el **NEGOCIO JURÍDICO.**” (Negrita del texto original)*

Es claro entonces, que el precio global y fijo pactado cobijaba la totalidad de los rubros que se llegaren a deber en el Contrato, e incluso, un 4% del valor del contrato se contempló para los imprevistos. Dentro de los rubros debidos se encontraban los siguientes<sup>171</sup>:

**“SECCIÓN 2.06. - Obligaciones de EL CONTRATISTA:**

*Además de las obligaciones legales que se derivan de la aceptación de esta **OFERTA** y de su correspondiente aceptación y de aquellas que se derivan de la naturaleza del servicio ofrecido, incluyendo, pero sin limitarse a las disposiciones del Código Civil colombiano, **EL CONTRATISTA**, adquiere las siguientes obligaciones:*

- 1) Prestación de los **SERVICIOS** de acuerdo a las especificaciones y condiciones referidas en el Anexo No. 2 “Alcance de los Servicios” de la presente **OFERTA**, obligándose **EL CONTRATISTA** a responder por la calidad y exactitud de los mismos.*
- 2) Mantener a su cargo, el personal, los equipos y herramientas necesarias para la ejecución de los **SERVICIOS** bajo su exclusiva responsabilidad, cuenta y riesgo.*

*[...]*

---

<sup>170</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 20.

<sup>171</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 24 a 28.

7) Contratar por su cuenta, riesgo y costo, el personal que se requiera, en número y condiciones, que garanticen la correcta ejecución de los **SERVICIOS** y pagar a su costa los salarios, prestaciones sociales y demás cargas laborales que se causen a favor de los trabajadores ocupados en la ejecución de los **SERVICIOS** y cumplir con todas las demás obligaciones laborales a su cargo, así como asegurarse de que dichos pagos sean debidamente efectuados y obligaciones debidamente cumplidas, por sus subcontratistas (en caso de que REFICAR los hubiese autorizado).

[...]

9) Pagar, por su cuenta y riesgo todos los gastos que demande la realización de los **SERVICIOS** salvo que los que según los Términos y Condiciones de la presente **OFERTA** sean de Suma Global, todas las compras de materiales reembolsables requieren previamente aprobación por **REFICAR** por escrito. En el caso de aquellos **SERVICIOS** que por su naturaleza y las circunstancias apremiantes que se presenten, **EL CONTRATISTA** no cuente con tiempo previo para tramitar autorización previa, su reconocimiento estará sujeto a la aprobación posterior por **REFICAR**, una vez sean suministrados a esta los documentos que soporten la urgencia del servicio que impidió su aprobación previa, adicionalmente a los documentos que soporten el gasto.

[...]

13) **EL CONTRATISTA** asumirá todos los costos, ordinarios o extraordinarios, previstos o imprevistos, directos o indirectos, en que deba incurrir para el cumplimiento del objeto del **NEGOCIO JURÍDICO**. Por lo tanto, **REFICAR** no tendrá ninguna obligación de pago, compensación, indemnización o similar en relación con los costos en que incurra **EL CONTRATISTA** salvo aquellos que sean aprobados con anterioridad, de forma escrita, por **REFICAR**, o con posterioridad de conformidad con el numeral 9) de esta sección 2.06 “Obligaciones de **EL CONTRATISTA**”.” (Destaca el Tribunal)

De conformidad con los apartes antes citados, resulta de la mayor importancia destacar que el Contrato suscrito por las partes fue a precio global fijo, precio que comprendía el desarrollo de la totalidad del objeto contractual por parte y a cargo de **SCIA** y la asunción de la mayoría de los riesgos, salvo en aquellas situaciones que no le fueran imputables.

### 11.3.2 La modalidad de pago pactada y la responsabilidad de REFICAR.

El Tribunal considera útil reiterar lo expuesto en el capítulo cuarto del presente laudo arbitral (**4. El Precio Global y la Distribución de Riesgos**), donde se estableció como derrotero que ha de guiar la resolución de las reclamaciones realizadas por el Contratista, y a la luz de la jurisprudencia

uniforme del Consejo de Estado que, en el marco de un contrato a precio global y fijo, sólo resulta procedente un valor adicional a la suma fija acordada, cuando aquel resulta de una obra o servicio adicional debidamente agregado, o de un riesgo no cubierto, o de una modificación del alcance del trabajo originalmente acordado o, en general, de circunstancias propias de la misma ejecución del Contrato que, por su naturaleza de la reclamación adicional, no se encuentran cobijadas por el precio global pactado, pero que fue desarrollado por el contratista, siempre y cuando esto no termine por desnaturalizar el negocio jurídico.

A partir de lo anterior, procede el Tribunal a analizar el alcance de las reclamaciones a la luz del Contrato, con el fin de determinar su procedencia en el caso concreto, tomando en consideración que la parte Convocante sustenta sus pretensiones en la existencia de un incumplimiento por parte de **REFICAR**, exclusivamente.

Lo primero que debe advertir el Tribunal es que, examinados los hechos de la Demanda y su contestación, los alegatos de las partes y las pruebas arrimadas al proceso, es claro que las partes no discuten que desde el inicio de la ejecución del Contrato se presentó una serie de situaciones que atrasaron el desarrollo del proyecto y que obligaron a las partes a acordar una modificación encaminada a extender el plazo de ejecución, con el impacto económico que tal situación supuso. Asimismo, ambas reconocen y aceptan haber incumplido algunas de las obligaciones. El conflicto o diferencia entre las partes se concreta, entonces, en que para **SCIA** los incumplimientos de **REFICAR** fueron los únicos determinantes para que el proyecto sufriera un atraso, en tanto afectaron la ruta crítica de los trabajos y causaron perjuicios o sobrecostos que en esta Demanda se reclaman.

A la vista de lo anterior y en aras de resolver las pretensiones, el Tribunal procedió a revisar las obligaciones de las partes y las pruebas practicadas en el proceso y culminado lo anterior concluyó que efectivamente quedó probado que ambas partes incumplieron sus obligaciones, pero para los efectos de lo solicitado en la demanda reformada, deberá proceder a declarar el incumplimiento de **REFICAR** de algunas de sus obligaciones contractuales, tales como la mencionada en el numeral (vii) consistente en no haber suministrado en forma oportuna los materiales y equipos, y otras obligaciones indicadas por el perito (GPS), tales como haber modificado en algunas oportunidades y por causas no imputables al Contratista el alcance del contrato dando lugar a la ejecución de trabajos adicionales no previstos inicialmente que afectaron el normal desenvolvimiento de la obra porque en algunos casos paralizaron unas

actividades para ejecutar otras no previstas y haber demorado la entrega de algún plano de ingeniería o alguna respuesta a los RFIs<sup>172</sup>.

Ahora bien, dado que también quedó demostrado y así lo aceptó **SCIA**, que incumplió igualmente algunas de las obligaciones a su cargo, lo que corresponde al Tribunal entonces es analizar, si los únicos incumplimientos que ocasionaron los atrasos en el proyecto y por ende, los perjuicios que se reclaman fueron los imputables a **REFICAR**, o si hubo concurrencia de culpas y qué porcentaje es atribuible a cada una, para lo cual procederá a apoyarse en las pericias aportadas, en las que se estudian tales incumplimientos y su impacto en el Contrato, todo lo anterior para establecer la imputabilidad, el porcentaje de Responsabilidad, la existencia de los supuestos sobrecostos y su monto.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal procederá a declarar la prosperidad parcial de las pretensiones Nos. 5.1.1, 5.1.2, numeral (vii), y la excepción de mérito de **REFICAR** rotulada “*incumplimiento por parte de SCIA*”. Respecto de incumplimientos relacionados con las entregas tardías de las áreas y la modificación de las mismas, se probó que el retraso no fue imputable a **REFICAR**, razón por la que el Tribunal negará tales pretensiones. (numerales i a vi de la pretensión 5.1.2).

### **11.3.3 La prueba pericial y la metodología para estimar la responsabilidad.**

Para establecer la responsabilidad que tiene **REFICAR** en el atraso del proyecto y definir si hay lugar al pago de los sobrecostos reclamados, el Tribunal procede a analizar las pericias aportadas por cada parte como soporte de los sobrecostos reclamados, y concluido lo anterior procederá a definir cuál de los dictámenes y de las metodologías en ellos utilizadas resulta ser la más acertada y pertinente para resolver las materias y controversias sometidas a su consideración, facultad que ejerce según lo que ha precisado la jurisprudencia de las altas Cortes, y que considera importante poner de presente.

#### **11.3.3.1 La prueba pericial y su mérito probatorio.**

Los dictámenes periciales y la metodología que se considera pertinente.

---

<sup>172</sup> Al respecto ver Página 153 y ss del dictamen pericial de GPS. Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 533 y ss.

En relación con la prueba pericial, el Consejo de Estado, en sentencia de 1º de febrero de 2016, con ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio, Rad: 55149, expresó lo siguiente:

**“Dictamen pericial. Su mérito probatorio.**

3.1.- Así, en cuanto al dictamen pericial debe decirse que éste, en cuanto medio de prueba, se encuentra dispuesto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil (artículo 226 del Código General del Proceso) y es procedente para “verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos.”, con otras palabras, la función de tal medio de prueba consiste en dar luces en el proceso sobre hechos que, por su configuración, demandan de un saber cualificado a fin de tener certeza sobre su existencia y repercusiones en el litigio. Y se predica su necesidad dado el limitado conocimiento que sobre tales situaciones tiene el Juez, junto al hecho de requerirse una adecuada lectura de tales situaciones especializadas, lo cual sólo se puede lograr con el suministro de información científica, técnica o artística veraz. En otros términos, la prueba pericial no es un escenario en donde se pueda validar cuestiones meramente hipotéticas o especulativas, pues respecto de dicha prueba también se predica un escrutinio por parte del Juez conforme a la sana crítica.

3.2.- Por consiguiente, se advierte que la fuerza persuasiva del dictamen pericial pende de la coherencia de los razonamientos técnicos empleados por los expertos para justificar sus conclusiones (coherencia interna) y entre estos y los supuestos fácticos que apoyan tales dichos, esto es, en armonía con los demás medios probatorios que obren en la actuación judicial (coherencia externa).

3.3.- Es por ello que a fin de verificar la eficacia probatoria del dictamen pericial, es apenas evidente exigir i) que quien lo elabore sea competente y tenga conocimiento de la ciencia, arte o técnica objeto de la prueba, pues sólo ello supone la posibilidad de aplicar el saber cualificado que demanda el proceso judicial, ii) que no haya prosperado una objeción por error grave en el dictamen elaborado, iii) que cuente con la suficiente y debida justificación teórica o técnica sobre los conocimientos aplicados al caso en concreto de modo que las conclusiones a las que arribe sean claras, razonables, comprensibles y se deriven de los razonamientos externos e internos demostrados en el proceso, iv) que el dictamen no suponga, de ninguna manera, la exposición o aplicación de criterios jurídicos, por cuanto se invade la esfera de competencia de la autoridad judicial, v) que el dictamen no incurra en juicios hipotéticos o especulativos para justificar sus conclusiones, vi) que se haya garantizado la posibilidad de contradicción a la contraparte y, en caso de formularse en debida forma solicitudes de aclaración o error grave, éstas hayan sido atendidas conforme al trámite procesal de rigor. (...)

3.5.- Por ende, al estar sujeto el dictamen pericial a un control de consistente por parte del juez, al amparo de la sana y razonada crítica, corresponde a este valorar hasta qué punto el mismo supone una exposición de conocimientos técnicos, científicos o artísticos sobre un estado de cosas y cuando deja de corresponderse con tal cometido. De esta manera, ha sido pacíficamente admitido que el Juez puede separarse del dictamen pericial al no ofrecerle éste claridad y certeza sobre la información allí consignada, tal como se puede evidenciar tanto en la doctrina de

la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia como la de esta Corporación.

“En realidad, tratándose del dictamen pericial, cuyo objetivo es ofrecer elementos de juicio que requieren especiales conocimientos técnicos, científicos o artísticos, respecto de los cuales el juez carece, la conducencia del mismo, cuando no es determinada por la ley, puede surgir de las circunstancias específicas controvertidas, de ahí que es al juzgador a quien le corresponde valorar de manera discrecional, pero racionalmente, cuándo necesita asesorarse de los peritos.”

3.6.- Por otro tanto, el Consejo de Estado ha aludido al cumplimiento de ciertos requisitos para valorar el dictamen pericial, cuestión que debe ser apreciada por el juez en el marco de la sana y razonada crítica:

“Para su eficacia probatoria debe reunir ciertas condiciones de contenido como son la conducencia en relación con el hecho a probar; que el perito sea competente, es decir, un verdadero experto para el desempeño del cargo; que no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad; que no se haya probado una objeción por error grave; que el dictamen esté debidamente fundamentado y sus conclusiones sean claras firmes y consecuencia de las razones expuestas; que haya surtido contradicción; que no exista retracto del mismo por parte del perito y en fin que otras pruebas no lo desvirtúen. El dictamen del perito debe ser claro, preciso y detallado, en él se deben explicar los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones (numeral 6 del artículo 237 ibídem); y durante el traslado del dictamen pericial las partes pueden solicitar que éste se complemente o aclare u objetarlo por error grave (artículo 238 ejusdem).

A su turno, el artículo 241 ibídem señala que al valorar o apreciar el juez el dictamen de los peritos, el juez tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Con esto se quiere significar que el juez es autónomo para valorar el dictamen y verificar la lógica de sus fundamentos y resultados, toda vez que el perito es un auxiliar de la justicia, pero él no la imparte ni la administra, de manera que el juez no está obligado a “... aceptar ciegamente las conclusiones de los peritos, pues si ello fuese así, estos serían falladores...”

3.7.- Corolario de lo dicho, resulta claro que el dictamen pericial es uno más de los medios de prueba que viene a alimentar la masa probatoria de la que se valdrá el Juez para verificar la acreditación de los hechos con relevancia jurídica en el litigio. Por tanto, como lo reflejan los precedentes jurisprudenciales en cita, es claro el deber del Juez de escrutar rigurosamente la razonabilidad, justificación y coherencia de este medio probatorio de manera integral a fin de constatar que lo allí expuesto no es más que la aplicación de un conocimiento especializado a ciertos hechos probados demostrados en la actuación judicial.” (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

En concordancia con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, en sentencia del 15 de junio de 2016, M.P. Margarita Cabello Blanco, Exp. 2005-00301, señaló:

**“(…) compete al Juez y solo a él dentro de los límites de su soberanía, analizarla [la prueba pericial] sin estar sujeto a ningún valor o tarifa preestablecida. Es él quien cuenta con la suficiente formación para desecharla y por ende apartarse de sus conclusiones o darle el mérito total o parcial que encuentre más ajustado al caso. Por ende, se torna en una exigencia sine que non que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda admitirse como prueba de los hechos que analiza, la debida y adecuada fundamentación; “y compete al juzgador apreciar con libertad esa condición, dentro de la autonomía que le es propia.**

Recuérdese al efecto que, como lo ha dicho la Corte, “es la propia ley la que a esa función le señala confines, imponiendo el razonamiento del análisis respectivo, así como el deber de considerar la firmeza, la precisión y la calidad de los fundamentos del dictamen y los demás elementos probatorios que obren en el proceso (C. de P. Civil, artículos 187 y 241) (...)” (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

En igual sentido en fallo del 6 de junio de 2006, M.P. Silvio Fernando Trejos, Exp. 1998-17323-01, la Corte Suprema de Justicia expuso:

**“(…) la conducencia de tal prueba pericial no significa que el sentenciador esté obligado a acoger, sin ninguna clase de análisis o cuestionamiento las conclusiones derivadas de ella, puesto que, por el contrario y con respaldo en un sistema probatorio que rechaza la tarifa legal y que privilegia la persuasión racional a través de la sana crítica, “tiene el deber de escrutarla para verificar la razonabilidad de sus fundamentos, la solidez de sus conclusiones, la fiabilidad de los procedimientos utilizados y, en general, la aptitud intrínseca para generar convencimiento.**

3. La falta de objeción del dictamen pericial no equivale, como lo proclama el apelante, a conformidad de las partes con los valores estimados por los auxiliares, ni tampoco el vencimiento en silencio del término para objetar la experticia apareja “firmeza, consistencia y solidez” definitiva que no pueda ser controvertida por el juez, pues tal posibilidad ha sido ampliamente desestimada por la jurisprudencia.” (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

Así las cosas, como de manera clara y pacífica lo ha expuesto la jurisprudencia nacional, corresponde al juez, en este caso a los árbitros, analizar los dictámenes periciales que le son puestos de presente y con fundamento en ellos, establecer y determinar si los razonamientos expuestos por el perito son sustentados, claros, coherentes y justificados. Así, ante la presencia de varios dictámenes periciales sobre un mismo objeto, los árbitros están habilitados para valorarlos y definir cuál de ellos le ofrece mayor convencimiento.

### 11.3.3.2 La metodología escogida para el cálculo de los sobrecostos.

Para el caso en concreto, el Tribunal acogerá los dictámenes periciales rendidos por GPS en octubre de 2017 y abril de 2018, dada la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos. En esa medida concluye que resulta **más apropiado orientarse por la metodología propuesta por GPS.**

El Tribunal observa que la metodología propuesta en los dictámenes rendidos por HILL y HKA debe descartarse, de entrada, por varias razones, a saber:

La primera, porque parten de una presunción de atribución de responsabilidad a **REFICAR** del 100%, aspecto que como ya se indicó, fue desvirtuado en este proceso al encontrar el Tribunal que los atrasos en el proyecto fueron imputables tanto a incumplimientos de las obligaciones por parte de **REFICAR** como de **SCIA**.

La segunda, porque para el Tribunal el método propuesto por HILL y HKA es simplemente contra-intuitivo, en tanto los miembros del Tribunal no han conocido obra alguna en la que los retrasos le hayan sido atribuibles a una sola de las partes del proyecto.

La tercera, porque considera que la metodología utilizada por HILL unicamente reconoce información unilateral y las comunicaciones exclusivamente de **SCIA**, sin tener en cuenta los pronunciamientos que al respecto realizaba **REFICAR** y, en esa medida, ese dictamen no toma en cuenta la información contemporánea que, a juicio de este Tribunal, resulta determinante en la atribución de responsabilidad frente a los retrasos de la obra.

La cuarta, porque resulta más adecuado, racional y coherente, -partiendo de lo señalado en el capítulo 4 anterior relativo a la modalidad de pago pactada en el contrato, precisamente en virtud de la excepcionalidad del reconocimiento de una suma adicional en un contrato de precio global y fijo y en las particularidades que deben satisfacer dichos valores adicionales para que sea procedente su reconocimiento-, apoyarse en un análisis de la ruta crítica por ventanas, que dota al juez de este contrato de las herramientas suficientes para establecer la responsabilidad dentro de los retrasos y, de ese modo, establecer las compensaciones a las que haya lugar.

Y, la quinta razón, porque el dictamen elaborado por HILL ignora o desconoce las propias manifestaciones efectuadas por las partes durante la ejecución del Contrato y, en concreto, las realizadas por la propia Convocante, quien en diversas comunicaciones de manera voluntaria y



unilateral, aceptó tener un porcentaje de responsabilidad en los atrasos y en las dificultades que se presentaron a lo largo del Contrato.

Por último, el Tribunal considera relevante destacar que las diferencias encontradas por GPS entre las reclamaciones de **SCIA** durante la ejecución del Contrato y aquellas que son objeto del presente proceso arbitral y contenidas en el dictamen de HILL, también resultan trascendentales para que el Tribunal haya adoptado el dictamen de GPS, pues ello evidencia incoherencias en el dictamen de HILL entre las reclamaciones presentadas por las partes y los soportes de los dictámenes periciales y denota, que para su elaboración, se pasó por alto el comportamiento que tuvieron las partes a lo largo de la ejecución contractual hasta el momento de su terminación la liquidación del Contrato. A continuación, se destacan algunas de las incoherencias que quedaron en evidencia en la instrucción de este arbitraje:

(i) Para el cálculo de las sumas reclamadas, el dictamen de HILL no utilizó una tarifa por hora diferenciada por áreas, en función de las actividades y del tiempo de mano de obra directa o indirecta empleado de más. Contrario a ello, el cálculo se realizó con un promedio de las tarifas;

(ii) La evaluación de la productividad en la reclamación durante la ejecución contractual estuvo definida por tiempos, mientras que en la reclamación se partió de un cálculo global y retrospectivo; y,

(iii) Dentro de las reclamaciones realizadas en las etapas contractuales, el contratista reconoció en varias ocasiones que había algunas horas no productivas atribuibles a su propia improductividad, no obstante, y con base en el punto anterior, partiendo de un análisis global, en la reclamación arbitral no distingue la responsabilidad que dio lugar a solicitar dichas horas improductivas.

En definitiva, del estudio efectuado por el Tribunal se concluye que los dictámenes elaborados por GPS ofrecen mayor sustento y razonabilidad en sus cálculos, contrario a lo que ocurre con los de HILL, en los que la mayoría de las cifras se soportan en simples diferencias entre lo ofertado por **SCIA** y lo efectiva o supuestamente empleado, sin que el Tribunal encuentre un análisis claro de las causas y su relación directa con los sobrecostos, ni una metodología que refleje la forma en la que en efecto se ejecutó el contrato.

Por tal motivo, frente a las metodologías expuestas, el Tribunal considera que la de la ruta crítica de ventanas propuesta por GPS es la que resulta adecuada y conducente para el estudio y análisis de las reclamaciones presentadas por **SCIA**, parte Convocante.

## 12. LOS SOBRECOSTOS Y DEMAS COMPENSACIONES RECLAMADOS.

Precisado lo anterior, procede el Tribunal a analizar y pronunciarse respecto de cada uno de los sobrecostos y mayores cantidades de obra reclamados. Para tales efectos, definirá si **REFICAR** debe pagar “*los mayores costos de ejecución*”, a que se refieren las pretensiones 5.1.3, 5.1.6 y su correlativa de condena 5.2.3 y, en sintonía con lo anterior definirá si hay lugar a las indemnizaciones reclamadas por sobrecostos, atendiendo el siguiente orden: En primer lugar, se pronunciará sobre la indemnización reclamada por **SCIA a REFICAR** relativa a los sobrecostos *derivados de la “mayor permanencia en el proyecto”* (sobreestadía), solicitados en el numeral (i) de la pretensión 5.1.5 y su correlativa de condena (numeral i de la pretensión 5.2.2) y las pretensiones declarativas y de condena Nos 5.1.7, numerales (ii) y (iii), y 5.2.4 numerales (viii) y (ix), relativos a sobrecostos por “*mano de obra indirecta*” y por “*equipos*”.

En segundo lugar, resolverá sobre los sobrecostos por concepto de “*mano de obra directa*” derivada de la “*pérdida de productividad en las obras de instalación y montaje*”, solicitados en el numeral (ii) de la Pretensión 5.1.5 y su correlativa de condena (numeral ii de la pretensión 5.2.2), y las pretensiones declarativas y de condena Nos 5.1.7, numeral (i) y 5.2.4 numeral (vii).

En tercer lugar, decidirá respecto de los sobrecostos en materia de “*Instalaciones temporales*” y “*gastos generales (overhead)*”, solicitados en las pretensiones declarativas y de condena, numerales (iv) y (v) de la Pretensión 5.1.7 y 5.2.4, numerales (x) y (xii).

En cuarto lugar, se pronunciará sobre la responsabilidad de **REFICAR** por la supuesta “*pérdida de utilidad*”, solicitada por la Convocante en el numeral (v) de la Pretensión 5.1.5 y en su correlativa de condena (numeral v de la pretensión 5.2.4), concretada y cuantificada en las pretensiones declarativa y de condena Nos. 5.1.7 numeral (vi) y 5.2.4, numeral (xii).

En quinto lugar, definirá si los retrasos o incumplimientos que le imputa **SCIA a REFICAR** generaron la “*falta de liquidez*” a que se refiere el numeral (iv) de la pretensión 5.1.5 y si, en tal medida, se causaron los sobrecostos financieros a que se refieren las pretensiones 5.1.6 y su correlativa de condena 5.2.3, cuantificados en las pretensiones 5.1.8 y su correlativa de condena 5.2.5.

Por último, el Tribunal resolverá las pretensiones relativas a “*mayores cantidades de obra ... para la construcción de la torre Kanawha*” alegadas por **SCIA** en las pretensiones 5.1.2 numeral (viii), 5.1.9 y su correlativa de condena 5.2.6.

## 12.1 Los sobrecostos o “costos adicionales por MAYOR PERMANENCIA” (Sobreestadía).

En el presente caso, como ya se indicó no está en disputa que las Partes acordaron extender el plazo original de ejecución del Contrato en un total de 211 días, tal y como lo demuestran los Otrosíes No. 2, 3, 4 y 6. Así, el plazo de 270 días calendario originalmente pactado<sup>173</sup> se extendió a 481 días calendario<sup>174</sup>, con lo cual la fecha de finalización de actividades se extendió del 2 de agosto de 2014<sup>175</sup> al 28 de febrero de 2015 (en adelante, la “Extensión”).

En lo que respecta a las pretensiones de la Demanda lo que el Tribunal debe decidir en este acápite es, concretamente, si corresponde a **REFICAR** soportar los sobrecostos que la Extensión habría ocasionado a **SCIA** por concepto de “equipos” y “mano de obra indirecta personal” (según la Convocante) que ésta debió mantener en la obra durante la Extensión. Esta cuestión depende, a su vez, de a quién son atribuibles los retrasos que condujeron a la Extensión, asunto éste que está en disputa entre las Partes.

De las pretensiones y excepciones de mérito presentadas por las Partes puede colegirse que, mientras que para **SCIA** la Extensión se debió exclusivamente a los incumplimientos de **REFICAR**, para **REFICAR**, los incumplimientos de **SCIA** también contribuyeron a los retrasos que se presentaron en la ejecución del Contrato, lo cual debería ser tenido en cuenta por el Tribunal al determinar cualquier eventual condena. En efecto:

- Por una parte, **SCIA** solicita en la Demanda que se declare que (i) “REFICAR es responsable de los atrasos del Proyecto durante la ejecución del Contrato”<sup>176</sup>; (ii) “REFICAR debe pagar a SCIA los perjuicios sufridos por SCIA como consecuencia de los retrasos del Proyecto y/o de los incumplimientos en que incurrió REFICAR en relación con el Contrato”<sup>177</sup>; y (iii) “los retrasos en el Proyecto y/o los incumplimientos en los que incurrió REFICAR causaron perjuicios a SCIA, según se demostrará en el presente trámite arbitral, incluyendo [...] los costos adicionales por la mayor permanencia en el Proyecto”<sup>178</sup>. En consecuencia, **SCIA** solicita que se condene a **REFICAR** “a

---

<sup>173</sup> Oferta, sección 2.03. Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 20.

<sup>174</sup> Otrosí No. 6. Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 27 al 30.

<sup>175</sup> Otrosí No. 1. Cuaderno de Pruebas No. 4, folios 2 al 5.

<sup>176</sup> Demanda, Pretensión 5.1.3. Cuaderno Principal No. 3, folio 6 reverso.

<sup>177</sup> Demanda, Pretensión 5.1.4. Ibidem

<sup>178</sup> Demanda, Pretensión 5.1.5 (i). Ibidem

pagar a SCIA los perjuicios sufridos por SCIA como consecuencia de los retrasos del Proyecto y/o de los incumplimientos en que incurrió REFCAR en relación con el Contrato”<sup>179</sup>.

- Por otra parte, **REFCAR** presenta una excepción de mérito que ha denominado “Culpa de **SCIA**”, en la que indica que “todas las cifras que presenta la demanda, parten de la idea de que Reficar es el único implicado y responsable en esta situación, pero lo cierto es que el demandante en gran parte, es el causante de los daños y perjuicios que ahora reclama [por lo que] deberá declararse la culpa de SCIA, en la proporción que estime el Tribunal”. Por ello, **REFCAR** objetó y se opuso al juramento estimatorio que presentó **SCIA**, indicando que “esta cuantificación [...] parte de una equivocada percepción según la cual los eventuales perjuicios sufridos por SCIA fueron originados exclusivamente en razón a la acción u omisión de Reficar, desconociendo el inmenso grado de participación efectiva que tiene la demandante en la situación que fundamenta su reclamo”<sup>180</sup>.

A continuación, el Tribunal presentará las consideraciones que fundamentan su decisión en cuanto a la atribución de responsabilidad por los sobrecostos que derivan de la Extensión para lo cual presentará antes un resumen de las posiciones de las Partes, según han sido expresadas por los expertos presentados por cada una, así:

- Para **SCIA**, el informe técnico de octubre de 2015 elaborado por HILL, y los dos informes técnicos elaborados por el experto Mateo Rodriguez de HKA, de fechas 9 de febrero y 6 de abril de 2018, en adelante “HKA”; y
- Para **REFCAR**, los dos informes técnicos elaborados por GPS, de fechas 2 de octubre de 2017 y 6 de abril de 2018.”.

### 12.1.1 La posición SCIA y sus Expertos (HILL y HKA).

HILL incluyó en su informe un acápite sobre el plazo de ejecución del Contrato<sup>181</sup>, en el que la conclusión principal es que **SCIA** habría tenido derecho a una extensión del plazo de ejecución del Contrato de 251 días (no sólo de 211 días como se acordó en los Otrosíes), lo cual habría prolongado el plazo de ejecución del Contrato hasta el 6 de abril de 2015 (y no sólo hasta el 28

---

<sup>179</sup> Demanda, Pretensión 5.2.1. y 5.2.2. Cuaderno Principal No. 3, folio 8 reverso

<sup>180</sup> Contestación a la Demanda, Excepciones. Cuaderno Principal No. 3, folios 290 a 305.

<sup>181</sup> Hill, Informe de octubre 2015, sección 8. Cuaderno de Pruebas No. 10, folios 190 a 216.

de febrero de 2015)<sup>182</sup>.

Para llegar esta conclusión, HILL utilizó una metodología que denominó “Análisis Global de los Cronogramas”, que en los Informes de HKA se denominó “*Impacted as Planned Analysis*” (“IAPA”), según la clasificación y terminología utilizada por la *Association for the Advance Cost Engineering* (“ACE”).

HKA explicó que el IAPA es un método “*en el cual se trata de introducir eventos de retraso en un programa de línea base lógicamente ligada y así recalcular – con la ayuda de algún software de programación CPM40 – los impactos potenciales que estos retrasos tendrían en la fecha de finalización del contrato. Este método, que no considera el progreso actual, ni los cambios a la planificación posteriores al programa de línea base contractual, puede considerarse suficiente para demostrar el derecho de una ampliación de plazo (EOT) dictado por los términos contractuales*”<sup>183</sup>.

En el caso concreto, HILL utilizó como línea de base (*baseline*) para su análisis la primera revisión del Plan de Trabajo enviada por **SCIA** a **REFICAR** el 9 de enero de 2014 mediante Comunicación SC-339-GR-060, aprobada por **REFICAR** mediante Comunicación VP-SCH-0017-0280-14 del 14 de enero de 2014 (“**PDT1**”). HKA explica que “*HILL comprobó que la ruta crítica del cronograma de línea base PDT No. 1 aprobado por REFICAR contiene una lógica razonable [y suficientemente detallada]*”<sup>184</sup>. HILL incluyó en su ejercicio 266 demoras que habrían afectado la ruta crítica del proyecto y que otorgarían un derecho a la extensión del plazo de ejecución del Contrato a favor de **SCIA**. A juicio de HILL, todos los hechos que impactaron la ruta crítica del proyecto son atribuibles a **REFICAR** como, por ejemplo, (i) los retrasos en la asignación de áreas para ensamble de los Belt Conveyors (lo cual debía haberse hecho con el Acta de Inicio de los trabajos); (ii) los retrasos en la entrega de equipos y suministros; y (iii) los retrasos en la entrega de ingeniería de detalle.

Según HKA, el IAPA se puede “*usar para el análisis del retraso durante y después de la finalización del proyecto, cuando el objetivo es demostrar el derecho de extensión del plazo, tomando en consideración las condiciones contractuales y los incumplimientos del cliente de las mismas*”<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> Hill, Informe de octubre 2015, sección 8.5 “Conclusión y resultado del análisis de impacto”, pág. 202. Cuaderno de Pruebas No. 10, folios 211 a 216.

<sup>183</sup> HKA, Informe de febrero de 2018, párr. 91. Cuaderno de Pruebas No.60, folio 61.

<sup>184</sup> HKA, Informe de febrero de 2018, pág. 56. Cuaderno de Pruebas No. 60, folio 43 reverso.

<sup>185</sup> HKA, Informe de febrero de 2018, párr. 87. Cuaderno de Pruebas No.60, folio 59.

Para responder a ciertas críticas que GPS hizo al IAPA de HILL (las cuales se detallan en la siguiente subsección), HKA aclaró que:

- No existieron actualizaciones a los cronogramas de trabajo durante la obra y por eso debe utilizarse el PDT1. Aunque existió una cuarta revisión del Plan de Trabajo enviada por **SCIA** mediante Comunicación SC-339-GR-935 del 31 de julio de 2014 y aprobada por **REFICAR** mediante Comunicación VP-SCH-0075-2229-14 el 01 de agosto de 2014 (“**PDT4**”), ésta no puede ser utilizada como línea de base para el análisis por “*tratarse de un cronograma de aceleración/mitigación de retrasos sobre el cual no se acordó el tratamiento de las compensaciones económicas ni el tratamiento de las penalizaciones*”<sup>186</sup>. Además, a juicio de HKA, utilizar el PDT4 sería inapropiado dado que el mismo fue aprobado prácticamente en la fecha original de terminación del Contrato, lo que dejaría por fuera “*el análisis de la ventana principal del contrato (270 días) en donde se han identificado al menos 154 demoras*”<sup>187</sup>;
- Es irrelevante que el IAPA no sirva para evaluar retrasos concurrentes y las compensaciones que de ellos puedan derivarse, puesto que el propósito principal de este análisis no es calcular las compensaciones adeudadas, para lo cual HILL ha utilizado otras metodologías reconocidas por la AACE<sup>188</sup>, sino demostrar el derecho a la extensión del plazo a favor de **SCIA**, y la existencia de un plan de mitigación/aceleración (al recortarse la fecha de terminación del proyecto del 6 de abril de 2015 al 28 de febrero de 2015)<sup>189</sup>; y
- De cualquier manera, en este caso, no se han presentado retrasos concurrentes, sino solo demoras atribuibles a **REFICAR**. Para que dos retrasos puedan considerarse concurrentes, ambos deben afectar la ruta crítica del proyecto, y ninguna conducta atribuible a **SCIA** impactó negativamente la ruta crítica del proyecto<sup>190</sup>. HKA señala, por ejemplo, que (i) la supuesta demora de **SCIA** en entregar los planes de calidad y de construcción no impidió de

---

<sup>186</sup> HKA, Informe de febrero de 2018, pág. 56; HKA, Informe de junio de 2018, pág. 50. CD, Cuaderno de Pruebas No.58, folio 285A y Cuaderno de Pruebas No. 60, folio 40 reverso, respectivamente.

<sup>187</sup> HKA, Informe de junio de 2018, pág. 63. Cuaderno de Pruebas No. 60, folio 47.

<sup>188</sup> HKA, Informe de febrero de 2018, párr. 101. HKA, Informe de junio de 2018, pág. 58. CD, Cuaderno de Pruebas No.58, folio 285A y Cuaderno de Pruebas No. 60, folio 44 reverso, respectivamente.

<sup>189</sup> HKA, Informe de junio de 2018, pág. 51. CD, Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 285A.

<sup>190</sup> HKA, Informe de febrero de 2018, párr. 148: “*Únicamente 2 de los 11 retrasos considerados por GPS, podrían ser considerados concurrentes e impactan la fecha de terminación del cronograma PDT Rev. 1, pero al ser analizados estos 2 retrasos con la aplicación de una metodología correcta para el análisis de retrasos concurrentes, se ha podido demostrar que de ninguna manera pueden ser considerados como críticos por cuanto no impactaron la ruta crítica real del proyecto*”. CD, Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 285A.

ninguna manera el inicio de las actividades de construcción; y (ii) la supuesta demora de **SCIA** en entregar los planes de izaje no retrasó el izaje de la Belt Conveyor 2<sup>191</sup>.

Finalmente, HKA critica el análisis alternativo de la Extensión presentado por GPS en su segundo informe, señalando, entre otros asuntos, que GPS:

- Se equivoca al considerar que las Partes habrían acordado un porcentaje de distribución de responsabilidad por los sobrecostos asociados a una sobreestadía en la obra hasta el 31 de octubre de 2014 (59% para **REFICAR** y 41% para **SCIA**), dado que no existe “ningún documento en el expediente arbitral que haga constar estos acuerdos, ni GPS ha podido demostrar la existencia de estos acuerdos de responsabilidad entre las partes”<sup>192</sup>; además, en todo caso, “no es importante lo que se intercambia durante una negociación, sino como termina la misma”<sup>193</sup>; y
- Se equivoca al considerar como parámetro para determinar la existencia de concurrencia no sólo las actividades críticas sino, también, las actividades sub-críticas (*near critical activities*). HKA sostiene que la concurrencia sólo se presenta respecto de actividades críticas, pues sólo éstas afectan la ruta crítica del proyecto, generando retrasos<sup>194</sup>. Según HKA, las actividades a cargo de **SCIA** cuyo supuesto retraso daría lugar a retrasos concurrentes con los retrasos de **REFICAR** son, en su mayoría, actividades subcríticas que no deberían tenerse en cuenta<sup>195</sup>.

En suma, HKA (i) apoya la elección de HILL de un método modelado para analizar el plazo de ejecución del Contrato, reiterando las conclusiones a las que llegó HILL utilizando dicho método (*i.e.*, todos los retrasos que impactaron la ruta crítica del proyecto son atribuibles a **REFICAR**); y (ii) rechaza las conclusiones del análisis alternativo de la Extensión presentado por GPS, utilizando una metodología observacional.

---

<sup>191</sup> HKA, Informe de febrero de 2018, párrs. 118, 142 y ss. CD, Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 285<sup>a</sup>.

<sup>192</sup> HKA, Informe de junio de 2018, pág. 55. Cuaderno de Pruebas No. 60, folio 43.

<sup>193</sup> HKA, Informe de junio de 2018, pág. 25. Cuaderno de Pruebas No. 60, folio 28.

<sup>194</sup> HKA, Informe de junio de 2018, pág. 58. Cuaderno de Pruebas No. 60, folio 44 reverso.

<sup>195</sup> HKA, Informe de junio de 2018, págs. 66 y ss. Cuaderno de Pruebas No. 60, folios 48 y s.s

### 12.1.2 La posición de REFICAR y su experto GPS

GPS critica el análisis de HILL, principalmente, por haber utilizado una metodología que “no está prevista para definir responsabilidades y la correspondiente compensación, porque no evalúa concurrencia, y se considera poco confiable, especialmente cuando el analista sólo considera los impactos generados por una de las partes como lo hizo Hill [...] la información contemporánea del Proyecto en ningún momento permite concluir que REFICAR fue responsable del 100% de los impactos y demoras registrados en la obra como indicó Hill en su informe”<sup>196</sup>.

Además, GPS señala varios errores en los que habría incurrido HILL al realizar su IAPA, incluidos los siguientes:

- Haber utilizado como línea base el PDT1, en lugar del PDT4, a pesar de que no es la versión más reciente ni detallada de los cronogramas acordados entre las Partes y de que ya presentaba retrasos al momento de su elaboración<sup>197</sup>; y
- No haber validado los resultados que obtuvo en su ejercicio de modelaje para verificar que de alguna manera reflejaran lo realmente ocurrido<sup>198</sup>.

Por lo anterior, GPS concluye que el IAPA de HILL “es un ejercicio teórico que no consideró cambios de secuencia ocurridos ni actualizaciones de cronogramas registradas durante el proyecto [por lo que] las fechas obtenidas por el modelo no [tienen] relación con la fecha en la cual ocurrieron realmente los hechos”<sup>199</sup>.

Además de una crítica al análisis de HILL sobre el plazo de ejecución del Contrato, GPS presentó un análisis alternativo tendiente a determinar la responsabilidad que cada una de las Partes tuvo respecto de los retrasos que condujeron a la Extensión y, en consecuencia, si los sobrecostos asociados a la Extensión serían compensables o no. Dicho análisis considera, por separado, dos etapas de la ejecución del Contrato:

- Por una parte, con base en varias comunicaciones y estudios realizados por las Partes en el

---

<sup>196</sup> GPS, Informe de octubre de 2017, párrs. 30 y 32. Cuaderno de Pruebas No. 54, folio 432.

<sup>197</sup> GPS, Informe de octubre de 2017, párr. 51. Cuaderno de Pruebas No. 54, folio 440.

<sup>198</sup> GPS, Informe de octubre de 2017, párr. 51. Ibidem.

<sup>199</sup> GPS, Informe de octubre de 2017, párr. 65. Cuaderno de Pruebas No. 54, folio 452.



marco de la negociación del Otrosí No. 3, GPS sostiene que las Partes coincidían en que existía un porcentaje de responsabilidad compartido por los retrasos que se habían presentado hasta el momento (59% para **REFICAR** y 41% para **SCIA**) y que ello debía reflejarse en la asunción de los sobrecostos que se ocasionarían por sobreestadía en la obra hasta el 31 de octubre de 2014 (nueva fecha de finalización de la obra que se acordaría en el Otrosí No. 3)<sup>200</sup> (la “**Primera Etapa**”); y

- Por otra parte, para calcular el porcentaje de responsabilidad entre el 1 de noviembre de 2014 y el 28 de febrero de 2015 (fecha de terminación del Contrato), GPS llevó a cabo un análisis observacional/contemporáneo de la ruta crítica bajo la metodología de ventanas. Utilizando el PDT4 como base para definir la ruta crítica del proyecto y examinando los registros contemporáneos del mismo, se analizaron periodos de tiempo más cortos (seis ventanas) para determinar si existieron actividades a cargo de una de las partes que se retrasaron de forma concurrente con una actividad a cargo de la otra parte, lo cual daría lugar a un derecho a extensión del plazo de ejecución del Contrato, pero no a una compensación por los sobrecostos asociados a ella. GPS concluyó que, de los 120 días de extensión requeridos posterior al 31 de octubre de 2014 (la “**Segunda Etapa**”)<sup>201</sup>:

*“i. Todos son excusables.*

*ii. Se registra concurrencia de causas en 98 de esos días, es decir, que ambas partes son responsables de retrasos en este número de días.*

*iii. REFICAR es responsable de 20 días, los cuales serían compensables a SCIA.*

*iv. Existen 2 días por paros que dada su magnitud, GPS considera excusables pero no compensables a SCIA”<sup>202</sup>.*

---

<sup>200</sup> GPS, Informe de abril de 2018, párrs. 160 a 181. Otrosí No. 3, Cláusula Primera. Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 434 a 439.

<sup>201</sup> GPS, Informe de octubre de 2017, pág. 93. Cuaderno de Pruebas No. 54, folio 514.

<sup>202</sup> GPS, Informe de abril de 2018, párr. 443. Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 536.

Tabla 25 – Resumen de Retrasos

Ventana	Retraso Total Ventana	(A)	(B)	(C)	(C) - (A)	(B) - (C)	(E)
		Responsabilidad de los retrasos		Concurrencia Retrasos (Compartidos)	Responsabilidad de SCIA después de concurrencias	Extensión Compensable por REFICAR (Compensable a SCIA)	Terceros
		SCIA (No-excusables)	REFICAR (Excusables)				
1	13 días	11 días	11 días	11 días	0 días	0 días	2 días
2	27 días	23 días	27 días	23 días	0 días	4 días	0 días
3	20 días	16 días	20 días	16 días	0 días	4 días	0 días
4	28 días	22 días	28 días	22 días	0 días	6 días	0 días
5	10 días	4 días	10 días	4 días	0 días	6 días	0 días
6	22 días	22 días	22 días	22 días	0 días	0 días	0 días
<b>Totales</b>	<b>120 días</b>	<b>98 días</b>	<b>118 días</b>	<b>98 días</b>	<b>0 días</b>	<b>20 días</b>	<b>2 días</b>

Informe de GPS de abril de 2018, párr. 365

En su análisis de las conductas que habrían impactado la ruta crítica, GPS no sólo incluyó aquellas actividades que pueden calificarse como críticas, sino también algunas actividades denominadas sub-críticas (*near critical*). Al respecto, GPS indica que las actividades sub-críticas deben incluirse cuando se hacen estudios de impactos en el cronograma, dado que, por su mínima holgura con respecto a las actividades en la ruta crítica, pueden impactar la ruta crítica<sup>203</sup>.

En cuanto a los incumplimientos de las Partes que habrían generado afectaciones en el cronograma de la obra y los costos reclamados por **SCIA** por sobreestadía, GPS presenta las siguientes observaciones:

*“a. Sobre las áreas [que Reficar debía entregar]: [No debían entregarse con el Acta de Inicio de los trabajos] era responsabilidad de SCIA solicitarlas, lo cual no hizo hasta el 17 de febrero de 2015;*

*b. Sobre la ingeniería [que REFICAR habría entregado tardíamente o con defectos]: Hill reconoce que la ingeniería fue compartida con los ofertantes el 29 de mayo de 2013. Durante el proceso de licitación, confirmación de oferta y en los primeros dos meses de ejecución de obra no se encuentra ningún reclamo o solicitud de SCIA relacionada con una ingeniería incompleta o deficiente. El 24 de abril de 2014, SCIA afirmó que disponía de todos los planos requeridos.*

*c. Sobre los equipos y materiales [que Reficar habría entregado tardíamente]: era responsabilidad de SCIA solicitar los materiales y equipos. La realidad es que SCIA*

<sup>203</sup> GPS, Informe de abril de 2018, nota al pie 235. Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 476.

realizó dichas solicitudes con atraso, entre otras razones porque no había solicitado las áreas.

d. En la información registrada en Informes Semanales del mes de enero 2014 se evidencia que SCIA no había cumplido con plan de ingreso de personal; en febrero SCIA también reflejó menos horas hombre directas gastadas, a pesar de que ya habían transcurrido casi tres (3) meses de proyecto y el mismo ya registraba un atraso global de 7,68%.

e. En minuta de reunión del 9 de enero de 2014 SCIA propuso presentar un primer Plan de Recuperación solicitado por REFICAR por atrasos atribuibles a SCIA. La práctica en la Industria es usar el término “recuperación” cuando el contratista (en este caso SCIA) está atrasado.

f. La documentación generada por SCIA durante el Proyecto demuestra que cuando se presentaron trabajos adicionales como el torqueo de la estructura de los Belt Conveyor, hubo también problemas con el suministro de Drip Pans, pero SCIA no disponía de los equipos de izaje en obra, ni había presentado los planes de izaje definitivos, ambos requeridos para que REFICAR aprobara la maniobra de subir los Belt Conveyors. Esto demuestra que hubo concurrencia de impactos, es decir, que impactos atribuibles a ambas partes se presentaron en forma simultánea.

g. En los cálculos presentados por Hill se evidencia que los equipos finalmente utilizados por SCIA en la obra fueron muy distintos a los originalmente ofertados, demostrando entre otras cosas, que SCIA había subestimado el trabajo, no sólo en la cantidad de equipos adicionales incorporados sino en las características y capacidades de estos”<sup>204</sup>.

En suma, GPS rechaza las conclusiones de HILL puesto que, a su parecer, éstas fueron obtenidas a partir de un método modelado que no tiene en cuenta la realidad de lo que ocurrió durante la obra, ni la evolución de la ruta crítica del proyecto. Con base en un método observacional, GPS concluye que ambas Partes contribuyeron a los retrasos que condujeron a la Extensión y, por ende, deberían asumir los sobrecostos por sobreestadía en proporción a su responsabilidad.

### 12.1.3 Consideraciones y decisión del Tribunal.

En este acápite del Laudo, el Tribunal debe resolver la diferencia existente entre las Partes relativa a la atribución de **responsabilidad** por los retrasos que condujeron a la Extensión. Ello, a su vez, determinará a quién corresponde cubrir los sobrecostos en los que habría incurrido **SCIA** por sobreestadía en la obra.

La resolución de esta diferencia requiere un complejo análisis de causalidad que entraña el

---

<sup>204</sup> GPS, Informe de abril de 2018, párr. 16. Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 391.

conocimiento de asuntos técnicos y altamente especializados de la industria de la construcción. Por lo tanto, y para ayudar al Tribunal a llegar a la decisión más precisa posible, las Partes presentaron y basaron sus alegaciones sobre la materia en sendos dictámenes periciales elaborados por los expertos técnicos de HILL, HKA y GPS. El Tribunal, naturalmente, considera apropiado basar su decisión en las conclusiones expuestas en dichas pericias, en las cuales consta una meticolosa evaluación de los registros que documentaron el avance de la obra, así como de las mejores prácticas de la industria de la construcción.

Ahora bien, el Tribunal observa que entre los peritos de las Partes existen pocos puntos de acuerdo. En efecto, los expertos no coinciden, siquiera, en la metodología que debería orientar el análisis del Tribunal. En consecuencia, antes de tomar su decisión sobre las pretensiones de **SCIA** relativas a los sobrecostos en los que habría incurrido a **causa** de la mayor permanencia o su sobreestadía en la obra, el Tribunal debe determinar qué criterio utilizará para tomar su decisión (i.e., el propuesto por los peritos de **SCIA** o aquel propuesto por los peritos de **REFICAR**) (Acápites 11.3.2.2).

#### **12.1.3.1. La Determinación de la metodología apropiada para atribuir responsabilidad.**

Tras haber analizado los argumentos presentados por las Partes y sus expertos técnicos, el Tribunal, como ya lo precisó en el acápite anterior, ha llegado a la conclusión de que, para determinar las consecuencias económicas que pudieren haberse derivado de la extensión, **resulta más apropiado orientarse por la metodología propuesta por GPS.**

Lo anterior en tanto, el Tribunal estima que debe valerse de una metodología que, se repite, le permita (i) establecer si existe o no responsabilidad compartida entre las Partes (e.g., por la existencia de retrasos concurrentes) para, con base en ello, (ii) determinar si la extensión del plazo de ejecución del Contrato genera un derecho a algún tipo de compensación a favor de **SCIA**. El Tribunal observa que, en este caso, los expertos de ambas partes coinciden en que, para tales fines, los métodos observacionales (como el análisis de ventanas propuesto por GPS) resultan más adecuados que los modelados (como el IAPA propuesto por HILL)<sup>205</sup>.

Por lo demás, el Tribunal observa que el objetivo primordial perseguido por HILL con su IAPA era demostrar que **SCIA** tenía derecho a una extensión mayor a la acordada en el Otrosí No. 6, a

---

<sup>205</sup> HKA, Informe de febrero de 2018, párr. 104. La AACE indica respecto del IAPA que, en su forma más básica, “la concurrencia no puede ser evaluada bajo este método”; AACE, “Forensic Schedule Analysis”, págs. 72 y 75. Ver CD Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 285 A y Anexo 006 del dictamen de GPS que obra en una USB a folio 380A del Cuaderno de Pruebas No. 58.

pesar de que **SCIA** no ha presentado una pretensión específica para que se declare que ésta tenía derecho a tal extensión adicional. Teniendo en cuenta que las pretensiones de **SCIA** son esencialmente compensatorias, para el Tribunal resulta más apropiado el uso de una metodología que no sólo sirva para evaluar el derecho a una extensión del plazo de ejecución del Contrato, sino también las compensaciones que de tal extensión se pudieran derivar<sup>206</sup>.

En el estudio que llevó a esta determinación, el Tribunal tuvo en cuenta que el análisis de GPS fue objeto de varias críticas por parte de HKA y, tras evaluarlas, el Tribunal llegó a la conclusión de que las mismas **no invalidan las conclusiones de GPS**.

En lo que respecta al análisis de GPS sobre la Primera Etapa, el Tribunal considera que los porcentajes de responsabilidad de 41% para **SCIA** y 59% para **REFICAR** son razonables, con base en una revisión juiciosa de las pruebas en las que GPS se basa para soportar sus conclusiones<sup>207</sup>.

El 6 de agosto de 2014, **SCIA** envió a **REFICAR** la Comunicación SC-339-GR-877, mediante la cual hizo una solicitud formal de extensión del plazo de ejecución del Contrato y de compensación por sobrecostos derivados de una mayor permanencia en la obra. Esta comunicación, que contenía un análisis y resumen de costos de mayor permanencia, daría inicio a una serie de intercambios entre las Partes que se convertirían en la negociación del Otrosí No. 3.

La documentación da cuenta de que las Partes evaluaron en detalle los sobrecostos por una mayor permanencia en la obra hasta el 31 de octubre de 2014 (nueva fecha de terminación del Contrato que se acordaría en el Otrosí No. 3). En estos intercambios, figura un documento con membrete de **SCIA** en el que se indicaron los porcentajes de responsabilidad aludidos por GPS, así:

---

<sup>206</sup> El Tribunal también observa que la AACE, reconocida por los expertos de ambas Partes como autoridad en la materia, ha señalado sobre el método elegido por Hill que (i) “principalmente debe utilizarse para identificar y cuantificar retrasos potenciales [ejercicio prospectivo] más que retrasos actuales [ejercicio retrospectivo, como el que debe hacer el Tribunal]”; y (ii) aunque “puede ser implementado relativamente fácil y rápido [...] su confiabilidad es limitada [...] dado que se basa en una ruta crítica inicial ‘como fue planeada’ para analizar los retrasos, sin tener en cuenta cambios en la lógica o duración de las actividades”. AACE, “Forensic Schedule Analysis”, pág. 75. Ver Anexo 006 del dictamen de GPS que obra en una USB a folio 380A del Cuaderno de Pruebas No. 58.

<sup>207</sup> GPS, Informe de abril de 2018, párrs. 63 a 113. Cuaderno de Pruebas No 58, folios 407 a 419 y sus anexos 160 a 181 en CD, folio 380 A.

RESUMEN DE COSTOS EXTENSIÓN PROGRAMA.				
Extensión del contrato desde el 2-Agosto-2014 Hasta el 31-Octubre -2014. (90 días) (3 meses)				
(PDT Rev4)				
Objeto del contrato: Montaje e instalación de los equipos del sistema de manejo de Coke del Proyecto de Expansión de la Refinería de Cartagena.				
Contrato: NO.013-01				
PDT Rev4.				
ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR TOTAL.
1	Costo Equipos Mayor Permanencia	GL	1	\$ 569 411 026
2	Costo Instalaciones Temporales y Servicios	GL	1	\$ 141 380 889
3	Sobre Costo Mano de Obra Directa por trabajos Doble Turno	GL	1	\$ 178 501 934
Subtotal costo directo				\$ 889 293 849
10	UTILIDAD (7%) + IMPREVISTO (4%)			\$ 97 822 323
				\$ 987 116 172
3	Costo Mano de Obra Dirección y Apoyo	GL	1	\$ 652 862 039
7	Gastos financieros (0,8% del valor de contrato x mes)	Mes	1	\$ 12 337 247
8	OverHead (4% del costo )	Mes	3	\$ 61 686 236
				\$ 1 714 001 694
6	Gastos de contrato (1,56%)	GL	1	\$ 26 738 426
9	<b>COSTO DE EXTENSIÓN CONTRATO</b>			\$ 1 740 740 120

Documento titulado “Coke.2014.08.26. (REFICAR) (59%)”, adjunto al correo de Erwin Paap de PCIB (empresa encargada de la administración del Contrato) del 27 de agosto de 2014 – Anexo GPS-169 y GPS-168.

Según este documento, la suma que resultaría por concepto de sobrecostos por sobreestadía, tras descontar la responsabilidad de **SCIA**, sería de \$1.714.001.694. Esa suma fue incluida como compensación por costos por sobreestadía en varias versiones del Otrosí No. 3, pero no fue incluida en la versión definitiva del Otrosí No. 3,<sup>208</sup> no porque **SCIA** estuviera en desacuerdo con la suma, sino porque **SCIA** no habría estado de acuerdo en incluir una cláusula mediante la cual renunciaba de manera expresa e irrevocable a presentar cualquier solicitud adicional por cualquier concepto o motivo relacionado con la mayor permanencia (incluso en el caso de una nueva extensión)<sup>209</sup>.

Además de lo anterior, el Tribunal considera que parecería razonable atribuir este porcentaje de responsabilidad a **SCIA**, teniendo en cuenta algunos de sus incumplimientos reseñados por GPS, incluida su falta de diligencia al no haber comentado de manera oportuna la ingeniería entregada por **REFICAR**, sus atrasos en la entrega de documentos para la ejecución de la obra (planes de construcción y de izaje), y su retraso en las solicitudes para la entrega de las áreas de trabajo y materiales requeridos para la ejecución de la obra.

<sup>208</sup> GPS, Informe de abril de 2018, párr. 93. Cuaderno de Pruebas No.58, folio 417 y Anexos al dictamen Nos. 177 a 181, que obran en el mismo Cuaderno de Pruebas a folio 380 A. Los referidos anexos contienen correos electrónicos cruzados entre Carolina Gomez y Juan David Lopez de fecha 02-09-14 y entre este último y REFICAR, así como los borradores del proyecto de Otrosí No. 3.

<sup>209</sup> Al respecto ver el testimonio rendido por la señora Carolina Gómez Hurtado, rendido el 14 de noviembre de 2017. Cuaderno de Pruebas No. 56, folio 301.

El Tribunal observa que el proyecto se atrasó por muchas razones, pero en ningún caso se puede concluir que **REFICAR** fue responsable del 100% de las causas que generaron dichos atrasos, como lo sugieren los análisis y argumentos presentados por **SCIA**. El Tribunal resalta que, por lo menos en una oportunidad más, **SCIA** reconoció tener algún grado de responsabilidad en los atrasos que estaba sufriendo la obra. Al respecto, bastará con mencionar que, en su comunicación SC-339-GR-1415 del 21 de noviembre de 2014, **SCIA** reconoció su responsabilidad sobre, por lo menos, el 13% de los retrasos ocurridos a la fecha, indicando que el porcentaje de responsabilidad de **REFICAR** era sólo del 87%:

	<b>Descripción</b>	<b>Valor</b>
1	Costos derivados de la necesidad de una mayor permanencia. <b>Porcentaje de responsabilidad de 87%.</b>	\$ 5.236.302.686,10
2	Reconocimiento económico por concepto de impacto acumulado ocurrido entre el 17 de mayo de 2014 y el 19 de julio de 2014	\$ 520.051.296,00
3	Afectación en el flujo de caja por incumplimientos contractuales de REFICAR S.A.	\$ 696.574.839,00
		<b>\$ 6.452.928.821,10</b>

Comunicación SC-339-GR-1415 del 21 de noviembre de 2014, pág. 62

En lo que respecta al análisis de GPS sobre la Segunda Etapa, sobre la cual se llevó a cabo el análisis de ventanas, el Tribunal observa que, aunque los expertos de ambas partes coinciden en que la existencia de un atraso debe determinarse de cara a la ruta crítica del Proyecto<sup>210</sup>, estos difieren en cuanto (i) al cronograma que debería servir como línea de base (*baseline*) para determinar la ruta crítica del proyecto, *i.e.*, el PDT1 o el PDT4; y (ii) a las actividades que deberían incluirse en la ruta crítica del proyecto, *i.e.*, sólo las críticas o también las sub-críticas.

Por una parte, el Tribunal considera que resulta más adecuado utilizar el PDT4, y no el PDT1, como referente para definir la ruta crítica del proyecto por, al menos, cuatro razones fundamentales.

En primer lugar, el Tribunal considera que, teniendo en cuenta la naturaleza dinámica de la ruta

<sup>210</sup> Como explica la AACE, “para que un reclamante tenga derecho a una extensión del contrato por un evento de retraso (y además para que este sea considerado compensable), el retraso debe afectar la ruta crítica. AACE, “Forensic Schedule Analysis”, pág. 19. Ver Anexo 006 del dictamen de GPS que obra en una USB a folio 380 A del Cuaderno de Pruebas No. 58.

crítica<sup>211</sup>, debe utilizarse como línea de base el cronograma disponible más reciente. En efecto, según el protocolo de validación de la línea base de la AACE, citado por HKA, “se debe asegurar la última versión actualizada de la línea base”<sup>212</sup>. En este caso, no está en disputa que el PDT4 fue el último cronograma aprobado por ambas partes.

En segundo lugar, el Tribunal observa que, aunque HKA parecería plantear una elección entre el cronograma de obra *original*, representado por el PDT1, y un cronograma *ajustado*, representado por el PDT4, lo cierto es que el PDT1 no es siquiera el cronograma de obra original. En efecto, el cronograma de obra original sería el “PDT0” presentado por **SCIA** el 13 de diciembre de 2013 mediante Comunicación SC-339-GR-036 y aprobado por **REFICAR** mediante la Comunicación VP-SCH-0012-3808-13 del 19 de diciembre de 2013.

En tercer lugar, el Tribunal observa que los expertos de ambas partes coinciden en que, a mayor nivel de detalle de un cronograma, mayor es su validez para servir como línea de base de la ruta crítica del proyecto. El nivel de detalle, a su vez, puede juzgarse según el número de actividades y links que se incluye en el cronograma en cuestión. En el presente caso está claro que, de los únicos tres cronogramas de obra aprobados por ambas Partes (PDT0, PDT1 y PDT4), el PDT4 es el que cuenta con mayor nivel de detalle, tal y como lo muestra la siguiente tabla incluida en el informe de HILL:

Tabla 8. 1 - Informaciones Generales de los Cronogramas SCIA

INFORMACIONES GENERALES DE LOS CRONOGRAMAS SCIA									
REVISIÓN	DATADATE	FECHA INICIO PROYECTO	FECHA FIN PROYECTO	TOTAL ACTIVIDADES	LINKS				
					FS	SS	FF	SF	TOTAL
REV.0	05/11/2013	05/11/2013	02/08/2014	930	1343	38	4	13	1398
REV.01	05/11/2013	05/11/2013	02/08/2014	1073	1535	38	5	13	1591
REV.04	06/12/2014	05/11/2013	28/02/2015	1434	2161	112	19	14	2306

Informe de Hill, pág. 184

<sup>211</sup> AACE, “Forensic Schedule Analysis”, pág. 57. Ver Anexo 006 del dictamen de GPS que obra en una USB a folio 380 A del Cuaderno de Pruebas No. 58.

<sup>212</sup> HKA, Informe de febrero de 2018, pág. 62. Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 285 A



En cuarto lugar, el Tribunal considera que resultaría inadecuado un análisis de retrasos que tuviera como base el PDT1, pues éste no podría servir como base para evaluar los posibles retrasos de las actividades adicionales que las partes acordaron incluir en el PDT4 y que no constaban en el PDT1.

En quinto lugar, el Tribunal ha considerado el argumento de HKA según el cual, si se utiliza el PDT4 como línea de base, se deja por fuera el análisis de los retrasos producidos antes de su aprobación. Sin embargo, el Tribunal considera que la fecha de aprobación del PDT4 (1 de agosto de 2014) no lo invalida como línea de base para el análisis pues, como ya lo indicó, para los retrasos ocurridos antes del 31 de octubre de 2014 resulta razonable aplicar un porcentaje de responsabilidad del 41% para **SCIA** y 59% para **REFICAR**.

De hecho, el Tribunal considera que la fecha de aprobación del PDT4 le otorga mayor validez, pues para aquel entonces las Partes ya conocían varios problemas que habrían dado lugar a una parte importante de los retrasos, incluidos los problemas con el torque de galerías<sup>213</sup>, los problemas con los Drip Pans y la logística del izaje de las bandas<sup>214</sup>, por lo que éstas estaban en una mejor posición para redefinir la ruta crítica (a pesar de lo cual se presentaron 120 días más de retraso).

Por otra parte, **el Tribunal considera que las actividades sub-críticas sí deben incluirse en el análisis de la ruta crítica del proyecto, especialmente cuando se está realizado una evaluación de retrasos concurrentes.**

El Tribunal entiende que, en un proyecto de construcción, el retraso en una actividad particular puede tener o no el potencial de retrasar todo el proyecto, lo cual depende de su “*holgura*” (*float*). La holgura de la actividad corresponde a la cantidad de tiempo que la misma se puede retrasar sin que afecte el tiempo de ejecución del proyecto<sup>215</sup>. Las actividades críticas no tienen holgura o una holgura igual a “0”, por lo que su retraso retarda todo el proyecto. Además, existen ciertas actividades denominadas “sub-críticas” que, por su mínima holgura con respecto

---

<sup>213</sup> En lo que respecta al torque de galerías, además, mediante el Otrosí No. 2, las Partes (i) establecieron el costo asociado al CAMBIO DE TORNILLERIA Y TORQUE EN LAS GALERIAS CNVR 002, 004 y 005, (ii) lo añadieron como parte del nuevo precio global fijo del NEGOCIO JURIDICO; y (iii) ampliaron del término de duración del negocio jurídico para que este nuevo hito se llevara a cabo.

<sup>214</sup> Ver, Otrosí No. 3, consideraciones, No. 3. Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 13.

<sup>215</sup> AACE, “*Forensic Schedule Analysis*”, pág. 17. Ver Anexo 006 del dictamen de GPS que obra en una USB a folio 380 A del Cuaderno de Pruebas No. 58.

a las actividades críticas, tienen el potencial de impactar la ruta crítica<sup>216</sup>.

El Tribunal observa que, según las recomendaciones de la AACE – a las que los expertos de ambas Partes han hecho referencia –, los retrasos en las actividades sub-críticas deben ser tenidos en cuenta en un análisis de retrasos concurrentes porque: *“Los retrasos sub-críticos tienen el mayor potencial de convertirse en retrasos concurrentes. Esto sucede porque un retraso sub-crítico, cuando se consume el flote relativo de un retraso en la ruta crítica, se vuelve crítico”*<sup>217</sup>.

En vista de lo anterior, el Tribunal considera que el análisis de GPS es adecuado y, por ende, éste orientará su determinación sobre la responsabilidad que corresponde a cada Parte en relación con los sobrecostos asociados a la Extensión.

#### **12.1.3.2. La distribución de responsabilidad en relación con los “COSTOS ADICIONALES POR MAYOR PERMANENCIA”.**

Antes de tomar su decisión final sobre la distribución de responsabilidad entre las Partes, el Tribunal considera apropiado resaltar que, en este caso, sólo **SCIA** niega (en esta demanda) haber tenido alguna responsabilidad en los retrasos que llevaron a la Extensión. **REFICAR**, en efecto, admite haber tenido algún nivel de responsabilidad en dichos retrasos.

Como ya se indicó en este Laudo, el Tribunal considera que la posición de **SCIA** es injustificada, puesto que su conducta e incumplimientos sí influyeron (aunque en menor medida que los de **REFICAR**) en los retrasos que condujeron a la Extensión. El Tribunal debe, por lo tanto, determinar en qué porcentaje **SCIA** contribuyó a dichos retrasos, pues será ese el porcentaje en el que **SCIA** deberá asumir sus propios costos por sobreestadía<sup>218</sup>, para lo cual el derecho colombiano le concede cierta discrecionalidad al juez. Sobre tal discrecionalidad, otros tribunales arbitrales han indicado lo siguiente, apoyándose, de manera simultánea, en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, por ejemplo:

---

<sup>216</sup> AACE, “10S-90: Cost Engineering Terminology”, pág. 74. Ver carpeta Apendice final entregada con el segundo informe del dictamen de GPS del 9 de febrero de 2017, que obra en una USB a folio 380 A del Cuaderno de Pruebas No. 58.

<sup>217</sup> AACE, “Forensic Schedule Analysis”, pág. 114. En este mismo sentido la AACE también explica que *“una ruta que es sub-crítica en una ventana puede volverse crítica en la siguiente especialmente si los retrasos se extraen de la ruta crítica”*. AACE, “Forensic Schedule Analysis”, pág. 34. Ver Anexo 006 del dictamen de GPS que obra en una USB a folio 380 A del Cuaderno de Pruebas No. 58.

<sup>218</sup> Código Civil, artículo 2357: *“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”*.

*“¿Cómo se determina el monto hasta el cual se compensa la culpa de una de las partes, con la obligación indemnizatoria de la otra? Como premisa previa para responder este interrogante que se formula el tribunal, debe tenerse en cuenta que la concurrencia de culpas reduce pero no libera de responsabilidad. Según la jurisprudencia, la estimación de la responsabilidad que corresponde asumir a cada parte y, por tanto, la tasación monetaria de su culpa y el monto en que limita la indemnización a recibir, compete al juez. Sobre este particular la Corte Suprema de Justicia ha dicho: ‘El artículo 2357 del Código Civil no contiene una tarifa o indicación precisas de la reducción en el autorizada; el legislador **defiere a la prudencia del juez la tasación de esa reducción...**’”<sup>219</sup> (Se destaca).*

Ahora bien, el Tribunal reitera que, según la prueba que consta en el expediente, los retrasos que se presentaron en la obra no tienen una causa única, sino que fueron el resultado de varias conductas ejecutadas por ambas Partes a lo largo de toda la ejecución del Contrato que, en conjunto, condujeron a la Extensión.

En consecuencia, para determinar el porcentaje en el que cada Parte contribuyó a los retrasos, el Tribunal considera pertinente realizar un ejercicio de ponderación de:

- Los porcentajes de responsabilidad para la Primera Etapa de ejecución del Contrato comprendida entre el 5 de noviembre de 2013 (fecha de inicio) y el 31 de octubre de 2014, la cual, según se indicó en la sección precedente, habría sido del 41% para **SCIA** y del 59% para **REFICAR**; y
- Los porcentajes de responsabilidad para la Segunda Etapa de ejecución del Contrato, para el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2014 y el 28 de febrero de 2015 (fecha de

---

<sup>219</sup> Laudo Arbitral Cámara de Comercio de Bogotá Sepulveda Lozano Cia c. IDU del 5 de mayo de 1997:

*“Ahora bien, debe advertirse que el artículo 2357 se ubica en el título XXXIV del Código Civil, que trata la temática de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, teniendo en cuenta el viejo aforismo jurídico según el cual ubi eadem ratio, idem jus (donde la misma razón el mismo derecho), resulta lógica su aplicación en materia contractual, en aquellos casos en que las circunstancias de hecho lo ameriten. En esta materia, viene al caso citar al profesor Guillermo Ospina Fernández, que ha considerado: Los dictados de la equidad en que se inspira la mencionada regla, determinan la necesidad de aplicarla también en el campo de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones. La concurrencia de culpas entre el acreedor y el deudor debe ser atendida para fijar el monto de la indemnización por el incumplimiento de la obligación y aun para negarla cuando la culpa del acreedor neutralice totalmente la del deudor, quien, se repite, solo responde del dolo y de la culpa grave concurrentes, todo esto sujeto al prudente juicio del sentenciador”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 11 de septiembre de 1946, GJ. LXI, página 60, de 28 de mayo de 1954, GJ LXXVII, página 699: “el artículo 2357 del C.C. no contiene una tarifa o indicación precisas de la reducción en él autorizadas cuando hay concurrencia de culpas, lo que significa que en este caso implícitamente como explícitamente en otros análogos **el legislador defiere a la prudencia del juez (...)**”.*

terminación del plazo de ejecución del Contrato), la cual habría sido del 45,4% para **SCIA** y del 54,6% para **REFICAR**<sup>220</sup>.

Considerando los porcentajes de responsabilidad en cada etapa, para determinar el porcentaje ponderado para todo el plazo de ejecución del Contrato, el Tribunal ha atribuido a cada Etapa un peso distinto en función de su duración, así:

Plazo total del Contrato = 481 días

Duración Primera etapa = 309 días, es decir el  $309/481 = 64,24\%$  del plazo total

Duración Segunda etapa = 172 días, es decir el  $172/481 = 35,76\%$  del plazo total

Entonces, teniendo en cuenta que la Primera Etapa representa el 64,24% del plazo total de ejecución y la Segunda Etapa el 35,76%, el Tribunal llega a la siguiente conclusión:

**Porcentaje atribuible a SCIA:**

Primera etapa = 41%

Segunda etapa = 45,4%

Porcentaje total=  $(41\% \times 0,6424) + (45,4\% \times 0,3576) = (26,34 + 16,23) = 42,57\%$

**Porcentaje atribuible a REFICAR:**

Primera etapa = 59%

Segunda etapa = 54,6%

Porcentaje total=  $(59\% \times 0,6424) + (54,6\% \times 0,3576) = (37,91 + 19,52) = 57,43\%$

Así, pues, basado en este ejercicio, y tras haber analizado en detalle la pericia aportada por las Partes, el Tribunal ha llegado a la conclusión de que **la responsabilidad por los retrasos que condujeron a la Extensión es atribuible en un 57,43% a REFICAR y en un 42,57% a SCIA, por lo que cualquier declaración o condena relativa a los sobrecostos en los que habría incurrido SCIA por sobreestadía en la obra deberían reducirse en un 42,47%.**

---

<sup>220</sup> La distribución de responsabilidad para la Segunda Etapa expresada en términos de porcentaje de los resultados obtenidos por GPS, a partir de su análisis de ventanas, es de la siguiente manera:

Total retraso Segunda Etapa = 120 días

Responsabilidad de SCIA = 98 días

Responsabilidad REFICAR = 118 días

Concurrencia = 98 días

Extensión compensable a SCIA= 20 días

Tales retrasos pueden ser calculados en porcentajes de la siguiente manera:

SCIA:  $98/(98+118) = 45,4\%$

REFICAR:  $118/(98+118) = 54,6\%$

Ver Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 473.

En consecuencia, el Tribunal declarará que prospera la excepción de mérito propuesta por **REFICAR** denominada “Culpa de SCIA” y, por ende, proceden PARCIALMENTE las pretensiones 5.1.3, 5.1.4, 5.1.5 numeral (i) y 5.1.6 en relación con los mayores costos de ejecución, y las consecuencias de condena 5.2.1, 5.2.2 numeral (i) y 5.2.3, formuladas por **SCIA** en su demanda, en el entendido que **REFICAR** fue responsable, pero sólo parcialmente, de los atrasos del Proyecto y, en consecuencia, debe pagar a **SCIA** los perjuicios derivados de tales retrasos en los porcentajes que han sido determinados por el Tribunal.

Como el Tribunal ha explicado en este Laudo, los sobrecostos en los que **SCIA** alega haber incurrido en razón de la sobreestadía en la obra corresponden, principalmente a los equipos y a la mano de obra indirecta que según la Convocante debió mantener en la obra por causas atribuibles a **REFICAR**, asunto que procede a analizar el Tribunal a continuación.

### **12.1.3.3 Los sobrecostos por “EQUIPOS” derivados de la “MAYOR PERMANENCIA”.**

En relación con los sobrecostos por mayor permanencia de equipos, el dictamen pericial de GPS realizó un análisis de los equipos efectivamente utilizados durante la extensión de la ejecución del Contrato, que contrastó con las tarifas pactadas para ellos en los anexos contractuales, con lo cual se logró establecer que **REFICAR** debe reconocer a **SCIA** la suma de seiscientos sesenta y siete millones cuatrocientos siete mil setecientos cinco pesos con ochenta y siete centavos (**\$667.407.705,87**) por concepto de sobrecosto de equipos.

El Tribunal ha optado por la compensación relativa a los equipos contenida en el dictamen pericial de GPS, (i) pues la misma se fundamentó en la dedicación real de equipos desde el inicio de la obra, (ii) el cálculo se realizó respecto de los equipos considerados por **SCIA** en sus solicitudes, descartándose aquellos que fueron subestimados por **SCIA**, (iii) se tomaron en consideración los porcentajes de responsabilidad acordados por las partes, para la utilización de equipos antes de la suscripción del Otrosí No. 3 y (iv) se consideró, a su vez, que en algunos de los retrasos que podrían haber implicado compensación por equipos existió responsabilidad concurrente y compartida de **SCIA** y **REFICAR**.

Así las cosas, considera el Tribunal que el valor del sobrecosto por concepto de equipos liquidado por GPS, es el que refleja la realidad de la ejecución del Contrato y, por lo tanto, el Tribunal declarará y condenará a **REFICAR** a pagar la suma de **\$ 667.407.705<sup>221</sup>**, y así quedará consignado en la parte resolutive de este Laudo arbitral.

---

<sup>221</sup> GPS, Informe de abril de 2018, párr. 459. Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 545.

En virtud de lo anterior, se declarará que los incumplimientos en que incurrió **REFICAR** causaron sobrecostos en materia de equipos derivados de la mayor permanencia, en la cuantía ya indicada, y en esa medida prosperan las Pretensiones 5.1.5 numeral (i) y su correlativa de condena 5.2.2 numeral (i). De igual forma las pretensiones 5.1.7 numeral (iii) y su correlativa de condena pretension 5.2.4 numeral (ix).

#### **12.1.3.4 Los sobrecostos por “MANO DE OBRA INDIRECTA” derivados de la “MAYOR PERMANENCIA”.**

El Tribunal ha estudiado los argumentos de las Partes teniendo en cuenta que, como lo ha resaltado ya en otros apartes de este Laudo, en este caso las Partes acordaron un Contrato pactado bajo la modalidad de “*suma global*”, en el que se presume que la Oferta presentada por el contratista incluye todos los costos en los que éste incurrirá durante toda la ejecución del Contrato.

Antes de continuar, es necesario precisar que lo solicitado por **SCIA** bajo el rótulo “*mano de obra indirecta*”<sup>222</sup> corresponde a una reclamación por el personal de administración que fue necesario utilizar para la ejecución de la obra, término que subraya el Tribunal es conceptualmente inexistente, pero que analizado es claro que pertenece a los conocidos “costos indirectos”. En tal sentido el Tribunal procederá a analizar si **SCIA** tiene derecho a este reconocimiento, derivado por razón de la mayor permanencia en la obra y que, se repite, **SCIA** cuantifica en el numeral (ii) de la pretensión 5.1.7, bajo el rótulo se repite, “*sobrecostos mano de obra indirecta*”.

Respecto de estos sobrecostos, el Tribunal considera que **SCIA** debería ser compensada por los costos indirectos en los que incurrió durante cualquier día adicional que ésta permaneció en la obra, entre la fecha original de finalización del Contrato (2 de agosto de 2014) y la fecha real de finalización del mismo (28 de febrero de 2015), por razones atribuibles a **REFICAR**.

Para efectos de tal compensación, debería tenerse como base el monto diario promedio que **SCIA** proyectó en su Oferta por concepto de costos indirectos. Además, en aras de evitar una doble compensación y un enriquecimiento sin justa causa, el Tribunal considera apropiado deducir de cualquier monto adeudado las sumas que **REFICAR** pagó a **SCIA** durante la ejecución

---

<sup>222</sup> El Tribunal entiende por éstos, todos aquellos que no están relacionados directamente con la ejecución de la obra propiamente dicha, *i.e.*, personal de dirección, personal administrativo, otro tipo de personal no productivo, transporte de ese personal a la obra y dentro de las instalaciones, oficinas e instalaciones provisionales, equipos de apoyo no productivos y otros. GPS, Informe de abril de 2018, párr. 466. Cuaderno de pruebas No. 58, folio 547.

del Contrato por concepto de costos indirectos<sup>223</sup>.

El Tribunal que, según sugiere la pericia de **REFICAR**, debe tomarse en consideración lo dispuesto en la Oferta mercantil irrevocable y, en particular, que los costos de administración contemplados se tasaron en un **29,73%** equivalente a cuatro mil seiscientos noventa y nueve millones ochocientos cincuenta y siete mil ciento ochenta y cuatro pesos (**\$4.699.857.184**).

Así las cosas, y teniendo en cuenta las responsabilidades acordadas, en el dictamen de GPS se concluyó que el costo administrativo que **SCIA** debe recuperar del proyecto con base en los parámetros de la oferta era de **\$5.934.177.777,79**.

Sin embargo, teniendo en cuenta que **SCIA** ofertó un costo de administración de cuatro mil seiscientos noventa y nueve millones ochocientos cincuenta y siete mil ciento ochenta y cuatro pesos (**\$4.669.857.184**) y, además, que recibió compensación adicional por valor de mil trescientos veintisiete millones seiscientos siete mil quinientos setenta y ocho pesos (**\$1.327.607.578**), con lo cual **SCIA** recibió durante el contrato un pago total de cinco mil novecientos noventa y siete millones cuatrocientos cincuenta y nueve mil cincuenta y ocho pesos (**\$5.997.459.058**), por concepto de costos indirectos, monto superior al calculado según los parámetros de la Oferta Mercantil de **SCIA**.

Con base en lo anterior, el Tribunal estima convincente el ejercicio de cálculo y conclusiones esbozados por GPS relativos a la compensación por concepto de costos indirectos, que concluyo:

*“GPS determinó en base a las responsabilidades, que el costo administrativo que SCIA debe recuperar del proyecto en base a los parámetros de Oferta es COP \$ 5.934.177.777,79. Sin embargo, SCIA ofertó un Costo de Administración por COP \$ 4.669.857.184 y recibió compensación adicional por COP \$ 1.327.607.578, con lo cual SCIA recibió durante el Contrato una compensación total de COP \$ 5.997.459.058, monto superior al calculado según parámetros de Oferta. En otras palabras, a través de los montos por administración cobrados a través del Contrato, de PSR, por Trabajos Adicionales de cualquier tipo y a través de las Gestiones de Compra, SCIA pudo recuperar los sobrecostos incurridos por extensión atribuibles a REFICAR”<sup>224</sup>.*

---

<sup>223</sup> Según el ejercicio de cálculo elaborado por GPS, “durante la ejecución del Contrato REFICAR reconoció a SCIA un monto adicional de COP \$ 1.327.601.874, el cual debe descontarse de un supuesto sobrecosto por Mayor Permanencia”. GPS, Informe de abril de 2018, párr. 476. Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 551.

<sup>224</sup> GPS, Informe de abril de 2018, párr. 480. Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 552.

Por lo anterior, concluye el Tribunal, que **no procede compensación** alguna a favor de **SCIA** por este concepto, pues tales costos ya fueron compensados a través de los montos que **SCIA** recibió de **REFICAR** durante la ejecución del Contrato.

En consecuencia, el Tribunal declarará que **REFICAR no debe pagar suma alguna a SCIA por concepto de costos indirectos por sobreestadía en la obra** y en tal sentido se niegan las pretensiones declarativas y de condena principales contenidas en el numeral (ii) de la pretensión 5.1.7 y numeral (viii) de la Pretension 5.2.4.

El rechazo de las anteriores pretensiones, impone al Tribunal proceder a pronunciarse respecto de las pretensiones subsidiarias 5.1.17 numerales (ii), (iv) y (v) y su correlativa de condena, encaminadas a declarar y condenar a REFICAR a pagar a SCIA los sobrecostos generados como consecuencia del “*desequilibrio económico*”. Al respecto debe el Tribunal indicar que estas pretensiones tampoco han de prosperar y, en consecuencia, se negará este resarcimiento, por el simple hecho de que se encuentra probado, y así se dejó expuesto, que el atraso en el proyecto y la extensión del plazo tuvo como causa los incumplimientos concurrentes tanto de REFICAR como de SCIA y en esa medida la causa de los sobrecostos no devienen de situaciones imprevisibles y/o extraordinarias en las que necesariamente debe fundarse un desequilibrio contractual. Sumado a lo anterior, porque se probó, además, que SCIA NO sufrió un sobrecosto ni mucho menos una pérdida en el Item de administración (costos Indirectos), ítem en el que se encuentran inmersos los costos rotulados por la Convocante como mano de obra indirecta. En efecto, según lo constató GPS, SCIA recuperó el costo administrativo y REFICAR adicionalmente, le dio una compensación, de manera que al recibir SCIA un mayor valor al Ofertado por “*costos de administración*”, es evidente que NO existen “sobrecostos” o perjuicios que deban ser compensados, situación que deja también, sin fundamento el desequilibrio alegado.

En virtud de lo expuesto se negarán las pretensiones subsidiarias contenidas en el numeral (ii) de la pretensión 5.1.7 y numeral (viii) de la Pretension 5.2.4.

## **12.2. Los Sobrecostos por “MANO DE OBRA DIRECTA” derivados de la Pretendida “IMPRODUCTIVIDAD”.**

A continuación procede el Tribunal a referirse en este acápite a las Pretensiones de la demanda reformada formulada por **SCIA**, que tienen por objeto que se declare que **REFICAR** debe pagarle **SCIA**, por razón de los incumplimientos en que incurrió y que generaron los retrasos que se le imputan, los perjuicios consistentes en el daño emergente y lucro cesante resultante de la “*pérdida de productividad en las obras de instalación y montaje*”, solicitud contenida en el numeral



ii de la pretensión 5.2.2 y su consecuencial de condena (numeral ii de la pretensión 5.2.2) y cuantificada en las pretensiones declarativa y de condena Nos. 5.1.5 numeral ii y vii) de la pretension 5.2.4.

Para efectos de resolver la atribución de responsabilidad por los sobrecostos que derivan de la pretendida improductividad, el Tribunal nuevamente se referirá a la metodología utilizada en el informe pericial de HILL, aportado por la Convocante<sup>225</sup>, para luego hacer lo propio con el informe pericial de GPS, incorporado por la Convocada<sup>226</sup>, así:

### **12.2.1 La posición de SCIA y la metodología del peritaje elaborado por HILL.**

La metodología utilizada por HILL en el dictamen que sirve de sustento a las reclamaciones que nos ocupan en el presente acápite, se fundamentó en el análisis de la extensión del proyecto, para lo cual partió de las siguientes etapas:

“[...]”

- *Etapas 1 - Conocimiento del Proyecto y del caso, a saber:*
  - *Análisis de los documentos del Contrato;*
  - *Reuniones con el Equipo del Proyecto;*
  - *Visita a la obra y levantamiento de datos.*
- *Etapas 2 - Análisis del alcance de SCIA en el Proyecto REFICAR;*
- *Etapas 3 - Análisis de la ampliación del plazo del Proyecto;*
- *Etapas 4 - Análisis de sobrecostos;*
- *Etapas 5 - Análisis de la Gestión del Proyecto.”*

En función de las mencionadas etapas, HILL estudió los documentos del contrato y, en particular destaca el Tribunal, el denominado análisis de los cronogramas del contrato en el que se tuvo en cuenta el PDT Rev. 1 y el PDT Rev. 4<sup>227</sup>.

Según se indicó, en la página 41 del informe técnico (peritaje), para el análisis de la gestión del proyecto HILL utilizó como herramientas “*el Software Primavera P6, la información que fue entregada a REFICAR periódicamente (Informes Mensuales, Semanales, Diarios, así como Cartas y Actas de Cumplimiento de Progreso etc.) por parte de SCIA*”<sup>228</sup>.

---

<sup>225</sup> Cuaderno de pruebas No. 10, folios 1 a 24 del. Los apéndices obran en los Cuadernos de Pruebas Nos. 11 a 42

<sup>226</sup> Cuaderno de Pruebas No 54, folios 421 a 599.

<sup>227</sup> Informe técnico para peritaje de octubre de 2015. página 38. Cuaderno de Pruebas No. 10, folio 47.

<sup>228</sup> Informe para peritaje, octubre de 2015. HILL. Página 44. Cuaderno de Pruebas No. 10, folio 53.

Asimismo, al referirse al procedimiento que llevaría a cabo para la elaboración del dictamen, HILL refirió:

*“Analizar la Gestión del Proyecto es muy importante en este caso, dado que el principal problema en el arbitraje para el cuál se está haciendo este peritaje es la improductividad y los motivos que la causaron. Para que se pueda establecer la relación Causa-Efecto hay que realizar un análisis detallado de la evolución de la planificación, de las causas de los retrasos, de los incumplimientos atribuibles a REFICAR y de la improductividad que estos causaron.”*<sup>229</sup>

Para el desarrollo del dictamen HILL acudió a la “herramienta de gestión” o “Manpower Histogram - Curva S”, metodología que utiliza dos parámetros base. Por un lado, el progreso, consistente en el volumen de trabajo realizado por unidad de tiempo y medición del plazo y, por el otro lado, la productividad, correspondiente al volumen de trabajo realizado por unidad de recurso (horas-hombre, horas-máquina, etc.). Con lo anterior, HILL pretendió medir el costo del proyecto, mediante la superposición de “la curva planeada del contrato y de los recursos planeados a la curva real del proyecto y de los recursos reales”, con fundamento en lo cual, en criterio del perito, podría analizarse la existencia o no de una “pérdida o una ganancia de productividad con respecto a la inicialmente planeada”<sup>230</sup>.

El análisis de improductividad realizado por HILL, concluyó con la resta de horas gastadas, menos las horas planeadas, y las horas gastadas, menos las horas ganadas<sup>231</sup>, obteniendo un total de horas de pérdida de productividad en mano de obra directa de 201.917 horas. Veamos:

Tabla 7. 7 - Cuantificación en Horas de los Incumplimientos de REFICAR

<b>Horas de pérdida de productividad en Mano de Obra Directa</b>	<b>201.917 horas</b>
<b>Horas adicionales de Mano de Obra Indirecta (más personal, más plazo)</b>	<b>100.942 horas</b>

De estas horas de Mano de obra indirectas Hill ha localizado de una manera objetiva las siguientes:

- Pérdida de productividad por Trabajos Adicionales (7.4.5) ..... 60.334
- Cambios de diseño – Mayores Cantidades de Obra (Torre Kanawha) ..... 25.440

<sup>229</sup> Informe para peritaje, octubre de 2015. HILL. Página 41. Cuaderno de Pruebas No. 10, folio 50.

<sup>230</sup> Informe para peritaje de octubre de 2015. HILL. Página 47. Cuaderno de Pruebas No. 10, folio 56.

<sup>231</sup> Informe técnico para peritaje página 142. Cuaderno de Pruebas No. 10, folio 151.

GPS tomó en consideración como base para su cálculo: (i) los informes diarios y semanales generados por **SCIA** durante la ejecución de la obra, que permiten identificar tanto el personal dispuesto en obra, como el avance de las actividades del proyecto, identificando adicionalmente la especialidad a la que estuvo asignado el personal; (ii) los avances de actividades individuales, y (iii) las horas perdidas por la lluvia (evento que fue objetado por el contratante por considerar necesario desglosar las actividades y profesionales que se vieran afectados por dichas circunstancias).

En la información analizada, se evidenció que dentro de los informes semanales se realizaba un registro de los avances diarios y semanales de cada especialidad y del proyecto en general. Dicho porcentaje de avance es uno de los componentes de la fórmula de cálculo de la improductividad, que a su vez eran medidos de conformidad con dos PDT diferentes, el PDT 1 y el PDT 4<sup>232</sup>.

Para describir la metodología utilizada para la elaboración del dictamen, GPS indicó:

*“[...] la metodología de análisis de ruta crítica conocida como: ‘Análisis de Ventana’, con el propósito de identificar la ruta crítica del Proyecto definida en el PDT Revisión 4 y las razones de los retrasos ocurridos a partir de su emisión, tomando en cuenta la naturaleza dinámica de la ruta crítica a lo largo de la ejecución del proyecto, además de poder identificar las verdaderas causas que produjeron los retrasos presentados y establecer la parte responsable de los mismos.”<sup>233</sup>*

Considera necesario GPS, entonces, con el fin de determinar la responsabilidad en las demoras de ambas partes en el período adicional, *“realizar un análisis de la ruta crítica del proyecto considerando los cambios que en ella ocurrieron por las demoras que hayan generado cada una de las partes simultáneamente (retraso concurrente), e identificando los periodos de tiempo impactados por cada parte”<sup>234</sup>*, para lo cual tomó en cuenta *“las holguras generadas cada vez que el proyecto sufrió un retraso (carácter dinámico de la ruta crítica)”<sup>235</sup>*. Así las cosas, partió GPS de un análisis detallado del cronograma denominado *“Contemporaneous Period Analysis”* o *“análisis contemporáneo de la ruta crítica usando la metodología de ventanas”*.

---

<sup>232</sup> Aportados como anexos GPS-002 y GPS-156. CD folio 601 Cuaderno de Pruebas No. 54

<sup>233</sup> Informe de peritaje experto sobre el desarrollo de los trabajos realizados en la unidad 113 de la Refinería de Cartagena, GPS, 6 de abril de 2018. Página 92.

<sup>234</sup> Íbid, página 93. Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 473

<sup>235</sup> Íbid. Página 93.

Así mismo, con ocasión de la metodología de ventanas utilizada, establece el experto que cuando dentro de una ventana particular existen varias actividades retrasadas, es necesario acudir al estudio de las actividades en la ruta crítica, lo cual se denomina *Longest Path* y las actividades subcríticas que se denominan *Near Critical Path*.

De igual forma, cuando dos o más actividades críticas o sub-críticas se retrasan de forma concurrente y las razones de los retrasos no concurren en la misma parte, debe cuantificarse el retraso concurrente en la ventana.

Ahora bien, frente a la pérdida de productividad, tomó GPS en consideración, tanto los informes diarios como los semanales generados por **SCIA** con el fin de determinar el registro contemporáneo de cada una de las actividades del proyecto, y tuvo en cuenta que no debe tomarse como base del cálculo, ni la productividad al inicio del proyecto por tratarse de la curva de aprendizaje, ni la del final del contrato por ser el cierre de pendientes, lo cual indica que no son momentos representativos de las productividades esperadas <sup>236</sup>

Basado en lo anterior concluyó, de una parte, que el periodo de improductividad realmente se detecta cuando ya estaban ensambladas e izadas las Belt Conveyors y cuando el avance de la actividad (obra mecánica) registraba un avance de 98,18% y de otra, que si bien **REFICAR** tenía responsabilidad en algunas de las afectaciones, no era el único responsable y por tanto, el número de horas pérdidas atribuibles a **REFICAR** correspondían a una cantidad inferior a la solicitada por **SCIA**. Como consecuencia de lo anterior procedió a efectuar el análisis respectivo por especialidades (mecánica, civil, eléctrica, instrumentación, tuberías, personal andamios y operadores de equipos) para determinar el número de horas hombre perdidas que debían ser compensadas a **SCIA** “por generarse por causas atribuibles a **REFICAR**” y les aplicó la tarifa promedio ponderada para cada especialidad, a fin de obtener el monto que, en su criterio, **REFICAR** debe compensar a **SCIA**.

### 12.2.2 Consideraciones y conclusiones del Tribunal.

Para resolver las pretensiones que son objeto del presente acápite, el Tribunal analizará de manera separada la ejecución del Contrato, en dos intervalos de tiempo. Por un lado, entre el (i) 5 de noviembre de 2.013, fecha de iniciación del contrato, hasta la fecha de suscripción del Otrosí N° 3 y, por el otro, (ii) con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 3 y hasta el 28 de febrero de 2.015, fecha de terminación del Contrato.

---

<sup>236</sup> Ibidem página 135. Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 515.

Como ya se indicó, la necesidad de esta división obedece a que en la primera etapa de ejecución del contrato las mismas partes llegaron a acuerdos determinantes en la deducción de la responsabilidad sobre los atrasos presentados, situación que no puede ser desconocida por el Tribunal.

Frente a la primera etapa, esto es, desde el inicio del contrato y hasta la suscripción del Otrosí No. 3, las partes acordaron unos porcentajes de responsabilidad que correspondía a 41% a cargo de SCIA y 59% a cargo de REFICAR, según el siguiente raciocinio:

*“[...] existen análisis realizados por SCIA y REFICAR durante las negociaciones que igualmente fueron mencionados en el Capítulo 4, Aparte 4.1. Hay varios aspectos a considerar de los análisis realizados por las partes:*

- i. Mediante la comunicación SC-339-GR-935216, SCIA hizo entrega del Cronograma de Trabajo Revisión 4 acordado en reunión del 26 de julio de 2014, con el cual se definía el plazo de la primera extensión de tiempo en función de las actividades pendientes por ejecutar y estatus de avance de éstas a la fecha. Esta actualización del Programa de Trabajo fue validada y aceptada por REFICAR, y se constituyó en la nueva herramienta de medición de avance de las actividades.*
- ii. Los análisis realizados previos a la firma del Otrosí N° 3 fueron extensamente discutidos en reuniones celebradas desde el 9 de agosto y finalmente acordados el 27 de agosto de 2014. Ambas partes utilizaron la misma metodología, en la cual revisaron cada una de las actividades del cronograma, los retrasos registrados, las causas que los generaron y los responsables de dichas causas; en muchos de los casos acordaron que hubo responsabilidad compartida, y en otros casos pudieron definir que había un único responsable. Considerando el peso de cada actividad en el cronograma y las horas hombre empleadas y por emplear para culminar dichas actividades, determinaron un porcentaje global de responsabilidad de cada una de las partes sobre los atrasos registrados hasta ese momento. Todo esto quedó plasmado en diferentes versiones de los borradores del documento, y que ambas partes no modificaron; sólo en la versión final fueron retirados, pero por otras cláusulas agregadas que limitaban los posibles futuros reclamos de SCIA. **Hasta la versión emitida el 2 de septiembre de 2014 ambas partes habían acordado que los costos correspondientes a la extensión del plazo hasta el 31 de octubre de 2014 ascendían a sólo MIL SETECIENTOS CUARENTA MILLONES SETECIENTOS CUARENTA MIL CIENTO VEINTE PESOS (COP \$ 1.740.741.020) y que las responsabilidades de las causas de los atrasos experimentados a la fecha se podían distribuir en 59% para REFICAR y 41% para SCIA.***

*La disposición de una herramienta actualizada para medir avances y posibles atrasos, y la cuantificación de los mayores costos incurridos motivados por la extensión definida a partir de dicha actualización, define claramente un nuevo comienzo en la evaluación del desempeño de las partes. GPS considera que la evaluación realizada por ambas partes de manera contemporánea, donde se disponía de información detallada y reciente (equipos y personal real en obra,*

solicitudes y acuerdos previos), y que consideró todas y cada una de las actividades del cronograma vigente, representa el análisis más completo que se puede realizar de un periodo en el cual se registraron de manera simultánea muchos eventos que pudieron afectar el normal desenvolvimiento de la obra. **La determinación de una responsabilidad compartida y distribuida en un 59% para REFICAR y un 41% para SCIA [...]**<sup>237</sup> (Destaca el Tribunal)

Esta conclusión de GPS se encuentra fundada en los siguientes hechos:

“[...]”

- Teniendo establecida una fecha de inicio para el 5 de noviembre de 2013, SCIA entregó el programa de trabajo definitivo el 9 de enero de 2014 (dos meses después de iniciado el plazo contractual) y su Plan de Construcción lo entregó el 17 de febrero de 2014, es decir, tres meses y medio después de iniciado el proyecto; la responsabilidad sobre la solicitud de las áreas para el ensamble de las Belt Conveyor era de SCIA, la cual realizó en conjunto con la entrega del Plan de Construcción; esto a su vez generó retrasos en la solicitud de materiales de SCIA a REFICAR. Considerando lo ocurrido en la obra y documentado en este informe, luego de transcurridos los primeros tres (3) meses del Proyecto, SCIA pretendió ejecutar en seis (6) meses el alcance que había ofrecido ejecutar en nueve (9) meses
- En la información registrada en Informes Semanales del mes de enero 2014 se evidencia que SCIA no había cumplido con plan de ingreso de personal; en febrero SCIA también reflejó menos horas hombre directas gastadas, a pesar de que ya habían transcurrido casi tres (3) meses de proyecto y el mismo ya registraba un atraso global de 7,68%.
- En minuta de reunión del 9 de enero de 2014 SCIA propuso presentar un primer Plan de Recuperación solicitado por REFICAR por atrasos atribuibles a SCIA. La práctica en la Industria es usar el término “recuperación” cuando el contratista (en este caso SCIA) está atrasado.
- El 16 de enero de 2014, SCIA reconoce que evaluará los equipos que finalmente va a utilizar en el Proyecto y que el listado lo entregará con un primer Plan de Recuperación solicitado por REFICAR por atrasos atribuibles a SCIA. Finalmente se registró la entrega del Plan de Recuperación en minuta del 20 de febrero de 2014.
- La documentación generada por SCIA durante el Proyecto demuestra que cuando se presentaron trabajos adicionales como el torqueo de la estructura de los Belt Conveyor, hubo también problemas con el suministro de Drip Pans, actividades responsabilidad de REFICAR y que definitivamente tuvieron un efecto sobre el normal desenvolvimiento de la obra; pero al mismo tiempo, SCIA

---

<sup>237</sup> Informe de peritaje experto sobre el desarrollo de los trabajos realizados en la unidad 113 de la Refinería de Cartagena, GPS, 6 de abril de 2018. Página 90. Cuaderno de Pruebas No. 60, folio 60 reverso.

no disponía de los equipos de izaje en obra ni había presentado los planes de izaje definitivos, ambos requeridos para que REFICAR aprobara la maniobra de subir los Belt Conveyor. Esto demuestra que hubo concurrencia de impactos, es decir, que dichos impactos se presentaron en forma simultánea.

- Todas estas situaciones se registraron antes de la firma del Otrosí N°3, y fueron consideradas por ambas partes tanto para la generación del programa de trabajo actualizado, como para la determinación de los mayores costos de extensión cuando la fecha de terminación de los trabajos se movió del 3 de agosto al 31 de octubre de 2014 (+89 días)<sup>238</sup>.

Para la segunda etapa del contrato, esto es, a partir de octubre de 2014, y en consonancia con el PDT Rev. 4, GPS analizó las razones de los retrasos ocurridos a partir de su emisión, tomando en cuenta la naturaleza dinámica de la ruta crítica a lo largo de la ejecución del proyecto. Así, se determinó que con posterioridad a la firma del Otrosí No. 3 existió un atraso de ciento veinte (120) días adicionales, para lo cual se realizó un análisis de la ruta crítica del proyecto, considerando los cambios ocurridos por demoras de cada una de las partes.

El perito, remitiendo a la metodología expuesta anteriormente, en particular al análisis contemporáneo de la ruta crítica y usando la metodología de ventanas, concluyó que la responsabilidad se dividía de la siguiente manera:

VENTANA	RETRASO TOTAL VENTANA	RESPONSABILIDAD DE LOS RETRASOS		CONCURRENCIA RETRASOS (Compartidos)
		SCI (No excusable)	REFICAR (Excusable)	
1	13 días	11 días	11 días	11 días
2	27 días	23 días	20 días	23 días
3	20 días	16 días	28 días	16 días
4	28 días	22 días	10 días	22 días
5	10 días	4 días	22 días	4 días
6	22 días	22 días	16 días	22 días
<b>Totales</b>	<b>120 días</b>	<b>98 días</b>	<b>118 días</b>	<b>98 días</b>

Tomado de la Tabla 9 - 2º Informe pericial de GPS

<sup>238</sup> Informe de peritaje experto sobre el desarrollo de los trabajos realizados en la unidad 113 de la Refinería de Cartagena, GPS, 6 de abril de 2018. Página 91. Cuaderno de Pruebas No. 60, folio 61.

Con fundamento en lo expuesto, como ya se indicó en el acápite anterior, el perito llegó a las siguientes conclusiones:

- “i De la totalidad del retraso del proyecto (120 días) a partir del PDT No. 4, GPS determinó que SCIA tiene responsabilidad de 98 días en la extensión y Reficar es responsable por 118 días y existen 2 días ocasionados por paralizaciones de terceras partes (subcontratistas de Reficar).*
- ii GPS también determinó que en cada ventana se presentaron concurrencias de retrasos entre SCIA/Reficar que suman 98 días, quedado 20 días que son exclusivamente atribuibles a Reficar.*
- iii Los costos de extensión asociados a estos 20 días deben ser compensados a SCIA y el cálculo de estos costos se presentan en la Capítulo 8 de este informe.*
- iv Dado que GPS no pudo identificar periodos de tiempo que fuera exclusivamente responsabilidad de SCIA, éste tiene derecho a una extensión excusable de 120 días.*
- v GPS determinó que los 2 días de paralización por terceros hacen parte de la extensión excusable de 120 días, pero no son compensables.”<sup>239</sup>*

Ahora bien, en lo que se refiere al análisis de las horas hombre perdidas, y partiendo de las consideraciones expuestas frente a la metodología de las partes, encuentra el Tribunal que resulta procedente la aplicación del cálculo realizado por GPS<sup>240</sup>, así:

- |  |
|--|
| <ul style="list-style-type: none"><li>i. Horas Hombre Directas Efectivas, calculadas a partir de:<ul style="list-style-type: none"><li>a. El número de horas hombre reales gastadas por el personal de SCIA en cada especialidad.</li><li>b. Las horas de lluvia registradas en cada periodo, distribuidas por especialidad de manera proporcional al peso de dichas especialidades en la obra total.</li><li>c. Las horas en las cuales se produjo una paralización de actividades por causas no atribuibles a REFICAR.</li><li>d. Las horas dedicadas por el personal de SCIA a charlas y capacitación.</li><li>e. Horas Hombre Directas Efectivas = a – b – c – d</li></ul></li><li>ii. Horas Hombre Totales Ganadas, calculadas a partir de:<ul style="list-style-type: none"><li>a. Horas ganadas a través del alcance original (Avance Ejecutado x Peso Actividad x 243.247 HH).</li><li>b. Horas Ganadas a través de Trabajos Adicionales.</li><li>c. Horas Ganadas a través de Trabajos por RFI's.</li><li>d. Horas Hombre Ganadas Totales = a + b + c</li></ul></li></ul> |
|--|

A juicio del experto, dichos criterios se aplican individualmente a cada una de las áreas de especialidad, ello por cuanto en diferentes períodos de tiempo pueden afectarse unas áreas de especialidad puntuales, por lo que debe realizarse el análisis de manera separada.

---

<sup>239</sup> Informe de peritaje experto sobre el desarrollo de los trabajos realizados en la unidad 113 de la Refinería de Cartagena, GPS, 6 de abril de 2018. Páginas 93 y 94. Cuaderno de Pruebas No. 60, folio 62.

<sup>240</sup> Informe de peritaje experto sobre el desarrollo de los trabajos realizados en la unidad 113 de la Refinería de Cartagena, GPS, 6 de abril de 2018. Página 95. Cuaderno de Pruebas No. 60, folio 63.



Así, se llevó a cabo el análisis de manera diferente para (i) la especialidad civil; (ii) la especialidad eléctrica y de instrumentación y (iii) la especialidad de tuberías. En ese sentido, los resultados obtenidos fueron los siguientes:

*Tabla 26 – Resultados del Análisis de Productividad*

ESPECIALIDAD	HORAS PERDIDAS		
	HILL	SCIA	GPS
Mecánica	*1	45.188	10.163
Civil		0*2	0*5
Electricidad & Instrumentación		19.209	19.339
Tuberías		5.120	6.507
Personal Andamios		*3	3.418
Operadores Equipos		*4	4.756
<b>TOTAL</b>		<b>201.917</b>	<b>69.517</b>

\*1 Hill no diferencia horas perdidas por especialidad  
 \*2 SCIA nunca reclamó horas perdidas en la especialidad Civil  
 \*3 En su primer análisis SCIA distribuye las horas del personal de andamios en las diferentes especialidades, aunque el 80% las ubica en la Especialidad Mecánica. En el segundo análisis no indica donde las ubica, aunque refleja un 100% de horas ganadas por este concepto en la Especialidad Mecánica.  
 \*4 En su primer análisis SCIA no considera las horas de este personal ni en el renglón de horas gastadas ni en ganadas. En el segundo análisis registra horas ganadas por este concepto, distribuido en las diferentes especialidades.  
 \*5 GPS considera que las horas perdidas en la especialidad Civil son responsabilidad de SCIA, tal y como SCIA lo reflejó en las reclamaciones contemporáneas que presentara durante la ejecución.  
 \*6 En determinado momento SCIA reclamó por unas horas en doble turno, a las cuales le asignó un 20% de improductividad. Al GPS realizar un balance de horas detallado, cualquier improductividad en trabajos nocturnos quedó reflejado en el cálculo ya que esas horas nocturnas registraron un avance real (alto o bajo) ya considerado.

En este punto, el Tribunal considera ilustrativo mencionar, en armonía con lo que acaba de exponerse, que frente al tema resultan ilustrativas las declaraciones rendidas los días 20 y 21 de septiembre de 2017, por (i) la testigo **Carolina Ospina**, Ingeniera Civil que laboró en **SCIA** y conoció el desarrollo y ejecución del contrato, quien se pronunció frente a los retrasos del proyecto por motivos atribuibles a **REFICAR**<sup>241</sup>, y (ii) por el señor **Erwin Ernst Paab**, Ingeniero Civil que conoció el Sistema de Manejo de Coke, y participó en la ejecución de las obras contractuales, quien se refirió a la responsabilidad de **SCIA**, no solamente de **REFICAR**, en los sobrecostos que se reclaman<sup>242</sup>.

Por todo lo anterior y de conformidad con lo expuesto, el Tribunal observa que, en efecto, en este trámite arbitral se encuentra probado que en relación con algunas actividades concretas existieron retrasos del proyecto por causas atribuibles a **REFICAR**, lo cual generó sobrecostos a **SCIA** susceptibles de ser reconocidos en este arbitraje, situación que le abre paso parcial a las Pretensiones 5.1.5 numeral (ii) y 5.2.4 numeral (vii) de la Demanda y así se declarará en la parte resolutive, en los términos de las presentes consideraciones.

<sup>241</sup> Cuaderno de Pruebas No. 56, folios 297 a 304.

<sup>242</sup> Cuaderno de Pruebas No. 54, folios 361 a 386 del

A continuación, el Tribunal procede a establecer las compensaciones que resultan procedentes a favor **SCIA**, frente a la responsabilidad por improductividad en el ítem Mano de Obra Directa. En desarrollo de lo anterior, acoge lo indicado frente al punto por GPS en el dictamen pericial rendido, en el que se concluye que **REFICAR** debe compensar a **SCIA** las siguientes horas empleadas de más por especialidades, de conformidad con lo expuesto en el dictamen pericial de GPS<sup>243</sup>:

*Tabla 34 – Resultados del Análisis de Productividad*

ESPECIALIDAD	HORAS PERDIDAS
Mecánica	10.163
Civil	0
Electricidad & Instrumentación	19.339
Tuberías	6.507
Personal Andamios	3.418
Operadores Equipos	4.756
<b>TOTAL</b>	<b>44.183</b>

GPS señala, además, que los tiempos por reconocer deben liquidarse de conformidad con las siguientes tarifas<sup>244</sup>:

*Tabla 36 – Monto por Pérdida de Productividad*

ESPECIALIDAD	HORAS PERDIDAS GPS	TARIFAS HH GPS	MONTO (COP \$)
Mecánica	10.163	37.841	384.578.083
Electricidad & Instrumentación	19.339	38.288	740.451.632
Tuberías	6.507	42.405	275.929.335
Personal Andamios	3.418	32.998	112.787.164
Operadores Equipos	4.756	35.325	168.015.212
<b>TOTAL</b>	<b>43.334</b>		<b>1.681.761.426*<sup>1</sup></b>

<sup>\*1</sup> En alguna de sus reclamaciones SCIA incluyó un aspecto relacionado con horas gastadas en trabajos realizados en horario nocturno. La posible improductividad registrada durante la ejecución de dichos trabajos ya fue considerada en el cálculo de las horas perdidas. Considerando que el cálculo de horas perdidas de GPS es conservador, y que no todas las horas trabajadas en horario nocturno son atribuibles a REFCAR, se considera que cualquier reconocimiento adicional de tarifa o similar, está incluido en este monto.

<sup>243</sup> Cuaderno de Pruebas No 58, folio 532.

<sup>244</sup> El cuadro contiene un error en la sumatoria total del número de horas empleadas de más. Sin embargo, el Tribunal considera que se trata de un error aritmético que no afecta las conclusiones del dictamen, en tanto el valor real de la sumatoria es igual a 44.183 horas. Cuaderno de Pruebas No. 58, folios 556.

Del anterior ejercicio se desprende entonces que, según GPS, el valor que **REFICAR** debe compensar a **SCIA** por improductividad, se obtiene de multiplicar el número de horas perdidas por cada una de las tarifas allí indicadas, operación matemática que arroja como resultado la suma mil seiscientos ochenta y un millones setecientos sesenta y un mil cuatrocientos veintiséis pesos (**\$ 1.681.761.426**). Ahora bien, en este punto el Tribunal observa y advierte que GPS, en la tabla antes indicada (tabla 36) incurrió en un error aritmético, al sumar el número de horas perdidas, en tanto no son 43.334, como se indica en la tabla No. 36, sino **44.138**, tal y como se indicada en la tabla No. 34.

Por razón de lo anterior, el Tribunal procede a efectuar el referido cálculo, a fin de determinar el valor que **REFICAR** debe compensar, operación matemática que arroja como resultado, la suma mil seiscientos ochenta y un millones setecientos cincuenta y un mil novecientos catorce pesos (**\$ 1.681.751.914**):

ESPECIALIDAD	HORAS PERDIDAS GPS	TARIFAS HH GPS	MONTO (COP\$)
Mecánica	10.163	37.841	384.578.083
Eléctricidad & instrumentación	19.339	38.288	740.451.632
Tubería	6.507	42.405	275.929.335
Personal andamios	3.418	32.998	112.787.164
Operadores Equipos	4.756	35.325	168.005.700
<b>TOTAL</b>	<b>44.183</b>		<b>1.681.751.914</b>

En concordancia con lo anterior, el Tribunal declarará la prosperidad de las pretensiones 5.1.5 numeral (ii) y su correlativa de condena 5.2.2 numeral (ii). En igual sentido declarará la prosperidad parcial de las pretensiones 5.1.7 numeral (i) y 5.2.2 numeral (vii), ordenando a **REFICAR** pagar a **SCIA** la suma de la suma mil seiscientos ochenta y un millones setecientos cincuenta y un mil novecientos catorce pesos (**\$1.681.751.914**) por concepto de sobrecosto de “MANO DE OBRA DIRECTA”, derivado de la pretendida Improductividad, y así será dispuesto en la parte resolutive.

### **12.3. Los Sobrecostos por concepto de “INSTALACIONES TEMPORALES” y “OVERHEAD”.**

El Tribunal pasa a referirse en este acápite a las Pretensiones de la demanda reformada relativas a los sobrecostos derivados de “las instalaciones temporales” (numeral iv de la Pretensión 5.1.7

y su correlativa de condena numeral x de la pretensión 5.2.4) y a los sobrecostos por el concepto de gastos generales (“Overhead”), cuantificados en las pretensiones declarativa y de condena 5.1.7 numeral (v) y 5.2.4 numeral (xi), respectivamente.

En relación con estas solicitudes de reconocimiento de sobrecostos, el Tribunal reitera los argumentos expuestos al resolver lo relativo a los sobrecostos por concepto de “mano de obra indirecta” derivados de la sobreestadía, en razón a que los mismos hacen parte de los costos de administración del proyecto.

Al respecto se reitera que, durante la ejecución del contrato a **SCIA** se le reconoció un mayor valor por concepto administración, suma incluso mayor a la que de conformidad con lo expuesto en el dictamen pericial de GPS habría debido recibir **SCIA**. Por tal motivo, al referirse a los sobrecostos asociados a instalaciones temporales y overhead, el dictamen pericial de GPS presenta la siguiente tabla<sup>245</sup>:

Tabla 33 – Cuadro Comparativo de Solicitudes de Mayores Costos Indirectos

CONCEPTO	SCIA* <sup>1</sup>	HILL	GPS
Mayores Costos MOI	4.029.770.026	5.440.678.087	
Mayores Costos Instalaciones Provisionales	636.548.433	501.157.955	
Overhead	690.756.206		
<b>TOTAL</b>	<b>5.357.074.665</b>	<b>5.941.836.042</b>	<b>0,00*<sup>2</sup></b>

\*<sup>1</sup> Este monto es el resultado de la suma de las solicitudes incluidas en las comunicaciones SC-339-GR-1415, 1566 y 1793. Estas comunicaciones desechan acuerdos previos al Otrosí y en el mejor de los casos reconoce un 13% de responsabilidad de SCIA en la primera comunicación y 0% en las dos últimas.

\*<sup>2</sup> GPS resalta que el monto COP \$ 0, se refiere a compensación adicional a la ya recibida a través de los otros conceptos descritos en párrafo 480. Realmente SCIA recibió COP \$ 1.327.607.578 por concepto de Administración, adicional a lo previsto en el Contrato.

En virtud de lo expuesto, considera el Tribunal que los costos asociados a instalaciones temporales y a overhead hacen parte de los costos de administración del proyecto, los cuales fueron pagados por **REFICAR** en los porcentajes pactados en el Contrato, por lo cual no hay lugar a declarar suma adicional a favor de **SCIA** y así se dispondrá en la parte resolutive del laudo.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal negará las pretensiones principales 5.1.7 numerales (iv) y v) y su consecutiva correlativa de condena 5.2.4 numerales (x) y (xi).

<sup>245</sup> Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 552.

En este punto, procede el Tribunal a examinar las pretensiones subsidiarias que se fundan en la solicitud de reconocimiento de sobrecostos derivados de la existencia de un “Desequilibrio Contractual”. Al respecto, el Tribunal decide rechazarlas, fundando su decisión en los mismos motivos por los que negó las pretensiones de reconocimiento de sobrecostos por concepto de mano de obra indirecta. Para tales fines se remite al acápite 12.2.3.

#### 12.4. La “UTILIDAD” dejada de percibir en relación con los sobrecostos reconocidos.

Este rubro de reclamaciones se concreta en la “pérdida de utilidad” pretensiones declarativa y de condena 5.1.5 numeral (v) y 5.2.2 numeral (v), en relación con los sobrecostos reconocidos en el Laudo por concepto de “MANO DE OBRA DIRECTA” derivados la Improductividad y de los sobrecostos por “EQUIPOS” derivados de la “MAYOR PERMANENCIA” (Pretensiones 5.1.7 numerales iv y v y su consecencial correlativa de condena 5.2.4 numerales x y xi).

El Tribunal considera que por los valores de los sobrecostos que se reconocen en el laudo a favor de **SCIA**, resulta procedente declarar, de conformidad con los términos contractuales, el pago del porcentaje relativo a la utilidad acordada por las partes, equivalente al 7%, el cual, en el caso en concreto, asciende a la suma de ciento sesenta y cuatro millones cuatrocientos cuarenta y un mil ochocientos treinta y nueve pesos con veintitrés centavos (**\$164.441.839,23**).

En efecto, en el dictamen elaborado por GPS, se estableció dicho valor en los siguientes términos<sup>246</sup>:

Tabla 38 – Cálculo de Utilidad e Imprevistos sobre Costo Directo

CONCEPTO	MONTO (COP \$)
Mayor Permanencia Equipos	667.407.705,87
Horas Perdidas	1.681.761.426,00
<b>Sub-total</b>	<b>2.349.169.131,87</b>
Administración (29,73%)	698.407.982,91
Imprevistos (4%)	93.966.765,27* <sup>1</sup>
Utilidad (7%)	164.441.839,23
<b>Total</b>	<b>3.305.985.719,28</b>

\*<sup>1</sup> Con el monto calculado por concepto de Imprevistos GPS considera cubierta cualquier imprecisión u omisión de algún aspecto en los modelos de cálculo realizados en los dos conceptos considerados

Ahora bien, el Tribunal advierte que procede igualmente a corregir el cálculo de la utilidad que indicó GPS en la tabla 38 relativa a Compensaciones por utilidad e imprevistos de su dictamen,

<sup>246</sup> Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 557.

por las razones ya expuestas en el acápite 12.2, en donde puso en evidencia la equivocación matemática en que incurrió el experto al sumar el número de horas pérdidas y calcular el monto a compensar por concepto de “*mano de obra directa derivada de la improductividad*”.

Efectuado el respectivo cálculo, se obtiene el siguiente resultado:

CONCEPTO	MONTO (COP\$)
MAYOR PERMANENCIA	667.407.705
HORAS PERDIDAS	<b>1.681.751.914</b>
SUBTOTAL	2.349.159.619
<b>UTILIDAD (7%)</b>	<b>164.441.173</b>

De acuerdo con lo anterior, el monto de utilidad equivalente al 7% que **REFICAR** está obligado a reconocer a **SCIA**, asciende a la suma de ciento sesenta y cuatro millones cuatrocientos cuarenta y un mil ciento setenta y tres pesos con treinta y nueve centavos (\$ **164.441.173**).

Finalmente se precisa que en el laudo no se reconocerá, como lo indicó GPS en su dictamen, el valor relativo a la administración, por las razones previamente expuestas en relación con los demás ítems de administración, ni el valor asociado a los imprevistos, en virtud del principio de congruencia, en tanto el mismo no fue solicitado por la parte Convocante.

#### **12.5. Los Sobrecostos “FINANCIEROS”, derivados de la “Falta de liquidez”.**

El Tribunal pasa a resolver si los incumplimientos en que incurrió **REFICAR** le ocasionaron a **SCIA**, la “falta de liquidez” a que se refiere el numeral (iv) de la pretensión 5.1.5 y si como consecuencia de ello, **REFICAR** debe pagar a **SCIA** los sobrecostos financieros indicados en las pretensiones 5.1.6 y su correlativa de condena 5.2.3, cuantificado en las pretensiones declarativas y de condena 5.1.8 y 5.2.5

En desarrollo de lo anterior, procede a resumir lo manifestado por cada uno de los expertos frente al punto, así:

HILL sostiene<sup>247</sup> que **SCIA** estimó, al momento de presentar su oferta y a partir de los datos suministrados por **REFICAR** relativos a los hitos de pago, el flujo de caja que tendría para la ejecución del proyecto y el costo financiero del mismo. Afirma igualmente que, dado que el “flujo

---

<sup>247</sup> pag 226. Cuaderno de Pruebas No. 10, folio 23.

de caja se vio impactado como consecuencia de los incumplimientos contractuales de REFICAR”, en tanto no le fue posible a **SCIA** ejecutar los hitos en las fechas previstas, ni recibir los pagos correspondientes (ingresos), se vio obligado a “financiar con sus propios recursos los gastos propios del contrato”, perjuicio que debe ser reconocido a **SCIA**.

Con fundamento en lo anterior, HILL procede a calcular los costos financieros con base en la tasa de financiación establecida en la oferta (indicada en 0.8%), cálculo que arroja como resultado la suma de \$1.076.572.965.

GPS por su parte<sup>248</sup> se opone a este reconocimiento y advierte que: i) **SCIA** retiró formalmente, en alguna oportunidad, el cobro de los supuestos mayores costos y ii) **REFICAR** atendió esta solicitud al suscribir los Otrosíes 2,3 y 5 y acordar una desagregación de los ítems de pago, para que **SCIA** pudiera facturar de manera parcial los hitos de pago, contribuyendo de esta manera a que **SCIA** “dispusiera de un flujo de caja favorable”.

Revisados los argumentos expuestos y las pruebas arrimadas al proceso el Tribunal resuelve rechaza estas pretensiones en consideración a que los Costos financieros que un proyecto requiere están incluidos en el cálculo de los costos indirectos, es decir, hacen parte de los costos de administración, los cuales en el presente caso, tal y como lo explicó el Tribunal al analizar las reclamaciones por concepto de costos indirectos (acapite 12.1.3.5), se mantuvieron durante la ejecución del Contrato, ya que **REFICAR** le reconoció y pagó por concepto administración, una suma mayor a la que habría debido recibir, razón por la cual considera que no hay lugar a efectuar ninguna compensación .

Aunado a lo anterior el Tribunal destaca que revisada la pericia contable aportada al proceso por **SCIA**, se verifica que los expertos (Luis Abelardo Ramírez y Luis Humberto Ramírez), no incluyeron dentro del ejercicio contable relativo a los costos indirectos<sup>249</sup> valor alguno que corresponda a costos financieros. Lo anterior impone concluir que no existe prueba de la existencia de los referidos sobrecostos.

En mérito de lo anterior y por lo expuesto, el Tribunal procederá a (i) rechazar parcialmente, esto es, en lo que se refiere a los costos financieros, las pretensiones 5.1.6 y su correlativa de condena 5.2.3 y (ii) rechazar en su totalidad, las pretensiones principales y subsidiarias 5.1.8 y 5.2.5, y así lo consignará en la parte resolutive.

---

<sup>248</sup> pag 178, Cuaderno de Pruebas No. 58, folio 558.

<sup>249</sup> Pags 10 folio 20. cuaderno de pruebas No. 56

## 12.6. Las “MAYORES CANTIDADES DE OBRA” en la Torre Kanawha.

Para decidir estas pretensiones el Tribunal considera pertinente exponer los argumentos de las partes frente a esta reclamación y lo expresado por los peritos al respecto:

### 12.6.1 La posición de SCIA y del peritaje elaborado por HILL.

**SCIA** reclama el pago de las mayores cantidades de obra ejecutadas para la construcción de la Torre Kanawha. Sostiene que la solicitud se sustenta en el hecho de que **REFICAR** en el proceso de selección entregó unos planos y suministró la información relativa a los pesos y cantidades a ejecutar para cada una de las estructuras y equipos a instalar en la torre, advirtiéndole que los mismos se aproximaban (+/- 10%), sin embargo con posterioridad a la firma del Contrato, cambió el diseño y el peso de la torre, lo que implicó que **SCIA** tuviera que ejecutar mayores cantidades de obras y actividades adicionales.

En sintonía con lo anterior, **HILL** sostiene que ese cambio en el diseño de la torre realizado con posterioridad a la firma del Contrato, tuvo un impacto muy importante en el peso de la estructura metálica, en tanto aumentó de 309.6 TM a 518,16 TM, es decir, un 70% más de su peso, cuestión que supuso un mayor número de horas de Trabajo, que en total suman 25.440 horas. **HILL** calculó las horas directas adicionales como “*horas hombre directas improproductivas ocasionadas por las mayores cantidades y por las actividades adicionales ejecutadas en la Torre Kanawha*”, en razón a que según afirma, se enmarca dentro de las causas que generaron improproductividad en el proyecto.

### 12.6.2 La posición de REFICAR y el peritaje elaborado GPS.

**REFICAR**, en su contestación de la Demanda señaló que si bien es cierto que **REFICAR** entregó planos en la etapa de selección y en ellos informó los pesos y cantidades estimadas para cada una de las estructuras y equipos a instalar en la Torre Kanawha, igualmente advirtió, atendiendo la modalidad de precio pactada, que las cantidades de las obras eran estimadas y debían ser verificadas por el proponente, de manera que era responsabilidad de **SCIA** efectuar los cálculos de los pesos y las cantidades a ejecutar. Adicionalmente sostiene que **SCIA** nunca presentó ningún tipo de reclamo u objeción respecto de esta información, ni sobre las condiciones del contrato, de manera que asumió ese riesgo y, en consecuencia, no tiene derecho a reconocimiento alguno por este concepto.



GPS por su parte, ratificó estos argumentos y se opuso tanto a los argumentos de HILL como a la forma en que ésta efectuó el cálculo. Al respecto indicó que HILL al incluir dentro de las 201.917 horas de pérdida de productividad calculadas, las 25.440 horas perdidas por cambios de “*Diseño- Mayores cantidades de obra*”, no solamente omitió lo previsto en el Contrato -según el cual la verificación de las cantidades de obra es una responsabilidad del Contratista-, sino que, además, incurrió en un error, si se tiene en cuenta que las horas dispuestas para la ejecución de las mayores cantidades de obra no pueden considerarse dentro de las horas improductivas, en tanto son horas productivas. Asimismo, sostiene que, en el presente caso, se constató que las mayores cantidades que reclama **SCIA** no se generaron por cambio en las características de las torres, ni en una modificación del alcance de la misma. Así sostuvo<sup>250</sup>:

*“c. Debe resaltarse que las supuestas mayores cantidades no se generan por un cambio en las características de la Torre; no se generaron más pisos o se amplió el área de la misma. En otras palabras, no hubo un cambio en el alcance de la Torre por el cual se generaron esos kilos adicionales que reclama SCIA”.*

Finalmente, GPS advierte que en esta reclamación<sup>251</sup>: i) se evidencian muchas inconsistencias y diferencias entre las diversas solicitudes que **SCIA** hizo a **REFICAR** durante la ejecución del contrato, en tanto todas las reclamaciones tienen diferentes conceptos, cantidades y montos, ii) HILL no efectúa una reclamación específica por mayores cantidades sino que se limita a establecer unas horas improductivas, calificación equivocada, si se considera que las horas “*gastadas en ejecución de mayor cantidad de obra son esencialmente productivas y no pueden incluirse en un análisis de improductividad*”; iii) **SCIA** tampoco desarrolla en su Demanda el concepto de esta reclamación, no la justifica, ni la soporta y, iv) durante la ejecución del Contrato **SCIA** reclamó 8.362 horas hombre, relacionadas con mayores cantidades en la especialidad mecánica, valor que resulta ser muy inferior a las 25.440 horas que se indican en el informe de HILL y se reclaman en esta Demanda.

Con base en lo expuesto GPS concluye, que no le es posible considerar este concepto como un monto a compensar.

---

<sup>250</sup> dictamen GPS, de fecha 2 de octubre de 2017, numeral 156, ordinal c). Cuaderno de Pruebas No. 54, folio 486.

<sup>251</sup> Páginas 73 y 179 del dictamen. Cuaderno de Pruebas No. 58, folios 453 y 559.

### 12.6.3 Consideraciones y decisión del Tribunal.

Analizados los argumentos expuestos por las partes y las evidencias que respecto de esta solicitud fueron expuestas por GPS en su dictamen, el Tribunal negará esta solicitud por las siguientes razones:

1. La Convocante no probó la relación de causalidad que existe entre “los incumplimientos en los que incurrió REFICAR” y que este Tribunal encontró probados, y las supuestas “*mayores cantidades de obra a las previstas inicialmente en el Contrato para la construcción de la Torre Kanawha*” que reclama. Tampoco probó la existencia de las mayores cantidades de obra.
2. En un proyecto de ingeniería solo aparecen mayores cantidades de obra cuando se modifica el diseño original en forma significativa o cuando se han subestimado o reducido las cantidades de obra. En este caso, **SCIA** no demostró que los cambios en el diseño de la Torre Kanawha, hubieran implicado modificaciones importantes, que a su vez produjeran un incremento sustancial de las cantidades de obra previstas. Todo lo contrario, y así lo corroboró el perito (GPS), en este caso se demostró que no se modificaron las características de la Torre, ni el alcance de la obra.
3. Tratándose de un contrato a precio global fijo, es claro que las mayores cantidades de obra se encuentran a cargo del Contratista y en este sentido es un riesgo asumido por éste que le impide tener derecho a obtener reconocimientos económicos adicionales, salvo que se pruebe la ocurrencia de alguna de las situaciones imprevisibles, imprevistas y excepcionales que, según la jurisprudencia antes citada, permite efectuar reconocimientos adicionales.

**SCIA** al suscribir un contrato a precio global asumió ese riesgo y en esa medida no tiene derecho a reconocimiento alguno por este concepto, máxime porque no acreditó la ocurrencia de una situación imprevisible, que desbordará los límites y los riesgos que voluntariamente asumió o que los incumplimientos de **REFICAR** hubieran sido la causa de esas mayores cantidades de obra.

4. En los contratos pactados a precio global fijo, las reclamaciones que un Contratista efectúa por mayores cantidades de obra deben cuantificarse de manera concreta, indicándose, con base en los planos entregados en la etapa contractual, las cantidades de obra ejecutadas, a fin de estimar el precio de las mismas. En el presente caso, **SCIA** no solamente no cuantificó las mayores cantidades de obra, sino que además las consideró horas improductivas, pese a que las mismas suponen todo lo contrario, mayor cantidad de trabajo y en esa medida deben considerarse horas productivas.

En definitiva, y por las razones expuestas, este Tribunal **rechazará las pretensiones 5.1.9 y su correlativa de condena, Pretensión 5.2.6.**

Ahora bien, ante la no prosperidad de la pretensión principal, el Tribunal procede a analizar la pretensión subsidiaria a la pretensión 5.1.9, en la que se solicita que se declare que “SCIA ejecutó mayores cantidades de obra”, que “*deben ser remuneradas por haberse generado un desequilibrio económico para SCIA durante la ejecución*”.

Al respecto el Tribunal deja sentado que las razones contenidas en los numerales 2 a 4 de este acápite, y que sirvieron de base para rechazar la pretensión principal, son suficientes para desestimar esta pretensión subsidiaria, en la medida en que **SCIA** no probó la existencia de las mayores cantidades de obra, ni la existencia de alguna situación que permita sostener que pese a ser un riesgo a su cargo tiene derecho a un reconocimiento adicional.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal también rechazará la pretensión subsidiaria a la pretensión principal 5.1.9 y su correlativa de condena (pretensión subsidiaria a la pretensión de condena 5.2.6)

#### **12.7. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO DE LA CONVOCANTE, SCIA.**

A términos del artículo 206 del Código General del Proceso es requisito de la demanda estimar bajo juramento, en forma razonada, el monto de la indemnización que se pretenda, o de cualquier equivalente o subrogado del resarcimiento que se persigue, manifestación que puede ser objetada por la parte demandada, y ambas circunstancias ocurrieron en este arbitraje.

Si bien la primera circunstancia indicada (la objeción) le hace perder mérito probatorio al juramento estimatorio puesto que su eficacia, para estos efectos, se condiciona a que su contraparte no lo objete, conserva virtud como parámetro para determinar si lo pedido por la parte demandante fue exagerado o desproporcionado respecto del monto que haya resultado probado en el proceso.

Estas consecuencias están consignadas en la norma citada, así: (i) Establecer un tope a la decisión resarcitoria jurisdiccional (“*El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio...*”); (ii) que si “*la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia*”, o “*al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda*”.

*cuyas pretensiones fueron desestimadas” esto último cuando ello ocurra “por falta de demostración de los perjuicios”.*

Debe tenerse en cuenta que la Ley 1743 de 2014 introdujo algunas modificaciones a la norma citada que deben tenerse en cuenta en estas consideraciones. La primera, que el producto de la sanción que llegue a decretarse ya no se debe “pagar a la otra parte” sino al “Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o a quien haga sus veces” y, la segunda, que “en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios” la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) de la sanción y solamente procederá “cuando la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte” (Última parte del Parágrafo único del artículo 13 de la Ley 1743 de 2014).

### **12.7.1 El Juramento Estimatorio de SCIA.**

Al subsanar la Demanda la Convocante resumió así el alcance y fundamento de su juramento estimatorio de los perjuicios que reclama en este arbitraje: “... estimo bajo la gravedad del juramento la cuantía de la demanda en una suma no inferior a **COP \$ 28.684.801.431**, incluyendo intereses e indexación hasta el 6 de noviembre de 2015, fecha de la presentación de la demanda...”, y precisa que “si el tribunal considera que para la estimación de la cuantía se deben incluir intereses e indexación hasta el 1 de agosto de 2016...”, fecha en que se subsanó la demanda la cuantía sería una cifra no inferior a **\$ 30.626.559.070**.

Respecto del fundamento de la anterior estimación jurada de perjuicios, **SCIA** afirma haber tomado en cuenta el “análisis exhaustivo contenido en el Dictamen Pericial elaborado por Hill International, aportado como prueba con la demanda arbitral... (que) contiene una explicación detallada de la metodología empleada para la elaboración de los cálculos de las sumas reclamadas por SCIA e incluye un análisis del soporte fáctico y documental que sustenta los valores reclamados por SCIA...”.

### **12.7.2 Las Objeciones de REFICAR.**

En la oportunidad procesal correspondiente **REFICAR** objetó la estimación jurada de perjuicios presentada por **SCIA** en su Demanda, objeción que tiene como común denominador que esa estimación de perjuicios parte “de una equivocada percepción según la cual los eventuales perjuicios sufridos por SCIA fueron originados exclusivamente en razón a la acción u omisión de

*Reficar, desconociendo el inmenso grado de participación efectiva que tiene la demandante en la situación que fundamenta su reclamo*<sup>252</sup>

Luego, en su escrito de objeciones (Capítulo V de la Contestación de la Demanda), expone de manera puntual sus glosas a los siguientes grupos de Pretensiones, o Pretensiones Particulares:

- (i) **Pretensión de Condena 5.2.4** que agrupa lo relativo a Mano de Obra Directa, Mano de Obra Indirecta, Equipos, Instalaciones Temporales, Gastos Generales u Overhead y Utilidad dejada de percibir, por un valor total de \$ **19.569.448.101**, que tiene como presupuesto la **Pretensión Declarativa 5.1.7**.

Luego de llamar la atención sobre la exorbitancia de esta Pretensión, así como sobre la improcedencia de la metodología de análisis del perito de **REFICAR**, Hill International, hace sus propias verificaciones y llega a unos cálculos no vinculantes de cifras extraordinariamente lejanas de las estimadas por **SCIA** en todos los ítems de esta Pretensión, cuyo total es \$ **4.815.607.661**, frente los \$ **19.569.448.101** estimado por **SCIA**. **REFICAR** aclara que en su “cálculo... no se ha incluido ningún porcentaje de responsabilidad... por las ineficiencias de SCIA durante la ejecución de las obras; al aplicar el porcentaje de responsabilidad establecido entre las partes, de 59% atribuible a Reficar y 41% a SCIA, sería posible determinar el valor que le correspondería asumir a SCIA y a REFICAR, el cual es muy distinto del que pretende reclamar la demanda”<sup>253</sup>

- (ii) **Pretensión de Condena 5.2.7** que comprende lo relativo a los ajustes que **REFICAR** debería pagar a **SCIA** por concepto del denominado Delta Salarial, “el reconocimiento del 10% pendiente de facturar correspondiente a las Actas de Avance Nos. 1, 2, 3, 5, 7, 8, 10 y 12”, el Reconocimiento de avances de obra parcial según Actas 20, 30 (y no 23), 24, 31 (y no 24), y Acta de Reembolsables No. 5.

Esta **Pretensión de Condena 5.2.7** corresponde a la **Pretensión Declarativa 5.1.10**, y en ambos casos la Convocante estima el valor de todos sus ítems en \$ **6.849.424.120**.

**REFICAR** compendia en las dos páginas finales del capítulo de su contestación de Demanda, en donde objeta el juramento estimatorio, la totalidad de sus objeciones en doce (12) conclusiones, de las que el Tribunal destaca:

---

<sup>252</sup> Contestación de la Demanda. Cuaderno Principal No. 3, folio 306.-

<sup>253</sup> Contestación de la Demanda. Cuaderno Principal No. 3., folio 306.

1ª “El porcentaje de responsabilidad de SCIA/Reficar, no fue tomado en cuenta por HILL” ... “El informe técnico no menciona nada acerca de los evidentes incumplimientos y retrasos de SCIA en la ejecución del contrato, ni tampoco menciona la cuantificación que esos hechos tendrían”.

En el mismo texto de sus objeciones **REFICAR** le reprocha a **SCIA** no haber tenido en cuenta el porcentaje de responsabilidades concurrentes que ambas partes habían establecido en conversaciones directas, de 59% para **REFICAR** y 41% para **SCIA**.

2ª “... se puede observar que las pretensiones de esta compañía están desfasadas y desconocen los acuerdos anteriores y sobre todo los datos e información suministrada por SCIA en la ejecución del contrato”.

3ª “Si bien SCIA en su demanda siempre se refiere a horas contratadas, Equipos Contratados, etc., es muy importante reiterar que el Negocio Jurídico suscrito entre Reficar y SCIA fue suscrito bajo la modalidad de Suma Global Fija”.

4ª “Otra observación importante es que, si se toman (sic) el valor total de las pretensiones de SCIA (\$ **28.684.801.431** COP antes de IVA) y se descuenta lo correspondiente a trabajos ejecutados por SCIA y saldos pendientes por pagar ya incluidos en el contrato (es decir la suma de \$ **6.849.424.120** COP antes de IVA), se tiene que SCIA pretende que Reficar le reconozca el valor de \$ **21.835.377.311** COP antes de IVA, el cual es similar al valor inicial del contrato suscrito bajo la modalidad de Suma Global Fija, por un valor de \$ **22.105.247.277** COP antes de IVA”.

5ª “Finalmente, es importante resaltar, que el Contrato, tuvo una adición de \$ **7.029.406.019** COP antes de IVA para los trabajos adicionales solicitados durante la ejecución del Contrato y para el reconocimiento del delta de la Política Salarial de Reficar, valor que trae asociado una administración por un valor de \$ **661.882.212** COP, lo (que) lleva a que el total incluido en el Contrato a SCIA como concepto de administración fue de \$ **5.361.739.396** COP”.

### **12.7.3 Consideraciones del Tribunal.**

El artículo 206 del Código General del Proceso le ordena al juez seguir dos criterios para proveer sobre las objeciones al juramento estimatorio de la parte demandante que tienen, ambos, como común denominador, la exorbitancia o desconsideración de la estimación cuantitativa articulada en la demanda. Esos parámetros los fijó la ley así, y en lo que corresponde a su aspecto cuantitativo no fueron modificados por la Ley 1743 de 2014:

- “Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia” (Inciso cuarto, norma citada).
- “Parágrafo. – También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, **a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o a quien haga sus veces** en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

**La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.**

Se han resaltado las modificaciones de la Ley 1743 de 2014 al artículo 206 del Código General del Proceso, relativas al destinatario del pago de la sanción y a la consideración de un elemento subjetivo para el caso, exclusivamente, de la hipótesis prevista en el Parágrafo único de la norma citada, esto es, “en los eventos en que se nieguen las pretensiones **por falta de demostración de los perjuicios**” (se destaca).

El Tribunal ha llegado a la conclusión, y esa es su convicción, de que en este caso debe aplicarse la proporción matemática prevista en el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso, esto es, condenar a “SCIA a pagar... una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia” entre lo que la Convocante cifró en su juramento estimatorio y lo que resultó probado en el plenario, a la orden del Consejo Superior de la Judicatura.

No es del caso considerar la morigeración del Parágrafo único de la norma citada (condenar solamente al 5% de la referida diferencia), porque en este caso **SCIA** abundó en su intento de probar su reclamación y el plenario da fe de su exuberante tarea al respecto.

Sin embargo, a términos de la reforma introducida por la Ley 1743 de 2014, si bien resulta probado de manera contundente que **SCIA** no demostró sus Pretensiones en la suma estimada bajo juramento, también encuentra el Tribunal probado el elemento subjetivo agregado por aquella reforma, relativo al “*actuar negligente o temerario de la parte*” (uno de los dos, o los dos).

En efecto, **SCIA** arrimó al proceso pruebas abundantes para probar su exorbitante estimación jurada de perjuicios (los peritajes de HILL y HKA) en los que se desconocen, unas veces la realidad de la ejecución contractual (la mayor y más evidente la culpa concurrente de las partes, casi

equivalente), o se acude a metodologías erradas o impertinentes (ver los abundantes análisis al respecto de Global Project Strategy, GPS) y, como eje central de todos estos ejercicios de sus expertos, razonando al margen de la inequívoca naturaleza del contrato, de su forma de pago y de los riesgos asociados a esta especie de contratación, todo ello a sabiendas, ya que dada la naturaleza profesional de ambas partes (comerciantes, expertos en su ramo, con las consecuencia indicadas en el Código de Comercio), es necesario concluir el riesgo judicial en el que de manera temeraria se colocó la Convocante con la estrategia cuantitativa y cualitativa que asumió en este proceso.

En otros términos, **SCIA** intentó llevar al Tribunal a un escenario de ejecución contractual inexistente mediante raciocinios estadísticos, metodológicos y conceptuales alejados de la realidad de esta ejecución contractual y si esto es bien claro en el trabajo de los expertos asociados a su reclamación, **SCIA**, por su parte, toleró esos ejercicios y manera de razonar, trasladó a su demanda las conclusiones de aquellos expertos y articuló una reclamación exorbitante y desconsiderada, tal y como quedó probado en este arbitraje.

Para abundar en razones, no puede el Tribunal desconocer que fueron los expertos contadores, contratados por **SCIA** como peritos de parte (**Luis Abelardo Ramírez** y **Luis Humberto Ramírez**), quienes aportaron la plena prueba de que la pérdida de **SCIA** registrada en sus libros de comercio fue de **\$9.965.145.755**, cifra bien distante de la que estimó bajo juramento en su demanda (o **\$28.684.801.431**, o **\$30.626.559.070**), y muy parecida a la que acabará decretándose por virtud de este laudo arbitral, circunstancia que se suma a los argumentos ya consignados por el Tribunal respecto de la carencia de razonabilidad de esta reclamación arbitral.

Para fundamentar la calificación que acaba de sentar el Tribunal conviene observar el siguiente resumen del estudio contable de los peritos de **SCIA** (**Luis Abelardo** y **Luis Humberto Ramírez**).

El dictamen identificó la existencia de un centro de costos para el registro contable que permitió determinar los costos directos, determinar los costos indirectos, establecer los costos totales, determinar los ingresos operacionales y establecer la utilidad o pérdida contable.

La contabilidad de **SCIA** se guardó en un centro de costos denominado “339 - Sistema Manejo Coke”, que arrojó el siguiente resultado:

- ✓ Los costos directos registrados en la contabilidad alcanzaron la suma de **\$30.158.152.070**.
- ✓ Los costos indirectos registrados en la contabilidad alcanzaron la suma de **\$8.471.492.804**.



- ✓ Los costos totales (costos directos + costos indirectos) registrados en la contabilidad de **SCIA**, y según el cálculo de los peritos, durante el período comprendido entre octubre de 2013 y diciembre de 2015, ascienden a la suma de **\$38.629.644.874**.
- ✓ Los ingresos operacionales facturados y registrados durante el período comprendido entre octubre de 2013 y diciembre de 2015, alcanzaron la suma de **\$22.591.857.974**.
- ✓ Los ingresos operacionales no facturados durante el período comprendido entre octubre de 2013 y diciembre de 2015 alcanzaron la suma de **\$6.012.641.145**.
- ✓ **Como resultado de la ejecución del contrato, de acuerdo con la información registrada en la contabilidad de SCIA, se presenta una pérdida contable por valor de \$9.965.145.755.**

Finalmente, aunque el artículo 206 del Código General del Proceso nada dice sobre la buena fe del juramento estimatorio de los perjuicios, compensaciones o indemnizaciones que se reclaman en juicio, no puede el Tribunal renunciar a esa consideración de estirpe constitucional y contractual<sup>254</sup>, y si alguna duda pudiera quedar respecto de las conclusiones del Tribunal, es necesario recordar que la reclamación de **SCIA** (su Demanda arbitral) constituye un proceder de mala fe puesto que a sabiendas la convocante decidió abandonar las formas originales de esta contratación para tratar de convertirla en una mixtura de contrato a precios unitarios y por gastos reembolsables, ignorando el alcance de las obligaciones que asumió, la naturaleza del contrato que suscribió y la forma de pago que aceptó, y todo ello se constituyó en el expediente apropiado para presentar una reclamación por un valor equivalente al precio contratado; consideraciones que, de manera simultánea, confirman la temeridad de su proceder.

Este tipo de comportamiento está bien estudiado en el infinito catálogo doctrinario y jurisprudencial sobre la buena fe, y se adecúa a lo que algunas legislaciones y la doctrina han denominado como el ejercicio de una **“Acción legal claramente inícuo y desconsiderada”**<sup>255</sup> que, para el caso concreto, enseña que no se puede acudir bajo el paraguas de un procedimiento legalmente previsto, en este caso de carácter público y como expresión del derecho de defensa, como lo es el proceso, a emprender una reclamación que desborda el criterio de razonabilidad, conclusión que resulta no solamente de la exorbitancia o improcedencia cuantitativa de las reclamaciones sino, también, de los racionios improcedentes invocados para tratar de llegar a los resultados cifrados en el juramento estimatorio.

No todo está permitido porque se proceda al amparo de un trámite legalmente previsto, en ejercicio del derecho de petición (la acción es una de sus especies), o bajo el pretexto de acceder

---

<sup>254</sup> Constitución Política, artículo 83, Código Civil, artículo 1603, Código de Comercio, artículo 871.

<sup>255</sup> Por todos puede verse la monografía de Franz Wieacker que se cita a continuación.

a la justicia, principios, derechos y procedimiento, todos, presentes en el ejercicio del derecho de acción en sede arbitral, porque por ese conducto legalmente pertinente se puede incurrir en abusos y dar lugar a lo que se ha denominado como una **“Acción legal claramente inicua y desconsiderada”** en la que se matricula **“un interés desproporcionado”**, constitutiva de una **“afirmación egocéntrica, brutal y ciega de derechos frente a la otra parte”**, que daría lugar a la **“excepción de ejercicio inadmisibles de un derecho”**, rótulos y terminología que describen bien, desde la perspectiva de la buena fe, lo que ha ocurrido con la demanda arbitral de **SCIA** contra **REFICAR**<sup>256</sup>.

En la sentencia de la Corte Constitucional C 157 del 21 de marzo de 2013<sup>257</sup> esa superioridad llegó a la conclusión de que cuando **“los perjuicios no se demostraron porque no existieron”**, esa hipótesis **“se ajusta de manera estricta a la finalidad de la norma, e incluso coincide con el ejemplo que se dio al exponerla en el informe de ponencia para primer debate en el Senado de la República”** (En No. 6.4.3.1 de la sentencia. Se destaca). De los ratiocinios de la sentencia se concluye que en el caso bajo examen se incurrió en temeridad y mala fe.

Finalmente, conviene observar la parte resolutive de esta sentencia de la Corte Constitucional, que reza:

*“Declarar **EXEQUIBLE** el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso... bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”.*

El plenario da cuenta, con fundamentos abundantes, de que la Convocante no se encuentra en la excepción, o bajo las condiciones advertidas por la Corte Constitucional, para quede indemne de la sanción pecuniaria que se decreta en este laudo arbitral.

---

<sup>256</sup> La terminología resaltada se ha tomado de la monografía de Franz Wieacker, “El principio general de la buena fe”, Civitas S. A., Madrid 1982, traducción de José Luis Carro, Prologo de Luis Diez Picazo, capítulo de la “Acción legal claramente inicua y desconsiderada”, p. 70 y siguientes.

<sup>257</sup> En la demanda se solicitaba “la inexequibilidad del parágrafo del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso, se aclara) por vulnerar los (sic) 1, 2, 5, 6, 12, 13, 29, 83 y 229 de la Constitución. Afirma que la expresión demandada (el Parágrafo único de la norma), al establecer una sanción para aquellos eventos en los cuales se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, desconoce los principios de proporcionalidad y de buena fe, y los derechos de acceder a la justicia y al debido proceso” (**No. 2. Demanda: Pretensiones y razones de inconstitucionalidad**).

#### 12.7.4 La liquidación de la sanción pecuniaria.

Para liquidar la sanción pecuniaria que se impondrá a **SCIA** en los términos precedentes, el Tribunal toma como referencia el juramento estimatorio de perjuicios presentado con la demanda el 6 de noviembre de 2015 por valor de \$ 28.684.801.431, y a esta fecha se actualizarán los ítems de las condenas que el Tribunal haya ordenado actualizar, para que sean compatibles.

El extremo con el que habrá que confrontar la cifra de \$ **28.684.801.431** es la suma de las condenas decretadas en este laudo arbitral, así:

(i)	Mano de Obra Directa.....	\$ 1.681.751.914
(ii)	Equipos.....	\$ 667.407.705
(iii)	Utilidad.....	\$ 164.441.173
	Subtotal.....	<b>\$ 2.513.600.792</b>
	Subtotal actualizado como se indica más adelante ...	<b>\$ 2.619.971.098.</b>
	Pago de lo debido.....	\$ 5.473.533.017
	Total de las condenas.....	<b>\$ 8.093.504.115</b>

Por las razones ya indicadas, el Tribunal ha actualizado el total correspondiente a Mano de Obra Directa, Equipos y Utilidad entre la fecha de la terminación del contrato (28 de febrero de 2015, Índice **IPC 120.28**) y la fecha de la presentación de la demanda (6 de noviembre de 2015, Índice **IPC 125.37**), únicos ítems que el Tribunal ordenó actualizar (f=1,0423179).

De acuerdo con las consideraciones que anteceden, la sanción pecuniaria que habrá de imponerse es el diez por ciento (10%) que resulte de la diferencia entre el valor de los perjuicios estimados bajo juramento por **SCIA** en la Demanda (\$ **28.684.801.431**) y la condena que se impondrá por mérito de este laudo arbitral (\$ **8.093.504.115**), que arroja la suma de \$ **20.591.297.315 6**, cuyo diez por ciento (10%) es la cantidad de \$ **2.059.129.731**, que será la sanción por el concepto que se analiza.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal condenará a la Convocante, SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. a pagar a título de sanción pecuniaria con fundamento en el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso, a la orden del **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL**, o a quien haga sus veces, la suma de dos mil cincuenta y nueve millones ciento veintinueve mil setecientos treinta y un pesos, con cincuenta centavos (\$**2.059.129.731**) y así quedará consignado en la parte resolutive

de este laudo arbitral. Para lo que resultare pertinente, se expedirá copia auténtica de este laudo arbitral con nota de ejecutoria a la orden del beneficiario de esta condena.

### 12.8 COSTAS.

A términos del artículo 365 del Código General del Proceso, “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...*”, y aunque a esa conclusión podría llevar lo que el Tribunal ha ordenado incluir en la parte resolutive de este laudo arbitral, a cargo de **REFICAR**, no puede desconocerse la verificación establecida en el plenario y acogida como convicción por el Tribunal de haber incurrido las partes, **SCIA** y **REFICAR**, en incumplimientos recíprocos, casi equivalentes, en la ejecución del Contrato, circunstancia llamada a constituir un probable elemento o circunstancia de atenuación del aparente rigor de la norma citada al comienzo.

No escapa al Tribunal que el grueso de la condena que debe soportar **REFICAR** esta constituido por sumas dinerarias ciertas desde el punto de vista del negocio de las partes, probablemente no con el grado necesario para ser ejecutivas, que por circunstancias que quedaron ilustradas en la instrucción tuvieron que ser articuladas en esta demanda arbitral, cuando no han debido pasar de las tratativas que efectivamente adelantaron las partes, en vía directa, para haber liquidado y pagado esas precisas obligaciones.

Si bien los jueces no son los responsables de las estrategias de las partes, sí tienen fuero para juzgarlas dentro del contexto de la controversia, y una atenta observación del comportamiento de las partes lleva al Tribunal a la convicción de que cada una debe asumir los gastos en los que tuvieron que incurrir, de toda clase, articulados o no en el arbitraje, para tratar de sacar adelante sus respectivas estrategias y demostrarlas en juicio.

Por otra parte, la norma procesal ya citada, en su cardinal 5 autoriza al juez “*En caso de que prospere parcialmente la demanda...*” para “*abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión*”. El Tribunal se decanta por la primera posibilidad y con fundamento en las consideraciones que anteceden se abstendrá de proferir condena en costas.

### 13. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE REFICAR.

Resuelto lo relativo a la demanda de **SCIA** contra **REFICAR** no termina el trabajo del Tribunal porque la Convocada, al contestar la Demanda, en forma simultánea articuló a este arbitraje una **Demanda de Reconvencción** a su demandante, y un **llamamiento en garantía** a **SURAMERICANA**.

La Demanda de Reconvención fue reformada, y esa modificación se contrajo a agregar una Pretensión declarativa de incumplimiento (nueva **Tercera**), agregar algunos Hechos (Nos. 5, 7, 11, 12, 13 y 20.10), a presentar nuevas pruebas documentales y a precisar la prueba pericial con la que pretendía probar el juramento estimatorio y sus Pretensiones, en esta oportunidad solicitando la práctica de dos dictámenes periciales, uno **en materia contable** para establecer los valores estimados en su **Cuarta Pretensión** (nueva numeración), y otro **en materia de administración de proyectos** para precisar los atrasos, actividades no ejecutadas o ejecutadas parcialmente o en forma defectuosa, y los impactos económicos de estos incumplimientos, experticias que fueron agregadas al plenario como **peritajes de parte**, la primera preparada por la firma Integra Auditores Consultores S. A., y la segunda por Global Proyecto Strategy, GPS.

### 13.1 El fundamento de la Demanda de Reconvención de REFICAR.

El fundamento de la Demanda de Reconvención de **REFICAR** está consignado en las tres primeras PRETENSIONES, en concreto, el incumplimiento del Contrato que se perfeccionó con la aceptación de la *“Oferta Mercantil Irrevocable de SCIA, del 24 de octubre de 2013 junto con sus modificaciones”* (Páginas 2 y 3 de la Demanda de Reconvención reformada).

### 13.2 El contenido económico de la Demanda de Reconvención

La Demanda de Reconvención de **REFICAR** pretende, en primer lugar, **el pago pleno de la cláusula penal** por valor de \$ 5.826.930.659 *“establecida en el numeral 2.12 de la Oferta”* mercantil que dio lugar a la existencia del contrato que sustenta este arbitraje.

En segundo lugar, en forma adicional, también aspira **REFICAR** a que se le reconozca lo que tuvo que invertir para subsanar unos determinados efectos del incumplimiento imputado a **SCIA** que, en su relación (se conserva su numeración), tienen que ver con: (ii) la *“mayor permanencia en obras de otros contratistas y costos de otros servicios como consecuencia de los atrasos e incumplimientos de SCIA”*; (iii) el *“valor de los trabajos que a pesar de estar contemplados en la Oferta no fueron ejecutados por SCIA”*; y (iv) lo que tuvo que gastar **REFICAR** en *“la supervisión y administración del Proyecto del Coke Handling (CHS), por mayor permanencia de tales personas con ocasión de los retrasos e incumplimientos de SCIA”* <sup>258</sup>.

---

<sup>258</sup> Páginas 3 y 4 de la reconvención. Se ha conservado la numeración interna de la **Cuarta Pretensión** de la reconvención reformada. Cuaderno principal No. 3, folios 366 y 367.

### 13.3 El presupuesto fáctico de la Demanda de Reconvención.

En el Hecho 27 de la Demanda de Reconvención reformada (Páginas 14 a 20), **REFICAR** desglosó diez (10) eventos de incumplimiento<sup>259</sup> que sustentarían sus **Pretensiones Primera, Segunda y Tercera**, en concreto, diez frentes de la ejecución contractual que al 28 de febrero de 2015 “*presentaron labores pendientes, incompletas o inconclusas*” lo que, de acuerdo con los racionios y afirmaciones, justifican los sobrecostos a que se refiere el Hecho 31 (Páginas 21 y 22 *ibidem*), que se desglosan en los conceptos que ya se reseñaron, consignados en la **Cuarta Pretensión**, subespecies (ii), (iii) y (iv).

### 13.4 La contestación de la Demanda de Reconvención y las Excepciones y defensas de SCIA.

La Convocante reconvenida se opuso a las Pretensiones de **REFICAR**, contestó los Hechos con los mismos argumentos que sustentan su Demanda contra **REFICAR**, esto es, invocando un incumplimiento total de su contratante, y proponiendo quince (15) Excepciones de mérito que son un espejo o reflejo de los racionios de su Demanda contra **REFICAR**, que textualmente rotuló así: (1) Excepción de contrato no cumplido, (2) Inexistencia de los requisitos de la supuesta responsabilidad civil reclamada, (3) Inexistencia de incumplimiento de **SCIA**, (4) Inexistencia de incumplimiento de **SCIA** por la supuesta desmovilización y retiro del proceso, (5) Inexistencia de nexo de causalidad en los incumplimientos, (6) Buena fe contractual de **SCIA**, (7) **REFICAR** actúa en contravía de sus propios actos, (8) Desconocimiento del deber de planeación contractual, (9) Inexistencia de los sobrecostos y perjuicios enunciados por **REFICAR** en los Hechos 30, 31, 35 y 38 de la Demanda de Reconvención, (10) Improcedencia del cobro de la cláusula penal, (11) Nulidad del parágrafo primero de la sección 2.04 y el numeral 13 de la Sección 2.06 de Negocio Jurídico, (12) El parágrafo primero de la Sección 2.04 y el numeral 13 de la Sección 2.06 del negocio jurídico son cláusulas abusivas, (13) El literal (b) de la Sección 2.12 del Contrato contiene una cláusula penal abusiva, (14) Ausencia de alcance y valor transaccional de los acuerdos contenidos en los Otrosíes del Contrato, (15) Compensación y, (16) La excepción genérica (Páginas 74 a 115 de la contestación de la Reconvención reformada).

---

<sup>259</sup> Son los Hechos 27.1 a 27.10 que relacionan incumplimientos vinculados con la ejecución, calidad o terminación de los siguientes frentes de trabajo: (1) Incumplimiento de trabajos del Anexo 2 de la Oferta, al 28 de febrero de 2015, (2) Incidentes de la Torre Kanawha, (3) Sucesos en edificaciones (Warehouse y Centro de Control), (4) Obras civiles, (5) Obras estructurales y mecánicas en las áreas de DCU y TLS, (6) Trabajos de tuberías, (7) Trabajos de electricidad e instrumentación en el área de DCU, (8) Trabajos de electricidad e instrumentación en el área TLS, (9) Actividades de izajes, y (10) Aseguramiento de la calidad y libros de completamiento mecánico. Todo lo anterior, en páginas 14 a 20 de la demanda de reconvención reformada.

Adicionalmente al anterior elenco de excepciones y defensas, **SCIA** objetó la estimación jurada de perjuicios de **REFICAR** en su Demanda de Reconvención (Páginas 113 a 115, *ibidem*).

### **13.5 Remisión del Tribunal a asuntos definidos en la demanda de SCIA contra REFICAR.**

La resolución de la demanda de reconvención, en este preciso caso, tiene que ser congruente con los resultados de la demanda de **SCIA**, asunto que se definió en las páginas anteriores de este laudo arbitral, lo que trae como consecuencia que las resultas de esta Demanda de Reconvención deberán ser coherentes con las siguientes decisiones ya fijadas por el Tribunal, al decidir la demanda de **SCIA** contra **REFICAR**.

**1º La definición de algunos asuntos preliminares.** En primer lugar, hay tres Excepciones de **SCIA** contra la Demanda de Reconvención que no prosperarán, que guardan relación con la fuerza normativa de unos determinados textos contractuales impugnados por **SCIA** en sus Pretensiones contra **REFICAR**, sobre las que el Tribunal ya sentó posición, que se refieren a las mismas materias que **SCIA** invoca ahora como sus **Excepciones Nos. 11, 12 y 13** que, en su orden, rezan:

- “Nulidad del párrafo primero de la sección 2.04 y el numeral 13 de la Sección 2.06 de Negocio Jurídico”;
- “El párrafo primero de la Sección 2.04 y el numeral 13 de la Sección 2.06 del negocio jurídico son cláusulas abusivas”;
- “El literal (b) de la Sección 2.12 del contrato contiene una cláusula penal abusiva”.

Sin necesidad de más consideraciones, deberá estarse a lo resuelto al respecto. En consecuencia, no prosperarán estas excepciones de **SCIA** contra la Demanda de Reconvención.

**2º La determinación del grado de responsabilidad de cada una de las partes.** La Demanda de **SCIA** contra **REFICAR** se presentó sustentada en un peritaje que partía de una responsabilidad plena o casi plena de **REFICAR** en el cúmulo de sucesos a los que la Convocante atribuía la **sobreestadía o mayor permanencia en la obra** (derecho a la extensión del plazo) y la **pérdida de productividad** (mayores horas/hombre) en la ejecución contractual, con sus correspondientes consecuencias económicas.

La instrucción del proceso demostró los errores de diversa naturaleza, la mayor parte de ellos atinentes a la metodología, del peritaje sobre el que **SCIA** estructuró su Demanda contra

**REFICAR**, que llevó a la Convocante a la equivocada conclusión de un incumplimiento casi total de **REFICAR**, habiéndose establecido en el debate probatorio, y esa fue la convicción del Tribunal, una asignación de responsabilidad compartida, en proporciones casi equivalentes, tanto para la Convocante como para la Convocada, lo que se reflejó en el nivel de reconocimientos económicos de que da cuenta el análisis de la Demanda de **SCIA** y las conclusiones del Tribunal, en donde esta consideración resultaba pertinente.

3° **El pago de lo debido.** Hay un capítulo en el análisis de la Demanda de **SCIA** bajo este rótulo, colocado por el Tribunal para significar un grupo de Pretensiones de **SCIA** que tenían relación directa con sumas de dinero ya reclamadas en vía directa, la mayoría de ellas verificadas por **REFICAR**, respecto de las que estaban pendientes requisitos de mera procedibilidad para el pago, tales como la presentación de las facturas o la acreditación de comprobantes de obligaciones empresariales de carácter laboral o de la seguridad social, o cuyo pago aparecía postergado de manera inexplicable, sobre las que el Tribunal se limitó a asumir lo que verificó el propio peritaje de **REFICAR**, congruente con las pretensiones de **SCIA**, de tal manera que es un valor que, por una parte, revela un cumplimiento imperfecto de la obligación de pagar lo que se debe, por parte de **REFICAR** y, de manera simultánea, la negligencia de la acreedora, **SCIA**, para cumplir con el rito del debido proceso contractual, en este caso expresamente previsto para el trámite de los pagos.

Este es un ejemplo representativo, nuevamente, tanto cualitativa como cuantitativamente, de la culpa concurrente de ambas partes en la inejecución de unos pagos que, ahora, han debido ser decretados por el Tribunal.

4° **Una compensación interna. Otro caso de culpas concurrentes.** Para confirmar la concurrencia de culpas de **REFICAR** y **SCIA** en buena parte de los eventos que según la Convocante habrían impactado la economía del Contrato, el Tribunal recuerda cómo un escrutinio ceñido a “*información contemporánea*” de esos eventos permite verificar y concluir que de ciento veinte (120) días de retraso que existieron en la ejecución contractual a partir de octubre de 2014, noventa y ocho (98) de ellos tuvieron como causa eficiente la culpa de ambas partes, y que sumados dos (2) días de retraso imputables a terceros, resulta una extensión de veinte (20) días que tendría que “*compensarle*” (pagarle) **REFICAR** a **SCIA** de donde surge, con fuerza suficiente para determinar la convicción del Tribunal, la culpa concurrente de ambas partes en unos sucesos que la Convocante, a términos de su Demanda y del peritaje en el que se fundó (Hill International) afirmó que eran atribuibles en un ciento por ciento (100%)<sup>260</sup> a **REFICAR**. La instrucción del

---

<sup>260</sup> Este es el planteamiento original del perito de parte de la Convocante (Hill International), sobre el que **SCIA** estructuró su Demanda.



proceso demostró otro resultado, y con base en pruebas fehacientes el Tribunal concluyó -esa fue su convicción- la existencia de una responsabilidad concurrente de las partes que, tomada en cuenta toda la ejecución contractual, arrojó un resultado ponderado en la responsabilidad de **42,57 % para SCIA y 57,43 % para REFICAR.**

### **13.6 Algunas características y calificaciones de la cláusula penal pactada.**

Para despachar la Demanda de Reconvención es necesario fijar el alcance de la cláusula penal que las partes acordaron, puesto que ese es el fundamento en derecho de esta parte de la controversia.

1º En su alegato de conclusión **REFICAR** afirma, de manera rotunda, que en un contrato de obra conformado de manera esencial por obligaciones de resultado, *“el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista -ejecutor de la obra- se configura si no se obtiene el resultado pactado, sin que tenga relevancia la diligencia, cuidado o prudencia empleados en la ejecución de la obra contratada”*, aserto que apoya en exquisita jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia y, también afirma, que **SCIA** *“abandonó la ejecución del contrato”* y que *“Por esta situación Reficar debió contratar a otra compañía para que terminara las obras inconclusas”*.

2º Sin necesidad de reeditar la dogmática del contrato de obra, respecto de la primera afirmación es suficiente tomar en consideración que las mismas partes afectaron su esencia -y esto no es una censura- para prever situaciones connaturales a esta clase de proyectos, en concreto, para tener la posibilidad de agregar nuevos cometidos al alcance de los trabajos, inclusive eventos de mayores cantidades de obra, siempre y cuando se observara el rito o trámite contractualmente previsto (Cláusula 2.06, cardinales 9 y 13, y el Anexo 9 del Contrato, “Cambios en el alcance”), lo que tiene plena prueba en este arbitraje en la conducta concluyente desplegada por las partes, con respecto a estos sucesos. En consecuencia, por expreso acuerdo contractual y por la conducta de las partes, esa rotunda afirmación de la Convocante sobre la manera como se configura el incumplimiento en un contrato de obra no puede asumirse como canon interpretativo absoluto de este negocio jurídico.

A lo anterior hay que agregar que para desencadenar la aplicación de la cláusula penal, debe tratarse del incumplimiento de la obligación principal (Artículos 1592, 1593, y 1596 del Código Civil, por ejemplo) y que, además, si se cumple parcialmente la obligación principal y *“el acreedor acepta esta parte”*, el deudor *“tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena*

*estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”* (Artículo 1596, y en el mismo sentido el artículo 1601 *in fine*, del Código Civil).

3° Y respecto del cargo de haber abandonado **SCIA** la ejecución del contrato, tampoco es de recibo esa afirmación porque lo que se encontró probado es que a partir del 28 de febrero de 2015 **SCIA** comenzó a retirar su personal y equipo -o continuó haciéndolo- como consecuencia de la terminación natural del plazo mutuamente convenido por las partes para la ejecución de la obra. Cosa diferente es que, como es corriente en este tipo de ejecuciones contractuales, al terminarse el plazo quede pendiente la finalización de algunos trabajos puntuales y que, habiéndose dado este caso, las partes hayan faltado a su deber de mutua colaboración para finiquitar la “*lista de pendientes*”.

En consecuencia, estas dos afirmaciones de **REFICAR**, por sí, solamente, no tienen mérito para estructurar el incumplimiento definitivo y grave que desataría la liquidación y aplicación de la cláusula penal.

### **13.7 Lo que pactaron las partes, en concreto.**

A la vista del texto contractual correspondiente (Cláusula 2.12 de la Oferta Mercantil) las partes pactaron la cláusula penal tanto **en función de apremio** para el caso del **incumplimiento parcial**, como **en función de la estimación anticipada de perjuicios** para el evento del **incumplimiento definitivo**, en ambos casos “*sin perjuicio del derecho que pueda tener REFICAR de solicitar la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de EL CONTRATISTA*”. Nuevamente, Cláusula 2.12 (a) y (b).

Interpretada la reconvenición a la luz de lo que las partes acordaron se concluye que no estamos en presencia de una cláusula penal de apremio o por una mora todavía subsanable dentro del plazo, y que lo que ha planteado **REFICAR** en su Demanda de Reconvenición es la concurrencia evidente de una pena pecuniaria en función de la estimación anticipada de perjuicios, en forma simultánea con una solicitud determinada y acotada de una indemnización correspondiente a los gastos en los que debió incurrir, o bien por el estado inconcluso de las obras, o por reparaciones por el *mal practice* del contratista, todo ello acumulado al día de la terminación del plazo contractual.

Es evidente, entonces, que **REFICAR** está pidiendo “*a la vez la pena y la indemnización de perjuicios*”, y ello sería procedente por “*haberse estipulado así expresamente*”, tal y como lo permitiría el artículo 1600 del Código Civil, de tal manera que para despachar esta demanda de reconvenición habría que proceder bajo dos perspectivas de la responsabilidad: En primer lugar,

proveer sobre lo que el mismo texto fija como una pena pecuniaria por el solo hecho del **“incumplimiento definitivo”** (Cláusula 2.12 de la Oferta Mercantil), correspondiente a la estimación anticipada de perjuicios, más lo que demuestre la reconviniencia a título de la **indemnización de los perjuicios** acotados y rotulados en las Secciones (ii), (iii) y (iv) de la **Cuarta Pretensión**. Si es posible legalmente esta acumulación de funciones de la cláusula penal, es asunto que se resolverá en estas consideraciones.

### 13.8 La cláusula penal en función de la estimación anticipada de perjuicios.

Solicita **REFICAR** que el Tribunal decrete el pago de **\$ 5.826. 930.659** *“correspondientes al 20% del valor del negocio jurídico, por concepto de la cláusula penal establecida en el numeral 2.12 de la Oferta”*. (**Cuarta Pretensión**, Sección i), pretensión sobre la que se considera y concluye:

1º Si bien el artículo 1599 del Código Civil preceptúa que *“Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”*, también es cierto que la misma ley morigeradora la procedibilidad de esta sanción pecuniaria, en primer lugar al consignar que la no ejecución o el retardo en el cumplimiento, que desencadenaría la aplicación de la cláusula penal, debe recaer en **“la obligación principal”** (Artículo 1592 ibidem), criterio que la misma ley utiliza para resolver otras circunstancias del instituto, tal y como puede observarse en los artículos 1593, 1594 (*in fine*) y 1596, por ejemplo. Y un segundo caso de atenuación del rigor de la ley es el arbitrio del juez para moderarla, en los casos previstos expresamente, *“cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme”* (Artículo 1601, *in fine*, ibidem), fuera de la ya mencionada facultad que tiene el juez *“para que rebaje proporcionalmente la pena estipulada... si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte”* (nuevamente, artículo 1596 del Código Civil).

2º El Tribunal no puede tomar una decisión respecto de la conducencia de esta sanción pecuniaria sin considerar los presupuestos y moderaciones que la misma ley ordena o autoriza, y para ello tendrá en cuenta las siguientes conclusiones que surgen del plenario con evidencia suficiente para determinar la convicción del Tribunal.

En primer lugar, no registra la instrucción que **REFICAR** hubiera desatado la aplicación de la cláusula penal pactada en función de apremio, y si ello hubiera sido así habría tenido que surtir los trámites que forman parte, en este caso, del debido proceso contractual<sup>261</sup>. Nada de esto

---

<sup>261</sup> Ver Cláusula 2.12 de la Oferta Mercantil, cardinal (b) **“Procedimiento de imposición de Penalties”**.

ocurrió. Lo que se verificó en la instrucción fue el ejercicio de esa potestad de carácter patrimonial al vencerse el término contractual, para ser más exactos, una vez notificada la demanda de **SCIA**.

Así las cosas, el incumplimiento que se pretexta, para estos precisos efectos de la cláusula penal, es el que fuera evidente de manera residual al terminarse la ejecución contractual y, en cualquier caso, que afectara la entrega ajustada a derecho de la Planta de Coke, esto es, ensamblada y montada.

En este orden de ideas, debe haberse probado que los incumplimientos impetrados recaen efectivamente en la **obligación u obligaciones principales**, de acuerdo con los textos legales ya citados, que forman parte de la dogmática del instituto, asunto que el Tribunal encuentra acreditado. En efecto, a la vista de la esencia del contrato de obra que impone la entrega en tiempo y en calidad de un preciso resultado, en este caso el montaje de la Planta de Coke o Unidad 13 de la Refinería de Cartagena, la mejor prueba -prácticamente la única- del cumplimiento de ese objetivo contractual es que la Planta hubiera podido entrar en funcionamiento en tiempo, si no para producción, sí para la demostración de su ensamble y montaje integral y funcional, lo que no ocurrió, pues el avance de las obras al 28 de febrero de 2015 no lo permitía.

Adicionalmente, en un contrato de obra cuyo objeto es el montaje o instalación de bienes suministrados por la parte contratante para la puesta en marcha de una **unidad de producción** (la Planta de Coke), no aislada sino integrada en un gran complejo petroquímico, no resulta conducente la distinción tajante entre **obligaciones principales** y **acesorias o subsidiarias** porque una imperfección o faltante en ese todo orgánico, por menor que sea, puede comprometer la entrega ajustada a derecho del resultado contratado, en este caso la instalación y montaje en funcionamiento de la Planta de Coke.

Por lo brevemente expuesto, el Tribunal considera que los incumplimientos que **REFICAR** le imputa a **SCIA** para justificar la aplicación de la cláusula penal en función de la estimación anticipada de perjuicios, deben estimarse al 28 de febrero de 2015 y que ellos tienen, para estos efectos, virtud suficiente para haber afectado la **obligación principal** de **SCIA** en la Oferta Mercantil de **SCIA** aceptada por **REFICAR**, esto es, la entrega en tiempo, calidad y funcionalidad de la Planta de Coke de la Refinería de Cartagena.

3° Respecto de la valoración y liquidación de la cláusula penal en función de la estimación anticipada de perjuicios pactada en este contrato, el Tribunal observa que su quantum es el veinte por ciento (20%) del valor del contrato, cifras que están verificadas en el peritaje de Integra

Audidores Consultores S. A. presentado por **REFICAR**, en el que se consigna que el costo “TOTAL DEL CONTRATO ANTES DE IVA” fue la suma de \$ **29.134.653.297** y que la penalidad (20% de ese valor) sería la cantidad de \$ **5.826.930.659,40**, con la salvedad de los peritos responsables, de que su “*papel es solo el de realizar el cálculo y que el mismo no implica la existencia de ningún derecho pues claramente ese es un tema jurídico ajeno al presente peritaje*” (Página 14 del peritaje y Tabla incluida).

4° El Tribunal declarará la prosperidad de la **Cuarta Pretensión, Sección (i)** de la Demanda de reconvencción reformada, pero no por la cifra establecida en el peritaje que acaba de citarse, que es la misma de la Pretensión que ahora se considera, y para estos efectos serán suficientes las siguientes consideraciones:

- (i) Primera, el Tribunal ha encontrado probado el incumplimiento de **SCIA**, asunto analizado en capítulos anteriores de este laudo arbitral, y en la ilustración que se le suministró al Tribunal son evidentes las tratativas para salvar las múltiples reclamaciones del contratista, esfuerzos en los que no puede perderse de vista la reconsideración del precio del contrato que, tal y como lo informa el mismo peritaje de Integra Auditores Consultores S. A. presentado por **REFICAR** tuvo un incremento por la vía de los Otrosíes de \$ **7.029.406.020** (Página 14 y Tabla incluida), en los que se subsumieron algunas reclamaciones y, lo más importante, se justificaron varias extensiones del plazo, pudiendo concluirse que las partes estuvieron a punto de zanjar todas sus diferencias acumuladas hasta el Otrosí No. 6 y el Programa de Trabajo No. 4 (PDT4), pero aunque ello no ocurrió totalmente, se asumía una concurrencia de culpas de ambas partes, no la culpa total y exclusiva de **REFICAR** planteada en la demanda y en el peritaje de Hill aportado por **SCIA**.
  
- (ii) En segundo lugar, el Tribunal remite a lo que se verificó y concluyó al estudiar la demanda de **SCIA**, especialmente a lo que informa el peritaje de Global Project Strategy, GPS, de 6 de abril de 2018 (No. 260, páginas 89 y 90, por ejemplo) presentado por **REFICAR**, en el que se analiza de manera minuciosa la ejecución contractual a partir del Otrosí No. 6 y del Programa de Trabajo No. 4 (PDT4) hasta la terminación del plazo contractual, del que se concluye que existe una concurrencia de culpas y responsabilidades de **SCIA** y **REFICAR** que los mismos peritos de **REFICAR** (GPS) estiman en porcentajes de **45,4%** para **SCIA** y **54,6%** para **REFICAR**, que si se cruzan con unas culpas y responsabilidades concurrentes y recíprocas en el período anterior, que iría desde el comienzo de la ejecución contractual y hasta el mes de octubre de 2014 (Otrosí No. 6 y PDT4) estimadas también en ese mismo peritaje en **41%** para **SCIA** y **59%** para **REFICAR**, arrojaría unas culpas y responsabilidades ponderadas para toda la ejecución contractual de **42,57%** para **SCIA** y **57,43%** para **REFICAR**, que el Tribunal ya adoptó como criterio para estimar las culpas y responsabilidades de las

partes en el incumplimiento del contrato, criterio igualmente aplicable para moderar la cuantía de la liquidación de la cláusula penal **en función de la estimación anticipada de perjuicios, no de apremio (mora), ni de garantía** (cuando la cláusula penal la constituye un tercero), en los términos de la ley y de lo que las partes acordaron<sup>262</sup>.

5° En consecuencia, **SCIA** debe asumir el pago de la cláusula penal en función de la estimación anticipada de perjuicios en un porcentaje del **42,57%** de la totalidad (100%) liquidada por los peritos de Integra Auditores Consultores S. A., esto es, la suma de dos mil cuatrocientos ochenta millones, quinientos veinticuatro mil trescientos ochenta y dos pesos (**\$ 2.480.524.382**), y así quedará consignado en la parte resolutive de este laudo arbitral.

### **13.9 La indemnización de perjuicios adicionales.**

En el Hecho 31 **REFICAR** asumió la carga de probar lo que allí afirmó, esto es, que “Como consecuencia de los retrasos e incumplimientos de SCIA, a partir del 28 de febrero de 2015 REFICAR incurrió” en unos determinados sobrecostos que ahora reclama al amparo de la cláusula penal (**CUARTA Pretensión, ii, iii y iv**), por los valores que allí indica “o por los que se demuestren en el proceso”, que estima en **\$3.528.486.176**, cifra exactamente igual a la del Hecho 31, y solicita el decreto de dos dictámenes periciales, para probar estas peticiones, que fueron ordenados por el Tribunal como dictámenes periciales de parte, que son el de Global Project Strategy, GPS, y el de Integra Auditores Consultores S. A.

En el Capítulo VI de la Demanda de Reconvención reformada (**Juramento Estimatorio**, página 25), **REFICAR** presentó su liquidación jurada de los perjuicios que reclama en esta segunda parte de la Cláusula Penal, que contiene las mismas estimaciones ya indicadas en la CUARTA Pretensión, que totalizan **\$3.528.486.176**.

En el peritaje de Integra Auditores Consultores S. A. están verificados dos tipos de desembolsos que estarían vinculados con el monto de estas indemnizaciones, el primero a CDI S. A. que inicialmente fue por un valor similar al de la Demanda, **\$ 3.405.988.171** antes de Iva en la Oferta (Tabla de la página 15) o **\$ 3.559.524.054** de la Tabla de la p. 16 ibidem. Luego por virtud de otros valores adicionales y del Otrosí No. 2 la contratación con CDI subió a **\$ 9.562,147.530** (Tabla de la página 17 ibidem), y luego a **\$ 10.260.171.211** (Tabla de la página 18, ibidem).

---

<sup>262</sup> La doctrina y la jurisprudencia son constantes y uniformes respecto de las funciones de la cláusula penal (apremio; garantía; estimación anticipada de perjuicios). Sobre este y los demás aspectos de la cláusula penal pueden verse, por todos, Guillermo Ospina, “Régimen general de las obligaciones”, Temis, Bogotá, 1976, páginas 179 a 207, y Andrew Abela, “Las obligaciones con cláusula penal”, en “Derecho de las obligaciones”, Marcela Castro (Coordinadora), Universidad de los Andes, Bogotá, 2009, páginas 133 a 198.

Para resolver esta parte de la Reconvención, se considera:

(i) A términos de la ley sustancial, para el Tribunal es claro que esta pretensión indemnizatoria fue presentada *ad probationem*, esto es, no goza del privilegio de la cláusula penal en función de la estimación anticipada de perjuicios. Sin embargo, el Tribunal no entrará en el censo y valoración de las pruebas que **REFICAR** agregó al plenario, porque esta **Cuarta Pretensión (ii), (iii) y (iv)** no está llamada a prosperar, por otras razones.

(ii) No es este el escenario para recapitular el origen de las confusiones que se presentan en la práctica respecto de la acumulación de la cláusula penal moratoria o de apremio con la cláusula penal compensatoria (estimación anticipada de perjuicios), ni para reeditar las precisiones de la doctrina respecto de las contradicciones que, con frecuencia, se desprenden de una primera lectura de los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, por ejemplo, punto en el que el Tribunal remite a los dos autores citados en páginas anteriores.

(iii) *“Ocurre frecuentemente que en un negocio jurídico se conviene más de una cláusula penal, previendo una el retardo y la otra el incumplimiento”*, lo que resulta factible y procedente cuando para identificar la causa eficiente de cada una de ellas *“el sujeto activo debe invocar hechos no simultáneos”*<sup>263</sup>, hipótesis que **REFICAR** y **SCIA** previeron al acordar una cláusula penal de apremio (mora o incumplimiento parcial) y otra en función de la estimación anticipada de perjuicios (incumplimiento definitivo), cuyas caracterizaciones son claras en los respectivos textos contractuales.

(iv) En el caso bajo examen **REFICAR** pretende (**Cuarta Pretensión**) la acumulación de una cláusula penal que constituye la estimación anticipada de los perjuicios que tuvo que soportar por el incumplimiento definitivo de **SCIA**, por una parte, con otra liquidación de esa misma cláusula penal que, en forma adicional, pretende unos perjuicios *ad probationem*, que tienen la misma causa eficiente de la cláusula penal ya despachada por el Tribunal en favor de **REFICAR**.

(v) Como lo explica la doctrina, *“podrán acumularse daños y perjuicios moratorios y cláusula penal compensatoria, o viceversa... cuando la petición del acreedor no se funda en hechos contemporáneos... Es decir, hasta el momento de producirse el incumplimiento definitivo se admite el devengamiento de la cláusula penal moratoria, la que no excluye los daños y **perjuicios derivados del incumplimiento posterior definitivo**, de conformidad con el régimen común”*<sup>264</sup> (Negrillas fuera del texto).

---

<sup>263</sup> Kemelmajer de Carlucci, “La cláusula penal”, Depalma, Buenos Aires, 1981, página 231.

<sup>264</sup> Kemelmajer de Carlucci, obra citada, página 232.

(vi) Lo que se desprende del derecho positivo aplicable a la hipótesis en examen, es que **REFICAR** tenía facultades para haber ejecutado en varias ocasiones, y hasta el tope del 10% del precio total del contrato, la cláusula penal en función de apremio pues así estaba previsto en el caso de la mora o incumplimientos parciales que podían justificar, inclusive, “*Terminar el negocio jurídico, unilateralmente, y proceder a su liquidación*” (Sección 2.12 (a) de la Oferta Mercantil), e imponer, de manera adicional y acumulativa la cláusula penal en función de la estimación anticipada de perjuicios, lo que no ocurrió ni se ha traído a la consideración de este arbitraje. En efecto, lo que encuentra el Tribunal para su examen es la concurrencia acumulativa de dos ejecuciones de la cláusula penal, ambas en función de la indemnización de perjuicios, una de ellas bajo una estimación anticipada y sin necesidad de prueba alguna y, la otra, para pretender lo mismo (pago de perjuicios por incumplimiento definitivo) pero condicionada a lo que resultare probado.

Con fundamento en los presupuestos legales y contractuales ya sentados, es claro que no cabe esta acumulación o concurrencia de la misma función de la cláusula penal y como argumento adicional a lo ya expuesto, debe considerarse que de accederse a lo solicitado al amparo de la **Cuarta Pretensión (ii), (iii) y (iv)** se infringiría el principio *non bis in idem*<sup>265</sup>, puesto que este reconocimiento ya lo hizo el Tribunal con fundamento en la **Cuarta Pretensión (i)**.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal no accederá a lo solicitado en la **Cuarta Pretensión, Secciones (ii), (iii) y (iv)**, bajo la preceptiva de la cláusula penal pactada y, en consecuencia, rechazará las citadas pretensiones y así lo consignará en la parte resolutive de este laudo arbitral.

### **13.10 Conclusiones del Tribunal.**

Las siguientes son las conclusiones del Tribunal respecto de la Demanda de Reconvención de **REFICAR** contra **SCIA**:

#### **13.10.1 Las Pretensiones.**

En concreto se librarán las siguientes declaraciones y condenas, sustentadas en las razones que obran en la parte motiva que acaba de sentar el Tribunal: Prosperará la **Primera Pretensión**;

---

<sup>265</sup> En otros ordenamientos jurídicos la concurrencia de estas diversas funciones de la cláusula penal parece más clara. Así, por ejemplo, “El art. 655 del C. Civil argentino *prohíbe* al acreedor reclamar mayores daños aunque pruebe que la prueba es insuficiente. La regla no es sino aplicación del principio *non bis in idem*”. Kemelmajer de Carlucci, obra citada, página 232, itálicas del texto. La referencia legal debe entenderse al Código Civil vigente a la fecha de la edición de ese libro, 1981.



Prosperarán de manera parcial la **Segunda y Tercera Pretensiones**, en atención a que **SCIA** incumplió el Contrato en un porcentaje ponderado del **42,57%**, tal y como quedó establecido en las consideraciones de la demanda de **SCIA** contra **REFICAR**; Prosperará parcialmente la **Cuarta Pretensión, Sección (i)** y, en consecuencia, se condenará a **SCIA** a pagar a **REFICAR** al amparo de la cláusula penal pactada como estimación anticipada de perjuicios la suma de dos mil cuatrocientos ochenta millones quinientos veinticuatro mil trescientos ochenta y un pesos (**2.480.524.381**); No prosperará la **Cuarta Pretensión, Secciones (ii), (iii) y (iv)**.

La suma de dinero correspondiente a esta condena podrá ser compensada frente a las resultas de la Demanda de **SCIA** contra **REFICAR**, tanto *ope legis* (artículo 1715 del Código Civil), como en ejercicio de la excepción perentoria de compensación que obra en la contestación de **REFICAR** a la Demanda de **SCIA** (“**Excepción (h)**”), y en la contestación de **SCIA** (Excepción “**4.15 Compensación**”) a la Reconvención de **REFICAR**.

### **13.10.2 Las excepciones.**

En concordancia con las motivaciones expuestas para despachar las Pretensiones de la Demanda de Reconvención, así como con lo sentado por el Tribunal en el estudio, consideraciones y conclusiones de la demanda de **SCIA** contra **REFICAR**, el Tribunal se pronuncia así respecto de las excepciones de mérito invocadas por **SCIA** al contestar la Demanda de Reconvención reformada. Para estos efectos, se tendrá en cuenta la nomenclatura y numeración interna de la contestación de **SCIA**.

Prosperan parcialmente las siguientes excepciones: “**4.1 Excepción de contrato no cumplido** (“*Exceptio non Adimpleti Contractus*)”; “**4.15 Compensación**”.

Respecto de las siguientes excepciones, las partes deberán estar a lo que el Tribunal consideró o decidió al despachar la Demanda de **SCIA** contra **REFICAR**: “**4.2 Inexistencia de los requisitos de la supuesta responsabilidad civil contractual reclamada**”; “**4.4 Inexistencia de incumplimiento de SCIA por la supuesta desmovilización y retiro del proyecto**”; “**4.6 Buena fe contractual de SCIA**”; “**4.7 Reficar actúa en contravía de sus propios actos... (Venire contra factum proprium)**”; “**4.8 Desconocimiento del deber de planeación contractual**”; “**4.9 Inexistencia de los sobrecostos y perjuicios enunciados por REFICAR en los Hechos 30, 31, 35 y 38 de la demanda de reconvención**”; “**4.11 Nulidad del párrafo primero de la sección 2.04 y el numeral 13 de la Sección 2.06 del Negocio Jurídico**”; “**4.12 El párrafo primero de la sección 2.04 y el numeral 13 de la Sección 2.06 del Negocio Jurídico son cláusulas abusivas**”; **4.13** “**El literal (b) de la Sección 2.12 del contrato contiene una cláusula penal abusiva**”; **4.14** Ausencia de alcance y valor transaccional de los acuerdos

contenidos en los Otrosíes al Contrato; **4.16** Excepción genérica. El Tribunal encontró probado en el plenario que ambas partes concurrieron, con sus respectivas conductas culposas, en los incumplimientos recíprocamente imputados, correspondiéndole a cada una un porcentaje ponderado de responsabilidad del **42,57%** para SCIA y **57,43%** para REFICAR.

No prosperan las siguientes excepciones: “**4.3** *Inexistencia de incumplimiento de SCIA*”; “**4.5** *Inexistencia de nexo de causalidad*”; “**4.10** *Excepción de improcedencia del cobro de la cláusula penal*”.

### **13.10.3 La objeción al Juramento estimatorio.**

**REFICAR** consignó en el capítulo VI de su Demanda de Reconvención el Juramento Estimatorio que exige la ley para la admisión de la Demanda (Código General del Proceso, artículo 206), manifestación que debe interpretarse en congruencia con los dos peritajes solicitados en ese mismo libelo, el primero “**En materia contable**”, y el segundo “**En materia de administración de Proyectos**”, que tienen como finalidad exclusiva tanto la demostración de los perjuicios que se reclaman en forma aneja, al amparo de la pena pecuniaria propiamente dicha, así como la cuantificación de ésta última de acuerdo con lo previsto contractualmente (Tabla de la página 25 de la reconvención reformada).

#### **13.10.3.1 La objeción de SCIA.**

La objeción de **SCIA** al juramento estimatorio de **REFICAR** obra en el capítulo V de su contestación a la Reconvención y comprende tres grupos de argumentos, así: El primero, que **REFICAR** no ha dado cumplimiento a los requisitos del instituto, especialmente respecto de la razonabilidad de la estimación de la cuantía y la explicación de sus cálculos, así como por la inexistencia de relación de causalidad entre los perjuicios alegados y la actuación de **SCIA**; El segundo grupo de objeciones ataca la estimación del 20% del valor del Contrato en cuanto estimación anticipada de los perjuicios, y para estos efectos reitera lo sostenido al respecto en su Demanda contra **REFICAR**, así como en la excepción de mérito **No. 4.10** contra esta Reconvención, en resumen la improcedencia de la cláusula penal. El tercer argumento apunta a la estimación de los perjuicios adicionales a los que comprendería la estimación anticipada que de ellos se hace en la cláusula penal por incumplimiento definitivo, en concreto los que se agrupan en las **Secciones ii, iii y iv** de la **Cuarta Pretensión** de la Demanda de Reconvención.

### 13.10.3.2 Consideraciones del Tribunal.

Para proveer sobre la suerte de las objeciones de **SCIA** al juramento estimatorio de **REFICAR** en su Demanda de Reconvención serán suficientes las siguientes consideraciones:

(i) Si se sopesan en forma sistemática el juramento estimatorio y las pruebas solicitadas oportunamente y agregadas en debida forma al proceso, los cálculos de las partidas que integran el juramento estimatorio resultan no solamente razonables sino, también, ajustadas a lo que pactaron las partes respecto de la pena pecuniaria propiamente dicha, tanto respecto de sus requisitos de procedibilidad como sobre la manera de calcularse. Igualmente, en el estudio de la demanda de **SCIA** contra **REFICAR** quedó fuera de toda duda la relación de causalidad entre unas determinadas conductas de **SCIA** y las precisas consecuencias económicas por las que reclama **REFICAR** en esta Demanda de Reconvención.

(ii) En consideraciones anteriores el Tribunal se refirió al fracaso de la excepción de mérito **No. 4.10** contra esta reconvención (*“Improcedencia del cobro de la Cláusula Penal”*), raciocinio que tiene su complemento o paralelo en la **Pretensión 5.1.15** de la demanda de **SCIA** contra **REFICAR** en la que se solicita que *“Se declare que la cláusula 2.12 del Contrato celebrado entre REFICAR y SCIA no produce efectos por ser una cláusula abusiva”*, pretensión que no prosperó y a cuyas consecuencias deben estar o atenerse las partes.

(iii) Los perjuicios que pretende **REFICAR** al amparo de la cláusula penal, en forma adicional a la pena pecuniaria en función de la estimación anticipada de perjuicios, naturalmente librada a lo que resulte probado, no resultaron procedentes tal y como ha quedado sentado en página anteriores, sin que hubiera sido necesario emprender el escrutinio probatorio que ello habría implicado, porque se concluyó que esos perjuicios adicionales solicitados *ad probationem* ya estaban incluidos en el ejercicio de la cláusula penal en función de la estimación anticipada de perjuicios, de tal manera que el quantum correspondiente a esas pretensiones decayó por fuerza de la ley, no de la insuficiencia o inexactitud o falta de fundamentación de la Convocante en Reconvención.

(iv) **REFICAR** no faltó al cumplimiento de los deberes y cargas que le impone el artículo 206 del Código General del Proceso (**Juramento Estimatorio**) puesto que su juramento, al darse dentro de una controversia estrictamente contractual, se atuvo a los cánones de lo pactado, de lo previsto legalmente, y se apoyó en pruebas oportunamente solicitadas para los precisos fines del juramento estimatorio, pruebas que fueron oportunamente agregadas al plenario (Peritajes de Global Project Strategy y de Integra Auditores Consultores S. A.).

En mérito de lo expuesto, no prosperan las objeciones de **SCIA** al juramento estimatorio de **REFICAR** presentado en su Demanda de Reconvención.

#### **13.10.4 Costas.**

Para decidir la condena en costas solicitada por **REFICAR** en la **Quinta Pretensión** de la Demanda de Reconvención reformada, el Tribunal tomará como criterio rector de sus consideraciones lo que preceptúa el cardinal 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, que reza: “5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.

En este caso, efectivamente, la Demanda de Reconvención ha prosperado de manera parcial y frente a la opción que le ofrece la norma transcrita, el Tribunal se decanta por “abstenerse de condenar en costas”, y el fundamento principal de su decisión es la concurrencia de culpas de las partes en los incumplimientos que sustentan la Reconvención, circunstancia que ha justificado la morigeración del máximo legal al que podía llegar la pena pecuniaria en función de la estimación anticipada de perjuicios por el incumplimiento definitivo (42,57% del total liquidado por los peritos de Integra Auditores Consultores S. A.).

En mérito de las consideraciones anteriores, el Tribunal se abstiene de decretar condena en costas a cargo de **SCIA**. En consecuencia, no prospera la **Quinta Pretensión** de la Demanda de Reconvención de **REFICAR** y así quedará consignado en la parte resolutive de este laudo arbitral.

#### **14 LLAMAMIENTO EN GARANTÍA DE REFICAR A SURAMERICANA.**

**REFICAR** formuló dos llamamientos en garantía, el primero a MECOR COLOMBIA S.A. S. y, el segundo, a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. El primero fracasó porque este Tribunal no era competente para conocerlo (Auto de fecha 31 de julio de 2017) El segundo tuvo el trámite que le corresponde, dentro del arbitraje, y debe el Tribunal proveer al respecto.

##### **14.1 El llamamiento en garantía de REFICAR.**

Los cuatro (4) Hechos del llamamiento en garantía se amparan en la existencia de la Póliza de Cumplimiento para Particulares No. 0955684-6 expedida el 30 de octubre de 2013 por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S. A., en lo sucesivo **SURAMERICANA**, para cubrir, solamente, los amparos que **REFICAR** indica en la Tabla del Hecho 3, que se reproduce para mayor claridad:

<b>AMPARO</b>	<b>VIGENCIA DESDE</b>	<b>VIGENCIA HASTA</b>
Cumplimiento	05/11/2013	28/02/2015
Pago de Salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones	05/11/2013	01/10/2017
Estabilidad, calidad, rehabilitación y mejoramiento de las obras	05/11/2013	05/11/2018

En el Hecho 4 **REFICAR** vincula al llamamiento los Hechos de la Demanda de Reconvención que presentó contra **SCIA**, de tal manera que **SURAMERICANA**, en su contestación e impugnación, ejerció las facultades que le confiere el artículo 66 del Código General del Proceso, y en un solo escrito contestó el llamamiento y propuso excepciones de mérito específicas contra el mismo, y contestó la Demanda de Reconvención de **REFICAR** contra **SCIA** y también propuso excepciones de mérito contra esta.

Respecto de las Pretensiones del llamamiento en garantía, se observa que lo medular se encuentra en la **Segunda Pretensión**, en la que se solicita que al amparo de la Póliza ya citada “se condene a **SURAMERICANA** a pagar a favor de **REFICAR** los perjuicios objeto de la condena impuesta hasta por la suma del total del valor asegurado establecido para cada uno de los amparos de (i) Cumplimiento, y (ii) estabilidad, calidad rehabilitación y mejoramiento de las obras” (página 3 del llamamiento en garantía).

#### **14.2 Contestación y Oposición de SURAMERICANA.**

La posición de **SURAMERICANA** tiene dos puntos de vista concurrentes, así: (I) desde su oposición al llamamiento en garantía y, (II), desde su posición al contestar la Demanda de Reconvención de **REFICAR** y formular excepciones.

##### **14.2.1 Oposición al llamamiento en garantía y excepciones.**

Los argumentos de **SURAMERICANA** para oponerse al llamamiento en garantía se resumen así:

1º La Póliza de Cumplimiento que soporta este llamamiento en garantía “no tiene el amparo de buen manejo y correcta inversión del anticipo, y no podría tenerlo porque en el contrato no se pactó anticipo” (Contestación al Hecho 3).

2° **SURAMERICANA** precisa que el amparo que se otorgó “fue el de calidad y correcto funcionamiento de los bienes y equipos suministrados, no el de correcto funcionamiento de los equipos, provisión de repuestos y accesorios rehabilitación y mejoramiento de las obras” (Contestación al Hecho 3).

3° Que “... el amparo de cumplimiento venció el 28 de abril de 2015, fecha en la cual no se había presentado el llamamiento en garantía” (Contestación al Hecho 4).

4° Que “Tampoco estaba vigente el amparo de estabilidad y calidad de la obra, porque este riesgo, según lo pactado en el contrato de seguro, solo se asume por la aseguradora en el momento en el que el asegurado (REFICAR) firma el acta de recibo a satisfacción de la obra, situación que no se (sic) presentado a la fecha” (Contestación al Hecho 4).

5° Finalmente, **SURAMERICANA** precisa que “El amparo de cumplimiento, que cubre los riesgos de la etapa contractual, es excluyente con el amparo de estabilidad y calidad de la obra, que cubre riesgos propios de la etapa post-contractual. O se afecta uno o el otro, pero técnicamente es imposible que se afecten los dos”.

En consonancia con las anteriores oposiciones, **SURAMERICANA** presentó ocho excepciones de mérito que rotuló así: (1) “La cláusula penal está excluida de la cobertura de la Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares no. 0955684-6”, (2) “El amparo de cumplimiento es excluyente con el amparo de estabilidad y calidad de la obra; en consecuencia, no se pueden afectar los dos amparos al mismo tiempo”, (3) “La Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares no. 0955684-6 sólo cubre el daño emergente sufrido por el asegurado”, (4) “La Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares No. 0955684-6 cubre los perjuicios patrimoniales a título de daño emergente que sufra **REFICAR** como consecuencia del incumplimiento imputable (sic) SCIA”, (5) “La aseguradora sólo responde hasta el valor asegurado pactado en el contrato de seguro”, (6) “Aplicación del principio de proporcionalidad pactado en el contrato de seguro”, (7) “Compensación” y, (8), “El contrato es ley para las partes”.

#### 14.2.2 Oposición a la reconversión de REFICAR contra SCIA.

**SURAMERICANA**, parte llamada en garantía, contestó los Hechos de la Demanda de Reconversión de **REFICAR** contra **SCIA** y formuló excepciones y defensas, oposición que se puede resumir tomando en cuenta las excepciones de mérito que **SCIA** propuso contra la Demanda de Reconversión de **REFICAR**, que rotuló así: (1) “Pretender hacer efectiva la cláusula

penal por el ciento por ciento (100%) de su valor resulta contrario a lo dispuesto en los artículos (sic) 1596 del Código Civil” y, (2), “Indebida demostración de los supuestos perjuicios sufridos”.

### 14.3 Consideraciones del Tribunal.

El llamamiento en garantía es un instituto procesal cuya función es que “*Quien afirme tener derecho legal o contractual para exigir a otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva*”, puede hacerlo dentro del mismo proceso en curso, sea demandante o demandado.

Lo anterior está bien precisado en los artículos 64, 65, y 66 del Código General del Proceso y es lo que ha ocurrido en este arbitraje. En efecto, **REFICAR** demandó en reconvención a **SCIA** y el objeto único de esta demanda es la persecución y liquidación de la cláusula penal concebida a título de estimación anticipada de perjuicios, en concurrencia con una solicitud adicional de perjuicios, *ad probationem*, amparada, también, en los precisos términos de la misma cláusula penal (No. 2.12 de la Oferta Mercantil), asunto sobre el que ya el Tribunal sentó sus consideraciones y conclusiones (Véase el capítulo anterior de este laudo arbitral).

Si bien el llamamiento en garantía cobra autonomía dentro del trámite arbitral, también es cierto que las pretensiones del llamamiento en garantía están condicionadas a lo que se resuelva en el proceso matriz en el que se articula el llamamiento en garantía; en otros términos, su prosperidad depende, en principio, del resultado de la sentencia de aquel proceso matriz.

En este orden de ideas, el Tribunal observa que **REFICAR** al llamar en garantía a **SURAMERICANA** manifestó que articulaba ese llamamiento en su Demanda de Reconvención incoada bajo esta misma cuerda contra **SCIA**, tal y como lo consignó, en forma expresa e inequívoca, en las **Pretensiones Primera** y **Segunda** del llamamiento en garantía. En este orden de ideas, es necesario regresar a lo que el Tribunal decidió al despachar la reconvención y analizar si lo allí resuelto está amparado, legal o contractualmente (artículo 64 del Código General del Proceso), por el llamamiento en garantía. Pero ahí no terminaría el análisis del Tribunal porque también debe establecerse si procede, efectivamente, el reembolso de la indemnización de perjuicios que se hubiera estimado al amparo de la Demanda de Reconvención.

Con base en estas pautas hermenéuticas serán suficientes las siguientes consideraciones para despachar lo correspondiente a este llamamiento en garantía.

(i) El Tribunal concluyó que al amparo de la cláusula penal **REFICAR** solicitó dos especies de reembolsos, el primero en función de la estimación anticipada de perjuicios y, el segundo, a título de perjuicios adicionales, *ad probationem*.

(ii) Respecto de la primera aplicación, el Tribunal concluyó que había lugar a liquidar la cláusula penal en función de la estimación anticipada de perjuicios, graduada o morigerada de acuerdo con los porcentajes de responsabilidad atribuibles a las partes en los incumplimientos y daños totales en la ejecución del contrato, tasados de manera ponderada en un **42,57%** para **SCIA** y **57,43%** para **REFICAR**.

(iii) Con relación a la cláusula penal en función de la estimación de perjuicios adicionales, *ad probationem*, el Tribunal concluyó que no procedía esa acumulación por constituir, en forma evidente, una pretermisión del principio *non bis in idem*, esto es, por la improcedencia legal de invocar la misma función de la cláusula penal, bajo dos vías simultáneas y concurrentes al mismo fin.

(iv) A la luz de las anteriores verificaciones pareciera quedar expedito el camino para la prosperidad del llamamiento en garantía, puesto que estaría probada su fuente contractual y el acaecimiento del perjuicio que sufrió **REFICAR** y su cuantificación. Sin embargo, todavía debe el Tribunal verificar si el daño probado y su correspondiente indemnización están cobijados por los amparos expresamente incluidos en la Póliza de Cumplimiento para Particulares No 0955684-6 expedida el 30 de octubre de 2013 por **SURAMERICANA** en favor de **REFICAR**, respecto del cumplimiento del contrato que sustenta este arbitraje, cuya ejecución estuvo a cargo de **SCIA**.

(v) De lo anterior se concluye que, de prosperar el llamamiento en garantía, sus efectos indemnizatorios o de reembolso (artículo 64 del Código General del Proceso) recaerían en el monto de la cláusula penal liquidada en función de la estimación anticipada de perjuicios, materia expresamente excluida de los amparos de la Póliza de Cumplimiento varias veces citada, asunto invocado expresamente por **SURAMERICANA** a la cabeza de sus excepciones de mérito bajo el rótulo “**La cláusula penal está excluida de la cobertura de la Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares no. (sic) 0955684-6**” (Página 3 de la contestación al llamamiento en garantía).

(vi) Al sustentar las razones de esta excepción, **SURAMERICANA** afirmó:

*“Las exclusiones se encuentran consagradas en la Sección II del Clausulado General de la Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares No. 0955684-6 de la siguiente manera:*

**“EN NINGUN CASO ESTARÁN CUBIERTOS LOS PERJUICIOS GENERADOS POR O RESULTANTES DE:**



...

**2 SANCIONES, CLAUSULAS PENALES O MULTAS IMPUESTAS AL CONTRATISTA**  
(Mayúsculas y negrillas del texto).

(vii) También se observa en el llamamiento en garantía que **REFICAR** pretende la indemnización de los perjuicios por los eventos relacionados con la “*Estabilidad, calidad, rehabilitación y mejoramiento de las obras*”, pretensión que si bien tiene fundamento en el contrato de seguro correspondiente (Póliza de Cumplimiento varias veces citada) carece de prueba en el plenario, de tal manera que sobra cualquier raciocinio adicional del Tribunal, puesto que a la luz de lo que preceptúa el artículo 164 del Código General del Proceso, “*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*”.

(viii) A la vista de las verificaciones anteriores el Tribunal tendrá que declarar la prosperidad de la primera excepción perentoria (**No. 2.1**) invocada por **SURAMERICANA** contra el llamamiento en garantía incoado por **REFICAR** y, en consecuencia, se declarará que la cláusula penal está excluida de la cobertura de la Póliza de Cumplimiento expedida por **SURAMERICANA**, que fundamenta el llamamiento en garantía.

(ix) Por las razones expuestas en la Consideración (vii) anterior, se declarará el fracaso, también, del resto de la **Segunda Pretensión**, esto es, por la carencia total de prueba. Y por ser pretensiones consecuenciales de pretensiones que no han prosperado, también se rechazarán las **Pretensiones Tercera y Cuarta** del llamamiento en garantía.

(x) Solamente prosperará la **Primera Pretensión** encaminada a declarar el inicio de la vigencia de la Póliza de Cumplimiento para particulares No. 0955684-6 varias veces citada en estas consideraciones.

(xi) **Costas.** - Las resultas del llamamiento en garantía llevan al Tribunal a la convicción de que debe proferirse condena en costas, decisión que encuentra apoyo legal en lo que ordena el cardinal 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, que preceptúa que “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...*”, que es lo que ha ocurrido en este caso, a pesar de la prosperidad de la **Primera Pretensión** inocua para los fines de ambas partes, que bien ha podido constituir una declaración de estilo del laudo arbitral.

A pesar de lo que acaba de sentarse, también observa el Tribunal que el raciocinio y la estrategia de **REFICAR** no fueron temerarios y partieron de la evidencia y vivencia de unos incumplimientos ya sopesados en el estudio de la demanda de **SCIA** contra **REFICAR**, criterio suficiente para que el Tribunal module el quantum de la condena en costas, que será equivalente a la mitad del

monto, incluido el IVA, de lo que tuvo que desembolsar para vincularse a este proceso arbitral, suma que resulta de la siguiente liquidación:

Concepto	Valor sin IVA	IVA
Honorarios de cada Árbitro	\$ 150.000.000	\$ 28.500.000
Total honorarios árbitros	\$450.000.000	\$ 85.500.000
Honorarios de la Secretaria	\$ 75.000.000	\$14.250.000
Gastos de administración Centro de Arbitraje	\$ 75.000.000	\$ 14.250.000
Otros gastos	\$ 20.000.000	\$ 0
<b>TOTAL A PAGAR</b>	<b>\$ 734.000.000</b>	

En consecuencia, como **SURAMERICANA** tuvo que desembolsar la suma de setecientos treinta y cuatro millones (**\$734.000.000**) de pesos, la mitad del “Total a Pagar” que indica la Tabla transcrita, esto es, la suma de trescientos sesenta y siete millones (**\$367.000.000**), deberá ser pagada por **REFICAR** a **SURAMERICANA**, por concepto de costas.

En mérito de lo que antecede, el Tribunal consignará en la parte resolutive las decisiones anteriores y el resultado de la liquidación de la condena en costas, así como la prosperidad de la excepción **No. 2.1** rotulada “**La cláusula penal está excluida de la cobertura de la Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares No. (sic) 0955684-6**”, y declarará de oficio la prosperidad de la excepción que encontró conformada en el plenario, por defecto, respecto de la carencia total de prueba de la parte final de la **Segunda Pretensión**, relativa a la indemnización por los gastos o reembolsos por razón de la “*Estabilidad, calidad, rehabilitación y mejoramiento de las obras*”.

Por ser estas dos excepciones de mérito suficientes para rechazar todas las Pretensiones del llamamiento en garantía, con la salvedad ya indicada de lo referente a la **Primera Pretensión**, con fundamento en lo que prevé el tercer inciso del artículo 282 del Código General del proceso, el Tribunal se abstiene de examinar las restantes excepciones de mérito de **SURAMERICANA**.

## 15. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO.

En la Pretensión 5.1.16 solicita **SCIA** que “*Se liquide el Contrato de conformidad con las obligaciones que en cabeza de cada una de las partes se establezcan en el proceso arbitral*”, y a ello procede el Tribunal.

**1 Datos básicos del Contrato.**

CONTRATO: Oferta Mercantil Irrevocable N° 013-01 de 24 de octubre de 2013.

ENTIDAD CONTRATANTE: REFINERIA DE CARTAGENA S.A. -REFICAR-.

CONTRATISTA: SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. -SCIA-

OBJETO: Montaje e instalación de los equipos del Sistema de Manejo de Coke para las áreas de la Unidad de Coke Retardado, del Sistema de Carga de Camiones, el Edificio de Control y Obras Civiles del proyecto de expansión de la Refinería de Cartagena.

FECHA DE INICIO DEL PLAZO: 5 de Noviembre de 2.013.

PLAZO DE EJECUCION ORIGINAL: Trescientos treinta (330) días calendario contados desde la fecha de firma del Acta de Inicio, que comprendía el plazo de ejecución de 270 días calendario y el de liquidación de 60 días.

FECHA DE TERMINACION INICIAL: Dos (2) de agosto de 2.014.

FECHA DE TERMINACION FINAL: Veintiocho (28) de febrero de 2.015.

VALOR DEL CONTRATO ORIGINAL: \$22.105.247.277, sin IVA.

SISTEMA DE PAGO: Precio global fijo.

**2 Modificaciones al Contrato (Otrosíes).**

Durante la ejecución del contrato se suscribieron los siguientes otrosíes que modificaron en plazo o en valor el citado contrato así:

N°	FECHA	VALOR-ADICIÓN	PLAZO
N.º 1	29 de abril de 2014	\$1.726'588.822	NO
Nº 2	22 de julio de 2014	\$ 378'625.828	31 días
Nº 3	1º de septiembre de 2014	\$ 1.111'771.381	60 días
Nº 4	30 de octubre de 2014	NO	49 días
Nº 5	2º de diciembre de 2014	NO	NO
Nº 6	19 de diciembre de 2014	\$ 937.455.348	71 días

**3 Actas pendientes de pago.**

ACTA	CONCEPTO	VALOR
19	10% actas 1,2,3,5,7,8,10 y 12	\$ 2.009.470.510
20	Obra ejecutada	\$ 579.015.991
21	Trabajos adicionales	\$ 381.251.808
30	Obra ejecutada	\$ 1.225.454.180
31	Obra ejecutada	\$ 465.810.028
33	PSR	\$ 457.217.928
34	PSR	\$ 355.312.572
<b>TOTAL</b>		<b>\$ 5.473.533.017</b>

**4 Costos de Equipos por mayor permanencia en la obra.**

El Tribunal Arbitral condenó a **REFICAR** a pagar por este concepto la suma de Seiscientos sesenta y siete millones cuatrocientos siete mil setecientos cinco pesos. **(\$ 667.407.705).**

**5 Costos por pérdida de productividad.**

El Tribunal Arbitral condenó a **REFICAR** a pagar por este concepto la suma de Un mil seiscientos ochenta y un millones setecientos cincuenta y un mil novecientos catorce pesos **(\$ 1.681.751.914).**

**6 Utilidad.**

El Tribunal Arbitral condenó a **REFICAR** a pagar por este concepto la suma de Ciento sesenta y cuatro millones cuatrocientos cuarenta y un mil ciento setenta y tres pesos **(\$ 164.441.173).**

**Resumen de los valores a favor de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS sin incluir actas pendientes de pago:**

CONCEPTO	MONTO CONDENA	MONTO ACTUALIZADO
MAYOR PERMANECIA EN LA OBRA (Equipos):	\$ 667.407.705	\$ 791.644.314
PERDIDA POR PRODUCTIVIDAD (Mano de obra Directa)	\$ 1.681.751.914	\$ 1.994.806.669
UTILIDAD	\$ 164.441.173	\$ 195.051.568
<b>VALOR TOTAL</b>	<b>\$ 2.513.600.792</b>	
<b>VALOR SUMA ACTUALIZADA</b> (a Octubre 2.018) Ipc Febrero 2.015 = 120,28 Ipc Octubre de 2.018 = 142,67 Factor = 142,67/120,28 = 1,186148		<b>\$ 2.981.502.552</b>

**Resumen valor total a favor de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A.**

Suma actualizada	\$ 2.981.502.552
Valor de Actas que estaban pendientes de pago	\$ 5.473.533.017
<b>Total</b>	<b>\$8.455.035.569</b>

Total en favor de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. SCIA, la suma de ocho mil ciento cuatrocientos cincuenta y cinco millones treinta y cinco mil quinientos sesenta y nueve pesos con 23/100 **\$ 8.455.035.569,23.**

Como lo solicita la pretensión de **SCIA** que se despacha, esta liquidación se ha efectuado con lo que se ha establecido en el proceso arbitral.

**16 CONSOLIDACIÓN Y COMPENSACIÓN DE CONDENAS.**

A términos de lo que ha concluido el Tribunal en estas consideraciones, este es el elenco de condenas impuestas:

Bajo las consideraciones de la Demanda de **SCIA** contra **REFICAR**.

- (i) Por cobro de lo ya debido.....\$ 5.473.533.017
- (ii) Sobrecostos por equipos, derivados de la mayor permanencia (sin actualizar) \$ 667.407.705
- (iii) Sobrecostos por mano de obra directa (Improductividad) (sin actualizar)... \$ 1.681.751.914
- (iv) Utilidad liquidada sobre los sobrecostos reconocidos (sin actualizar) ..... \$ 164.441.173
- (v) Sanción por sobreestimación de los perjuicios jurados.....\$ 2.059.129.731

Bajo las consideraciones de la Demanda de Reconvenición de **REFICAR** contra **SCIA**.

Cláusula penal parcial en favor de **REFICAR** ..... \$ 2.480.524.382

Bajo las consideraciones del llamamiento en garantía de **REFICAR** a SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S. A.

(l) Condena en costas a cargo de **REFICAR**.....\$ 367.000.000

Respecto del anterior elenco de condenas es necesario sentar dos observaciones: La primera, que la condena impuesta a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A- SCIA-, por concepto de sanción pecuniaria por la sobreestimación de los perjuicios en su juramento se librará en favor del ente legitimado para recibir el producto de esa sanción, el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.

La segunda observación es que, habiendo invocado ambas partes la compensación, ambas como excepción, la Convocada frente a la Demanda de **SCIA**, y la Convocante frente a la Demanda de Reconvención de **REFICAR**, ella solamente es procedente entre los saldos netos en los que resulten ser deudores recíprocos en los términos y con los efectos que prevé el Código Civil en sus artículos 1714 a 1723, y a ello se contraerá el saldo neto que el Tribunal consignará en su pare resolutive, en este caso a favor de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A.- SCIA-, que resulta de las siguientes cifras ya establecidas en las anteriores consideraciones.

**REFICAR** deberá pagarle a **SCIA** la suma de ocho mil cuatrocientos cincuenta y cinco millones treinta y cinco mil quinientos sesenta y nueve pesos (\$ 8.455.035.569) y **SCIA**, por su parte, como resultado de la Demanda de Reconvención de **REFICAR**, debe pagar a esta la suma de dos mil cuatrocientos ochenta millones quinientos veinticuatro mil trescientos ochenta y dos pesos (\$ 2.480.524.382), lo que arroja un saldo neto en favor de **SCIA** de cinco mil novecientos setenta y cuatro millones quinientos once mil ciento ochenta y siete pesos (\$ 5.974.511.187), que **REFICAR** pagará a **SCIA**, suma que devengará intereses moratorios a la tasa más alta legalmente procedente a partir de la ejecutoria de este laudo arbitral.

## **TERCERA PARTE.**

### **DECISIONES DEL TRIBUNAL**

El Tribunal de Arbitraje constituido para resolver las diferencias contractuales surgidas entre **SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A.**, parte Convocante y la sociedad **REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. REFICAR** parte Convocada administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la Ley y habilitación de las partes

#### **RESUELVE**

#### **DEMANDA DE SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. – SCIA- contra la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-.**

##### **(I) Concurrencia de las partes en la responsabilidad por incumplimiento.**

**Primero.** – Declarar que la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR, incumplió el contrato de que trata este arbitraje en forma concurrente con incumplimientos de la Convocante, SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA-, correspondiéndole a cada parte una responsabilidad porcentual y ponderada en los incumplimientos recíprocos, de **57,43%** para REFICAR, y **42,57%** para SCIA. En consecuencia, prospera parcialmente la Pretensión declarativa 5.1.1, por una parte, así como la excepción de mérito de REFICAR, por la otra, rotulada “*incumplimiento de parte de SCIA*”.

**Segundo.**- En concordancia con lo anterior, declarar que la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- incumplió algunas de sus obligaciones contractuales y, como consecuencia de ello debe responder y pagar por los perjuicios que dichos incumplimientos ocasionaron a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA-. En consecuencia, prosperan parcialmente, en los términos y con el alcance indicado en la parte motiva de este laudo, las pretensiones 5.1.2 numeral (vii); 5.1.3; 5.1.4 y su correlativa consecencial de condena 5.2.1 y, en relación con los mayores costos de ejecución, la 5.1.6 y su consecencial de condena 5.2.3. No prosperan los numerales (i) a (vi) de la pretensión 5.1.2, por las razones expuestas en la parte motiva del Presente Laudo Arbitral.

**(II) Respecto de la pretendida nulidad o ineficacia de unas determinadas cláusulas contractuales.**

**Tercero.** – No prospera la Pretensión 5.1.13 de la Demanda reformada de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- contra la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-. En consecuencia, el Parágrafo Primero de la Sección 2.04 del contrato que existió entre las partes, al que se refiere la Demanda reformada, no está viciado por objeto ilícito y mantiene la plenitud de su fuerza normativa.

**Cuarto** - No prospera la Pretensión 5.1.14 de la demanda reformada de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- contra la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-. En consecuencia, el Numeral 13 de la Sección 2.06 del contrato que existió entre las partes, al que se refiere la demanda reformada no está viciado por objeto ilícito y mantiene la plenitud de su fuerza normativa.

**Quinto.**- No prospera la Pretensión 5.1.15 de la Demanda reformada de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- contra la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-. En consecuencia, la cláusula 2.12 del contrato que existió entre las partes, relativa a la cláusula penal, no es una cláusula abusiva, ni constituye condonación alguna de dolo futuro.

**Sexto.** – De manera correlativa y consecencial, prospera la excepción de mérito de la Convocada, la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-, respecto de la ausencia de fundamento legal y contractual de las anteriores Pretensiones que no han prosperado.

**(III) Respecto del pretendido evento de la Transacción.**

**Séptimo.** – Declarar no probadas las Pretensiones declarativas 5.1.11 Principal y Subsidiaria, y 5.1.12 Principal, y declarar probada la Pretensión 5.1.12 Subsidiaria. En consecuencia, declarar que los acuerdos contenidos en los Otrosíes Nos. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 al Contrato celebrado entre la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- y SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. - SCIA- no tienen el efecto de cosa juzgada respecto de las pretensiones formuladas por SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A.- SCIA- en la Demanda que dio lugar a este arbitraje. En virtud de lo anterior, no prospera la excepción perentoria presentada por la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-, rotulada transacción.



**(IV) Respecto del pretendido pago de sumas de dinero debidas.**

**Octavo.** – Declarar probado que la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- debe a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- unas determinadas sumas de dinero por los precisos conceptos indicados en los numerales (i) a (v) y (vii) de la pretensión 5.1.10 y que suman un total de cinco mil cuatrocientos setenta y tres millones quinientos treinta y tres mil diecisiete pesos (**\$ 5.473.533.017**).

**Noveno.** – Declarar no probada la partida correspondiente a la denominada “*gestión de compras por gastos reembolsables*” a que se refieren el numeral (vi) de la Pretensión declarativa 5.1.10. y su correlativa consecucional de condena 5.2.7 numeral (vi). Estas pretensiones no prosperan.

**Décimo.**- Como consecuencia de las declaraciones anteriores ordenar a la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-, pagar a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S.A. -SCIA, a la ejecutoria de este laudo arbitral, la suma de cinco mil cuatrocientos setenta y tres millones quinientos treinta y tres mil diecisiete pesos (**\$ 5.473.533.017**), sobre la que no es procedente declarar la causación de intereses o cualquier clase de indexación hasta la fecha de este laudo arbitral, por las razones expuestas en la parte motiva de esa decisión. Sin embargo, a partir de su ejecutoria, devengará intereses moratorios a la tasa más alta que sea legalmente procedente.

**Undécimo.** En virtud de las declaraciones anteriores, prosperan las Pretensiones 5.1.2 numerales (viii) y (ix) y 5.1.10 numerales (i) a (v) y (vii) (Declarativa) y su consecucional correlativa de condena 5.2.7 numerales (i) a (v) y (vii), por las razones y en las precisas cuantías indicadas en la parte motiva de este laudo arbitral para cada uno de sus items, con la excepción indicada en la resolución novena anterior. No prosperan las pretensiones 5.1.2 numeral (x), 5.1.5 numeral (iii) y su correlativa de condena 5.2.2 numeral (iii), 5.1.17 Principal y subsidiaria y 5.2.8 Principal y Subsidiaria frente a esta suma de dinero, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral.

**(V) Respecto de los “costos adicionales por mayor permanencia o Sobreestadía” (Equipos y mano de obra Indirecta).**

**Duodécimo.** -Declarar que por razón de la extensión del término de ejecución del Contrato SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- incurrió en mayores costos en los equipos que tuvo que utilizar, que la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- debe pagarle.

**Décimo Tercero.** – Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A.- REFICAR- a pagarle a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -

SCIA- la suma de seiscientos sesenta y siete millones cuatrocientos siete mil setecientos cinco pesos (**\$667.407.705**), suma que será actualizada con el IPC a la fecha de este laudo arbitral y que deberá pagarse a la ejecutoria de esta decisión. A partir de esta fecha devengará intereses moratorios a la más alta tasa que sea legalmente procedente, hasta su pago efectivo.

**Décimo Cuarto.**- En consecuencia, la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. – REFICAR, pagará a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- la suma de setecientos noventa y un millones seiscientos cuarenta y cuatro mil trescientos catorce pesos (**\$791.644.314**) a la ejecutoria de este laudo arbitral, que corresponde a la actualización del valor indicado en la resolución inmediatamente anterior, que devengará intereses moratorios en la forma que acaba de indicarse.

**Décimo Quinto.**- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, prosperan las pretensiones 5.1.5 numeral (i) y su correlativa y consecencial de condena 5.2.2 numeral (i), en los términos y con el alcance indicado en este laudo. Asimismo, prosperan las Pretensiones 5.1.7 numeral (iii) y 5.2.4 numeral (ix), declarativa y de condena, respectivamente.

**Décimo Sexto.** – Declarar que la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A.-REFICAR no debe pagar suma alguna a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. por concepto de mano de obra indirecta por sobreestadía en la obra, de acuerdo con las consideraciones que obran en la parte motiva de este laudo arbitral. En consecuencia, no prosperan las Pretensiones principales y subsidiarias del numeral (ii) de la Pretensión 5.1.7, y numeral (viii) de la Pretensión 5.2.4, declarativa y de condena, respectivamente.

**(VI) Respecto de los sobrecostos por “Mano de Obra Directa” derivados de la pretendida Improductividad.**

**Décimo Séptimo.** - Declarar que SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- tuvo unos determinados perjuicios por causas imputables a la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. - REFICAR, acaecidos en la ejecución del contrato a que se refiere este arbitraje, que afectaron la productividad de su ejecución contractual con el alcance probado en el plenario en el área de la mano de obra directa.

**Décimo Octavo.**- Como consecuencia de la declaración anterior condenar a la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. – REFICAR-, a pagar a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. - SCIA- la suma de un mil seiscientos ochenta y un millones setecientos cincuenta y un mil

novecientos catorce pesos (**\$ 1.681.751.914**), suma fechada al 28 de febrero de 2015, día de la terminación del contrato.

**Décimo Noveno.-** En virtud de lo anterior, prosperan parcialmente, en relación con este sobrecosto, las pretensiones 5.1.5 numeral (ii) y su correlativa y consecencial de condena 5.2.2 numeral (ii) en los términos y con el alcance indicado en este laudo arbitral. Asimismo, prosperan las Pretensiones 5.1.7 numeral (i) y 5.2.4 numeral (vii), declarativa y de condena, respectivamente.

**Vigésimo.-** La suma correspondiente a la anterior condena será indexada con el índice de precios al consumidor DANE hasta la fecha de este laudo arbitral, y devengará intereses moratorios a la tasa más alta que sea legalmente procedente, desde esta fecha y hasta el día de su pago total efectivo. En consecuencia, la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-, pagará a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA, a la ejecutoria de este laudo arbitral, la suma de mil novecientos noventa y cuatro millones ochocientos seis mil seiscientos sesenta y nueve pesos (**\$ 1.994.806.669**) que corresponde a la actualización del valor indicado en la resolución Décima octava anterior, y que devengará intereses moratorios en la forma que acaba de indicarse. Como consecuencia de esta declaración prosperan parcialmente respecto de estas sumas de dinero, las Pretensiones 5.1.17 Principal y subsidiaria y 5.2.8 Principal y Subsidiaria.

**(VII) Respecto de los sobrecostos por “Instalaciones Temporales” y “Gastos generales (Overhead)”.**

**Vigésimo Primero-** Declarar que la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- no debe pagar suma alguna a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- por concepto de “*Instalaciones Temporales*” y “*Gastos generales (Overhead)*”, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo arbitral. En consecuencia, no prosperan las pretensiones principales, ni subsidiarias, 5.1.7 numerales (iv) y (v) y su consecencial y correlativa de condena 5.2.4 numerales (x) y (xi).

**(VIII) La utilidad dejada de percibir sobre los sobrecostos reconocidos.**

**Vigésimo Segundo.** Declarar que la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- debe pagar a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- el monto de la utilidad equivalente al siete por ciento (7%) sobre las sumas de dinero que el Tribunal ordenó pagar por concepto de

sobrecostos de “*equipos por mayor permanencia*” y de los sobrecostos de “*mano de obra directa derivada de la Pretendida improductividad*”.

**Vigésimo Tercero.**- Como consecuencia de la anterior declaración, se condena a la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- a pagar a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A.-SCIA-, la suma de ciento sesenta y cuatro millones cuatrocientos cuarenta y un mil ciento setenta y tres pesos (**\$ 164.441.173**).

**Vigésimo Cuarto.**- En virtud de las anteriores decisiones, prosperan parcialmente las pretensiones 5.1.5 numeral (v) y su consecuencial correlativa de condena 5.2.2 numeral (v). Asimismo, prosperan parcialmente las pretensiones 5.1.7 numeral (vi) y su consecuencial y correlativa de condena 5.2.4 numeral (xii), únicamente sobre los conceptos y las sumas antes indicadas.

**Vigésimo Quinto.**- La suma correspondiente a la anterior condena será indexada con el índice de precios al consumidor DANE hasta la fecha de este laudo arbitral, y devengará intereses moratorios a la tasa más alta que sea legalmente procedente, desde esta fecha y hasta el día de su pago total efectivo. En consecuencia, la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. – REFICAR, pagará a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. – SCIA- la suma de ciento noventa y cinco millones cincuenta y un mil quinientos sesenta y ocho pesos (**\$ 195.051.568**) a la ejecutoria de este laudo arbitral, suma que devengará intereses moratorios en la forma que acaba de indicarse. Como consecuencia de esta declaración prosperan, en relación con esta suma de dinero, las Pretensiones declarativas 5.1.17 Principal y subsidiaria y de Condena 5.2.8 Principal y Subsidiaria.

**(IX) Los “sobrecostos financieros” derivados de la “Falta de Liquidez”.**

**Vigésimo Sexto.**- Declarar que la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. – REFICAR- no debe pagar suma alguna a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. – SCIA- por concepto de sobrecostos financieros, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral. En consecuencia, en lo que se refiere a este tipo de sobrecostos, no prosperan las pretensiones 5.1.5 numeral (iv) y su correlativa de condena 5.2.2 numeral (iv) y la 5.1.6 y su correlativa de condena 5.2.3. Tampoco prosperan las pretensiones principales y subsidiarias 5.1.8 y 5.2.5. declarativa y de condena, respectivamente.

**(X) Las “Mayores Cantidades de Obra” en la Torre Kanawha.**

**Vigésimo Séptimo.-** Declarar que la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. – REFICAR- no debe pagar suma alguna a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. – SCIA- por concepto de mayores cantidades de obra para la construcción de la Torre Kanawha, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo arbitral. En consecuencia, no prosperan las pretensiones principales y las subsidiarias 5.1.9 y 5.2.6, declarativa y de condena, respectivamente.

**(XI) El Juramento Estimatorio de perjuicios de SCIA.**

**Vigésimo Octavo** Declarar que el juramento estimatorio de la indemnización pretendida por SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- en la Demanda arbitral contra la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. – REFICAR-, excedió el cincuenta por ciento (50%) de lo que resultó probado en el plenario.

**Vigésimo Noveno.** – Como consecuencia de la declaración anterior, imponer a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. – SCIA- la sanción pecuniaria prevista en el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso equivalente a dos mil cincuenta y tres millones cuatrocientos sesenta y cinco mil ochocientos setenta y dos pesos (**\$2.059.129.731**), de acuerdo con los racionios y liquidación que obran en la parte motiva de este laudo arbitral.

**Trigésimo.** – Ordenar que la anterior sanción pecuniaria sea pagada a la orden del **Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial**, o a quien haga sus veces, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral. Expídase copia autentica del mismo, con nota de ejecutoria, a la orden del beneficiario de esta sanción pecuniaria.

**Trigésimo Primero.** Sin Costas. En consecuencia, no prosperan las pretensiones declarativa y de condena 5.1.18 y 5.2.9, respectivamente.

**DEMANDA DE RECONVENCIÓN**  
**REFINERIA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- CONTRA SCHRADER CAMARGO**  
**INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA-**

**Trigésimo Segundo.** – Declarar que entre SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. SCIA y la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. – REFICAR se celebró un negocio jurídico el 30 de

octubre de 2013 originado en la orden de compra emitida por la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- para la oferta mercantil de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- presentada el 24 de octubre de 2013. En consecuencia, prospera la Primera Pretensión de la Demanda de Reconvención de la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. – REFICAR.

**Trigésimo Tercero.** – Declarar que las partes deben estar o atenerse a lo resuelto en la demanda de SHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- contra la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. – REFICAR-, en lo relativo a la responsabilidad compartida y concurrente de ambas partes en el incumplimiento del contrato a que se refiere la anterior declaración, en un porcentaje ponderado de responsabilidad del **57,43%** para la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. REFICAR y **42,57%** para SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. En consecuencia, prosperan parcialmente las Pretensiones Segunda y Tercera de la Demanda de Reconvención de la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. – REFICAR-.

**Trigésimo Cuarto.** – Condenar a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- a pagar a la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-, con fundamento en la cláusula penal pactada, la suma de dos mil cuatrocientos ochenta millones quinientos veinticuatro mil trescientos ochenta y dos pesos (**\$ 2.480.524.382**). En consecuencia, prospera parcialmente la Cuarta Pretensión (i) de la Demanda de Reconvención de la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-.

**Trigésimo Quinto.** – Prosperan parcialmente las siguientes excepciones de SCHADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- contra la Demanda de Reconvención de la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-: *“Excepción de contrato no cumplido”* y *“Compensación”*. Respecto de la prosperidad de esta última excepción las partes estarán a lo resuelto en la consolidación de condenas de este laudo arbitral.

**Trigésimo Sexto.** - No prosperan las siguientes excepciones propuestas por SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADO S. A. -SCIA- contra la Demanda de Reconvención de la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. – REFICAR, rotuladas *“Inexistencia de incumplimiento de SCIA”*; *“Inexistencia de nexo de causalidad”*; *“Improcedencia del cobro de la cláusula penal”*.

Respecto de las demás excepciones las partes estarán a lo que haya resuelto el Tribunal al despachar la Demanda de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- contra la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A.- REFICAR.

**Trigésimo Séptimo.** – Por las razones expuestas en la parte motiva, desestimar la objeción de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- al juramento estimatorio de la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR.

**Trigésimo Octavo.** - Sin costas. En consecuencia, no prospera la Quinta Pretensión.

**LLAMAMIENTO EN GARANTÍA DE  
REFINERIA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR contra SEGUROS GENERALES  
SURAMERICANA S.A.**

**Trigésimo Noveno.** – Declarar que la Póliza de Cumplimiento para Particulares No. 0955684-6, que obra en el Documento No. 100900767 expedida por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S. A. para cubrir determinados aspectos de la ejecución contractual de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- en favor de la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-, a que se refieren la Demanda y la Demanda de Reconvención despachadas en este arbitraje, inició su vigencia por virtud de los hechos y pretensiones a que se refiere la Demanda de Reconvención de la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- contra SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS- SCIA-. En consecuencia, prospera la **Primera Pretensión** del llamamiento en garantía de de REFINERIA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- contra SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S. A.

**Cuadragésimo.**– Declarar que la cláusula penal en la que se fundamenta la prosperidad parcial de la Demanda de Reconvención de la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- contra SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA- está expresamente excluida del contrato de seguro a que se refiere la anterior declaración. En consecuencia, no prosperan las Pretensiones Segunda y Tercera del llamamiento en garantía de la REFINERIA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- contra SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S. A., y encuentra prosperidad la excepción del llamado en garantía rotulada *“La cláusula penal está excluida de la cobertura de la Póliza de Cumplimiento a favor de Particulares 0955684-6”*.

**Cuadragésimo Primero** – Condenar en costas a la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-, en favor de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S. A. En consecuencia, la primera pagará a la segunda la cantidad de trescientos sesenta y siete millones de pesos (**\$ 367.000.000**), de acuerdo con la liquidación que obra en las consideraciones de este laudo arbitral, suma que pagará a la ejecutoria de este laudo arbitral y que devengará intereses moratorios a la tasa mas alta legalmente posible a partir de esta fecha y hasta su pago efectivo.

## LA LIQUIDACIÓN DE CONTRATO.

**Cuadragésimo Segundo.** – Liquidar el Contrato de Oferta Mercantil Irrevocable N° 013-01 de 24 de octubre de 2013 que existió entre las partes, operación que ha efectuado el Tribunal en los términos que obran en la parte motiva de esta decisión, “*de conformidad con las obligaciones que en cabeza de cada una de las partes se (han establecido) en el proceso arbitral*”, tal y como reza la Pretensión declarativa 5.1.16 de la Demanda de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A -SCIA-. En consecuencia, esta Pretensión prospera.

**Cuadragésimo Tercero.** - Como resultado de la liquidación del Contrato de que da cuenta la resolución anterior, declarar que la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- debe pagarle a la Convocante, SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A. -SCIA-, la suma ocho mil cuatrocientos cincuenta y cinco millones treinta y cinco mil quinientos sesenta y nueve pesos (**\$8.455.035.569**), correspondiente a los valores y actualizaciones de que da cuenta la liquidación que obra en la parte motiva de este laudo arbitral, sin perjuicio de las compensaciones a que haya lugar.

## CONSOLIDACIÓN Y COMPENSACIÓN DE CONDENAS.

**Cuadragésimo Cuarto.**- Por proceder legalmente, así como por haberlo solicitado las partes, decretar la compensación de las sumas en las que las partes sean deudoras una de otra en forma recíproca y, en consecuencia, declarar la compensación que corresponda en los términos de los artículos 1714 a 1723 del Código Civil. En consecuencia, prosperan las excepciones de mérito de la Convocada frente a la Demanda de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A -SCIA- (Compensación) y de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A -SCIA- frente a la Demanda de Reconvención de la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-(Compensación).

**Cuadragésimo Quinto.**- Declarar que por virtud de las decisiones a que ha llegado el Tribunal en este arbitraje, la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR- debe pagarle a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A -SCIA-, la suma de ocho mil cuatrocientos cincuenta y cinco millones treinta y cinco mil quinientos sesenta y nueve pesos (**\$ 8.455.035.569**) y SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A -SCIA-, por su parte, como resultado de la Demanda de Reconvención de la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-, debe pagar a esta la suma de dos mil cuatrocientos ochenta millones quinientos veinticuatro mil trescientos ochenta y dos pesos (**\$ 2.480.524.382**), lo que arroja un saldo neto en favor de SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A -SCIA- de cinco mil novecientos setenta y cuatro millones quinientos once mil ciento ochenta y siete pesos (**\$ 5.974.511.187**), que la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A. -REFICAR-



pagará a SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A -SCIA, suma que devengará intereses moratorios a la tasa más alta legalmente procedente a partir de la fecha de ejecutoria de este laudo arbitral.

**Cuadragésimo Sexto.-** No prosperan las demás pretensiones de la Demanda incoada por SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A -SCIA-, contra la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A -REFICAR, ni las de la Demanda de Reconvencción incoada por la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A – REFICAR contra SCHRADER CAMARGO INGENIEROS ASOCIADOS S. A -SCIA, ni las del llamamiento en garantía de la REFINERÍA DE CARTAGENA S. A -REFICAR contra SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S. A.

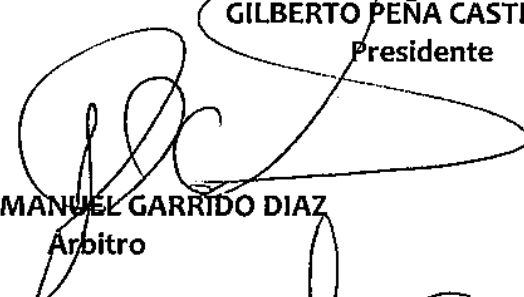
### OTRAS DECISIONES


**Cuadragésimo Séptimo.-** Declarar causado el saldo de los honorarios de los árbitros y de la secretaria. El Presidente del Tribunal hará los pagos correspondientes y, además, pondrá a disposición de las partes el resultado de las sumas que tuvo a su orden para los gastos de funcionamiento del Tribunal y les devolverá el saldo resultante, si lo hubiere.

**Cuadragésimo Octavo.-** Disponer que por secretaría, una vez ejecutoriada esta decisión, se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, al Ministerio Público y al Consejo Superior de la Judicatura -Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, con las constancias de ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOTIFIQUESE.

  
**GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN**  
Presidente

  
**JUAN MANUEL GARRIDO DIAZ**  
Árbitro

  
**EDUARDO SILVA ROMERO**  
Árbitro

  
**LIDA MERCEDES CRESPO RIOS**  
Secretaria