

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

**CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN**

LAUDO ARBITRAL

**BOGOTÁ D. C. DIECIOCHO (18) DE FEBRERO DE DOS MIL
DIECINUEVE (2019)**

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Contenido

A. ANTECEDENTES	3
1.- El Contrato origen de las controversias.....	3
2.- El Pacto Arbitral.....	3
3.- El trámite del proceso arbitral.....	3
4.- Término de Duración del Proceso.....	10
5.- Audiencia para proferir el Laudo Arbitral.....	11
6.- Presupuestos procesales y Nulidades sustanciales.....	11
7.- Partes Procesales y apoderados judiciales.....	12
8.- Cuestiones objeto de controversia.....	12
8.1.- Pretensiones de la parte Convocante.....	13
8.2.- Hechos de la Demanda Reformada.....	15
8.3.- Excepciones de Mérito formuladas por la Parte Convocada a la Demanda Reformada.	51
8.4.- Demanda de Reconvención. Pretensiones de la Parte convocada:	52
8.5.- Hechos de la Demanda de Reconvención:.....	53
8.6.- Excepciones formuladas por la parte convocante:.....	56
B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	57
Anotaciones preliminares y plan de exposición.	57
I.- Consideraciones generales	58
A.- Contrato celebrado, objeto y cláusulas especiales	58
B.- Derecho aplicable al contrato y a la solución del litigio	59
C.- Síntesis de la decisión:	64
D.- Consideraciones previas sobre la existencia del contrato y las pretensiones subsidiarias de la demanda relativas al enriquecimiento sin causa y al abuso de posición de dominio.	70
E.- Las cláusulas contractuales que regulan la responsabilidad de las partes (Octava pretensión de la demanda) y la distribución de los riesgos del contrato.....	80
F.- Los incumplimientos mutuos de las partes en la primera parte del contrato y las razones por las cuales se denegarán los perjuicios distintos al valor de la administración no pagada en la última parte de la ejecución del contrato.....	88
II.- Los incumplimientos de CONINSA en la ejecución del programa de obras.	105
A.- Sobre la calidad de las obras ejecutadas por CONINSA RAMON H. S. A.	121
B.- Pruebas documentales que muestran los incumplimientos de CONINSA.	126
C.- Conclusiones	130
III.- Los incumplimientos imputados al CERREJÓN durante la ejecución del contrato.	130
A.- El incumplimiento en la entrega de 12 diseños, planos y especificaciones entre el 21-01-2011 y el 24-02-2012 (11 de ellos entregados antes de la firma del Otrosí 3).....	130
B.- El incumplimiento de Cerrejón por el no suministro de agregados gruesos.....	145
C.- Incumplimiento por la no ejecución de la obra relativa a la descarga alcantarillados de los reasentamientos, cuyo permiso no fue otorgado por el INVIAS.	152
D.- El incumplimiento de Cerrejón por no disponer de una Interventoría con el personal y la experiencia suficiente	155

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

E.- El incumplimiento derivado de ordenar la construcción de mayores cantidades de obra.....	167
F.- El incumplimiento derivado de ordenar OBRAS ADICIONALES.....	169
G.- El incumplimiento por priorizar PATILLA.....	171
H.- El incumplimiento por la deserción del personal.....	173
IV.- La ruptura de la equivalencia prestacional del contrato debido a la ocurrencia de lluvias en volúmenes anormales y extraordinarios.....	174
V.- La reclamación de mayores costos por aumento de personal:.....	203
VI.- Mayores costos indirectos.....	217
VII.- La utilidad dejada de percibir en desarrollo del contrato.....	220
VIII.- El incumplimiento de Cerrejón debido al inicio tardío de las obras.....	221
IX.- Incumplimiento del Contrato por pago tardío de obras adicionales.....	226
X.- Restitución del depósito en garantía:.....	239
XI.- Las sumas adeudadas por el pago tardío de facturas.....	249
XII.- El reclamo relativo al pago de las facturas correspondientes a las actas 19 y 20.....	253
XIII.- Incumplimiento por la no devolución de la multa, conforme a lo pactado en el Parágrafo Primero del acuerdo Primero del Otrosí 7.....	271
XIV.- El pago pactado en el otrosí No 4.....	283
XV.- La Demanda de Reconvención propuesta por Cerrejón.....	284
XVI. LAS EXCEPCIONES.....	325
Las excepciones formuladas por CERREJÓN frente a las pretensiones de la demanda principal.....	325
XVIII. Los intereses sobre las condenas.....	330
XIX. La aplicación del artículo 267 del CGP.....	332
X. El juramento estimatorio.....	333
XI. Costas y agencias en derecho.....	336
XII. Parte resolutive.....	337

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre **CONINSA RAMON H. S.A.** como Parte Convocante y **CARBONES DEL CERREJON LIMITED** como Parte Convocada, respecto de las controversias derivadas de la ejecución del Contrato de Obra No CON-00242010, de fecha once (11) de enero de dos mil once (2011), previa referencia a los antecedentes del proceso.

A. ANTECEDENTES

1.- El Contrato origen de las controversias.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del Contrato de Obra celebrado el once (11) de enero de dos mil once (2011), entre CONINSA RAMON H. S.A. y CARBONES DEL CERREJON LIMITED identificado con el Número CON-00242010, el cual obra en fotocopia a folios 237 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 4.

2.- El Pacto Arbitral.

En el citado Contrato de Obra No CON-00242010 del once (11) de enero de dos mil once (2011), en las cláusulas primera y segunda del Otrosí No 10 las partes precisaron lo relacionado con la SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS y la CLÁUSULA COMPROMISORIA, en los siguientes términos:

"PRIMERO: Las partes para solucionar cualquier controversia contractual acudirán al arbitramento en derecho.

SEGUNDO: Todas las diferencias que surjan entre las partes relacionadas con el presente contrato serán sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento conformado por tres árbitros designados de común acuerdo entre las partes y en su defecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, en donde funcionará y a cuyas reglas, incluyendo lo relativo a honorarios y gastos del tribunal, se someterá el arbitramento."

3.- El trámite del proceso arbitral.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

3.1. La demanda arbitral: El siete (7) de octubre de dos mil dieciséis (2016), mediante Apoderado, CONINSA RAMON H. S.A. presentó demanda contra CARBONES DEL CERREJON LIMITED y solicitó la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento para resolver las diferencias surgidas con dicha sociedad (Folio 1 y siguientes del Cuaderno Principal No 1).

3.2. Designación de los Árbitros: Según lo previsto en la ley, los árbitros fueron designados de común acuerdo por las partes, tal como consta a folio 90 del Cuaderno Principal No 1.

3.3. Instalación y admisión de la demanda: De conformidad con el Acta No 1 que obra a Folio 124 del Cuaderno Principal No 1, el Tribunal se instaló debidamente el dieciocho (18) de enero de dos mil diecisiete (2017), se reconoció personería jurídica a los apoderados de las partes, se designó como Secretaria a la Doctora SANDRA RODRIGUEZ MORA y se admitió la demanda presentada por CONINSA RAMON H. S.A. y se ordenaron las correspondientes notificaciones de ley.

3.4. Contestación de la Demanda y Demanda de Reconvención: El siete (7) de marzo de dos mil diecisiete (2017) se recibió el memorial contentivo de la contestación de la demanda (folio 152 y siguientes del Cuaderno Principal No 1), en el cual se propusieron como excepciones de mérito:

- 1.- Inexistencia de incumplimiento del contrato CON-00242010 por parte de CERREJON.*
- 2.- Inexistencia de enriquecimiento sin causa.*
- 3.- Inexistencia de abuso de la posición dominante en el contrato, imputada por CONINSA a CERREJON.*
- 4.- Inexistencia de circunstancias imprevisibles.*
- 5.- No exigibilidad de la devolución de las sumas retenidas por CERREJON a título de garantía pactada en el contrato.*
- 6.- Excepción de contrato no cumplido.*
- 7.- Excepción de ausencia de buena fe en las reclamaciones de CONINSA. Falta de seriedad de ellas. Inexistencia o falta de causa de las sumas que se reclaman.*
- 8.- Excepción de ir en contra de sus propios actos.*
- 9.- Excepción de inexistencia en la contabilidad de CERREJON de las facturas 254149 y 254199 y, en subsidio, la de caducidad de la acción cambiaria.*
- 10.- Excepción de pago.*
- 11.- Excepción de transacciones parciales.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

12.- Excepción de conocimiento previo y concreto de la zona, de su entorno social y laboral y las condiciones en que se ejecutaría el contrato.

13.- Excepción referente a que CONINSA no puede beneficiarse de su incuria y deficiente estudio de la oferta y ejecución del contrato.

14.- Excepción referente a que CERREJON no está obligada a reconocer suma alguna a CONINSA por los mayores costos, debido a que tuvieron como causa la propia conducta de CONINSA.

En la misma fecha se presentó Demanda de Reconvención contra CONINSA RAMON H. S.A. (folio 214 y siguientes del Cuaderno Principal No 1)

3.5. Admisión de la Demanda de Reconvención y Traslado común de las excepciones propuestas por las partes. Mediante el Auto del ocho (8) de marzo de dos mil diecisiete (2017) el Tribunal admitió la Demanda de Reconvención, corrió traslado de la objeción del juramento estimatorio de la Demanda Principal y ordenó su traslado, la parte convocante recurrió este Auto y mediante Auto del veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017) el Auto Admisorio fue revocado y se ordenó a la parte convocante subsanar el juramento estimatorio. Mediante Auto del seis (6) de abril de dos mil diecisiete (2017) el Tribunal admitió la Demanda de Reconvención y ordenó su traslado. El diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017) el Tribunal admitió la Demanda de Reconvención y ordenó su traslado la parte convocante presentó contestación de la demanda de reconvención (folio 266 y siguientes del Cuaderno Principal No 1).

Mediante Auto del doce (12) de mayo de dos mil diecisiete (2017) el Tribunal corrió traslado de la objeción al juramento estimatorio contra la Demanda de Reconvención. El cinco (5) de junio de dos mil diecisiete (2017) se corrió traslado conjunto de las excepciones presentadas contra la Demanda Principal y contra la Demanda de Reconvención.

El apoderado de la parte convocante recorrió dicho traslado mediante memorial presentado el doce (12) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Mediante Auto del veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017) el Tribunal fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de fijación de honorarios y gastos del Tribunal.

3.6. Audiencia de fijación de honorarios y gastos: El once (11) de julio de dos mil diecisiete (2017) se llevó a cabo la audiencia de fijación de honorarios y gastos del Tribunal.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

3.7. Reforma de la Demanda Principal y Primera audiencia de trámite:

Mediante Auto del diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017) se fijó fecha y hora para llevar a cabo la primera audiencia de trámite el treinta (30) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

El veintinueve (29) de agosto de dos mil diecisiete (2017) la parte convocante presentó Reforma de la Demanda Principal. Mediante Auto del ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) se admitió la reforma y se ordenó la respectiva notificación, este Auto fue recurrido por la parte convocada el trece (13) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), mediante Auto del quince (15) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) se ordenó correr traslado de la Reforma de la Demanda Principal por veinte (20) días.

El diecinueve (19) de octubre de dos mil diecisiete (2017) el apoderado de la parte convocada presentó Contestación a la Reforma de la Demanda Principal. El veinticuatro (24) de octubre de dos mil diecisiete se fijó en lista traslado a la Parte Convocante de las excepciones de mérito y la objeción al juramento estimatorio presentados por la Parte Convocada contra la Reforma de la Demanda Principal.

Mediante Auto del dos (2) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) se fijó fecha y hora para el día catorce (14) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) para la realización de la primera audiencia de trámite.

El día catorce (14) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) se inició la primera audiencia de trámite, en la cual el Tribunal asumió competencia y se suspendió la audiencia, para ser continuada el día treinta (31) de enero de dos mil dieciocho (2018).

El veintiocho (28) de febrero de dos mil dieciocho (2018) se resolvió que la primera audiencia de trámite continuaría el día veintinueve (29) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

El veintinueve (29) de mayo de dos mil dieciocho (2018) se culminó la primera audiencia de trámite en la cual se decretaron las pruebas del proceso.

3.8. Instrucción del proceso:

3.7.1 Prueba documental: Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por las partes, en los respectivos momentos procesales.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

3.8.2. Interrogatorios y declaración de parte: por haber sido solicitado por las partes se decretó el interrogatorio y la declaración de parte de los Representantes Legales, los cuales se llevaron a cabo el siete (7) de junio de dos mil dieciocho (2018).

3.8.3. Testimonios: Fueron recibidos los testimonios de los señores:

1. ROBINSON DARÍO JIMÉNEZ CORREDOR el siete (7) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)
2. RAMIRO APONTE VERGARA el siete (7) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)
3. JUAN CRISTIAN DAGER RONDÓN el veinte (20) de junio dos mil dieciocho (2018)
4. VICENTE FRANCISCO BERARDINELLI CARRILLO el ocho (8) de junio de dos mil dieciocho (2018)
5. NELSON ENRIQUE BUENAHORA JIMÉNEZ el ocho (8) de junio de dos mil dieciocho (2018)
6. DIEGO HERNANDO GÓMEZ ESPINAL el diez (10) de octubre de dos mil dieciocho (2018)
7. PATRICIA ELENA BRAN ARANGO el veinticinco (25) de junio de dos mil dieciocho (2018)
8. ALEJANDRO JESÚS GÓMEZ ESPAÑOL el veinticinco (25) de junio de dos mil dieciocho (2018)
9. WILLIAM ARMANDO SAAVEDRA BERNAL el seis (6) de junio de dos mil dieciocho (2018)
10. ALIX HELENA SUÁREZ RODRÍGUEZ el siete (7) de junio de dos mil dieciocho (2018)
11. JORGE ÁLVAREZ POSADA el siete (7) de junio de dos mil dieciocho (2018)
12. WILSON HERNÁN TORRES ÁNGEL el treinta (30) de mayo de dos mil dieciocho (2018)
13. JARVEY ANDRES ORTIZ ORTIZ el veintidós (22) de junio el veinticinco (25) de junio de dos mil dieciocho (2018)
14. IVÁN ALEXANDER ROSAS PEÑA el veintidós (22) de junio el veinticinco (25) de junio de dos mil dieciocho (2018)

3.8.4 Dictámenes Periciales de Parte:

Parte Convocante

Se decretaron como dictámenes de parte los siguientes:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

1. El Dictamen Técnico aportado el 15 de agosto de 2017 que obra a folios 1 a 189 de Cuaderno de Pruebas No 13, presentado por el Ingeniero Jaime Bateman Duran, quien absolvió cuestionario sobre la Interventoría de un Contrato de Obra y en especial sobre el Contrato de Interventoría de AB PROYECTOS S.A.
2. El Dictamen Pericial Técnico de parte rendido por INGENIERIA Y ECOLOGÍA CONSULTORÍA S.A.S (Ingeniero Alfredo Malagón Bolaños), aportado el 31 de octubre de 2017, cuando se describió el traslado de las excepciones y el juramento estimatorio de la reforma a la demanda principal, que obra a folios 1 a 295 del Cuaderno de Pruebas No 20, quien absolvió cuestionario sobre la ejecución del Contrato de Obra No CON-00242010 suscrito entre CERREJÓN y CONINSA RAMON H.
3. El Dictamen Pericial Contable de Parte rendido por la Doctora Gloria Zady Correa Palacio aportado el 31 de octubre de 2017, cuando se describió el traslado de las excepciones y el juramento estimatorio de la reforma a la demanda principal, que obra a folios 1 a 104 del Cuaderno de Pruebas No 19, quien absolvió cuestionario sobre los perjuicios económicos alegados por CONINSA RAMÓN H S.A.
4. El Dictamen Pericial Técnico, rendido por INTERVENTORÍA, ASESORÍAS Y CONSTRUCCION S.A.S, aportado el 28 de mayo de 2018, cuyo objeto fue la contradicción el Dictamen Pericial Técnico aportado por la parte convocada el 15 de febrero de 2018.

Parte Convocada:

Se decretaron como dictámenes de parte los siguientes:

1. Informe Revisión Actas de Obra Coninsa Ramón H S.A. Contrato de Obra No. CON-00242010 Construcción de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta en el Departamento de La Guajira – elaborado por el Consorcio Poch – Savills (conformado por Poch Colombia SAS y Jacaranda Investments SAS), cuyo objeto fue la revisión de los pagos solicitados por Coninsa Ramón H S.A. en las actas 19, 20 y 21 y que Cerrejón ya había reconocido en actas anteriores.
2. Informe Controversia al Dictamen Pericial elaborado por la firma Bateman Ingeniería S.A. Contrato de Obra No. CON-00242010 Construcción de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta en el Departamento de La Guajira -febrero 2018 elaborado por el Consorcio Poch – Savills (conformado por

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Poch Colombia SAS y Jacaranda Investments SAS), cuyo objeto fue realizar la revisión y controversia al Dictamen Pericial elaborado por la firma Bateman Ingeniería S.A.

3. Informe Controversia al Dictamen Pericial Técnico de Parte elaborado por la firma Ingeniería y Ecología Consultoría SAS Contrato de Obra No. CON-00242010 Construcción de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta en el Departamento de La Guajira elaborado por el Consorcio Poch – Savills (conformado por Poch Colombia SAS y Jacaranda Investments SAS), cuyo objeto fue realizar la revisión y controversia al Dictamen Pericial Técnico de Parte elaborado por la firma Ingeniería y Ecología Consultoría SAS.
4. Dictamen Pericial Técnico rendido por el Consorcio Poch – Savills (conformado por Poch Colombia SAS y Jacaranda Investments SAS) cuyo objeto fue la realización de un Dictamen respecto de la ejecución del Contrato suscrito entre Carbones del Cerrejón Limited y Coninsa Ramón H S.A.

AUDIENCIAS DE CONTRADICCIÓN DE DICTAMENES

Se practicaron las Audiencias de Contradicción de los Dictámenes de Parte así:

1. El siete (7) de noviembre de dos mil dieciocho (2018) audiencia de contradicción del dictamen rendido por el perito Jaime Bateman Durán a la cual comparecieron con el mismo objeto los representantes legales del Consorcio Poch – Savills, ANGELICA DEL ROSARIO MEJÍA RAMIREZ y MARCOS ARTURO BRAVO RAMOS, quienes rindieron el contradictamen.
2. Audiencia de contradicción del dictamen rendido por INGENIERIA Y ECOLOGÍA CONSULTORÍA S.A.S a la misma audiencia y con el mismo objeto se citó a los representantes legales del Consorcio Poch – Savills, ANGELICA DEL ROSARIO MEJÍA RAMIREZ y MARCOS ARTURO BRAVO RAMOS, quienes rindieron el contradictamen.
3. El dieciocho (18) de octubre de dos mil dieciocho (2018) audiencia de contradicción del dictamen rendido por la perito Gloria Zady Correa Palacio, a la misma audiencia y con el mismo objeto se citó a los representantes legales del Consorcio Poch – Savills, ANGELICA DEL ROSARIO MEJÍA RAMIREZ y MARCOS ARTURO BRAVO RAMOS del Consorcio Poch – Savills, quienes rindieron el contradictamen.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

4. El diecisiete (17) de octubre de dos mil dieciocho (2018) audiencia de contradicción del dictamen rendido por del Consorcio Poch – Savills, a la misma audiencia y con el mismo objeto se citó al representante legal de INTERVENTORÍA ASESORIAS Y CONSTRUCCIÓN S.A.S quienes rindieron el contradictamen y al Ingeniero JUAN CARLOS PEÑARANDA quien asistió al perito.

3.8.5 Dictamen Rendido por JEGA ACCOUNTING HOSE LTDA

Se decretó la práctica de un Dictamen Pericial de carácter financiero y contable solicitado en el escrito que describió la objeción al juramento estimatorio de la demanda de reconvención y reiterado en la contestación a la reforma de la demanda, cuyo objeto es dictaminar sobre los perjuicios causados y/o mayores valores que tuvo que asumir CERREJON LIMITED, por las ampliaciones y extensiones que sufrió el cronograma de obra del contrato suscrito con CONINSA, tomando como fecha la pactada para su terminación, sobre los puntos enunciados en la solicitud de la prueba (folios 306 a 307 del Cuaderno Principal No 1).

Para ello se designó a JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA, representada legalmente por el señor EDUARDO JIMENEZ.

El interrogatorio del perito se llevó a cabo el seis (6) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

3.9. Cierre etapa Probatoria y fijación de fecha para Alegatos de Conclusión. Por haberse practicado la totalidad de las pruebas, mediante auto proferido el seis (6) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), se decretó el cierre de la etapa probatoria, respecto de lo cual, las partes guardaron silencio y se fijó fecha para la audiencia de alegatos de conclusión.

3.10. Alegatos de Conclusión. En sesión realizada el catorce (14) de diciembre de dos mil dieciocho (2018), se realizó la audiencia de alegatos en la cual los apoderados de las partes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron por escrito un resumen de los mismos los cuales forman parte del Expediente.

4.- Término de Duración del Proceso.

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 10 de la ley 1563 de 2012.

La Primera Audiencia de Trámite culminó el 29 de mayo 2018 y el Proceso ha estado suspendido 119 días hábiles así:

Del 31 de mayo al 5 de junio de 2018 (2 días hábiles)

Del 9 al 21 de junio de 2018 (8 días hábiles)

Del 27 de junio al 12 de septiembre de 2018 (52 días hábiles)

Del 13 al 17 de septiembre de 2018 (3 días hábiles)

Del 18 de septiembre al 5 de octubre de 2018 (14 días hábiles)

Del 19 de octubre al 6 de noviembre de 2018 (12 días hábiles)

Del 8 al 20 de noviembre de 2018 (8 días hábiles)

Del 15 de diciembre de 2018 al 16 de enero de 2019 (20 días hábiles)

El término del proceso finaliza el veintisiete (27) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

5.- Audiencia para proferir el Laudo Arbitral.

La fecha para la audiencia para proferir el laudo se fijó mediante el auto proferido por el Tribunal el día trece (13) de febrero de dos mil diecinueve (2019), para el día dieciocho (18) de febrero de dos mil diecinueve (2019) a las 4:00 PM.

6.- Presupuestos procesales y Nulidades sustanciales.

El Tribunal considera que se han cumplido los presupuestos procesales exigidos para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales, y no advierte causal alguna de nulidad y por ello procede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. Lo anterior, en cuanto de conformidad con los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal, se estableció:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

6.1. Demanda Reformada y Demanda de Reconvención en forma. La Demanda Reformada presentada por la parte convocante, luego de ser subsanada cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 82 del Código General del Proceso y normas concordantes y por ello fue admitida y se le dio trámite, así mismo ocurrió con la Demanda de Reconvención.

6.2. Competencia. En los términos precisados en la providencia proferida el catorce (14) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes de este proceso.

6.3. Capacidad. Las partes convocante y convocada son sujetos capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir de conformidad con los documentos que obran en el expediente, sin que exista restricción al respecto; las controversias surgidas entre ellas están sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal de Arbitramento, son susceptibles de definirse mediante arbitraje, y además, por tratarse de un arbitraje en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados debidamente constituidos y reconocidos.

7.- Partes Procesales y apoderados judiciales.

7.1. Parte Convocante:

La sociedad **CONINSA RAMÓN H. S.A.** es una sociedad anónima colombiana, con NIT No. 890.911.431.1, representada por el señor Juan Felipe Hoyos Mejía, identificado con C.C. No. 70.091.884 de Medellín.

7.2. Parte Convocada:

La sociedad **CARBONES DEL CERREJON LIMITED** con NIT. 860069804.1, domicilio en la ciudad de Bogotá y cuyo representante legal es Roberto Junguito Pombo.

7.3. Apoderados Judiciales: Por tratarse de un arbitraje en derecho, por cuanto así se estipuló en la cláusula compromisoria, las partes comparecen al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados a quienes se les reconoció personería en los términos de los mandatos a ellos conferidos.

8.- Cuestiones objeto de controversia.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

8.1.- Pretensiones de la parte Convocante.

La Parte Convocante en su memorial de demanda reformada, precisa sus pretensiones así:

*“**PRIMERA:** Que se declare que entre la sociedad extranjera, sujeta a las leyes de Anguilla, Indias Occidentales Británicas, **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** y **CONINSA RAMÓN H. S.A.**, sociedad anónima colombiana, se suscribió el Contrato de Obra No. CON-00242010 bajo la modalidad de precios unitarios.*

***SEGUNDA:** Que se declare que la sociedad extranjera **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED**, incumplió por acción y por omisión diversas obligaciones y estipulaciones del Contrato de Obra No. CON-00242010 y disposiciones de la ley colombiana.*

***SEGUNDA SUBSIDIARIA:** Que se declare que la sociedad extranjera **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** se ha enriquecido injustamente a expensas de **CONINSA RAMÓN H. S.A.** con la ejecución de las obras de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta.*

TERCERA:** Que se declare que la sociedad extranjera **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** abusó de su posición de dominio en el Contrato de Obra No. CON-00242010 e hizo más gravosas las prestaciones a cargo de **CONINSA RAMON H. S.A.

CUARTA:** Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Obra No. CON-00242010 la sociedad extranjera **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** introdujo cambios en los diseños, planos y en las especificaciones de las obras, ordenó cambios en los programas de obra y en la forma de ejecutar las obras, impuso exigencias y aplicó controles desmedidos, decidió la modificación de las obras y la construcción de obras adicionales, que implicaron la ejecución de mayores cantidades de obras y de obras o rubros no contempladas originalmente, hicieron que su ejecución resultara más gravosa, produjeron un desplazamiento de la secuencia y de la fecha de realización de las obras, afectaron el cronograma y el plazo de ejecución de las mismas, generando una mayor permanencia en obra de **CONINSA RAMÓN H. S.A.**, todo lo cual produjo mayores costos directos e indirectos no pagados a **CONINSA RAMÓN H. S.A.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

QUINTA: *Que se declare que el personal adicional que debió ser contratado por **CONINSA RAMÓN H. S.A.** generó un incremento en los costos directos e indirectos del Contrato No. CON-00242010 el cual no ha sido pagado a **CONINSA RAMÓN H. S.A.***

SEXTA: *Que se declare que desde el inicio de la ejecución contractual se presentaron decisiones y órdenes de la Contratante, hechos y circunstancias extraordinarias e imprevisibles no imputables al Contratista, que afectaron la ejecución de las obras y actividades e hicieron más gravosas las prestaciones contractuales para **CONINSA RAMÓN H. S.A.** y afectaron la relación sinalagmática y el equilibrio económico de las prestaciones recíprocas de las partes en el Contrato de Obra No. CON-00242010 suscrito entre la sociedad extranjera **CARBONES DE CERREJÓN LIMITED** y **CONINSA RAMÓN H. S.A.***

SÉPTIMA: *Que se declare que como consecuencia de los incumplimientos del Contrato de Obra No. CON-00242010 y de la Ley en los que incurrió **CARBONES DE CERREJÓN LIMITED**, las obras tuvieron un mayor grado de dificultad, su ejecución resultó más gravosa, se afectó el cronograma de ejecución de las obras, se produjo un desplazamiento de la secuencia y de las fechas de realización de las obras y se ocasionó una mayor permanencia en obra por parte de **CONINSA RAMÓN H. S.A.**, así como un incremento de los costos directos o indirectos y múltiples perjuicios.*

OCTAVA: *Que se inapliquen o se dejen de aplicar, se consideren como no escritas o no se les reconozca efectos a las disposiciones del Contrato y de sus Anexos que exoneran o relevan, excluyen, limitan o trasladan la responsabilidad a cargo de **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED**.*

NOVENA: *Que se condene a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** al pago de las sumas que de acuerdo con el Contrato y la Ley indemnicen y compensen la totalidad de los daños y perjuicios sufridos por **CONINSA RAMÓN H. S.A.** derivados de los incumplimientos que resulten declarados en el proceso de conformidad con las pretensiones anteriores.*

DÉCIMA: *Que se condene a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** al pago a favor de **CONINSA RAMÓN H. S.A.** de toda suma o valor dejado de reembolsar o pagar a que tenga derecho resultante de las pretensiones segunda subsidiaria, tercera, cuarta y quinta anteriores.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

DÉCIMA PRIMERA: *Que se condene a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** al pago a favor de **CONINSA RAMÓN H. S.A.** de todas las compensaciones, mayores valores, mayores costos, sumas dejadas de reembolsar o de pagar, que restablezcan el equilibrio económico del Contrato de Obra No. CON-00242010.*

DÉCIMA SEGUNDA: *Que las condenas de que tratan las anteriores pretensiones se paguen debidamente actualizadas e incluyan los intereses bancarios corrientes y los intereses moratorios a que tiene derecho **CONINSA RAMÓN H.** de acuerdo con la ley y el Contrato de Obra.*

DÉCIMA TERCERA: *Que se condene a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** al pago de las costas del proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho.*

DÉCIMA CUARTA: *Que se ordene a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** dar cumplimiento inmediato al laudo arbitral que se profiera.*

DÉCIMA QUINTA: *Que se ordene a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** reconocer a **CONINSA RAMÓN H. S.A.** sobre las sumas de la condena que se imponga intereses moratorios a partir de la ejecutoria del laudo arbitral en los términos de ley."*

8.2.- Hechos de la Demanda Reformada.

Como fundamento de hecho de sus pretensiones, la parte

5.1 INTRODUCCIÓN

1. *En virtud del Contrato de Obra No. CON-00242010 (en adelante Contrato de Obra No. CON-00242010 o el Contrato), la sociedad **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** (en adelante **CERREJÓN** o el Contratante) contrató a la sociedad **CONINSA RAMÓN H. S.A.** (en adelante **CONINSA** o el Contratista) para desarrollar, bajo la modalidad de precios unitarios, las obras de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta (Construcción de viviendas, Equipamiento comunitario y Obras de urbanismo) en el municipio de Barracas, Departamento de la Guajira.*
2. *Como se evidenciará en los hechos y en las pruebas que acompañan esta demanda arbitral, desde su inicio y durante toda su ejecución, el Contrato de Obra No. CON-00242010 se vio*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*impactado por una larga cadena de incumplimientos de **CERREJÓN**, tales como la entrega tardía, parcial y defectuosa de los planos, los diseños y las especificaciones de las obras; las sucesivas modificaciones de los diseños y planos durante la ejecución contractual; las órdenes, contraórdenes e instrucciones del Contratante que alteraron la secuencia y metodología constructiva del Contratista; la modificación de las condiciones de seguridad y de los procedimientos y sistemas de revisión aplicables al desarrollo de las obras; el incumplimiento en el suministro de materiales y en la entrega de permisos; el no pago oportuno de las facturas; la negativa injustificada a expedir el certificado de aceptación definitiva de las obras; la indebida y abusiva aplicación de multas; la no devolución del depósito en garantía y el no pago de las obras adicionales y de las mayores cantidades de obra ejecutadas por el Contratista; y la negativa a pagar los mayores costos y gastos en que incurrió el contratista.*

- 3.** *A más de lo anterior, durante la ejecución del Contrato de Obra, **CONINSA** tuvo que hacer frente a una Interventoría que antes que contribuir a la correcta y oportuna ejecución de las obras, se dedicó a imponer una serie de desmedidos e inusuales controles, revisiones y autorizaciones para la supervisión de las obras, que resultaron perversas para su avance, en la medida en que su aplicación sumada a la pasmosa escasez de personal que tenía la Interventoría, conllevó enormes pérdidas de tiempo y mayores costos para el Contratista.*
- 4.** *Los incumplimientos de **CERREJÓN** y las circunstancias que vienen de describirse, presentes desde el inicio hasta el fin del Contrato, produjeron un desplazamiento de la secuencia y de la fecha de realización de las obras, afectaron el cronograma y el plazo de ejecución de las mismas y redundaron en la mayor permanencia del Contratista en obra y en que éste tuviera que hacer frente a mayores costos directos e indirectos que no le correspondía asumir y que terminaron por romper la ecuación económica sobre la cual había sido construida la relación contractual.*
- 5.** *Con el fin de hacer frente a las afectaciones de la obra y para evitar que el plazo de ejecución de las obras se extendiera por muchos meses más de la fecha de su terminación efectiva, **CONINSA** debió implementar medidas de aceleración de las obras,*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*tales como contratar un mayor número de personal, traer personal de otras regiones, laborar en días festivos, utilizar maquinaria adicional, cuyos costos no le fueron reconocidos y pagados por **CERREJÓN**.*

5.2 HECHOS RELACIONADOS CON LA ETAPA PRECONTRACTUAL Y LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

1. *En el mes de julio del año 2010 **CERREJÓN** invitó a varias empresas a la presentación de ofertas para la construcción de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta en el municipio de Barrancas (Guajira). Una de las empresas invitadas fue **CONINSA**.*
2. *En la elaboración de sus propuestas, los oferentes estaban obligados a atender toda la información que hacía parte de la invitación a proponer y a cumplir los requerimientos establecidos en dichos documentos. La invitación a proponer estaba conformada por los siguientes Anexos:*

<i>Anexo A</i>	<i>Alcance de la Obras.</i>
<i>Anexo B</i>	<i>Condiciones Comerciales.</i>
<i>Anexo C</i>	<i>Modificaciones al Documento Principal.</i>
<i>Anexo D</i>	<i>Requisitos de salud, seguridad, ambiente y comunidades.</i>
<i>Anexo E</i>	<i>Especificaciones Técnicas.</i>

3. *Así las cosas, fue **CERREJÓN** el que estableció las especificaciones que debían ser satisfechas y los planos y diseños que debían seguirse para la ejecución de las obras, los cuales sirvieron de parámetro para que los proponentes elaboraran sus ofertas.*
4. *En el anexo A remitido con la Invitación a presentar oferta No. 00242010 se estableció que el Acta de Iniciación de las Obras debía suscribirse dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la notificación por parte de **CERREJÓN** de la aceptación de la oferta al Contratista:*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

"2.0. PLAZO Y PROGRAMA DE EJECUCIÓN DE LA OBRA

El plazo de ejecución de la OBRA será de OCHO (8) meses contados a partir de la fecha de iniciación fijada en el Acta de Iniciación de la OBRA, suscrita entre Representantes Autorizados de las partes, la cual deberá firmarse a más tardar a los cinco (05) días calendario de haber notificado CERREJÓN la aceptación de la OFERTA al Contratista".

5. *En el trascurso de la etapa precontractual, debido a las graves e innumerables inconsistencias detectadas por los oferentes en los diseños, las especificaciones, los planos y las cantidades de obra, **CERREJÓN** expidió 17 adendas a la Invitación a Proponer con el fin de hacer precisiones e introducir modificaciones en los diseños, planos, especificaciones técnicas, actividades, unidades de medida y cantidades de obra a ejecutar.*
6. *Uno de los cambios más importantes que tuvo lugar durante la etapa precontractual fue el relacionado con la modalidad de pago de las obras contratadas. Así en efecto, en razón de las inconsistencias detectadas por los oferentes respecto de las cantidades de obra, **CERREJÓN** dispuso que las obras ya no se pagarían bajo la modalidad de precio global como inicialmente se había previsto sino bajo la modalidad de precios unitarios.*
7. *El 3 de septiembre de 2010 **CONINSA** presentó su oferta inicial para desarrollar las obras de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta. Los fundamentos sobre los cuales se elaboró la oferta fueron los siguientes:*
 - (i) *Que las obras se ejecutarían en un plazo de 8 meses.*
 - (ii) *Que las obras se realizarían con un sistema de construcción industrializado cuya aplicación exige que se entreguen al Contratista los planos, diseños y especificaciones definitivos desde el inicio de la ejecución contractual.*
 - (iii) *Que los dos Reasentamientos, Patilla y Chancleta, se construirían de manera simultánea e independiente para que ambos terminaran en el mismo momento.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

(iv) Que el personal de producción sería en su mayoría subcontratado.

(v) Que la totalidad de la mano de obra no calificada se contrataría con gente de la región para dar cumplimiento a lo establecido en el numeral 5.5. del Anexo A – Alcance de las Obras, y el Plan de Manejo Ambiental para la Fase de Construcción de los Reasentamientos de las comunidades de Patilla y Chancleta, documento que era vinculante para el Contratista y en el que expresamente se establecía la obligación de contratar el 100% de la mano de obra no calificada con personal de la región.

8. *Adicionalmente el Contratista incluyó en el Formulario No. 1 del Anexo B – Condiciones Económicas, los precios unitarios ofertados para cada una de las actividades que componían el desarrollo de las obras de los Reasentamientos. En la formulación de cada Análisis de Precio Unitario se incluyeron los costos directos y dentro de estos los costos de mano de obra.*

9. *De otra parte, en el Formulario No. 5 del Anexo B – Condiciones Económicas, el Contratista estableció la tarifa de administración propuesta, dentro de la cual se incluyó el valor del personal directivo y administrativo, el valor del personal de producción directamente contratado por Coninsa Ramón H. así como los gastos de traslado, hospedaje y manutención del personal traído de otras ciudades que según su oferta, era exclusivamente el personal o mano de obra calificada.*

10. *En respuesta a las inquietudes planteadas por **CERREJÓN** respecto a la oferta entregada, en concreto, en cuanto a la contratación del personal de la zona, **CONINSA** a través de la comunicación de 8 de septiembre de 2010, además de explicar su estrategia de compras y logística, ratificó que para el desarrollo de las obras de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta:*

(i) Se usarían oficiales (mano de obra calificada) de otras regiones del país, es decir, personal foráneo y,

(ii) Que la contratación de la mano de obra no calificada se haría con personal de la zona conforme lo exigían los anexos al

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Contrato y el Plan de Manejo Ambiental para la Fase de Construcción de los Reasentamientos de las comunidades de Patilla y Chancleta.

- 11.** *En efecto, la obligación de efectuar el 100% de la contratación de la mano de obra no calificada con personal de la zona estaba prevista en la Ficha PMA-SE-01 del Plan de Manejo Ambiental para la Fase de Construcción de los Reasentamientos de las comunidades de Patilla y Chancleta, en los siguientes términos:*

"Contratar el 100% de la mano de obra no calificada requerida, con el personal existente en la zona de influencia directa e indirecta del proyecto."

- 12.** *Con posterioridad a la comunicación de **CONINSA** de 8 de septiembre de 2010, se suscitaron entre representantes de esta empresa y de **CERREJÓN** diversas reuniones con el objeto verificar los términos, los valores y los fundamentos de la oferta y aclarar algunos puntos de la misma.*

- 13.** *En la reunión realizada el 30 de septiembre de 2010, el Contratista: (i) Reiteró que la mano de obra no calificada sería contratada con personal de la región y que la mano de obra calificada, incluyendo los oficiales, sería traída de otras ciudades; (ii) Indicó que la mano de obra para cada actividad sería subcontratada; (iii) Expuso la metodología industrializada que utilizaría para el desarrollo de las obras, para la cual era indispensable que **CERREJÓN** le entregara los diseños, planos y especificaciones definitivos desde el inicio del Contrato y, (iv) Modificó el plazo de ejecución de las obras que pasó de 8 a 9 meses en razón de los tiempos de descanso en la semana santa y en el mes de diciembre. Por su parte **CERREJÓN**, habiendo sido preguntado sobre si las cantidades de obra que estaban en los planos podían incrementarse, manifestó expresamente que no habrían mayores cantidades de obra y además señaló el 15 de octubre de 2010 como fecha estimada prevista de inicio de las obras.*

- 14.** *El 11 de octubre de 2010, se realizó una nueva reunión en la que **CERREJÓN** revisó los Análisis de Precios Unitarios (APUs) ofertados por **CONINSA**. Esta revisión condujo a un incremento de la propuesta económica pues se definió que el material de terraplén debía traerse de fuera. En esta misma reunión **CERREJÓN** indicó*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

que estimaba iniciar las obras entre el 15 de octubre y el 1 de noviembre de 2010, una vez obtuviera la Licencia de Construcción.

15. *Como resultado de las reuniones del 30 de septiembre y del 11 de octubre de 2010, el día 13 de octubre de 2010 **CONINSA** entregó su oferta revisada para ejecutar las obras de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta, bajo los siguientes presupuestos esenciales:*

- (i) Las obras se desarrollarían en un plazo de nueve (9) meses.*
- (ii) Las obras se realizarían con un sistema de construcción industrializado cuya aplicación exige que se entreguen al Contratista los planos, diseños y especificaciones definitivos desde el inicio de la ejecución contractual.*
- (iii) Los dos Reasentamientos, Patilla y Chancleta, se construirían de manera simultánea e independiente para que ambos terminaran en el mismo momento.*
- (iv) Las obras se pagarían bajo la modalidad de precios unitarios.*
- (v) La mano de obra no calificada sería contratada con personal de la región para dar cumplimiento a lo establecido en el numeral 5.5. del Anexo A – Alcance de las Obras, y el Plan de Manejo Ambiental para la Fase de Construcción de los Reasentamientos de las comunidades de Patilla y Chancleta, documento que era vinculante para el Contratista.*
- (vi) El personal de producción sería en su mayoría subcontratado.*
- (vii) El porcentaje de anticipo solicitado sería del 15%.*

16. *Posteriormente, también atendiendo a las exigencias de **CERREJÓN, CONINSA** tuvo que disminuir el porcentaje del anticipo solicitado, rebajándolo del 15% a un 10%.*

17. *El día 28 de octubre de 2010, a través de la comunicación M&S DC-0391-10 con asunto "**Aceptación Oferta No. CON-00242010** / Para la Construcción de los Reasentamientos Patilla y Chancleta en el Complejo Carbonífero El Cerrejón", **CERREJÓN** aceptó la oferta presentada por **CONINSA**. Consecuentemente con la aceptación de la oferta, **CERREJÓN** le solicitó a **CONINSA** iniciar con todas*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

las gestiones necesarias para la coordinación y planeación del Proyecto.

- 18.** *Precisamente en atención a la solicitud hecha por **CERREJÓN**, **CONINSA** contrató personal y ejecutó diversas actividades encaminadas todas ellas a la coordinación y planeación de las obras de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta, como quiera que, según lo anotado por **CERREJÓN** (ver hechos 13 y 14 del presente numeral), las obras iniciarían a finales de octubre del año 2010, de manera que se disponía de un plazo muy breve para adelantar todas las actividades de traslado y los procesos de contratación de personal. Cabe recordar que el Anexo A entregado con la invitación a proponer, disponía que el Acta de Iniciación de las obras se suscribiría a más tardar a los cinco (5) días calendario siguientes contados desde la notificación de la aceptación de la oferta, es decir, para el caso, cinco (5) días calendario que debían contarse desde el 28 de octubre de 2010.*
- 19.** *No obstante lo anterior, lo cierto es que para el momento en que **CERREJÓN** aceptó la oferta de **CONINSA** y le solicitó que iniciara todas las gestiones necesarias para la coordinación y planeación del Proyecto, **CERREJÓN** ni siquiera había solicitado la licencia de construcción de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta y de los equipamientos comunitarios, por lo cual no podía iniciar las obras respectivas.*
- 20.** ***CERREJÓN** sólo vino a presentar la solicitud de la licencia de construcción el día 4 de noviembre de 2010, de manera que, estando obligada a suscribir el Acta de Iniciación, no podía hacerlo por no disponer de la licencia correspondiente, hecho este que constituyó el inicio de un largo rosario de incumplimientos que siguieron y se sucedieron a lo largo de la ejecución del Contrato e incluso después de ella.*
- 21.** *Al contrario que **CERREJÓN**, desde el momento mismo en que su oferta fue aceptada, **CONINSA** estaba lista para iniciar las actividades a su cargo, a tal punto que para el mes noviembre de 2010 ya tenía contratado el personal que se relaciona a continuación:*
- *Director de Construcciones: Diego Gómez*
 - *Director de Obra: Ramiro Aponte*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- *Director Administrativo: Leonardo Morales.*
- *Residente SISOMA: Adriana Carolina Royero.*
- *Residente de Urbanismo: Mónica Fernández*
- *Residente de Obra negra: Diego Molina.*

- 22.** ***CONINSA** le informó a **CERREJÓN** sobre la contratación de dicho personal, sobre las actividades que estaba adelantando y sobre los costos en los que estaba incurriendo en la ejecución de las gestiones necesarias para la coordinación y planeación del Proyecto. **CERREJÓN** por su parte, consciente de su incumplimiento, se limitó a indicar que era necesario revisar la manera de minimizar los costos, dado que la licencia de construcción se podía demorar días o meses, lo cual era incierto, más aún, si se tiene en cuenta que la solicitud de tal licencia solo había tenido lugar el 4 de noviembre de 2010.*
- 23.** *Fue solo hasta el 30 de diciembre de 2010, esto es, dos meses después de que aceptara la oferta de **CONINSA** y de que le solicitara dar inicio a todas las gestiones necesarias para la coordinación y planeación del Proyecto, que **CERREJÓN** obtuvo la Licencia de Construcción de los Reasentamientos. En efecto, la Secretaria de Planeación del Municipio de Barracas a través de las Resoluciones No. 009 de 2010 y No. 016 de 2010 concedió la Licencia de Construcción para los Equipamientos Comunitarios y la Licencia de Construcción del Proyecto de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta, respectivamente.*
- 24.** *Finalmente, el 11 de enero de 2011 **CERREJÓN** estuvo listo para firmar la versión escrita del Contrato de Obra No. CON-00242010 con **CONINSA**, el cual se había perfeccionado con la aceptación de la oferta por parte de **CERREJÓN** del 28 de octubre de 2010.*
- 25.** *De acuerdo con la cláusula 1 del Contrato de Obra No. CON-00242010 y el numeral 1.0 del Anexo A – Alcance de las Obras, el objeto del mismo fue el siguiente:*

"1.0. OBJETO DEL CONTRATO. El Contratista se obliga dentro de los términos y condiciones, que se indican más adelante en el presente documento y bajo su plena responsabilidad y dirección técnica a EJECUTAR LA CONSTRUCCIÓN DE:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- *86 VIVIENDAS CON UN ÁREA CONSTRUIDA APROXIMADA DE 86 M2 APROX.*
- *UNA SEDE EDUCATIVA DE 1603 M2 DE ÁREA CONSTRUIDA*
- *DOS CEMENTERIOS*
- *DOS PLAZAS ALREDEDOR DE LAS CUALES SE DISTRIBUYEN LAS VIVIENDAS QUE INCLUYEN DOS CENTROS COMUNITARIOS (UNO PARA CADA REASENTAMIENTO), DOS TARIMAS DE EVENTOS (UNA PARA CADA REASENTAMIENTO), TRES CANCHAS POLIFUNCIONALES DISTRIBUIDAS ASÍ: UNA PARA CADA CENTRO COMUNITARIO Y UNA PARA LA SEDE EDUCATIVA, TRES ZONAS DE JUEGOS INFANTILES DISTRIBUIDAS ASÍ: UNA PARA CADA REASENTAMIENTO Y OTRA PARA LA SEDE EDUCATIVA, ÁREAS VERDES Y SENDEROS PEATONALES*
- *DOS CANCHAS DE FÚTBOL*
- *UNA CICLO RUTA ALREDEDOR DE LAS CANCHAS DE FUTBOL Y LA SEDE EDUCATIVA*
- *LAS VÍAS DE ACCESO Y DE CIRCULACIÓN INTERNA*
- *LAS REDES DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO (INCLUYE LAS REDES DE CONDUCCIÓN DESDE LA PLANTA DE TRATAMIENTO DE AGUA POTABLE UBICADA EN EL REASENTAMIENTO ROCHE HASTA EL SITIO DE DISTRIBUCIÓN EN EL TANQUE ELEVADO DE PATILLA Y CHANCLETA Y EL SISTEMA DE TRATAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES)*
- *LAS REDES ELÉCTRICAS DE MEDIA Y BAJA TENSIÓN Y ALUMBRADO PÚBLICO*
- *LAS REDES DE VOZ Y DATOS DEL EQUIPAMIENTO COMUNITARIO*
- *EL SISTEMA DE AIRE ACONDICIONADO DE LA SEDE EDUCATIVA EN LAS ÁREAS DE SISTEMAS, AUDIOVISUALES Y LA BIBLIOTECA”.*

26. *Como se señaló anteriormente, en el Anexo A entregado con la Invitación a Proponer se estableció que el Acta de Iniciación de las obras debía suscribirse dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la notificación de la aceptación de la propuesta (28 de octubre de 2010), esto es, dicha Acta debía suscribirse a más tardar el 2 de noviembre de 2010.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*Sin embargo, con el fin de ocultar el innegable incumplimiento en el que había incurrido respecto de la fecha en que debía haberse suscrito el Acta de Iniciación de las Obras, **CERREJÓN**, después de haber aceptado la oferta de **CONINSA**, el día 11 de enero de 2011 unilateralmente, por sí y ante sí, modificó el Anexo A - Alcance de las Obras del Contrato y dispuso en su texto que el Acta de Iniciación de Obra debía suscribirse a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes al 12 de enero de 2011. Cabe reiterar que **CERREJÓN** había incumplido el plazo inicialmente establecido toda vez que no contaba con la licencia de construcción de las obras por haberla solicitado tardíamente.*

- 27.** *El 17 de enero de 2011 se levantó un Acta de Reunión en la cual se estableció que el inicio de las obras tendría lugar el 21 de enero de 2011.*
- 28.** *De acuerdo con el numeral 2.0 – Plazo de Programa de Ejecución, del Anexo A – Alcance de las Obras, la obra se ejecutaría en un plazo de nueve (9) meses contados a partir de la fecha fijada en el Acta de Iniciación de las Obras. En consecuencia, el plazo para entregar la totalidad de las obras objeto del Contrato No. CON-00242010, de no haber acontecido los incumplimientos de **CERREJÓN**, los cambios y las modificaciones a los diseños, planos y especificaciones de las obras, las críticas lluvias en volúmenes anormales y excepcionales a los que se sumaron las perversas interferencias de la interventoría, habría finalizado el 20 de octubre de 2011.*
- 29.** *De acuerdo con el plazo fijado, el Contratista presentó el Cronograma de ejecución de Obras, el cual fue elaborado bajo el presupuesto de que el sistema constructivo que se emplearía sería un sistema industrializado que permite aprovechar las curvas de aprendizaje de los obreros, aumentar sus rendimientos y planificar de mejor forma la adquisición de insumos y materiales. La adecuada aplicación de este sistema exige que entreguen al Contratista desde el inicio de la ejecución contractual la totalidad de los diseños, planos y especificaciones, como debe ser.*
- 30.** *Sin embargo, como se expone en los hechos subsiguientes, la planificación hecha por el Contratista resultó seriamente afectada desde el inicio mismo del Contrato, en razón de diversos hechos, circunstancias e incumplimientos de la Contratante que alteraron el*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

cronograma de obras, la secuencia constructiva y los plazos inicialmente establecidos, razón por la cual fue necesario prorrogar la entrega definitiva de las obras a través de diferentes otrosíes al Contrato.

- 31.** *En efecto, durante la ejecución del Contrato las partes suscribieron 10 Otrosíes, a través de los cuales además de ampliar los plazos de entrega de las obras, las modificaciones a los diseños, las obras adicionales a través de la aprobación de nuevos APUs, se establecieron los plazos para adelantar un proceso de negociación directa respecto de las reclamaciones presentadas por **CONINSA** y, en vista del desquiciamiento que había sufrido el contrato, se acordó someter las diferencias existentes entre las partes al juicio de un Tribunal de Arbitramento.*

5.3 DISEÑOS, OBRAS ADICIONALES Y MAYORES CANTIDADES DE OBRA

- 1.** *Desde la Etapa Precontractual, en el Anexo A de la Invitación a Presentar Oferta, **CERREJÓN** estableció que el Contratista estaba obligado a ceñirse a los diseños, planos y especificaciones entregados por el propio **CERREJÓN**, lo cual fue reiterado en el numeral 5.9 del Anexo A del Contrato:*

"5.9 Especificaciones Técnicas Aplicables y Planos de Construcción

Para la ejecución de la OBRA regirá el Anexo E – Especificaciones Técnicas de este Contrato, y los planos entregados por CERREJÓN al CONTRATISTA, los cuales hacen parte integrante de este Anexo, y a ellos deberá ceñirse el CONTRATISTA para la ejecución de la obra."
(resaltado fuera del texto)

- 2.** *Como se indicó en hechos anteriores, desde la misma etapa precontractual distintos oferentes identificaron numerosas inconsistencias en los diseños, planos y en las especificaciones de las obras, lo que condujo a que **CERREJÓN** a través de diversas adendas, hiciera modificaciones en los diseños, los planos, las especificaciones de las obras e incluso en las cantidades de obra a ejecutar.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- 3. Precisamente durante esa etapa y debido a las inquietudes formuladas por los oferentes respecto a la posibilidad de modificar los diseños y los planos entregados, **CERREJÓN** manifestó que los diseños y planos entregados no eran susceptibles de modificaciones o revisiones por parte de los proponentes (Adenda No. 2, respuesta a la pregunta 19) y, posteriormente, ratificó que "el Contratista no debe asumir errores asociados a los diseños" (Adenda No. 3 respuesta a la pregunta 14).*
- 4. En razón de lo anterior, fue claro desde el inicio del Contrato que el riesgo de los cambios de diseños, planos y especificaciones estaba en cabeza de **CERREJÓN**, empresa que tenía la obligación de entregar desde el inicio del Contrato, la totalidad de los planos, diseños y especificaciones, con el fin de que el Contratista pudiese proyectar adecuadamente su ejecución y pudiera aplicar o desarrollar el sistema constructivo industrializado sobre el cual había realizado su propuesta.*
- 5. Contrario al deber ser contractual, **CERREJÓN** entregó los planos, diseños y especificaciones de las obras tardíamente, de forma fraccionada y con errores e inconsistencias que afectaron los tiempos de ejecución de las obras y su costo, situación que se presentó durante toda la ejecución contractual.*
- 6. Además, por razón de las deficiencias encontradas en los mismos y por las solicitudes de la comunidad, **CERREJÓN** recurrentemente, desde el inicio hasta el final del Contrato, introdujo modificaciones a los planos, diseños y especificaciones de las obras, lo que ocasionó reprocesos y determinó la necesidad ejecutar mayores cantidades de obra y construir obras e ítems que no estaban previstos inicialmente que sumados excedieron en más del 50% las cantidades inicialmente establecidas en el Contrato.*
- 7. Tales eran las deficiencias de los diseños entregados por **CERREJÓN**, que incluso la primera actividad de la obra, con la que principiaba la secuencia constructiva, se vio gravemente afectada por un cambio de diseño que tuvo lugar única y exclusivamente por la defectuosa planeación de **CERREJÓN** y que marcó el inicio de una larga cadena de afectaciones y demoras imputables al Contratante.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*En efecto, de acuerdo con el diseño entregado por **CERREJÓN**, para los cimientos de la estructura de las viviendas sólo se requería realizar una pequeña excavación manual en el lugar de las vigas de cimentación, de modo que el resto del suelo nativo soportaría las estructuras. Sin embargo, ese diseño, responsabilidad de **CERREJÓN**, no tenía en cuenta que el suelo nativo no estaba en condiciones siquiera cercanas a las aptas para soportar las viviendas, por lo que, advertida en obra esa circunstancia, se hizo necesario modificar el diseño original para incluir, ya no una simple excavación manual, sino la excavación con retroexcavadora de la totalidad del suelo bajo las casas y el reemplazo del mismo mediante la utilización de un material de relleno tipo terraplén, escaso y de difícil consecución en el lugar de influencia del proyecto.*

*Como éste, fueron numerosos y constantes los cambios que **CERREJÓN** introdujo en los diseños, planos y especificaciones de las obras.*

- 8. La ejecución de las mayores cantidades de obra así como la construcción de obras e ítems adicionales no sólo alteraron el cronograma, sino la secuencia y metodología constructiva que tenía planeada el Contratista y los plazos previstos para cada una de las actividades que componían la programación de obra.*
- 9. Pero además de la afectación en tiempo, la ejecución de obras adicionales también implicó unos mayores costos financieros para **CONINSA** derivados de la demora de **CERREJÓN** en la aprobación de los nuevos Análisis de Precios Unitarios (APU) y el pago efectivo de las obras ejecutadas.*
- 10. En efecto, en diversas ocasiones, con el fin de no afectar el avance de las obras, garantizar su continuidad y sobre todo evitar su parálisis, **CONINSA** atendiendo las solicitudes de **CERREJÓN** y de la Interventoría, ejecutó múltiples obras e ítems adicionales, con los costos que ello suponía, bajo la creencia de buena fe de que éstas le serían pagadas oportunamente. Sin embargo, debido a las demoras de **CERREJÓN** respecto de la aprobación de los APUs, las obras fueron pagadas en algunos casos cinco (5) meses después de su ejecución y otras tantas aún no han sido pagadas.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- 11.** *De hecho, a la fecha de esta demanda, la sociedad extranjera sujeta a las leyes de Anguilla, no ha pagado la totalidad de las obras adicionales ni tampoco las mayores cantidades de obra ejecutadas por **CONINSA** en desarrollo del Contrato de Obra No. CON-00242010, a pesar de haber recibido dichas obras, de que las comunidades de Patilla y Chancleta estén disfrutando de las mismas y de las diversas reclamaciones presentadas por el Contratista respecto a su pago.*

- 12.** *Además de los hechos hasta aquí mencionados, el cronograma de ejecución de las obras también se alteró debido a la decisión unilateral de **CERREJÓN** de dar prioridad a las obras del Reasentamiento de Patilla sobre las obras del Reasentamiento de Chancleta. Esta decisión de la Contratante implicó que **CONINSA**, en la mitad de los trabajos, tuviera que reorganizar los recursos físicos, los recursos humanos, el suministro de materiales y, en general, los planes de obra, para poder atender dicha imposición.*

a. HECHOS RELACIONADOS CON LA PRESENCIA DE LLUVIAS EN VOLÚMENES ANORMALES Y EXTRAORDINARIOS

- 1. Las graves afectaciones provocadas por la entrega tardía, defectuosa y los recurrentes cambios introducidos en los diseños, planos y especificaciones, se vieron empeoradas por la Ola Invernal que se presentó en el país durante los años 2010 y 2011 que motivaron la declaratoria de un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional.*

- 2. A raíz de este fenómeno climático, en la zona de influencia del proyecto se presentaron lluvias en volúmenes completamente anormales y extraordinarios, que excedieron notablemente los promedios de precipitaciones en la región.*

- 3. Tal como se registró en los distintos informes de la obra, las intensas lluvias ocasionaron la saturación de materiales y excavaciones, retrasaron las actividades de relleno, dificultaron en extremo el suministro de insumos por el mal estado de las vías de acceso al Proyecto, hicieron necesaria la realización de actividades no previstas como la utilización de motobombas para evacuar el agua alojada en los sitios de obra y en no pocas ocasiones generaron la parálisis total de actividades constructivas, todo lo*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*cual, aunado a los problemas ya existentes por cuenta de **CERREJÓN**, continuó afectando el avance de las obras.*

4. *Las afectaciones provocadas por las lluvias se vieron agravadas por la falta de un sistema de descargue de las aguas del Proyecto, lo cual se debió a que nunca fue posible instalar las tuberías de descargue de las aguas en la zona prevista, porque **CERREJÓN**, incumpliendo el Contrato, jamás obtuvo el permiso requerido para la intervención de la vía nacional, donde cruzarían tales tuberías (ver hechos 6 a 14 del numeral 5.7. de esta demanda).*
5. *En la mayoría de los casos la lluvia o la simple amenaza de la misma eran motivo para que la Interventoría ordenara detener la ejecución de la totalidad de las obras. Adicionalmente, después de cada aguacero era necesario hacer la evacuación de agua para conservar el terreno y los materiales, pero además, la Interventoría ordenaba realizar la verificación de andamios y de la obra construida, todo lo cual implicaba nuevamente mayores tiempos de ejecución y la alteración de la programación de las obras.*

5.5 EJECUCIÓN DE LAS OBRAS, PERSONAL Y AMPLIACIÓN DE PLAZO

1. *Tal como se indicó en hechos anteriores, dando cumplimiento a lo establecido en el Plan de Manejo Ambiental, **CONINSA** elaboró su oferta bajo el presupuesto de que la mano de obra de oficiales (mano de obra calificada) sería mano de obra foránea llevada a la Guajira de ciudades como Medellín, Barranquilla, Valledupar y Bogotá, mientras la mano de obra no calificada, tales como ayudantes, sería contratada con personal local.*
2. *En este orden de ideas, los gastos de traslado, alojamiento y manutención del personal calificado fueron incluidos en los gastos generales dentro de la Oferta presentada por el Contratista. Sensus contrario, dentro de dicha oferta no se contempló, esto es, no se presupuestó, ni el transporte ni tampoco el alojamiento del personal no calificado, como quiera que dicha mano de obra era local y, por ende, no era necesario incluir estos rubros o costos dentro del presupuesto de las obras.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

3. *Cabe recordar, además, que los costos de la mano de obra fueron incorporados dentro de los costos directos de cada uno de los Precios Unitarios de la propuesta adjudicada.*
4. *Atendiendo las premisas anteriores, **CONINSA** subcontrató con varias empresas de la zona de influencia del Proyecto, la ejecución de distintas actividades del Contrato de Obra No. CON-00242010. Estas empresas a su vez incorporaron mano de obra no calificada local, cuyo trabajo estaba sujeto al control y vigilancia de los oficiales y de los profesionales que **CONINSA** había dispuesto para estos efectos.*
5. *Bajo este esquema, **CONINSA** estableció que la remuneración de sus subcontratistas se haría a precios unitarios, esto es, por las obras efectivamente ejecutadas.*
6. *Durante los meses de enero a junio de 2011, **CONINSA** contrató de manera directa e indirecta el personal que era necesario, de acuerdo al avance de obra proyectado en la oferta.*
7. *Debido a la entrega tardía, fragmentada y defectuosa de los diseños, planos y especificaciones, a los recurrentes cambios de los mismos, a la insuficiencia de la interventoría y las desmedidas exigencias de seguridad de la misma y a las lluvias en volúmenes anormales y excepcionales, desde el inicio del Contrato el avance de la obra fue inferior al previsto en la propuesta de **CONINSA** aprobada por la Contratante.*
8. *A raíz de lo anterior, desde el momento mismo en que se comenzaron a presentar las circunstancias que estaban afectando el avance de las obras, **CONINSA** le puso de presente a **CERREJÓN** que era indispensable revisar el programa de obra a fin de reflejar en éste los efectos programáticos de tales afectaciones.*
9. *Tal y como consta en el Acta de Comité de Seguimiento del 28 de febrero de 2011 **CONINSA** le informó a **CERREJÓN** que era necesario revisar el programa por las afectaciones derivadas del cambio en el diseño de la cimentación de las viviendas (ver hecho 7 del anterior numeral 5.3.), pero Cerrejón, con la insólita excusa de que ello afectaría el programa de control y seguimiento de la interventoría, se negó a modificar la programación de las obras.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- 10.** *El 29 de abril de 2011 **CERREJÓN** impuso de manera unilateral la priorización de las obras del Reasentamiento de Patilla sobre las casas del Reasentamiento de Chancleta, razón por la cual **CONINSA** nuevamente le reiteró la necesidad de modificar la programación de las obras, para reflejar esta exigencia y las afectaciones anteriores que para ese momento ya arrastraba el Proyecto.*
- 11.** ***CERREJÓN** tozudamente y a pesar de ser plenamente consciente de las afectaciones que venía presentando el Proyecto, mediante comunicación de 16 de mayo de 2011 se negó a realizar la reprogramación, pretextando nuevamente que ello afectaría el programa de control que ya había sido grabado en sus sistemas.*
- 12.** *La afectación del avance de las obras consecuencia de las circunstancias no imputables a **CONINSA** también afectó la remuneración de los subcontratistas en la medida en que su pago estaba atado a la cantidad de obra efectivamente ejecutada. Dado que la obra no avanzaba de acuerdo con lo previsto, los subcontratistas no obtenían la remuneración esperada y, por ende, desertaban del proyecto, circunstancia que se sumaba a las graves afectaciones que ya se estaban presentando, puesto que hacía necesario no sólo contratar nuevo personal que supliera el desertado sino que además implicaba demoras en las obras mientras el nuevo personal alcanzaba la curva de rendimiento óptimo.*
- 13.** *En los meses de enero a julio de 2011, en una semana podían presentarse en promedio treinta y un (31) retiros de los obreros o ayudantes de los distintos subcontratistas.*
- 14.** *Esta alta deserción de personal además de afectar el avance de las obras y, por ende, los plazos de ejecución de las mismas, generó igualmente mayores costos a **CONINSA** representados en los gastos en que dicha empresa incurría cada vez que una persona se vinculaba al proyecto y de forma casi inmediata se retiraba del mismo, gastos tales como afiliaciones, exámenes médicos, pagos de seguridad social y la entrega de dotaciones y elementos de protección, entre otros.*
- 15.** *Para evitar la deserción de personal, **CONINSA** modificó la modalidad de contratación y de pago de sus subcontratistas,*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

pasando de un sistema de remuneración de precios unitarios a una contratación que además de precios unitarios incluía el reembolso al subcontratista de la totalidad de los costos de personal, todo ello con el fin de garantizarles un ingreso mínimo que evitara la deserción de personal y garantizara su continuidad en obra.

- 16.** *A pesar de todos los esfuerzos de **CONINSA** en cuanto a sus subcontratistas, de cambiar sus modalidades de vinculación y de estar pagándoles una mayor remuneración, las afectaciones que se venían presentando a saber: la entrega tardía, fragmentada y defectuosa de los diseños, planos y especificaciones, los recurrentes cambios de los mismos, la insuficiencia del personal de Interventoría y sus desmedidas exigencias de seguridad, y las lluvias en volúmenes anormales y excepcionales, seguían impidiendo que las obras avanzaran de acuerdo con lo esperado.*
- 17.** *Dadas las constantes exigencias por parte de la Interventoría y de **CERREJÓN** en cuanto a la vinculación de un mayor número de personal, **CONINSA**, a fin de acelerar la ejecución de las obras y morigerar los impactos provocados por las circunstancias que vienen de mencionarse, desde el mes de mayo de 2011 debió vincular al Proyecto una mayor cantidad de mano de obra no calificada, la cual hubo de traer de otras ciudades como Medellín y Bogotá, porque **CERREJÓN** cuestionaba la mano de obra local por no ser lo suficientemente productiva.*
- 18.** *La vinculación de una mayor cantidad de mano de obra no calificada foránea implicó, de una parte, mayores costos derivados de la vinculación de un personal que no estaba previsto inicialmente y, de otra, que **CONINSA** tuviera que asumir los costos de alojamiento, traslado y alimentación de todo ese personal, costos que no habían sido incluidos en su oferta inicial dado que la propuesta de **CONINSA** se había construido bajo el presupuesto de que la demanda de mano de obra no calificada sería cubierta con personal de la zona tal como lo exigía el Plan de Manejo Ambiental (ver hechos 7, 9, 10, 11, 13 y 15 del anterior numeral 5.2.).*
- 19.** *La mayor contratación de mano de obra no calificada implicó a su vez la contratación de un mayor número de personal calificado, dado que un mayor número de obreros y ayudantes requería*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*necesariamente de un mayor número de oficiales de obra, personal adicional que tampoco estaba previsto en la oferta de **CONINSA**.*

- 20.** *Adicionalmente y por efecto del incremento de la mano de obra calificada y no calificada, también se incrementaron los costos administrativos, toda vez que fue necesario vincular una mayor cantidad de personal para atender aspectos administrativos relacionados con el desarrollo de las obras en actividades tales como la afiliación de trabajadores, el control del pago de la nómina, la revisión y pago de aportes parafiscales y ARL, las dotaciones, la carnetización, etc.*
- 21.** *A través de la comunicación PaCha-23-04-011-164 del 23 de mayo de 2011 **CONINSA** le comunicó formalmente a **CERREJÓN** los efectos que sobre la ejecución de las obras estaba teniendo la deserción de personal, los sobrecostos en los que estaba incurriendo por la contratación de mano de obra foránea y nuevamente le solicitó modificar el programa de obra.*
- 22.** ***CERREJÓN** a través de la Comunicación SOP-IP-108-2011 de 28 de mayo de 2011, finalmente accedió a modificar las fechas de entrega de las obras. En lugar de analizar e impactar el programa con las afectaciones que hasta ese momento habían tenido lugar, lo que hizo **CERREJÓN** fue imponer unas nuevas fechas de terminación de las obras a las cuales **CONINSA** imperativamente debía ajustarse. Es así como **CERREJÓN** amplió en dos (2) meses del plazo previsto para la entrega de las viviendas de Chanqueta (31 de diciembre de 2011) y según su caprichoso deseo ratificó que la fecha de entrega de las obras de Patilla se mantendría para el 30 de octubre de 2011.*
- 23.** ***CONINSA** elaboró una reprogramación de las obras del Contrato que, impactada por todas las circunstancias que hasta ese momento habían afectado la ejecución de las obras, arrojaba que la finalización de las mismas tendría lugar en el mes de febrero de 2012, esto es, cerca de 4 meses respecto del término de 9 meses inicialmente previsto, lo que evidencia por sí solo la grave afectación sufrida en términos programáticos y económicos.*
- 24.** *No obstante lo anterior, atendiendo las exigencias de **CERREJÓN** y el plazo fijado por este en la comunicación SOP-IP-108-2011 de 28 de mayo de 2011, **CONINSA** tuvo que ajustar el programa a las*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*fechas impuestas por **CERREJÓN**, según las cuales, las obras de Patilla debían concluir el 30 de octubre de 2011 y las obras de Reasentamiento de Chancleta el 31 de diciembre de 2011.*

25. *La programación de las obras, ajustadas las fechas impuestas por **CERREJÓN**, fue entregada por **CONINSA** a través de la comunicación PaCha 02-04-011-240 de 24 de junio de 2011.*

26. *Posteriormente, **CERREJÓN**, reconociendo que había exigido la contratación de un personal de producción adicional proveniente de otras regiones y de contera que era su obligación pagar dicho personal, través de la Comunicación SOP-IP-135-2011 de 1 de julio de 2011, aprobó el pago parcial de algunos de los mayores costos en que había incurrido **CONINSA** por la incorporación de mano de obra no calificada de ciudades como Medellín y Bogotá, reconociendo, en su momento, "(...) el 75% de los costos de alimentación y vivienda de 100 trabajadores que serán movilizados por **CONINSA** desde el interior del país y durante 100 días lo que corresponde a un valor de \$172.5M para acometer las obras del reasentamiento de Patilla".*

27. *Aunque el término adicional de dos (2) meses para el desarrollo de las obras de Chancleta había sido aprobado por la Contratante desde el mes de mayo de 2011, y pese a que ya en junio de 2011 el Contratista había ajustado y entregado la programación con dicho plazo, la nueva fecha prevista para la entrega de las obras sólo se formalizó el 21 de octubre de 2011 con la suscripción de Otrosí No. 4 en el cual se dispuso:*

*(i) Que **CERREJÓN** abonaría una cifra equivalente a \$172.500.000 por los gastos que hasta ese momento se habían generado por concepto de alojamiento y alimentación de cien trabajadores foráneos vinculados a la ejecución del proyecto de construcción del reasentamiento de Patilla y Chancleta. Esta suma debía ser pagada tras la firma del Otrosí, cosa que nunca hizo **CERREJÓN**.*

(ii) Que la vigencia del Contrato se modificaba quedando las siguientes fechas para la finalización de las obras:

- Octubre 31 de 2011: Entrega de Reasentamiento de Patilla.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- *Noviembre 30 de 2011: Entrega de Centro Educativo.*
- *Diciembre 31 de 2011: Entrega de Reasentamiento de Chancleta.*

*(iii) Que para efectos de la aplicación de multas por incumplimiento en la entrega de las obras, sólo se tendrían en cuenta las nuevas fechas impuestas por **CERREJÓN**, quedando modificada la fecha original de entrega, esto es, el 20 de octubre de 2011.*

- 28.** *La suscripción del Otrosí No. 4 y, por ende, la formalización de las nuevas fechas de entrega de las obras, tardó cerca de 5 meses debido a que **CERREJÓN** exigía a **CONINSA** que previa la suscripción de la modificación contractual renunciara a cualquier tipo de reclamación derivada de la suscripción del Contrato de Obra No. CON-00242010.*
- 29.** *A pesar de las presiones del Contratante, **CONINSA** no renunció a su derecho a la reclamación y el Contrato se prorrogó en los plazos ya indicados.*
- 30.** *Como ya lo había hecho antes, después de la ampliación de las fechas de entrega, tanto **CERREJÓN** como la Interventoría se dedicaron sistemáticamente a solicitar a **CONINSA** la vinculación de mayor personal al Proyecto con el fin de atacar simultáneamente todos los frentes de trabajo del Proyecto.*
- 31.** *Actuando de buena fe **CONINSA** continuó con la vinculación de personal adicional, confiando en que **CERREJÓN** reconocería los correspondientes sobrecostos de la aceleración y demás costos derivados de la alimentación, alojamiento y manutención de dicho personal adicional.*
- 32.** *En este orden, y frente a las continuas amenazas de ser sancionado que se sumaron a las solicitudes de aceleración, **CONINSA** tuvo que continuar con la vinculación de personal adicional, el cual se incrementó mes a mes se hasta llegar al número de 1107 obreros en el mes de octubre de 2011 manteniéndose en cifras altísimas hasta el mes de mayo de 2012.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

MES	PERSONAL ACTIVO
enero-11	18
febrero-11	80
marzo-11	228
abril-11	243
mayo-11	322
junio-11	418
julio-11	577
agosto-11	879
septiembre-11	1025
octubre-11	1107
noviembre-11	1059
diciembre-11	675
enero-12	938
febrero-12	791
marzo-12	696
abril-12	568
mayo-12	268

- 33.** *Este incremento del número de personal en el Proyecto implicó, como anteriormente se indicó, un incremento de los costos de Administración dado que fue necesario incorporar un mayor número de personas y equipos para el manejo de dicho personal.*
- 34.** *Debido a los devastadores efectos que sobre las finanzas del Contratista estaban generando los sobrecostos derivados de la mayor cantidad de personal que hubo necesidad de contratar y de los demás gastos asociados a dicha contratación, **CONINSA** solicitó ante el **CERREJÓN** el pago de estos sobrecostos y advirtió que la suma de \$172.500.000 millones a cuyo pago se había comprometido la Contratante desde el mes de mayo de 2011, no era suficiente en la medida en que el personal contratado había superado las 100 personas extras que inicialmente se habían previsto.*
- 35.** *A pesar de los ingentes esfuerzos económicos por parte del Contratista, el avance de las obras, si bien se incrementó un poco, no logró alcanzar los niveles esperados, es decir, que aun con mano de obra no calificada foránea, con un significativo mayor número de personal calificado y no calificado y con nuevos subcontratistas vinculados mediante formas más ventajosas para ellos, el avance de las obras no se incrementó lo esperable, lo cual se debió a que persistieron las afectaciones derivadas de la entrega*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

tardía, fragmentada y defectuosa de los diseños, planos y especificaciones, los recurrentes cambios de los mismos, la ejecución de obras e ítems adicionales así como de mayores cantidades de obra, los cambios impuestos en la forma de ejecutar las obras, la insuficiencia de la Interventoría y sus desmedidas exigencias, las lluvias en volúmenes anormales y excepcionales entre otras circunstancias ajenas al Contratista.

- 36.** *Por lo demás, el trabajo simultáneo de personal en los diversos frentes de trabajo, tal cual lo ordenaba la Interventoría, no solo no facilitaba el incremento del avance de obra sino que por el contrario la retrasaba, dado que algunas actividades no podían ejecutarse simultáneamente sin traslaparse o interferirse.*

5.6 HECHOS RELACIONADOS CON LA INSUFICIENCIA DE LA INTERVENTORÍA

- 1.** *Como se ha venido indicando, en medio de la caótica situación que enfrentaba el Proyecto por cuenta de los incumplimientos y las órdenes de **CERREJÓN**, la Interventoría en lugar de favorecer y agilizar los procedimientos de supervisión y los controles de seguridad, mantuvo un exiguo e insuficiente personal, que resultaba perverso de cara a las revisiones que debía realizar y a las exigencias y trabas completamente desmedidas e inusuales que impuso, todo lo cual entorpeció y afectó aún más el ya deteriorado desarrollo y avance de las obras.*
- 2.** *En efecto, a pesar de que el numeral 5.8 del Anexo A del Contrato preveía como una obligación de la Interventoría no entorpecer la ejecución de las obras, lo cierto es que desde el inicio mismo del Contrato la firma **AB Proyectos S.A.** desplegó una serie de prácticas inusuales para el control, la revisión y la supervisión de la ejecución de las obras de los Reasentamientos de Patilla y Chanqueta, entre otras, las siguientes:*
 - (i) Desarmar y volver a armar día a día cada uno de los andamios de la obra cuando estos ni siquiera habían sido movidos del lugar en el que quedaron la noche anterior y en el que la interventoría había aprobado previamente su instalación;*
 - (ii) Revisar la actividad de mampostería hilada por hilada intimidando a los contratistas, desconociendo que los ladrillos*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

instalados se fabrican de manera no industrializada y, por ende, las caras de la mampostería no son totalmente lisas y desconociendo también que este proceso se corrige en la actividad de pañete;

- (iii) Aunque la mampostería debía ser pañetada, la Interventoría exigía que la misma tuviera acabados como si estuviera a la vista;*
- (iv) Ordenar la demolición de trabajos por desviaciones mínimas y tolerables.*
- (v) Exigir desarmar y volver a armar la instalación de la armadura de acero cuando esta quedaba con una distancia de 2 o 3 milímetros de diferencia, desconociendo las tolerancias que estos hierros deben tener de acuerdo a la norma de construcción vigente NSR.*
- (vi) Exigir que una cuadrilla se encargara del armado de todos los andamios del Proyecto, lo cual era completamente ineficiente en vista de las dimensiones de la obra y de los varios frentes de trabajo que desarrollaban sus tareas simultáneamente.*
- (vii) Exigir, en días de lluvia, que todos los andamios estuvieran completamente secos, a pesar de que los trabajadores contaban con implementos antideslizantes.*
- (viii) No admitió el uso de escaleras para la ejecución de remates, retoques y trabajos menores; sino que exigió, aún para estas actividades, el uso de andamios.*
- (ix) Paralizar las revisiones cuando encontraba algún desperfecto, en vez de realizar una revisión completa de los pendientes.*

3. *Esta serie de exigencias y procedimientos excesivos de supervisión creados e impuestos por la Interventoría, no permitían que los trabajadores avanzaran en sus labores y, por ende, que la ejecución de las obras se adelantara de acuerdo con lo previsto en el cronograma de actividades.*

4. *Aunado a lo anterior, el personal dispuesto por la Interventoría para la supervisión del Contrato era exiguo y sólo tenía una dedicación*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

parcial puesto que dicho personal tenía también que atender y cumplir simultáneamente otras labores de supervisión respecto de otros Contratos de Obra distintos al Contrato No. 00242010.

- 5. La escasez e insuficiencia del personal dispuesto por la Interventoría era aún más dramática y perjudicial para la obra puesto que tenía que atender la multiplicidad de revisiones, controles y procedimientos exagerados e inusuales impuestos por la propia Interventoría.*
- 6. La situación se tornó aún más compleja, cuando el personal calificado y no calificado del Contratistas se incrementó exponencialmente dentro del Proyecto, hasta alcanzar un número de 1016 personas en aproximadamente 264 frentes de obra, y en contraste el personal de la Interventoría nunca se incrementó, desde el inicio fue insuficiente y durante los meses de agosto de 2011 a mayo de 2012 se tornó irrisorio.*
- 7. En efecto, la interventoría nunca incrementó su personal, el cual se mantuvo en un promedio de 11 personas para los dos asentamientos, es decir, menos de seis hombres por asentamiento, en un área de 14 hectáreas, lo que implicaba que el tiempo que demoraba cada revisión representada, mínimo, medio día esperando a que alguien de la interventoría apareciera a inspeccionar la actividad a ejecutar.*
- 8. Estas demoras ocasionadas por un personal interventor inverosímilmente escaso, desbordado por la magnitud de la labor que la misma firma interventora había dispuesto que debía realizarse con exigencias y procedimientos de supervisión exagerados, generaron mayores tiempos en la ejecución de cada una de las actividades, todo lo cual, aunado a los incumplimientos y órdenes de **CERREJÓN**, finalmente se tradujo en una afectación del cronograma y avance de obras y en cuantiosos mayores costos para el Contratista.*
- 9. En diversas oportunidades el Contratista le puso de presente a **CERREJÓN** la necesidad de que la Interventoría contara con un mayor número de personal capaz de atender la multiplicidad de requerimientos de más de 1.000 obreros en 14 hectáreas de terreno (140.000 metros cuadrados) y 264 frentes de obra de diversas actividades, sin embargo, no obtuvo respuesta de su parte.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- 10.** *Aparte de estas revisiones o prácticas exageradas, los tiempos impuestos para las actividades de seguridad industrial (**SISO**) resultaron también excesivos y desbordaron cualquier prudente previsión que pudiera tener el Contratista al respecto.*

5.7 OTROS INCUMPLIMIENTOS DE CERREJÓN QUE AFECTARON LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS

- 1.** *De acuerdo con lo previsto en el subtítulo "Materiales" del numeral 6.0 del Anexo A del Contrato, era responsabilidad del Contratista el suministro de todos los materiales, excepto aquellos que **CERREJÓN** debía suministrarle. Dispone al respecto el aparte mencionado lo siguiente:*

*"El contratista deberá suministrar todos los materiales requeridos para las OBRAS incluidos todos los materiales como cementos, agregados pétreos (arena, arenilla etc.), ladrillo macizo prensado, bloques de cemento, acero de refuerzo, etc. **excepto aquellos listados bajo el numeral 8.0 SUMINISTROS A CARGO DE CERREJÓN del presente Documento, los cuales serán utilizados en los casos en que CERREJÓN o la INTERVENTORÍA los autoricen**" (resaltado fuera de texto).*

- 2.** *En consonancia con lo anterior, en el numeral 8.0 SUMINISTROS A CARGO DE **CERREJÓN**, ordinal 8.5. del Anexo A se estableció:*

*"**CERREJÓN** suministrará el material agregado exclusivamente requerido para la ejecución de la OBRA, el cual será entregado en sus plantas de trituración dentro de La Mina operada por la firma **CONCIVILES S.A. (...)**".*

- 3.** *Atendiendo lo dispuesto en las cláusulas mencionadas, **CONINSA** no contempló dentro de su oferta la compra del material de agregados sino únicamente el costo del transporte de dicho material desde la mina hasta el sitio de las obras, dado que el suministro del mismo estaba a cargo de **Cerrejón**, como lo reiteró esta empresa durante las reuniones que se adelantaron para revisar la oferta de **CONINSA**.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

4. *No obstante la claridad con que se estableció la obligación de suministro de agregados gruesos a cargo de **CERREJÓN**, esta empresa incumplió con su deber contractual toda vez que no suministró a **CONINSA** dicho material durante varios meses del año 2011 lo que implicó nuevos atrasos en la ejecución de las obras atribuibles a la Contratante.*
5. *Confesando su incumplimiento, mediante la comunicación del 12 de diciembre de 2011 **CERREJÓN** autorizó a **CONINSA** para que consiguiera los agregados con un nuevo proveedor. No bastándole incumplir su obligación, **CERREJÓN** tampoco pagó oportunamente los costos no previstos en que tuvo que incurrir **CONINSA** para obtener los agregados con otro proveedor, pues que sólo hasta el 11 de mayo de 2012, con la suscripción del Otrosí No. 8, tuvo a bien adicionar el suministro de los agregados al alcance del Contrato. De manera que el Contratista además tuvo que financiarle dicho suministro durante varios meses.*
6. *Otra de las obligaciones a cargo de **CERREJÓN** era la de tramitar ante el Instituto Nacional de Vías el permiso necesario para que el Contratista pudiera intervenir la vía nacional con las obras de cruce para la instalación de las tuberías de descarga de aguas lluvias y aguas provenientes de la PTAR, con el fin de hacer las conexiones de los desagües y el vertimiento de aguas de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta.*
7. *Durante la ejecución del Contrato No. CON- 00242010, **CONINSA** le indicó a **CERREJÓN** la necesidad de obtener dicho permiso con el fin de poder hacer las conexiones y desagües indispensables para evitar la inundación del terreno en el que se desarrollaban las obras, más aun cuando los diseños hidráulicos entregados para el manejo de las aguas dentro del Proyecto fueron absolutamente insuficientes y equivocados.*
8. *Como atrás se indicó (ver el anterior numeral 5.4.) la tramitación del permiso y la ejecución de estas obras era aún más esencial debido a que en el 2011, año durante el cual se desarrolló el 67% de las obras, el país estaba sufriendo la más fuerte ola invernal de las últimas décadas, bajo la cual los niveles de las precipitaciones se incrementaron por fuera de toda previsión, afectando considerablemente las actividades de construcción.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

9. *Consciente de su obligación, **CERREJÓN** se refirió a la importancia de obtener el permiso ante el Inviás y en tal sentido a través de la comunicación CE-31231-081-PCH de 16 de mayo de 2011 le informó a **CONINSA** que estaba tramitando el permiso respectivo, el cual demandaría un tiempo aproximado de 45 días.*
10. *En ninguna comunicación **CERREJÓN** manifestó que no se realizaría la instalación de las tuberías en el cruce de la vía nacional o que tenía inconvenientes para la obtención del correspondiente permiso. Por el contrario, en todo momento siguió informando que el trámite estaba en curso y que se tenía prevista la pronta obtención del permiso, tal como consta en el correo electrónico del 24 de agosto de 2011, en el que **CERREJÓN** señaló que "Al respecto del permiso de INVÍAS les comento que esta entidad está solicitando unas aclaraciones al documento que revisaremos y enviaremos esta semana. Esperemos con esto que en 15 días más ya sea aprobado".*
11. *Bajo la confianza de que **CERREJÓN** honraría su obligación y obtendría el permiso respectivo, **CONINSA** contrató a la empresa RESTITUBOS S.A.S. la maquinaria necesaria para hacer la intervención de la vía nacional y adicionalmente adquirió las tuberías que iban a ser instaladas.*
12. *Aunque la maquinaria estuvo disponible, dado que **CERREJÓN** no cumplió con su obligación de obtener el permiso requerido, no se pudo realizar la intervención sobre la vía nacional, pero en cambio **CONINSA** sí tuvo que asumir el costo de la maquinaria e insumos así como el tiempo de inproductividad de los equipos.*
13. *Como ya se indicó, en razón de las intensas lluvias en la región, las obras de construcción de los Reasentamientos de Patilla y Chanleta se vieron seriamente afectadas, dado que no era posible realizar labores tales como cimentaciones, excavaciones, rellenos tanto para las viviendas de los dos Reasentamientos como para las obras de urbanismo.*
14. *Tal como consta en el acta suscrita el 16 de julio de 2012, **CERREJÓN**, a través de la Interventoría, admitió su incumplimiento, recibió del Contratista los insumos que no se pudieron instalar por la no obtención del permiso del INVÍAS y se*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

comprometió a pagar el valor de dichos insumos, lo cual, sin embargo, nunca hizo.

- 15.** *De otra parte, y aunado a todo lo que se ha venido describiendo en los hechos anteriores, **CERREJÓN** también incumplió lo previsto en la cláusula 12 del Contrato Obra No. CON-00242010 respecto del pago de las facturas. En efecto, la mencionada cláusula 12 establecía que para la presentación de las facturas, el Contratista debía elaborar conjuntamente con la Interventoría un Acta Mensual de Obra contentiva de las cantidades de obra que debían ser pagadas. Una vez revisada el Acta por parte de **CERREJÓN**, el Contratista debía presentar la factura correspondiente la cual debía ser pagada al mes calendario de recepción de la misma.*
- 16.** *Pese a lo establecido en el Contrato, en diversas oportunidades el pago de las facturas presentadas por **CONINSA** no se efectuó dentro de los plazos contractualmente establecidos, lo cual generó perjuicios al Contratista, afectando seriamente en sus finanzas por lo que hasta ese momento había sido la ejecución del Contrato de Obra CON -00242010.*
- 17.** *Para el mes de octubre de 2011, dada la alteración del cronograma de obras por las persistentes modificaciones e inconsistencias en los diseños, planos y especificaciones y demás incumplimientos de **CERREJÓN, CONINSA** a través de la comunicación PaCha 27-10-011-471 de 27 de octubre de 2011 solicitó que se ampliara nuevamente el plazo de entrega de las obras.*
- 18.** *Paralelamente y dado que **CERREJÓN** ni siquiera había dado cumplimiento a lo establecido en el Otrosí No. 4, **CONINSA** a través de la comunicación PaCha-24-11-011-531 de 24 de noviembre de 2011, presentó reclamación, exponiendo a **CERREJÓN** las razones por las cuales los plazos de ejecución de las obras se habían visto afectados, se habían generado sobrecostos en diferentes actividades y rubros y, en general, se había roto la ecuación económica bajo la cual había sido celebrado el Contrato.*
- 19.** *Precisamente con el fin de tener un tiempo para estudiar la reclamación presentada por el Contratista, las partes suscribieron el Otrosí No. 6 al Contrato de Obra No. CON-00242010. El texto de este Otrosí fue firmado el 29 de diciembre de 2011 por **CERREJÓN***

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*y el 30 de diciembre de 2011 por **CONINSA**. En dicho Otrosí No. 6 las partes acordaron modificar la fecha de vigencia del Contrato para el 31 de enero de 2012 con el fin de que **CONINSA** continuara con la ejecución del Contrato, mientras se analizaba su reclamación durante el mes de enero de 2012.*

- 20.** *La reclamación de **CONINSA** fue contestada por **CERREJÓN** a través de la comunicación SOP-IPIS-001-2012 de 5 de enero de 2012. En su respuesta, **CERREJÓN** negó el reconocimiento de los mayores costos reclamados por el Contratista; sin embargo, admitiendo que había conocido y aprobado la contratación de personal foráneo, señaló que era necesario contar con los soportes de dichos trabajadores a efectos de poder hacer cualquier pago.*
- 21.** *Nuevamente, actuando de forma diligente y de buena fe, **CONINSA** entregó los soportes de su reclamación (mayores costos de personal y mayores costos administrativos) a través de la comunicación PaCha-31-01-011-611 del 30 de enero del 2012.*
- 22.** *No obstante que **CONINSA** entregó debidamente soportadas sus reclamaciones respecto a la mayor cantidad de personal que fue necesario contratar y los consecuentes mayores costos administrativos, **CERREJÓN** no hizo ningún pago por estos conceptos al Contratista.*
- 23.** *Posteriormente, como resultado de las negociaciones adelantadas en el marco del Otrosí No. 6, las partes decidieron ampliar nuevamente el plazo de entrega de las obras. Así en efecto, a través del Otrosí No. 7 al Contrato de Obra No. CON-00242010 suscrito el día 6 de febrero de 2012, se acordó:*

 - 1.** *Que las obras del reasentamiento Patilla que incluían 46 unidades de vivienda, el centro educativo y las actividades que de acuerdo a lo previsto en el Contrato y sus otrosíes constituyen su objeto, se debían entregar el 22 de marzo de 2012.*
 - 2.** *Que las obras del Reasentamiento Chancleta, que incluían 40 unidades de vivienda, y las actividades que de acuerdo a lo previsto en el Contrato y sus otrosíes constituyen su objeto, se debían entregar el 15 de mayo de 2012.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- 3. Igualmente se acordó que **CERREJÓN** no haría efectiva la retención por multas por la no entrega de las obras dentro de los plazos señalados en el Otrosí 4, si el Contratista finalizaba las obras en los nuevos plazos señalados (22 de marzo y 15 de mayo de 2012).*
- 4. Las partes también acordaron revisar nuevamente la reclamación presentada por **CONINSA** fijando como plazo máximo para su estudio el 22 de marzo de 2012.*
- 24. Durante el mes de febrero de 2012 y hasta la fecha límite establecida en el Otrosí No. 7 (22 de marzo de 2012), representantes de **CONINSA**, de **CERREJÓN** y de la Interventoría, sostuvieron reuniones en las cuales se discutió la reclamación presentada por el Contratista.*
- 25. Dado que no hubo un acuerdo sobre la totalidad de los rubros de la reclamación, pues **CERREJÓN** aceptó pagar algunos e infundadamente se negó a pagar otros, se acordó que las partes someterían sus controversias a un Tribunal de Arbitramento.*
- 26. Entre los meses de febrero a mayo de 2012, se suscribieron los Otrosíes 5, 8 y 9 al Contrato de Obra No. CON-00242010 a través de los cuales se incluyeron nuevos ítems en el Anexo A y nuevos precios unitarios en el Anexo B del Contrato relativos a obras e ítems adicionales.*
- 27. En cumplimiento de lo establecido en el Otrosí No. 7, **CONINSA** hizo entrega de las obras del Reasentamiento de Patilla el 22 de marzo de 2012.*
- 28. Igualmente, el 15 de mayo de 2012, dentro del plazo establecido en el Otrosí No. 7, **CONINSA** hizo entrega de las obras del reasentamiento de Chancleta.*
- 29. De acuerdo con lo establecido en el Otrosí No. 7, dado que las obras se habían entregado en los plazos acordados en el mismo, **CERREJÓN** tenía la obligación de reembolsar las sumas que por concepto de multas había descontado de las actas de pago Nos. 7 y 9. Nuevamente **CERREJÓN** optó por desconocer sus obligaciones y no reembolsó las sumas adeudadas al Contratista.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

30. *Posteriormente, el día 14 de junio de 2012 se suscribió entre las partes el Otrosí No. 10 al Contrato de Obra No. CON-00242010 a través del cual se estableció la cláusula arbitral.*
31. *Honrando sus compromisos, una vez entregadas las obras de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta y una vez dichas obras fueron entregadas a las comunidades beneficiarias, **CONINSA** atendió todas y cada una de las solicitudes postventa efectuadas por los beneficiarios.*
32. *A pesar de haber recibido las obras y de haber hecho entrega de ellas a las comunidades, **CERREJÓN** se negó arbitrariamente a expedir el certificado de aceptación definitiva de las obras, lo que constituyó un incumplimiento más del Contratante a lo pactado en el Contrato No. 00242010.*

5.8 ETAPA FINAL DEL CONTRATO

1. *De acuerdo con lo establecido en el literal f) de la cláusula 12.2 del Contrato de Obra No. CON-00242010, al finalizar las obras y para el pago final de las mismas, el Contratista debía presentar un Acta Final de Pago, que debía incluir todos los trabajos debidamente ejecutados y que no se hubieren facturado hasta ese momento.*
2. *En cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula mencionada, a través de la comunicación PaCha-19-07-2012-820 de 11 de julio de 2012, **CONINSA** envió a **CERREJÓN** el primer cuadro de obras no previstas ya ejecutadas con su respectivos Análisis de Precios Unitarios.*
3. *De igual manera a través de comunicación PaCha-25-07-2012-828, **CONINSA** envió a **CERREJÓN** el cuadro de las cantidades de obra no previstas o mayores cantidades de obra a las contratadas ya ejecutadas y no pagadas para su análisis, aprobación y pago correspondiente.*
4. *Nuevamente a través de la comunicación PaCha-19-07-2012-900 el Contratista insistió en el pago de las obras no previstas ejecutadas y de las mayores cantidades de obra.*
5. *El 19 de septiembre de 2012 **CONINSA** través de la Comunicación CRH-Pacha-913, presentó a **CERREJÓN** el Acta de Cobro No. 19 a*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

través de la cual efectuó el cobro de obras ejecutadas y no pagadas. A dicha acta se anexaron todos los soportes de ejecución de las mencionadas obras.

- 6.** *Posteriormente, mediante la comunicación Pacha-02-010-2012-914 de 5 de octubre de 2012, **CONINSA** presentó el Acta de Cobro No. 20 a través de la cual efectuó el cobro de otras obras ejecutadas y no pagadas por **CERREJÓN**. El Acta de Cobro No. 20 se acompañó de todos los soportes que daban cuenta de las obras cuyo pago se reclamaba así como de la Factura No. 254149 por valor de mil doscientos treinta y dos millones trescientos cuarenta y siete mil ciento cincuenta y ocho pesos (\$1.232.347.158,00).*
- 7.** *Posteriormente, a través de la comunicación Pacha-02-010-2012-919 del 9 de octubre de 2012, **CONINSA** nuevamente remitió el Acta de Cobro No. 19 y acompañó la Factura No. 254199, por valor de mil ciento ochenta y cinco millones trescientos treinta y siete mil cuatrocientos cinco pesos (\$1.185.337.405,00).*
- 8.** *Una vez presentadas las mencionadas facturas, **CERREJÓN** a través de la comunicación SOP-IMIS-123-2012 del 9 de octubre de 2012, señaló que no pagaría el Acta de Pago No. 19, pero no hizo devolución de las facturas entregadas por **CONINSA**.*
- 9.** *A través de la comunicación SOP-IMIS-140-2012 del 26 de noviembre de 2012, **CERREJÓN** indicó, de forma contraria a la realidad y a los soportes presentados por el Contratista, que las Actas de Pago Nos. 19 y 20 no tenían los soportes necesarios para proceder a su pago.*
- 10.** *A través de la comunicación de octubre 24 de 2012 (recibida por **CONINSA** el 29 de octubre de 2012), **CERREJÓN** hizo devolución extemporánea de las facturas No. 254149 y No. 254199 las cuales estaban plenamente aceptadas por la Contratante dado que su devolución se efectuó por fuera del término legal de diez (10) días que para ese momento establecían expresamente las normas comerciales.*
- 11.** *Posteriormente en diversas oportunidades y a través de un cruce de comunicaciones **CONINSA** devolvió las facturas a la Contratante y, por su parte, **CERREJÓN** las regresó a la Contratista.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- 12.** *No obstante que **CERREJÓN** alegó en sus comunicaciones que había realizado el pago de las obras ejecutadas y no pagadas contenidas en las Actas de Pago No. 19 y 20, jamás pudo demostrar su dicho, de manera que su incumplimiento devino en una simple y pura conducta morosa.*
- 13.** *Otra de las obligaciones a cargo de **CERREJÓN** durante la etapa final del Contrato, era la de restituir al Contratista el valor de la retención o depósito en garantía, el cual, de acuerdo con el literal c) de la Cláusula 12.2 del Contrato, correspondía a un 10% del valor neto de cada Acta Mensual de Pago, suma que para el mes de mayo de 2012 ascendía a dos mil trescientos setenta y un millones seiscientos veintiséis mil novecientos setenta y seis pesos (\$2.371.626.976).*
- 14.** *Según lo dispuesto en el literal c) de la cláusula 12.2 del Contrato, la devolución a **CONINSA** de la suma retenida como depósito en garantía debía efectuarse con el pago final de las obras, el cual de acuerdo con lo regulado en el literal f) de dicha cláusula debía efectuarse "Al finalizar la ejecución de la obra". A su vez la única condición establecida contractualmente para la restitución del depósito en garantía consistía en la entrega de los planos As Built de las obras ejecutadas de conformidad con lo establecido en el numeral 5.10 del Anexo A del Contrato.*
- 15.** *A pesar de que **CONINSA** entregó los planos As Built recién terminadas las obras, **CERREJÓN** se negó a efectuar la restitución de la retención en garantía pretextando que debían cumplirse requisitos que no eran exigidos para dicha restitución, como era que el Contratista presentara los documentos a que se refiere el literal e) de la cláusula 12.2 del Contrato, entre ellos el certificado de aceptación definitiva de las obras –que **CERREJÓN** infundadamente se negó a expedir– y una comunicación del Contratista renunciando a realizar reclamaciones futuras a **CERREJÓN**.*
- 16.** *A través de la comunicación PACHA-18-01-2013-003 del 18 de enero de 2013, **CONINSA**, se opuso a la arbitraria decisión de **CERREJÓN** de no reembolsar la retención en garantía, exponiendo las razones por las cuales la obligación era clara y se habían cumplido las condiciones para que se efectuara el reembolso.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

17. *A la fecha, habiendo transcurrido más de cinco (5) años desde la finalización de las obras, **CERREJÓN** no ha pagado la suma correspondiente a la retención en garantía, lo que evidencia una vez más la gravedad de su conducta y de sus incumplimientos y su enriquecimiento a costa del Contratista.*
18. *El 13 de febrero de 2013 mediante Comunicado PaCha-30-01-013-004 **CONINSA** presentó por tercera vez a **CERREJÓN** su reclamación actualizada por los perjuicios derivados de la mayor permanencia en obra y los sobrecostos en los que incurrió en la ejecución de las obras de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta. No se obtuvo respuesta por parte de **CERREJÓN**.*
19. *Como consecuencia de los hechos anteriores, jurídicamente reprochables, el Contratista se vio precisado a una Mayor Permanencia en Obra por aproximadamente 6.5 meses, que de no haber sido por las medidas de aceleración y los inmensos esfuerzos y sacrificios de **CONINSA** habría sido mucho mayor de lo que finalmente fue. Tal mayor permanencia, que no fue de poca monta dado el término original del contrato, le generó mayores costos de personal, equipos, mayores costos administrativos, mayores costos financieros y mayores costos de oficina.*
20. *No obstante las reclamaciones presentadas a **CERREJÓN** dicha empresa no pagó ninguna suma de dinero por concepto de los sobrecostos de personal, a pesar de que fue ella quien directamente y a través de la interventoría requirió en múltiples ocasiones que **CONINSA** incrementara el personal calificado y no calificado en los distintos frentes de obra, y estuvo en todo momento informada de los sobrecostos que ocasionaba la vinculación de dicho personal.*
21. *Es claro que durante la ejecución del Contrato de Obra No. CON-00242010 se efectuaron numerosos cambios de diseños, modificaciones al alcance de las obras tanto por parte de **CERREJÓN** como de la Interventoría, que excedieron las condiciones físicas y económicas contempladas en la oferta de **CONINSA**. Igualmente es claro que en el curso de la ejecución contractual diversas circunstancias y hechos, ninguno de ellos imputables al Contratista, afectaron el plazo contractual y generaron la mayor permanencia del mismo en obra, lo que desde luego implicó mayores costos directos e indirectos.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*Adicionalmente, para superar los efectos de esas circunstancias no imputables a **CONINSA**, esta empresa atendiendo las exigencias de **CERREJÓN** y de su Interventoría se vio compelida a contratar un personal de producción adicional al previsto en su oferta, lo cual supuso unos inmensos sobrecostos.*

*Todo lo anterior hizo que el sinalagma contractual y la ecuación económica que se proyectaron con la oferta resultaran rotos en contra de los intereses del Contratista, que no sólo permeó su utilidad sino que terminó costeando una gran pérdida económica para lograr culminar las obras dentro del plazo previsto en atención del interés de **CERREJÓN**.*

8.3.- Excepciones de Mérito formuladas por la Parte Convocada a la Demanda Reformada.

En el escrito de contestación de la demanda, la parte convocada propuso como excepciones

- 1.- Inexistencia de incumplimiento del contrato CON-00242010 por parte de CERREJON.*
- 2.- Inexistencia de enriquecimiento sin causa.*
- 3.- Inexistencia de abuso de la posición dominante en el contrato, imputada por CONINSA a CERREJON.*
- 4.- Inexistencia de circunstancias imprevisibles.*
- 5.- No exigibilidad de la devolución de las sumas retenidas por CERREJON a título de garantía pactada en el contrato.*
- 6.- Excepción de contrato no cumplido.*
- 7.- Excepción de ausencia de buena fe en las reclamaciones de CONINSA. Falta de seriedad de ellas. Inexistencia o falta de causa de las sumas que se reclaman.*
- 8.- Excepción de ir en contra de sus propios actos.*
- 9.- Excepción de inexistencia en la contabilidad de CERREJON de las facturas 254149 y 254199 y, en subsidio, la de caducidad de la acción cambiaria.*
- 10.- Excepción de pago.*
- 11.- Excepción de transacciones parciales.*
- 12.- Excepción de conocimiento previo y concreto de la zona, de su entorno social y laboral y las condiciones en que se ejecutaría el contrato.*
- 13.- Excepción referente a que CONINSA no puede beneficiarse de su incuria y deficiente estudio de la oferta y ejecución del contrato.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

14.- Excepción referente a que CERREJON no está obligada a reconocer suma alguna a CONINSA por los mayores costos, debido a que tuvieron como causa la propia conducta de CONINSA.

8.4.- Demanda de Reconvención. Pretensiones de la Parte convocada:

"I.- CON RELACIÓN A LAS MULTAS.

Primera.- Se declare que la sociedad CONINSA RAMON H. S.A., incumplió sus obligaciones de contratista constructora establecidas en el contrato de obra CON-0024210 que celebró con CARBONES DEL CERREJON LIMITED el 11 de enero de 2011, al no cumplir con los plazos y programa de ejecución de la obra y otras obligaciones establecidas en el contrato y sus diferentes otrosis.

Segunda.- Que como consecuencia de lo anterior se declare que CARBONES DEL CERREJON LIMITED procedió correctamente a imponer y notificar a CONINSA RAMON H S.A. las multas, de conformidad con lo pactado en EL ANEXO A, cláusula 11.1 del contrato de obra, que ascendieron a la suma de OCHOCIENTOS CINCO MILLONES DE PESOS (\$805.000.000).

Tercera.- Que se declare que CONINSA RAMON H. S.A. incumplió la condición pactada con CARBONES DEL CERREJON LIMITED, en el otrosí # 7 de 6 de febrero de 2012, para que no se le cobraran algunas de las multas causadas por el incumplimiento del contrato de obra CON- 0024210.

Cuarta.- Que como consecuencia de la declaraciones anteriores se condene a CONINSA RAMON H. S.A. a pagar a CARBONES DEL CERREJON LIMITED la suma de OCHOCIENTOS CINCO MILLONES DE PESOS (\$805.000.000), valor correspondiente a las multas impuestas, más la correspondiente actualización desde la fecha de la imposición de cada multa hasta la fecha de presentación de esta demanda y de allí en adelante los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley y hasta cuando el pago se efectúe.

II.- CON RELACIÓN A MAYORES PERMANENCIAS Y LOS TRABAJOS NO EJECUTADOS

Primera.- Que se declare que CONINSA RAMON H. S.A., debe asumir y pagar a CARBONES DEL CERREJON LIMITED todos los

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

costos en que tuvo que incurrir CARBONES DEL CERREJON LIMITED, por mayores tiempo de obra tales como ampliación del plazo del contrato de interventoría, prorroga de los seguros, costos administrativos del personal asignado al proyecto, pagos a las familias de los reasentamientos por la demora en la entrega de las casas , costos de los contratistas que culminaron las obras no ejecutadas por CONINSA RAMON H y atendieron las garantías de post venta y en general al pago de cualquier suma que indemnice a CARBONES DEL CERREJON por dichos perjuicios.

Segunda.- *Que se condene a CONINSA RAMON H. S.A a pagar las sumas a que se refiere el numeral anterior, actualizadas desde la fecha en que se hicieron los respectivos desembolsos y de allí en adelante los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley y hasta cuando el pago se efectúe.*

Tercera.- *Que se declare que de conformidad con el ANEXO C, Cláusula Segunda, del Contrato de Obra CON-0024210, CARBONES DEL CERREJON LIMITED tiene derecho a deducir del depósito en garantía, todas las sumas que sean consecuencia del incumplimiento de CONINSA RAMON H. S.A. y que se impongan en el laudo.*

III.- *Que se condene a la sociedad CONINSA RAMON H. S.A. al pago de las costas del presente proceso."*

8.5.- Hechos de la Demanda de Reconvención:

1.- CARBONES DEL CERREJON LIMITED y CONINSA RAMON H. S.A. perfeccionaron el día 11 de enero de 2011, contrato de construcción de obra identificado como CON- 00242010, el cual contenía varios anexos.

2.- En el desarrollo del contrato se presentaron diversos incumplimientos por parte de CONINSA, y como consecuencia de los mismos, de acuerdo con el Anexo A, cláusula 11.1 del contrato, se impusieron a CONINSA varias multas, que a 31 de enero de 2012 ascendieron a OCHOCIENTOS CINCO MILLONES DE PESOS (\$805.000.000).

3.- En el otrosí # 7 del 6 de febrero de 2012 CERREJON y CONINSA acordaron que si se entregaban las obras de los

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

asentamientos de Patilla y Chancleta terminadas para el 22 de marzo de 2012 las primeras y el 15 de mayo de 2012 las segundas, las multas impuestas derivadas de la no entrega de las obras en los plazos inicialmente pactados no se aplicarían.

4.- Se pactó en el citado otrosí que: "Si el contratista incumple cualquiera de las fechas de entrega aquí indicadas, las multas previstas en el contrato se aplicarán a partir de las fechas pactadas en el otrosí # 4, esto es octubre 31 de 2011 para Patilla y diciembre 31 de 2011 para Chancleta".

5. El parágrafo segundo del otro si No 7 expresamente estableció que: "Las partes dejan expresa constancia que lo pactado en el parágrafo primero anterior, en ningún caso podrá entenderse como allanamiento o aceptación por parte de CERREJON a la no entrega por parte del CONTRATISTA del proyecto dentro de los plazos pactados en el Otro si No. 4, (...)"

6. Los continuos incumplimientos de CONINSA en el cronograma y plazos de duración de la obra, hicieron necesarios los diferentes otrosis prorrogando el plazo y programa de ejecución, con la previsión que en caso de incumplimiento de las nuevas fechas se tenían como máximas para efectos de aplicación de multas por este tema, las pactadas en el otrosí # 4.

7. – CONINSA no cumplió con la entrega prevista en las fechas pactadas y no terminó las mismas.

8.- Lo anterior caso determinó que CARBONES DE CERREJON tuviera que asumir diversas erogaciones a CARGO DE CONINSA RAMON H, tales, pero no exclusivamente, como:

8.1.- Las primas extras en las pólizas de todo riesgo y cumplimiento.

8.2.- Las compensaciones que pagó CARBONES DE CERREJON por concepto de retraso a las familias que habitarían los reasentamientos de Patilla y Chancleta tal y como muestra el siguiente cuadro:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

MES	# FAMILIAS BENEFICIADAS	VALOR PAGAR	IMPUESTOS A CARGO DE CERREJON (RETEFUENTE 3,5)	VALOR TOTAL TRANSACCIÓN	VALOR NETO A GIRADO
Diciembre/2011	43	\$ 21,500,000	\$ 752,500	\$ 22,252,500	\$ 21,500,000
Enero/2012	43	\$ 21,500,000	\$ 752,500	\$ 22,252,500	\$ 21,500,000
Febrero/2012	45	\$ 22,500,000	\$ 787,500	\$ 23,287,500	\$ 22,500,000
Marzo/2012	45	\$ 22,500,000	\$ 787,500	\$ 23,287,500	\$ 22,500,000
Abril/2012	45	\$ 22,500,000	\$ 787,500	\$ 23,287,500	\$ 22,500,000
Mayo/2012	45	\$ 22,500,000	\$ 787,500	\$ 23,287,500	\$ 22,500,000
		\$ 133,000,000	\$ 4,655,000	\$ 137,655,000	\$ 133,000,000

8.3. Los honorarios y gastos adicionales pagados por la extensión del contrato de interventoría con la firma AB PROYECTOS derivadas de las constantes prórrogas del contrato firmado con CONINSA a efectos de obtener el cumplimiento del contratista, que generaron dos otrosis adicionales a las órdenes de servicio del contrato de Interventoría para el contrato de Coninsa.

8.4.- Los mayores costos por sueldos de empleados de CERREJON asignados al proyecto.

8.5.- Cualquier otro costo que se pruebe en el proceso.

9.- Llegados los plazos establecidos en el otro si No.7, como los máximos para efectos de entrega de las obras, las mismas no pudieron ser recibidas dado que CONINSA para las fechas pactadas: marzo 22 de 2012 para Patilla y Mayo 15 de 2012 para Chancleta, no ejecutó la totalidad de las obras a las que se comprometió.

10.- Mediante comunicación de 15 de mayo de 2012 CERREJON a través de la interventoría comunicó a CONINSA, discriminando por actividades y sectores de obra todas las actividades pendientes por ejecutar a cargo de dicha empresa, reiterando el incumplimiento contractual de las fechas de entrega y anexando un archivo fotográfico de todos los pendientes.

11.- El anterior requerimiento se reitera por la auditoria en carta de 27 de junio de 2012.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

12. En julio de 2012 CONINSA retira el poco personal que quedaba y que estaba encargado de la terminación de las viviendas y atención de garantías posventa, dejando sin atención los no conformes de acuerdo con todos los listados que se adjuntan como pruebas.

13. Una vez iniciado por el Departamento de Responsabilidad Social de Cerrejón el traslado de las familias a los reasentamientos de Patilla y Chancleta, se generó enorme insatisfacción con el estado en el que se encontraban las viviendas.

14.- Con base en lo anterior y dado que CONINSA no culminó las obras, CERREJON se vio en la necesidad de firmar el 2 de agosto de 2012 un contrato con la sociedad VANFER & CIA S. EN C., cuyo objeto, según se describe en el Numeral 1 del ANEXO A del mismo fue el "MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES Y OBRAS MENORES EN LOS REASENTAMIENTOS DE PATILLA, CHANCLETA Y ROCHE".

15. Así mismo, por intermedio del departamento de responsabilidad social de CERREJON, se firmó un acuerdo marco con la junta de Acción Comunal de Patilla con el fin de acordar todas las reparaciones que debían hacerse a las viviendas objeto del contrato firmado con Coninsa.

8.6. Excepciones formuladas por la parte convocante:

5.1. EXCEPCIONES A LAS PRETENSIONES "I.- CON RELACIÓN A LAS MULTAS"

- 1. Contrato cumplido*
- 2. Improcedencia de la aplicación y cobro de multas*
- 3. Inexistencia de la obligación*
- 4. Cobro de lo no debido*
- 5. Desconocimiento de los actos propios (Venire contra factum proprium non valet)*
- 6. Incumplimiento de Cerrejón*
- 7. Excepción de contrato no cumplido (Exceptio Non Adimpleti Contractus)*
- 8. Presencia de lluvias en volúmenes completamente anormales y excepcionales*
- 9. Ejercicio abusivo de la facultad unilateral de imposición de multas*
- 10. Toda excepción derivada de cualquier oposición, réplica, contrarréplica, y en general de cualquier medio de defensa de la demandada en reconvencción*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

5.2. EXCEPCIONES A LAS PRETENSIONES "II.- CON RELACIÓN A MAYORES PERMANENCIAS Y LOS TRABAJOS NO EJECUTADOS"

1. *Contrato cumplido*
2. *Incumplimiento de Cerrejón*
3. *Excepción de contrato no cumplido*
4. *Absoluta falta de prueba de los sobrecostos alegados*
5. *Ausencia de relación causal entre los sobrecostos reclamados y la conducta de CONINSA*
6. *Cerrejón no puede beneficiarse de su propia culpa*
7. *Desconocimiento de los actos propios (Venire contra factum proprium non valet)*
8. *Cobro de lo no debido*
9. *Toda excepción derivada de cualquier oposición, réplica, contrarréplica, y en general de cualquier medio de defensa de la demandada en reconvencción*

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Anotaciones preliminares y plan de exposición.

1.- Cuando en el laudo se haga referencia a la DEMANDA debe tomarse por tal la DEMANDA REFORMADA en escrito presentado el 29 de agosto de 2017, en la cual la CONVOCANTE integró la demanda inicial con la reforma. El Tribunal se referirá a la sociedad CONINSA RAMON H S.A. como CONINSA, la CONVOCANTE o la CONTRATISTA; y se referirá a la sociedad CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED como CERREJÓN, la CONVOCADA o la CONTRATANTE.

2.- Con el objeto de establecer el alcance de las pretensiones de la demanda, el TRIBUNAL la interpretará integralmente para tener como incluidas en ellas las peticiones específicas establecidas en el juramento estimatorio (capítulo V), sobre las cuales se pronunció expresamente la CONVOCADA al contestar la demanda.

3.- En el primer capítulo denominado <<consideraciones generales>> el Tribunal se referirá al contrato y su marco normativo, expondrá una síntesis de la decisión y resolverá las peticiones concernientes a la existencia del contrato, el enriquecimiento sin causa, el abuso de posición de dominio, el equilibrio financiero del contrato, la ineficacia de las cláusulas contractuales que regulan la responsabilidad de las partes.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En el mismo capítulo se abordará lo relativo a los incumplimientos mutuos de las partes en la ejecución de la primera parte del contrato y sus consecuencias y acto seguido se expondrán las razones por las cuales se denegarán los perjuicios distintos al valor de la administración no pagada en la última parte de la ejecución del contrato.

4.- En el segundo y tercer capítulo se estudiarán los incumplimientos de CONINSA y los incumplimientos del CERREJÓN. Luego de lo anterior se abordará lo relativo a los costos por mayor personal o mayores costos directos y los mayores costos indirectos, y la utilidad reclamado por CONINSA

5.- En los capítulos siguientes se estudiarán los perjuicios reclamados que no tienen que ver directamente con la ejecución misma del contrato y corresponden más a obligaciones de pagar o restituir sumas de dinero.

Perjuicios derivados de la iniciación tardía del contrato.

Pago tardío de obras adicionales.

Depósito en garantía.

Mora en el pago de facturas.

Actas 19 y 20

6.- Estudiada la demanda principal se abordará el estudio de las pretensiones de la demanda de reconvención y las excepciones propuestas por las partes.

I.- Consideraciones generales

A.- Contrato celebrado, objeto y cláusulas especiales

Al Tribunal la han sido sometidas para su definición las diferencias surgidas entre CONINSA RAMON H. S A., y CARBONES DEL CERREJON LIMITED con motivo de la celebración, ejecución y terminación del contrato No. CON 00202410, cuyo objeto fue realización de los trabajos correspondientes a la construcción de los siguientes inmuebles y obras civiles, en el municipio de Barrancas, Departamento de la Guajira:

- 86 viviendas con un área construida aproximada de 89 M2 APROX.
- Una cede educativa de 1750 M2 de área construida
- Dos cementerios
- Dos plazas alrededor de las cuales se distribuyen las viviendas e incluyen un centro comunitario, una tarima de eventos, una cancha poli-funcional, una zona de juegos infantiles y áreas verdes y senderos peatonales.
- Dos canchas de futbol.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- Un ciclo ruta alrededor de las canchas de futbol y de la sede educativa.
- Las vías de acceso y de circulación interna.
- Las redes de acueducto y alcantarillado (incluye las redes de conducción desde la planta de tratamiento de agua potable hasta sitio de distribución y el sistema de tratamiento de aguas residuales).
- Las redes eléctricas de baja y media tensión de alumbrados públicos.
- Las redes de voz y datos del equipamiento comunitario
- El sistema de aire acondicionado del equipamiento comunitario de los reasentamientos de Patilla y Chancleta, en el Municipio de Barrancas, departamento de la Guajira

B.- Derecho aplicable al contrato y a la solución del litigio

1.- Código de Comercio.

Por tratarse en el presente caso de decidir las controversias contractuales originadas en la ejecución y terminación de un contrato mercantil - dada la calidad de comerciantes de las partes, el objeto del contrato y, por consiguiente, la naturaleza jurídica del negocio, así como su sujeción a la ley colombiana -, sin necesidad de transcribir los textos de las disposiciones del Código de la materia que inciden principalmente para la definición del conflicto, el Tribunal tendrá en cuenta, en primer término, las disposiciones comerciales que se enuncian a renglón seguido:

Artículos 1º, 2º, 4º, 10º, 11º y 13º de la misma obra del Título Preliminar; Título II del Código, las disposiciones sobre actos y operaciones mercantiles, contenidas en el artículo 20, del Título II; los artículos 48 a 53 y 68 a 72, del Título IV, sobre libros de comercio y su alcance probatorio.

Las normas de los artículos 98, 99, del Libro Segundo, Título I sobre el contrato de sociedad.

Las disposiciones consagradas en los artículos 203, 207 concordantes del Capítulo VIII del mismo Título. Los artículos 419 a 440 del Capítulo III, Título VI sobre representación y administración legal de la sociedad anónima. Las previsiones contenidas en el título VIII del Código de Comercio.

Las normas contenidas en los artículos 619 y concordantes del Título III, Libro Tercero, sobre títulos valores, particularmente las referentes a las facturas cambiarias, artículo 772 y siguientes de la Sección 7ª del Capítulo V del Título III, Libro Tercero del Código de Comercio; las normas establecidas en los artículos 822, 832, 845, de los Capítulos II, III, ibídem.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Del mismo Libro y Título, las normas contenidas en el Capítulo IV, arts. 864 y siguientes y concordantes, del Capítulo IV, normas sobre el Contrato en General y las normas del Capítulo VII, ibídem, sobre ineficacia, nulidad e imposibilidad de los actos mercantiles.

En relación con esas disposiciones, en la Cláusulas 18.2, del Contrato se convino que la validez, interpretación y ejecución del contrato se regirían por las leyes de la República de Colombia sin referencia a sus principios sobre conflictos de leyes y sin referencia a Convención de la Organización de Naciones Unidas sobre Contratos para la Venta Internacional de Bienes.

También se estableció, entre las disposiciones varias que se consagraban en la cláusula 28. 1, que si una disposición o parte del Contrato era considerada inválida o inejecutable por un juez competente en virtud de una disposición legal, se consideraría excluida del mismo, manteniendo plena vigencia las restantes disposiciones.

2.- Código Civil

Se destaca como principales regulaciones contenidas en el C.C., para la definición de las controversias planteadas:

Del entramado de normas de derecho positivo aplicables en el sub lite, el Tribunal, para efectos de precisar el marco dentro del cual discurrirán sus razonamientos sobre los temas que las partes han sometido a su decisión, destaca con especial énfasis por su pertinencia y claridad, las siguientes:

El artículo 1º del C. C. en relación con el artículo 3o ejusdem, según el cual en él se comprenden las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares por razón, entre otros asuntos, de sus bienes, obligaciones contratos y acciones civiles., sin perjuicio que de derecho civiles de los particulares se ocupen otros ordenamientos legales (Vid. C. S. J., sentencia de 15 de marzo de 1969, G. J. T. CXV y CXXVI, pág. 218.)

El artículo 8 del C.C., que determina la ley procedente para solucionar los conflictos jurídicos de derecho cuando no haya una exactamente aplicable al caso controvertido, que prescribe que en tal supuesto se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejante y, en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Entre éstas la doctrina y la jurisprudencia incluyen, fuera de otras, la prohibición del abuso del derecho, la sanción al enriquecimiento sin causa, la prohibición del

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

fraude a la ley, elevadas en varios casos a normas positivas de derecho, a fin de garantizar la seguridad jurídica y el eventual abuso de la aplicación y aplicación extensiva de los preceptos jurídicos indeterminados (Unbestimte Rechtsbegriffe), teniendo en cuenta la relatividad de los derechos y la concepción razonable y razonada del derecho a la igualdad.

A este elenco de reglas podrían agregarse otras varias, como la que consagra el aforismo latino *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, el cual, genéricamente se enuncia como diciendo que nadie puede aprovecharse de su propia torpeza, concepto que es quizás más preciso y comprensivo que el de culpa.

Especial relevancia tiene para la decisión sobre el tema litigioso la previsión del artículo 63 del C. C., sobre el concepto de culpa y la calificación de las conductas de las partes, dada la mutua inculpación de incumplimientos en la ejecución de las prestaciones asumidas.

Es generalmente aceptado que la culpa consiste en que el agente no previó los efectos nocivos de su acto o confió imprudentemente en poder evitarlos, noción que el Tribunal tendrá en cuenta para sus análisis y determinaciones, con apoyo en el material probatorio copiosamente obrante en autos.

Naturalmente, las varias previsiones que en materia contractual y de responsabilidad contractual se incorporan en el Libro Cuarto, del C. C., guían la conducta valorativa de las cuestiones planteadas por las partes y el análisis probatorio del material legalmente y válidamente aportado al proceso.

La noción de contrato, dado el caso, su carácter bilateral, conmutativo y oneroso, los conceptos de capacidad jurídica, el concepto de objeto y causa ilícitos, la calificación de obligaciones condicionales y de las condiciones suspensivas o resolutorias y extintivas; en fin, guiarán al Tribunal para encontrar la solución que en derecho corresponda frente a las pretensiones planteadas y para ajustar su decisión a estricto derecho.(Arts. 870 del C. de Co., y 1494 y siguientes y concordantes del Código Civil.) Este Tribunal, en aras de la brevedad y por respeto a las partes, expertas conocedoras de las disposiciones a que se ha hecho alusión, se abstiene de transcribirlas en este punto.

Esta precisión atañe a la consideración de que las actividades o responsabilidades extra contractuales anteriores, concomitantes o posteriores a la vigencia del contrato CON - 00202410, están excluidas de la competencia y del conocimiento de los árbitros, según el texto diáfano de la Cláusula Contractual y del Otrosí No. 10.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Memora el Tribunal que el concepto de buena fe, nacido y consagrado desde un comienzo en el artículo 768 y 769 del Código Civil y reiterado en el 1603, como disposición de obligatoria observancia en el curso de la ejecución de los contratos, resulta de especial importancia en el sub examine.

Igual sucedería, de ser el caso, con la disposición según la cual un error en materia de derecho constituye presunción de mala fe que no admite prueba en contrario.

Con ella se imbrica, de modo especial, la previsión legal que prescribe la obligación de ejecutar de buena fe los contratos y que éstos obligan, no sólo a lo que en ellos se indica sino, también, a lo que dimana de su naturaleza. (Art.1603 del C.C.)

La regla pacta sunt servanda, en la medida de su expresa consagración en el texto del artículo 1602 del C.C., veda al juez modificar por sí los acuerdos contractuales válidamente celebrados entre particulares, verbi gratia, los procedimientos y mecanismos pactados en el acuerdo de voluntades para hacer surgir obligaciones a cargo o a favor los contratantes, o las específicamente relativas a la forma de ejecución del contrato, o al contenido mismo de las obligaciones contraídas y su alcance, regla que deriva del enunciado jurídico romano "contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur".

Esta regla supone la alteración de las condiciones iniciales del contrato, de una parte, cuando por la ocurrencia de hechos extraordinarios e imprevistos que socaban la equivalencia sinalagmática de las prestaciones mutuas que los soporta por servirse mutuamente de causas equivalentes y, de otra, cuando ocurren hechos extraordinarios posteriores a la celebración del contrato y generan los efectos mencionados.

El remedio para restablecer la equivalencia proporcional de las prestaciones es la modificación judicial del contrato –excepcional-, lo cual conlleva el restablecimiento de las relaciones mutuas de las partes en términos equivalentes a los inicialmente pactados, para que el contrato pueda continuar y su objeto ser alcanzado, sin que ello implique colocar al contratista afectado, más allá del punto de no pérdida.

Destaca el Tribunal que esta doctrina de la imprevisión y del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, si bien ha tenido amplia acogida en el campo de los contratos administrativos, no ha corrido con parigual fortuna en el campo del derecho civil, no obstante estar consagrada, entre nosotros en el artículo 868

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

del ordenamiento comercial. Pues ha prevalecido la protección de la seguridad jurídica ínsita en el artículo 1602 del C. C.

La regla de la territorialidad de la ley, según la cual la ley es obligatoria tanto para los nacionales como para los extranjeros residentes en Colombia, sean domiciliados o transeúntes, salvo las excepciones consagradas por los tratados públicos (arts. 18 C.C. y 57 C. R. P. M.)

La controversia que en virtud de la Cláusula compromisoria inserta en el contrato No. CON 00201410, concretada en el Otrosí No.10 celebrado entre CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED y CONINSA RAMON H. S.A, versa, esencialmente, las reclamaciones mutuas que las partes se formulan fundadas en supuestos incumplimientos de las obligaciones adquiridas y en la solicitud de la determinación de los perjuicios sufridos a consecuencia de aquellos incumplimientos.

Las partes no disputan sobre la celebración, existencia y validez del contrato, aunque algunas de las pretensiones de la convocante apuntan a que se declare la ineficacia, la invalidez, o la inaplicación de algunas cláusulas precisamente determinadas, cuyo éxito no afectaría la existencia o la validez de las demás. (vid. Art. 902 del C. de Co., y Cláusula... del Contrato.)

Tampoco hay discrepancia entre las partes acerca de que la ley aplicable al contrato y de que a las controversias que surjan en torno a él, es la ley colombiana sustancial y procesal, previa advertencia de que la sociedad convocada una sociedad extranjera, sometida en sus orígenes a la ley de la Isla de Anguila.

3.- Código General de proceso, ley 1564 de 2012

Las disposiciones de esta regulación en armonía con las especiales previstas para el trámite del proceso arbitral regulan la forma de proceder en este caso el juez arbitral.

4.- Ley de arbitramento, Ley 1563 de 2012 y disposiciones que la complementan.

5.- Los fundamentos de la acción promovida por CONINSA RAMON H S. A.

La demanda se basa en los impactos en tiempo y costos originados en vicisitudes e incumplimientos de CARBONES DEL CERREJON LIMITED., que introdujo

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

decidió modificaciones de obras y construcción de obras adicionales que implicaron mayores cantidades de obras y de rubros no contemplados originalmente en el contrato, haciendo más gravosa su ejecución, desplazando la secuencia y de la fecha de realización de las obras, afectando el cronograma y plazo de ejecución.

6.- Los fundamentos básicos de la demanda de reconvención

Como se echa de ver, la reconviniendo pide que se declare ajustada a derecho la imposición de multas impuestas a la demandante en el proceso inicial principal y se la condene al pago de los gastos en que, según sostiene la demandada, debió incurrir y que corresponden al monto de actividades que estaba a cargo de CONINSA RAMAON H. S A., y que ésta no ejecutó.

7.- Fuentes jurisprudenciales y doctrinarias

El Tribunal se orientará como apoyo adicional para sus decisiones en las jurisprudencias reiteradas de la Corte Suprema de Justicia relativas la responsabilidad contractual y, especialmente, en relación con las reglas generales de derecho, como las referentes al enriquecimiento sin causa, a la buena fe y a que se desprende del aforismo ya citado, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

C.- Síntesis de la decisión:

Las decisiones que adoptará el Tribunal en el laudo se fundamentan en las siguientes consideraciones generales:

1.- El contrato objeto del litigio es un contrato de obra en la modalidad de precios unitarios sujeto a las reglas del derecho privado, celebrado luego de surtir un proceso de licitación en el que se escogió a CONINSA que era la proponente que ofrecía ejecutarlo en el menor tiempo y por los precios más bajos.

2.- La controversia planteada se refiere exclusivamente a lo ocurrido durante su ejecución y ella debe desarrollarse en el campo de la responsabilidad contractual; no son procedentes peticiones fundadas en el *enriquecimiento sin causa* de la Contratante y, por no tratarse de un contrato estatal, el Contratista no tiene derecho a reclamar restablecimiento de la ecuación financiera del contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

3.- Las partes en la demanda principal y en la demanda de reconvención se imputan incumplimientos mutuos y reclaman perjuicios como consecuencia de ellos; y, para acreditar tales incumplimientos, ofrecieron como prueba, además de testimonios de los responsables de la ejecución de la obra y los documentos contentivos de la correspondencia cruzada entre ellas, sendos dictámenes de parte. El Tribunal tuvo en cuenta los apartes principales de los testimonios, pero en general no aportaron mayores elementos probatorios que los que aportan los dictámenes allegados, razón por la cual solo se hacen menciones puntuales de algunos de ellos en el laudo.

El Tribunal, conforme con las pruebas obrantes en el proceso, considera:

a.- Que en la primera parte de la ejecución del contrato, que abarca el período comprendido hasta antes de la prórroga formalizada en el Otrosí No 4 es evidente que ambas partes incurrieron en incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Para el Tribunal es claro que CERREJÓN incumplió principalmente su obligación de entregar de manera completa y adecuada los diseños de la obra; se vio obligada a introducir ajustes y modificaciones a los mismos no mantuvo personal suficiente en la interventoría; no consiguió el permiso del Inviás que habría permitido evacuar las aguas lluvias y no suministró oportunamente los agregados que estaban a su cargo. Pero también es claro que desde el inicio de la obra (inclusive desde su instalación) CONINSA incurrió en incumplimientos graves y reiterativos, relativos al suministro del personal y a las condiciones de calidad en la construcción, las cuales también tuvieron una importante incidencia en el atraso del proyecto.

b.- El dictamen técnico de CONINSA rendido por INGENIERÍA Y ECOLOGÍA CONSULTORÍA SAS, en relación con la entrega tardía de los diseños, sus modificaciones en el curso del contrato y el impacto de esta circunstancia en la ejecución de las obras, no fue controvertido por el perito de parte del CERREJÓN (POCH), quien se limitó a señalar que en este tipo de proyecto no es usual entregar la totalidad de los planos al inicio de la obra. Y el dictamen técnico de Poch en lo relativo al atraso en la programación causado por defectos constructivos y falta de personal y fundado en comunicaciones de las partes, tampoco fue controvertido con el contradictamen presentado por CONINSA (Interventoría y Construcciones SAS), el cual no se refiere a tales incumplimientos.

La contradicción de un dictamen implica desvirtuar la conclusión a la que se llega, evidenciando que sus fundamentos no son adecuados; ese propósito no se cumple cuando en el contradictamen solo se emite una opinión, o no se hace referencia a la conclusión que se pretende controvertir.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

b.- En el otro si No 4, que se formalizó tardíamente, las partes acordaron una extensión del plazo pactado, un pago adicional transporte y alimentación de personal y determinaron que las demás obligaciones del contrato continuaban vigentes, con lo cual para el Tribunal es claro que ellas mismas solucionaron las controversias surgidas hasta ese momento en el contrato.

c.- En el período posterior a este Otrosí No 4 y durante el lapso pactado como prórroga de este (hasta el 31 de diciembre de 2011) el incumplimiento de CONINSA en relación con la ejecución del programa de obra continuó y está probado del mismo modo. Persistió también el incumplimiento de CERREJÓN relativo a los diseños, aunque en menor medida porque el incumplimiento más grave en este aspecto, relativo a la cimentación de las casas, ocurrió en el período inicial de la ejecución del contrato. Sin embargo, por parte de CERREJÓN, se agregan como incumplimientos graves de sus obligaciones no haber pagado de manera inmediata el valor acordado en el Otrosí 4, en donde se formalizaba tardíamente un pacto contractual y se reconoció un pago adicional al CONINSA para el transporte de personal; no pagar los costos de administración desde el mes de noviembre no obstante que esa estipulación contractual continuaba vigente en ese momento; y acordar y pagar tardíamente los nuevos precios unitarios acordados para obras adicionales. La evidencia de estos hechos a los cuales se suma la falta de claridad en la decisión del pago de las obras no incluidas en las actas y la no devolución oportuna del depósito en garantía, muestran un claro incumplimiento por el CERREJÓN a su obligación de ejecutar de buena fe sus obligaciones contractuales.

d.- Si bien es cierto que las dos partes incurrieron en incumplimientos mutuos en la primera parte de la ejecución del contrato (hasta el Otrosí No 4) y realizaron un acuerdo sobre sus diferencias, por lo cual no hay lugar a imponer condena en perjuicios a ninguna de ellas durante este período, a partir de la suscripción de dicho Otrosí es evidente que quien incumple de manera grave y determinante las obligaciones contractuales es CERREJÓN.

4.- Vencido el período pactado en el Otrosí No 4 las partes acordaron, en el Otrosí 7, un período adicional para terminar las obras y establecieron que Patilla debía finalizar el 22 de marzo de 2012 y Chancleta el 15 de mayo de 2012, punto sobre el cual se anota:

- Que está probado, en relación con las obras de Chancleta que efectivamente ellas fueron terminadas en el plazo establecido en este último otrosí, por lo que debieron restituirse parcialmente las multas en la forma acordada en el Otrosí 7; y a partir de esta fecha debió reembolsarse el depósito en garantía y debió pagarse el saldo de las obras ejecutadas no incluidas en las actas aprobadas

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- Que no existe justificación alguna para que a partir del mes de noviembre de 2011 y hasta la finalización del contrato (15 de mayo de 2012) no se le hubiese cancelado el valor contractual establecido por gastos de administración, el cual deberá ser pagado a título de costos indirectos, junto con los intereses moratorios desde que esta obligación se hizo exigible conforme con lo estipulado en el contrato.

En esta última etapa del contrato, como se dijo anteriormente, es evidente que los incumplimientos más graves y determinantes del contrato se atribuyen a CERREJÓN razón por la cual el Tribunal lo condenará a pagar dichas sumas de dinero entendidas claramente como perjuicios previsibles en los términos del artículo 1616 del Código Civil.

5.- A partir de lo anterior, el Tribunal estima que CERREJÓN debe ser condenado (i) al pago de los \$172.500 pactados en el Otrosí No 4 por concepto de transporte de personal, en la medida de que se trata de una obligación pactada y no cumplía sin ningún tipo de justificación (ii) al pago parcial de las sumas adeudadas correspondientes a las actas 18 y 19, en la cuantía que se estima acreditada, que corresponden a las obras ejecutadas no incluidas en actas mensuales de pago (iii) al pago de los intereses causados por el pago tardío de las facturas presentadas en la ejecución del contrato; (iii) a la restitución del depósito en garantía más los intereses causados desde el momento en el que se causó esta obligación; (iv) al reembolso de la multa relativa a la entrega de Chancleta pactado en el otrosí No 7, en la medida en que el Contratista terminó las obras relativas a dicho asentamiento en el plazo establecido en el mismo; y (v) a al pago del valor de la administración desde noviembre de 2011 hasta el 15 de mayo de 2012.

En estos mismos rubros estima el Tribunal que no hay lugar a condenar al CERREJÓN (i) por los gastos anteriores a la iniciación del contrato, en la medida en que esta petición contradice lo pactado en el contrato (ii) por los costos financieros o intereses relativos a las sumas pagadas las obras adicionales en la medida en que ella no tiene en cuenta las estipulaciones contractuales que indicaban desde cuándo se hacían exigibles tales sumas.

6.- En cuanto a los perjuicios reclamados por CONINSA relativos a los mayores costos directos e indirectos, así como con la utilidad dejada de percibir, ocurre lo siguiente:

a.- En los dictámenes de parte allegados por CONINSA estos perjuicios se fundamentan en los incumplimientos imputados al CERREJÓN durante todo el período de ejecución del contrato y es claro que en la primera parte del mismo

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

(o sea hasta el otrosí No 4) las partes incurrieron en incumplimientos mutuos de similar gravedad y solucionaron las dificultades en dicho acuerdo modificatorio del contrato.

b.- CONINSA a partir de diversos incumplimientos que le imputa a CERREJON, afirma que sufrió estos perjuicios porque se generó para ella una mayor permanencia, por lo que incurrió en mayores costos indirectos de los previstos y tuvo la necesidad de asumir mayores costos directos por la vinculación de más personal del previsto y no recibió la utilidad que esperaba en desarrollo del contrato.

En el dictamen contable presentado se estiman los perjuicios de la siguiente forma:

\$3.415.165.998	Mayor valor pagado por jornales.
\$12.091.616.520	Mayor valor pagado por personal subcontratado.
\$303.773.203	Mayor valor pagado por dotación del personal.
\$5.282.376.710	Mayor valor pagado por costos indirectos.
\$1.067.300.737	Utilidad dejada de percibir.

Todos estos perjuicios los imputa CONINSA, de manera conjunta, a incumplimientos de CERREJÓN y a circunstancias imprevisibles que le resultan no imputables, sin establecer una cuantía específica para cada uno de ellos. La causa de tales perjuicios se encuentra de manera conjunta en los siguientes hechos y omisiones imputados a CERREJON:

- La sociedad extranjera **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** introdujo cambios en los diseños, planos y en las especificaciones de las obras, ordenó cambios en los programas de obra y en la forma de ejecutar las obras, impuso exigencias y aplicó controles desmedidos, decidió la modificación de las obras y la construcción de obras adicionales, que implicaron la ejecución de mayores cantidades de obras y de obras o rubros no contempladas originalmente, hicieron que su ejecución resultara más gravosa, produjeron un desplazamiento de la secuencia y de la fecha de realización de las obras, afectaron el cronograma y el plazo de ejecución de las mismas, generando una mayor permanencia en obra de **CONINSA RAMÓN H. S.A.**, todo lo cual produjo mayores costos directos e indirectos no pagados a **CONINSA RAMÓN H. S.A.** (Pretensión cuarta de la demanda)
- El personal adicional que debió ser contratado por **CONINSA RAMÓN H. S.A.** generó un incremento en los costos directos e indirectos del Contrato

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

No. CON-00242010 el cual no ha sido pagado a **CONINSA RAMÓN H. S.A.** (Pretensión quinta de la demanda)

- Como consecuencia de los incumplimientos del Contrato de Obra No. CON-00242010 y de la Ley en los que incurrió **CARBONES DE CERREJÓN LIMITED**, las obras tuvieron un mayor grado de dificultad, su ejecución resultó más gravosa, se afectó el cronograma de ejecución de las obras, se produjo un desplazamiento de la secuencia y de las fechas de realización de las obras y se ocasionó una mayor permanencia en obra por parte de **CONINSA RAMÓN H. S.A.**, así como un incremento de los costos directos o indirectos y múltiples perjuicios. (Pretensión séptima de la demanda)

7.- Los perjuicios anteriores serán denegados por el Tribunal, no solo porque en la primera parte de la ejecución de la obra existen incumplimientos mutuos de las partes, sino por las siguientes razones:

a.- En primer lugar, porque CONINSA no acreditó una relación causal específica atribuyendo consecuencias particulares a cada incumplimiento, cuando es evidente que deben tener consecuencias distintas; ello generaba la necesidad de demostrar cuál era la consecuencia de cada incumplimiento o cuál era el perjuicio que podía atribuírsele.

b.- En segundo lugar, los perjuicios reclamados no tienen en cuenta los parámetros contractuales que limitan la posibilidad de solicitarlos.

De una parte, CONINSA no puede reclamar perjuicios por el advenimiento de circunstancias advertidas y previstas al momento de contratar cuyas consecuencias asumió, relativas a lugar donde debían desarrollarse las obras y a las dificultades que allí se enfrentarían para la consecución del personal.

De otra parte, CONINSA solo podría reclamar de CERREJÓN el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el contrato y el pago de los perjuicios previsibles conforme con el mismo. En el contrato se pactó que el Contratista sería remunerado con base en las cantidades de obra efectivamente ejecutadas por los precios ofrecidos en la propuesta o por los nuevos precios acordados en desarrollo del contrato; en los se precios incluían el personal y la utilidad, y la administración estaba pactada en un precio fijo mensual. En estos términos, CONINSA no puede solicitar el pago del personal que empleó, de los gastos administrativos que realizó y de la utilidad que esperaba obtener como consecuencia de la ejecución del contrato, por estar, la primera, pactada

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

expresamente de forma separada del AIU, en cuanto a su monto, y la segunda, segundos, incluida en los precios unitarios.

5.- Por las mismas razones, el Tribunal estima que, salvo la petición relativa a la multa de Patilla, por las razones que adelante se consignarán, las pretensiones de la demanda de reconversión deben ser negadas en la medida en que:

a.- En relación con la petición de declaratoria de incumplimiento y los perjuicios solicitados por mayor permanencia en la obra es claro que ella no procede en la medida en que CERREJÓN incurrió también en incumplimiento grave de sus obligaciones y dicho incumplimiento fue causa determinante de la imposibilidad de terminar la obra en el término pactado.

b.- Quedó establecido que la multa de Chancleta del otrosí No 7 no debió ser cobrada por CERREJÓN porque CONINSA sí cumplió con su obligación de entregar las obras en los plazos allí pactados; y esta circunstancia impide también el cobro de lo pagado a terceros (VANFER) con posterioridad, por la misma Contratante, en la medida que el objeto del contrato con éste, no fue el que indicó la demandada.

c.- Por último, también está acreditado el incumplimiento de la obligación de reembolso del depósito en garantía, razón por la cual debe denegarse la petición relativa a justificar el no pago de esta suma.

D.- Consideraciones previas sobre la existencia del contrato y las pretensiones subsidiarias de la demanda relativas al enriquecimiento sin causa y al abuso de posición de dominio.

1.- La existencia del contrato.

En la primera pretensión de la demanda se solicita simplemente declarar la existencia del contrato materia del proceso, que es un aspecto no discutido entre las partes, razón por la cual sobre esta pretensión el Tribunal no hará pronunciamiento distinto al de señalar que efectivamente las partes celebraron el contrato Contrato de Obra No. CON-00242010, plasmado en el documento suscrito por ellas el día 11 de enero de 2011.

2.- El enriquecimiento sin causa y el abuso de posición de dominio.

La CONVOCANTE solicita como pretensiones subsidiarias al incumplimiento del contrato, que se declare que la CONVOCADA (i) se enriqueció sin justa causa con

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

la ejecución de las obras materia del contrato y que (ii) abusó de su posición de dominio en el contrato.

Advierte desde ahora el Tribunal que estas peticiones no son procedentes cuando los perjuicios que se reclaman tienen origen en la celebración de un contrato.

En relación con el enriquecimiento sin causa tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia el 19 de noviembre de 1936 con ponencia del doctor Juan Francisco Mújica:

“En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, como tampoco por una disposición expresa de la ley”¹

La doctrina ha sustentado o justificado la aplicación de la teoría de la imprevisión en la necesidad de evitar el “enriquecimiento injustificado de una de las partes o a la prohibición de “abuso del derecho” por parte de una de ellas que podría asimilarse al “abuso de la posición dominante a la que alude CONINSA en su demanda.

Se acude a estos fundamentos para sustentar el derecho de solicitar la revisión del contrato o su terminación, siempre y cuando se presenten los demás presupuestos de la teoría de la imprevisión, esto es la aparición de circunstancias que no pudieron preverse al en el contrato, ajenas al contratante afectado que hacen muy gravosa la continuación de su ejecución, sin impedirla.

Si se presenta un evento imprevisible que trastoque absolutamente la economía del contrato, se considera que la causa de este ha desaparecido; la doctrina estima que mantener un contrato que empobrece exageradamente a una de las partes no tendría justificación. Y a partir de la prohibición de abusar de un derecho (así sea legítimo) se estima que no resulta también injustificado exigirle a una parte continuar cumpliendo el contrato en las condiciones inicialmente pactadas, cuando estas cambiaron totalmente por causas que no pudieron preverse al momento de su celebración.

¹ Emiliani Román, Raimundo, el enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones. Editorial Universidad Sergio Arboleda, P. 45.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Lo que no plantea la doctrina es que, en un contrato bilateral, la simple alusión al abuso del derecho, al abuso de la posición dominante, o al enriquecimiento sin causa le permitan al Contratista dejar de cumplir lo pactado. Considerar que la alusión al *abuso de la posición dominante* del CONTRATANTE o el hecho de que este obtenga un *enriquecimiento injustificado* o a costa del *empobrecimiento* del CONTRATISTA le otorga a éste el derecho a solicitar restablecimiento o reparación, implicaría desconocer todas las normas legales que regulan la fuerza obligatoria del contrato y que establecen causales taxativas para anular lo pactado.

“Como continuación de la argumentación anterior, desaparecida la causa decae el título de atribución patrimonial del acreedor, por lo que cualquier ventaja material obtenida por éste deviene un enriquecimiento injustificado, inadmisibles a los ojos del derecho ...Chamie propone contemplarlo no desde el punto de vista del acreedor enriquecido sino del deudor injustificadamente empobrecido por una prestación excesivamente onerosa no prevista al inicio, de modo que el contrato quedará desnaturalizado en su función de intercambio patrimonial equilibrado.”

“Todo *agere* en el tráfico jurídico debe estar presidido por la buena fe incluso tratándose del ejercicio de un derecho legítimo. En consecuencia, sería contrario a la buena fe exigir una prestación que se ha tornado excesivamente onerosa a causa de eventos sobrevenidos no imputables al deudor, ni previstos inicialmente en el programa contractual. Se trata de una justificación moral, extrajurídica de la regla de la imprevisión, pero necesaria para corregir los excesos del derecho. Planiol y Ripert lo explican así << tan injusto e inmoral es aprovecharse de las circunstancias futuras e imprevisibles en el momento del contrato, como de las contemporáneas ignoradas por el otro contratante.”²

3.- El equilibrio financiero del contrato (pretensión sexta)

3.1.- En la pretensión sexta de la demanda la CONVOCANTE solicita declarar que el contrato estuvo afectado de circunstancias “extraordinarias, imprevistas, e imprevisibles”, que afectaron en equilibrio de la económico de las prestaciones

² García Caracuel, Manuel, La alteración sobrevenida de las circunstancias contractuales, Dykinson, Madrid 2014 p. 185

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

recíprocas de las partes y en la pretensión décimo primera solicita condenar a la demandada a su "restablecimiento"

Esta petición se rechazará, porque en los contratos entre particulares ninguna de las partes tiene derecho a impetrar este tipo de pretensiones. El derecho al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, cuando el mismo resulta afectado por circunstancias posteriores a su celebración está previsto como un derecho para el Contratista en los contratos estatales en atención a su naturaleza especial; entre particulares rige en nuestra legislación en principio de la obligatoriedad de lo pactado libremente por las partes, sin que la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes ajenas a ellas justifiquen el incumplimiento de los compromisos contraídos en el contrato les genere el derecho a reclamar las pérdidas sufridas al ejecutarlo.

El análisis del derecho de las partes al mantenimiento de la equivalencia de las prestaciones en los contratos de tracto sucesivo tiene una regulación normativa y un enfoque distinto en los contratos celebrados entre los particulares y en los contratos estatales: mientras que a los primeros les es aplicable la figura de la *imprevisión* contemplada en el artículo 868 del Código de Comercio, de aplicación absolutamente excepcional, los segundos están regidos por las reglas relativas al *restablecimiento del equilibrio de la ecuación financiera del contrato* previstas en la ley 80 de 1993.

Esta distinción se justifica porque, mientras en los contratos entre particulares están en juego los intereses privados de dos partes, al Estado - cuando obra como Contratante - le corresponde garantizar *la eficaz y continua prestación del servicio público* o, en general, adoptar las medidas necesarias para alcanzar el objetivo de interés público que se persigue con la celebración del contrato.

En los contratos entre particulares, la figura de la *imprevisión*, contemplada en el artículo 868 del Código de Comercio, permite que cuando una de las partes en el contrato acredite que han ocurrido circunstancias "*extraordinarias, imprevistas o imprevisibles*", que hagan "*excesivamente oneroso* el cumplimiento de las prestaciones", le solicite al Juez del contrato realizar *los ajustes que la equidad indique o decrete la terminación del contrato*.

"Se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, lo dificultan en forma extrema, haciéndolo tan oneroso, que el contrato pierde **para la parte obligada** todo sentido y finalidad...

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

“Consistiendo en un remedio **de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar** y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes amén de lo injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias.”³

3.2.- La teoría de la imprevisión, en el caso de los contratos entre particulares, ha sido desarrollada bajo los siguientes presupuestos:

a.- Las partes en el contrato tienen intereses propios y contrapuestos que determinaron su celebración. Ambas suscribieron el contrato teniendo en cuenta, desde la perspectiva particular de cada una de ellas, las circunstancias en que el mismo contrato se desarrollaría.

b.- Si bien es cierto que la modificación imprevista de dichas circunstancias le genera perjuicios patrimoniales a una de ellas al cumplir el contrato en la forma en que originalmente se pactó, esos perjuicios no pueden trasladársele a la otra parte, razón por la cual el Juez teniendo en cuenta la situación de las dos partes puede disponer:

El artículo 868 del Código de Comercio faculta al Juez para introducir los reajustes que la equidad indique, los cuales resultan procedentes cuando, por ejemplo, la circunstancia imprevista que hace excesivamente onerosa la prestación de una de las partes hace también excesivamente provechosa la contraprestación de la otra. Y lo faculta también para disponer la terminación anticipada del contrato, sin que la demandante, que es la parte afectada por la circunstancia imprevista, se vea abocada a pagar algún tipo de perjuicio como consecuencia de esta medida. Estas medidas solo pueden adoptarse cuando el contrato (de tracto sucesivo) se encuentre en curso; la norma no prevé que alguna de las partes, luego de terminado el contrato, solicite el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato o una especie de compensación que le permita recuperar una pérdida patrimonial que no se imputa al incumplimiento del otro contratante.

La doctrina anota sobre este punto:

³ C.S.J. Sala de casación civil, sentencia del 23 de mayo de 1938.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

“<<si en caso de crisis – dice Jèze – se permite a un particular negarse a asumir el cumplimiento de su obligación porque ocasionaría su ruina, **el resultado sería que arrojaría el daño sobre la otra parte, y no tiene derecho de proceder así.** Si entre ellos no se realiza un arreglo amigable, porque a la otra parte le interesa evitar la ruina del deudor, el juez no podrá imponerle al acreedor – sería una arbitrariedad por su parte- una solución que éste rechaza>>”⁴

3.3.- La regulación del derecho al *restablecimiento del equilibrio de la ecuación financiera del contrato* es totalmente distinta en los contratos estatales, principalmente porque sobre la entidad Contratante pesa la obligación de adoptar las medidas que permiten su restablecimiento con el objeto de garantizar la *continua y adecuada prestación del servicio público* o de lograr el objetivo de interés público que persigue el contrato.

Christian Larroumet, explica la diferencia en los siguientes términos:

“Tener en cuenta la imprevisión de las partes del contrato, **las cuales no habían previsto nada en éste con la finalidad de que se generara un aumento en el precio**, conlleva a admitir el poder del juez para rehacer el contrato y, específicamente reevaluar el precio. Sin embargo, los tribunales judiciales rechazan atribuir un poder como ese al juez, y las partes del contrato estarán ligadas por el precio inicialmente pactado hasta la expiración del término previsto para la ejecución del contrato. La razón para ello es, en primer lugar, que el contrato es una obra resultado de la voluntad y que la voluntad del juez no puede reemplazar a la voluntad de las partes. En segundo lugar, porque no habría seguridad en las relaciones contractuales si los contratos pudieran ser rehechos a cada momento por los jueces. El equilibrio de las relaciones contractuales **se logra con aquello que las partes han querido y sólo con lo que las partes han querido**, incluso si ello puede producir una injusticia, ya que una parte del contrato será aventajada frente a la otra, algunas veces de manera considerable...

“El mismo problema de la imprevisión se plantea en los contratos imperativos, los que son celebrados con personas morales de

⁴ Gaspar Ariño. Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos. Pág. 301.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

derecho público y que no están sometidos a las reglas del derecho privado. Ahora, en esta situación, las jurisdicciones administrativas admiten que el juez pueda rehacer el contrato **¿Es decir que en derecho público se hace prevalecer el imperativo de la justicia sobre el de seguridad?** En realidad hay otro imperativo, que no se halla en el derecho privado; es **el de continuidad del servicio público en el interés general. Ese principio, en virtud del cual no debe haber suspensión en el funcionamiento de un servicio de interés general implica que, si es necesario, el Juez pueda rehacer el contrato**⁵

3.4.- Este remedio legal, en los contratos estatales, no se establece exclusivamente para proteger intereses de una de las partes en el contrato, sino – sobre todo - para proteger el *interés público* vinculado al mismo. Aquí el particular Contratista no tiene la condición de *contraparte*, con intereses opuestos a los del Estado sino la condición de *colaborador*, el contrato estatal, de acuerdo con la doctrina, se construye “sobre una base de comunidad, de colaboración de las partes en un fin común, con una función económica y social que cumplir”⁶.

“En materia de contratación administrativa, también ha sido reconocido de tiempo atrás el derecho de las partes a que las condiciones iniciales del negocio jurídico se mantengan a lo largo de la ejecución del contrato, **especialmente teniendo en cuenta la finalidad que a través de esos negocios jurídicos de la Administración Pública se persigue y que corresponde directa o indirectamente a la prestación de un servicio público, o la satisfacción de un interés general, lo que hace que sea esencial la cumplida ejecución de los contratos, sin dejar de reconocer que en éstos, además, el contratista participa en calidad de colaborador de la Administración a través de la ejecución del respectivo contrato**, debiendo acatar las indicaciones y disposiciones que la entidad contratante le impone en ejercicio de su poder de dirección...”⁷

⁵ Christian Larroumet. Derecho Civil, Introducción al estudio del Derecho Privado. Editorial Legis, 2006.

⁶ Gaspar Ariño Op. Cit. Pág. 205.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del dieciocho (18) de septiembre de dos mil tres (2003), expediente No 15119. Ponente, Dr. Ramiro Saavedra B.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

3.5.- En los contratos estatales, el *interés público* vinculado a su ejecución es lo que justifica que, ante el advenimiento de circunstancias ajenas a las partes que afecten la *ecuación financiera del Contrato*, sea la entidad pública contratante la que deba restablecerla con el propósito de garantizar la prestación *continua* y eficaz del servicio público.

Lo que justifica el derecho del Contratista al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato es precisamente el hecho de que sobre él pesa la obligación de prestar el servicio en forma *continua e ininterrumpida*, sin importar que las condiciones bajo las cuales se pactó el contrato se modifiquen, por causas ajenas a las partes o por decisión de la entidad Concedente en atención al interés público que persiguen los contratos estatales.

“El interés público reclama la ejecución de la obra o *la continuidad del servicio* –y ahí se encuentra el elemento teleológico de estos contratos- de tal modo que si para garantizar esa finalidad es necesario *modificar* el objeto, la Administración cuenta con la habilitación necesaria para ello. Sin embargo, una elemental regla de equidad impone *compensar* al contratista por estas alteraciones unilaterales y esa es la primera y más clara manifestación del equilibrio financiero del contrato...”

“...Bajo esta primera aproximación, el equivalente económico puede ser entendido como una excepción a la «*lex comissoria*», en el sentido de que la alteración unilateral del objeto del contrato no da derecho, a la otra parte, a la resolución del mismo (es decir, a la *exceptio inadimpleti* del artículo 1.124 del C.C.) sino a una simple compensación económica. En esto consiste una de las especialidades de la contratación administrativa poniendo, una vez más de manifiesto que en el «*interés público*» (**el específico de cada contrato y no su formulación genérica**) es el que justifica todo el régimen exorbitante del Derecho común...”⁸

“Lo importante, señala López Rodo -<<es que el contrato se cumpla, que la obra o el servicio público se realice, y para ello es preciso poner al contratista en condiciones de poderlo realizar. La doctrina de la imprevisión tiende precisamente a eso: a que el contrato se lleve a feliz término>> Wallin ha dicho, con acierto, que si se quisiera obligar al contratista al cumplimiento estricto y literal

⁸ Ariño Asociados, comentarios a la ley de contratos P. 714

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

de sus compromisos <<se le empujaría, en la mayoría de los casos, a la quiebra, y por ende, al incumplimiento del contrato. En cambio la teoría de la imprevisión, al venir a compensar la excesiva onerosidad del contratista, hace posible su cumplimiento

“Una última consideración sobre este fundamento referida al terreno de las conveniencias prácticas: es indudable, y la experiencia lo demuestra frecuentemente, que un contratista para el cual una obra o servicio deviene deficitario (y a veces simplemente ante el temor de que lo sea), tratará de reducir por todos los medios tales pérdidas, con el consiguiente quebranto para la calidad de las prestaciones>>⁹

En las consideraciones del famoso *fallo* del 30 de marzo de 1916 (Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux), es expresa la consideración acerca de la necesidad de asegurar la prestación *continua* del servicio como presupuesto de la teoría de la imprevisión expuesta en dicho fallo:

“...que importa, por el contrario, buscar, para poner fin a estas dificultades temporales, una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general que exige la **continua prestación del servicio** por la compañía con la ayuda de todos los medios de producción...; que a este efecto conviene decidir, **de una parte, que la compañía está obligada a asegurar el servicio concedido**, y, de otra parte, que ella debe soportar solamente, a lo largo de este período transitorio, la parte de las consecuencias de la situación de fuerza mayor más arriba descrita”

3.6.- El traslado del efecto adverso o del perjuicio derivado del advenimiento de la circunstancia imprevista a la otra parte que, como se vio anteriormente, no tiene justificación en el derecho privado, lo tiene en el derecho público pues si en este caso la realización del objeto del contrato está determinada por el *interés público* es razonable que esa carga no la soporte el particular contratista, sino que ella sea trasladada a la colectividad.

“En efecto, hay que tener en cuenta en la contratación administrativa el principio de igualdad ante las cargas públicas, que debe presidir toda responsabilidad de la Administración, tanto contractual como aquiliana, al que se le pueden sacar aquí

⁹ Gaspar Ariño op. cit. Pág. 305.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

fecundas consecuencias. La traslación de los riesgos en caso de grave onerosidad – injustificada en el derecho civil – encuentra en él plena justificación. El contratante está colaborando con la Administración en la prestación de un servicio público y en la consecución del bienestar social; cierto que de dicha colaboración espera obtener un beneficio y por ello estará obligado a soportar – él solo – las pérdidas ordinarias de su actuación correspondientes a sus ganancias (esto es, deberá recaer sobre el íntegramente el aleas ordinario del contrato). Pero no así las cargas verdaderamente extraordinarias, que se dan en situación de crisis general. La traslación de estas a la Administración, en estos casos, opera a través de la recaudación impositiva – una colectivización del riesgo y un reparto de cargas entre todos aquellos que se benefician de la prestación del servicio público: la sociedad entera”¹⁰

3.7.- Por último, la doctrina explica un punto que resulta de la mayor relevancia: la consideración del interés público que se persigue con la prestación a cargo del Contratista es lo que hace que esta se *supravalore* y deba ser objeto de protección particular por el ordenamiento jurídico:

“Pues bien, cuando el contrato es privado, dado que ningún interés público se incorpora a la causa del mismo, *las prestaciones de las partes se consideran jurídicamente equiparables*, de igual valor una y otra. Sin embargo, cuando el *contrato es administrativo*, estando el interés público incorporado a la causa, se produce una *supravaloración de la prestación a realizar por el contratista, porque ella representa justamente el interés público relevante que ha conducido a la calificación del contrato como administrativo*, frente a la obligación de pago de la Administración, que exclusivamente afecta al interés privado de quien contrató con ésta como colaborador en el cumplimiento de una función pública. *Las prestaciones, por tanto, son sinalagmáticas, pero no equivalentes en cuanto a su valoración por el Derecho. Y ello, naturalmente, conduce a que el régimen jurídico de las prestaciones de cada parte en el contrato sea absolutamente distinto...*”¹¹

¹⁰ Gaspar Ariño, o.p. cit. Pag 303

¹¹ José María de Solás Rafecas, en Ariño Asociados op. Cit. Pág. 309.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Así las cosas es claro que en el presente evento nos encontramos ante peticiones en las cuales se impetra la declaratoria de INCUMPLIMIENTO de las obligaciones contractuales por la CONVOCADA razón por la cual en Tribunal se centrará en determinar la existencia de las obligaciones y la prueba del incumplimiento y de los perjuicios afirmados por la CONVOCANTE, punto en el cual también se precisa que los incumplimientos que serán materia de estudio serán solo aquellos que afirmó y expresamente la CONVOCANTE en su demanda,

E.- Las cláusulas contractuales que regulan la responsabilidad de las partes (Octava pretensión de la demanda) y la distribución de los riesgos del contrato.

CONINSA solicita en la OCTAVA PRETENSIÓN de su demanda:

OCTAVA: Que se inapliquen o se dejen de aplicar, se consideren como no escritas o no se les reconozca efectos a las disposiciones del Contrato y de sus Anexos que exoneran o relevan, excluyen, limitan o trasladan la responsabilidad a cargo de CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED.

Esta pretensión será rechazada porque en su formulación no se indica cuáles son las cláusulas del contrato sobre las cuales se pide esta consecuencia de derecho. Solicitar la ineficacia de una estipulación contractual conlleva la carga de precisar la cláusula sobre la que recae esta petición y la de indicar las razones específicas que sustentan tal petición y esta es una carga que no cumplió en este caso la CONVOCANTE.

No obstante lo anterior, el Tribunal se referirá en este acápite específicamente a las estipulaciones contractuales que *asignan riesgos* en el contrato y regulan la forma como debe manejarse la *fuerza mayor* con el objeto de explicar las razones que las motivaron y concluir que tales estipulaciones se ajustan a la ley.

1.- La documentación precontractual permite advertir que efectivamente se realizaron muchas consultas con los oferentes que dieron origen a una buena cantidad de aclaraciones y adendas. De este modo, es evidente que el contrato no fue producto de un pliego de condiciones rígido frente al cual los proponentes sólo tenían la posibilidad de formular una oferta que se adecuara al mismo, lo que genera un típico contrato de adhesión donde todas las condiciones se establecen de manera previa, por la parte que adelanta la licitación. Aunque es claro que el texto del contrato y los documentos que regularon la relación contractual fueron elaborados por el CERREJÓN, también lo es que se tuvieron en cuenta las observaciones de los proponentes y además, en virtud de ellas, se

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

introdujeron estipulaciones producto de las conversaciones adelantadas con CONINSA antes de la celebración del contrato.

Es significativo en este punto señalar que en la forma de pago que finalmente se pactó (precios unitarios) quien debía establecer su valor y a partir de allí formular su oferta económica era quien presentaba la propuesta y también debe considerarse que en esta etapa CERREJÓN puntualmente le solicitó a los proponentes señalar su "estrategia de contratación de personal no calificado teniendo en cuenta que en la zona no se consiguen oficiales de acabados de primera calidad para pisos y enchapes, pintura, estucos, filos, dilataciones, mampostería y cubierta (estructura metálica) mano de obra para la construcción de andenes y bordillos.

Este requerimiento fue respondido por CONINSA (f. 100 C. Pruebas No 6), en los siguientes términos:

"El proyecto fue concebido usando oficiales de otras regiones, los cuales trabajan directamente con cada contratista según su especialidad, este personal será hospedado en Barrancas y/o Fonseca, la demás mano de obra no calificada tal como ayudantes será personal de la zona, la consecución de este personal será coordinada con el apoyo de algunos de los Contratistas quienes ya han desarrollado proyectos en la región."

2.- De las pruebas atinentes a la negociación de la oferta se deduce que CERREJÓN advirtió que la propuesta de CONINSA, que era bastante inferior en precio y plazo en relación con las demás, podría estar mal calculada y podía correrse el riesgo de que el OFERENTE no lograra ejecutar el contrato en tales condiciones; esta circunstancia se advirtió claramente a CONINSA y dicha sociedad ratificó los precios y el plazo convenido y manifestó que la formulaba con pleno conocimiento de causa por tener experiencia en construcciones adelantadas en la misma región que presentaban problemas similares en cuanto al **personal, a los materiales, y al clima.**

Al folio 160 del cuaderno de pruebas número seis, obra un correo electrónico de Martha Galvis de Coninsa para Wilson Torres, en el cual Coninsa replantea la oferta en el sentido de aumentar un mes de plazo y, al final de esta comunicación, que es del 7 de octubre de 2010, se señala: "Ratificamos el interés de Coninsa Ramon H. en la ejecución de este proyecto y compartimos nuevamente nuestra tranquilidad con el proyecto y el plazo propuestos que obedecen a un estudio juicioso del proyecto y están considerando las condiciones de la zona en cuanto al clima, mano de obra, materiales, etc." Y en el folio 166

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

del mismo cuaderno obra copia de otro correo electrónico, también de Martha Galvis de Coninsa, en el cual también se señalan detalles de la oferta y se expresa: "Dentro de nuestra amplia experiencia en proyectos de este tipo consideramos que lo que estamos proponiendo es viable y estaríamos dispuestos a asumir este riesgo."

3.- Entiende el Tribunal que por esta razón se plasmaron en el contrato varias condiciones dirigidas a evitar que el CONTRATISTA pudiera formular reclamaciones por mayores costos como consecuencia de no haber considerado en la propuesta los supuestos advertidos en la negociación previa; en otros términos, estando persuadido CERREJÓN de que se le ofrecía realizar la obra por precios muy bajos y en un plazo muy corto, decidió celebrar el contrato bajo las condiciones ofrecidas por CONINSA, pero introdujo estipulaciones dirigidas a restringir el derecho de dicha parte a reclamar, si la obra resultaba más costosa o requería mayor tiempo de ejecución.

4.- La conducta de CERREJÓN es legítima y no puede achacársele haber incurrido en *abuso del derecho* o en *falta del deber de planeación* y mucho menos puede estimarse que *indujo a error* al CONTRATISTA. CERREJÓN obró de buena fe en el período pre contractual porque claramente le indicó a CONINSA sus consideraciones sobre la oferta y le insistió en las dificultades que comportaba adelantar la obra en esta zona. Legítimamente celebró un contrato a partir de una oferta en la que se proponía ejecutar el contrato por un precio bajo en un período muy corto, en relación con sus propios cálculos y con lo ofrecido por los demás proponentes; y para asegurarse de que su decisión no le generaría la obligación de pagar sobre costos o mayor permanencia en la obra, incluyó en el contrato estipulaciones dirigidas a evitar dicha posibilidad.

Por tal razón en el contrato:

a.- Se introdujeron declaraciones del contratista relativas a que posee la "idoneidad experiencia ay capacidad" necesarias para ejecutar la obra y que

"d) Ha examinado y conoce la naturaleza y alcance de la Obra, **su localización, peculiaridades, condiciones generales locales y demás aspectos que pudieran afectar su ejecución, plazo y costos. La omisión del CONTRATISTA en informarse adecuadamente de aquellos aspectos que pudieran afectar la Obra no lo liberarán de su obligación de ejecutar la Obra en el plazo, a los precios y en las condiciones estipuladas.** En consecuencia, el CONTRATISTA no podrá pedir reajustes o modificaciones en los precios, términos o condiciones estipulados

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

para la ejecución de la Obra **por razón de hechos o circunstancias relativos al sitio de la Obra. CERREJÓN no asume ninguna responsabilidad, ni expresa ni tácita, por la exactitud o integridad de cualquier información suministrada al CONTRATISTA sobre las condiciones del sitio de la Obra, ni garantiza que las condiciones indicadas en tales informaciones sean representativas de las existentes en el sitio de la Obra.**

"e) Comprende **los términos y condiciones económicas pactados en este Contrato, los cuales incluyen todos los costos directos, indirectos u otros que pudieren llegar a afectar las tarifas o sus componentes;** por tanto, en el evento en que hubiere errores u omisiones en el estudio e interpretación de alguno de los factores que pudieren afectar las condiciones comerciales del Contrato serán a su propio riesgo y **no podrá solicitar reajuste o modificación de las mismas alegando desconocimiento, error en la interpretación de los componentes que afecten o puedan llegar a afectar las tarifas o la ejecución del Contrato o error en la interpretación de la invitación a presentar oferta.**

b.- Se estipularon las siguientes cláusulas sobre la *responsabilidad del contratista* y sobre el manejo de los eventos de *fuerza mayor* en el contrato:

"CLAUSULA 6 • RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA.

6.1 El CONTRATISTA será responsable del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones estipuladas en el CONTRATO y sólo podrá exonerarse de responsabilidad probando fuerza mayor o caso fortuito a menos que este último haya sobrevenido por su culpa o durante la mora. Para efectos de la presente cláusula **no se considerará fuerza mayor o caso fortuito la demora en la ejecución de la Obra debida la entrega tardía de insumos, equipos o materiales por parte de proveedores o subcontratistas del CONTRATISTA o a falta de supervisores o trabajadores, ineficiencia de éstos o situaciones similares, huelga, disminuciones en el ritmo de trabajo o paros. El CONTRATISTA deberá notificar a CERREJÓN por el medio más expedito posible y, en todo caso, no después de**

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

veinticuatro (24) horas de la ocurrencia de cualquier evento de fuerza mayor o caso fortuito que pueda afectar su cumplimiento y le presentará, dentro de los diez (10) días calendario siguientes, toda la información y documentación que CERREJÓN requiera para demostrar su ocurrencia e Impacto en la Obra. La ocurrencia de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, debidamente comprobado, podrá dar lugar a una prórroga del plazo para la ejecución de la Obra. CERREJÓN no será responsable en ningún caso por los costos, daños o perjuicios en qué incurra o se ocasionen al CONTRATISTA por la ocurrencia de eventos de fuerza mayor o caso fortuito.

CLÁUSULA 11 FUERZA MAYOR

“A menos que otra cosa se disponga en este Contrato, CERREJÓN y el CONTRATISTA únicamente podrán exonerarse de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones respectivas, por razones de fuerza mayor o caso fortuito, es decir, por todo evento irresistible e Impredicible, salvo que sobrevenga por su culpa o durante la mora, **En consecuencia, el CONTRATISTA no podrá alegar como fuerza mayor o caso fortuito:** (a) La demora en la ejecución de la Obra debida a la entrega tardía de insumos, equipos o materiales por parte de proveedores o subcontratistas del CONTRATISTA, (b) la falta de supervisores o trabajadores, ineficiencia de éstos o situaciones similares. (c) huelga, disminuciones en el ritmo de trabajo o paros. **La parte que invoque fuerza mayor (i) notificará inmediatamente a la otra parte; fi) intentará por todos los medios subsanar la causal de incumplimiento; (iii) cumplirá con todas sus obligaciones tan pronto como desaparezcan las causas de fuerza mayor, quedando la otra parte liberada de sus obligaciones contractuales hasta el momento en que desaparezcan dichas causas.**

“El CONTRATISTA no tendrá derecho a terminar el Contrato con fundamento en la invocación de fuerza mayor o caso fortuito por parte de CERREJÓN.

“Cuando se puedan cuantificar los efectos de un evento de fuerza mayor CERREJÓN podrá expedir una Orden de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Cambio para hacer los ajustes pertinentes al Contrato, sin modificar el Precio del mismo. Únicamente podrá modificarse el Precio del Contrato en casos en que la fuerza mayor ocasione daño, destrucción o pérdida de las instalaciones de CERREJÓN, o cuando el evento sea un cambio en la Ley que afecte las especificaciones de la Obra.”

5.- En las cláusulas anteriores las partes distribuyeron los *riesgos previsibles* del contrato, que son las circunstancias que podían afectar el precio de la prestación y se los asignaron al Contratista, que tenía el control de estos: CONINSA había establecido el valor de los precios unitarios teniendo en cuenta particularmente el precio del personal en la zona y la adquisición de los materiales y a dicha parte le correspondía contratar el personal y comprar los materiales de obra.

Cuando se estipula que no se podrán alegar estas circunstancias como *imprevistas o imprevisibles* (constitutivas de fuerza mayor) para el efecto de solicitar un ajuste del contrato, o se advierte que en el precio ofrecido están incluidos “todos los costos directos, indirectos u otros que pudieren llegar a afectar las tarifas o sus componentes”, es claro que se está pactando que estos riesgos los asume el CONTRATISTA.

Los eventos de *fuerza mayor o caso fortuito* que pueden presentarse durante la ejecución de un contrato son las circunstancias ajenas a las partes, que eran *imprevisibles* al momento de contratar y que afectan gravemente el valor de la prestación de una de ellas. Por el contrario, las circunstancias *previsibles* que pueden presentarse en desarrollo del contrato y que pueden alterar el precio de la prestación de una de las partes se consideran como riesgos que pueden ser lícitamente atribuidos a una de ellas.

Por tal razón resulta lícito pactar que no se consideran como fuerza mayor circunstancias que dependen de una de las partes en el contrato o corresponden al cumplimiento de obligaciones como la entrega tardía de insumos, equipos o materiales por parte de proveedores o subcontratistas del CONTRATISTA; y en relación con las faltas o bajo rendimiento de los trabajadores, era también lícito determinar con claridad que este era un riesgo que asumía el CONTRATISTA no solo porque éste los contrataba, sino porque había sido advertido de las dificultades para la búsqueda de personal en la zona y del rendimiento del mismo.

La doctrina anota sobre este punto:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

“La imprevisibilidad se refiere a la grave afectación del valor económico de la prestación en relación con la contraprestación, esto es, en relación con su precio en el mercado...”

“Puede advertirse que los textos relativos al a imprevisión constituyen una excepción al principio de la inmutabilidad del contrato. Debe dárseles una interpretación restrictiva y conviene tener en cuenta que el legislador se refiere más al cambio de circunstancias que a los efectos que dicho cambio produce. “Esta exigencia de la ley tiene por meta evitar que las personas acepten a la ligera liberalidades respecto de las cuales ellas saben o deberían saber que difícilmente podrán ejecutar las cargas que ellas implican, teniendo en cuenta el contexto existente el día en el que se pacta determinada liberalidad...”

“Si las circunstancias que generan el perjuicio eran previsibles el día de la aceptación de la liberalidad, quien la acepta habrá obrado con culpa por haberse obligado a la ligera.... Puede estimarse, que, si el evento era normalmente previsible en su existencia o en sus consecuencias, el deudor habrá incurrido en culpa por haberlo desconocido. Puede también, en segundo lugar, e independientemente de toda idea de culpa, considerarse que los contratantes concluyeron en todo conocimiento de causa y admitieron la existencia de un alea más o menos anormal. En el primer caso es en virtud del principio de responsabilidad que el contrato debe ser ejecutado tal y como fue concluido; en el segundo es porque el riesgo ha sido aceptado por los contratantes.

“A partir de estas consideraciones sobre el valor de la teoría de la imprevisión puede concluirse que el verdadero problema es la determinación de la carga (o asunción) de los riesgos del contrato.”¹²

6.- Un contratista diligente que acepte asumir riesgos previsibles que pueden incrementar sus costos debe formular una oferta económica que cubra su posible ocurrencia. En la contratación estatal se ha advertido que cuando se le adjudica un riesgo al CONTRATISTA la CONTRATANTE acepta pagar un precio más alto para tener la seguridad de que no tendrá que reajustar el valor pactado en el

¹² Gesthin, Jacques, Les effets du contrat, LGDJ, Paris 1994, p. 339.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

curso del contrato si sobrevienen circunstancias *previsibles* que pueden alterarlo. Por tal razón – se itera - la decisión de asumir un riesgo implica la responsabilidad de quien lo asume de calcular los costos que éste puede representar en el evento de que el mismo se presente.

7.- En segundo lugar, las partes establecieron una cláusula específica de revisión del contrato para el evento de que ocurrieran circunstancias de fuerza mayor de modo tal que regularon esta situación de manera específica y distinta a la forma prevista en el artículo 868 de Código de Comercio que en estos casos sólo contempla la posibilidad de acudir al Juez del Contrato – durante la ejecución del mismo – con el objeto de que revise las condiciones y disponga su ajuste o la terminación del contrato.

Las partes pactaron un procedimiento para *revisar* las condiciones del contrato cuando se presentaran circunstancias constitutivas de *fuerza mayor* en el que se contemplaba la **notificación** de tal circunstancia a la CONTRATANTE para revisar las condiciones del contrato. Ese pacto no contraría – de ninguna manera – lo dispuesto en el citado artículo 868, pues lo que regula no es más que la obligación de comunicar oportunamente el advenimiento de circunstancias imprevistas que afecten el término y el valor del contrato para ajustar sus condiciones. La facultad de revisión del contrato prevista en el artículo 868 del Código de Comercio no se deroga de ninguna manera en esta cláusula.

A estas cláusulas de *revisión de la imprevisión* se refiere la doctrina en los siguientes términos:

“La cláusula de << hardship>> ha sido presentada como <<aquella que prevé la revisión del contrato cuando un cambio grave de circunstancias ha modificado profundamente el equilibrio inicial de las obligaciones de las partes. Esta cláusula apareció primero en los contratos internacionales y tiende a introducirse en el derecho interno. Tiene por objeto remediar los inconvenientes del principio de la fuerza obligatoria del contrato en las convenciones de larga duración.

“Lo que asegura la originalidad de esta cláusula es el procedimiento que ella instaura y que la distingue de las cláusulas de indexación (reajuste automático)... Aquí se conviene que las partes se verán nuevamente para examinar la suerte del contrato. Esta cláusula obliga a las partes a renegociar los términos del acuerdo inicial, pero ella no tiene el efecto de un determinador automático. Su campo de acción es mucho más amplio que el de la cláusula de indexación

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

que solo comprende el precio del contrato. Dicho de otra manera, si el precio constituye la causa de la revisión, es el contrato en su conjunto el que se revisa.

“Generalmente la cláusula incluye de manera más o menos general, la naturaleza y la amplitud de las circunstancias, así como las consecuencias susceptibles de ser activadas por este mecanismo. La imprevisión es, entonces un presupuesto contractual. No hay ninguna paradoja. En efecto prever la posibilidad de la ocurrencia de un evento no es lo mismo que prever su realización. En otros términos, las consecuencias atribuibles a la aparición de un evento *previsible* pueden ser *imprevisibles*. En cualquier caso, la cláusula hardship no aplica sino cuando el desequilibrio es considerable o la ejecución del contrato entraña consecuencias inequitativas.

“Todas estas cláusulas tienen un inconveniente relativo a la naturaleza de la materia que ellas tratan de regular y es su imprecisión; la cláusula supone necesariamente una apreciación de orden subjetivo de las circunstancias y sus consecuencias. Este procedimiento de *amigable composición* tiene el riesgo de degenerar en un procedimiento contencioso e igualmente se ha observado que puede constituir un elemento de fragilización del contrato susceptible de llevar a su destrucción.”¹³

F.- Los incumplimientos mutuos de las partes en la primera parte del contrato y las razones por las cuales se denegarán los perjuicios distintos al valor de la administración no pagada en la última parte de la ejecución del contrato.

1.- La existencia de responsabilidad contractual entendida como la obligación de reparar los perjuicios derivados de incumplimiento de un contrato supone para quien la reclama, además de demostrar el incumplimiento de la obligación a cargo de la contraparte, la carga de acreditar los perjuicios sufridos y la relación de causalidad con el incumplimiento. La regla general en este campo es que no basta acreditar solo el incumplimiento y que solo en casos excepcionales (como el no pago oportuno de obligaciones dinerarias) se presume la existencia de un perjuicio derivado del incumplimiento.

¹³ Ghestian, Jacques, Traité de droit civil, les effets du contrat, 2 édition, LGDJ, 1994, P. 335

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En los contratos *bilaterales* es necesario, adicionalmente, acreditar que quien reclama el perjuicio contractual ha cumplido las obligaciones que a él le corresponden, lo que se deduce de lo dispuesto en el artículo 1609 del Código Civil, razón por la cual el contratista que ha incumplido sus propias obligaciones no tiene derecho a reclamar perjuicios sufridos por el incumplimiento de la otra parte, punto sobre el cual la jurisprudencia del Consejo de Estado, en doctrina aplicable a los contratos entre particulares por fundarse en las normas del código civil, ha señalado:

“En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo **en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato** y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional **debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas**, así como los perjuicios que haya podido sufrir.

“19. Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A. **cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pago.**

“La Sala reitera que esa carga de la prueba que pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmáticos¹⁴ tiene una doble dimensión: Tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte,

¹⁴ Artículo 1498 del C.C.: “*El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez...*”

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable **que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su cocontratante.**¹⁵

2.- La exigencia de acreditar el cumplimiento de sus propias obligaciones para poder reclamar los perjuicios generados por el incumplimiento del otro está vinculada a la gravedad de los incumplimientos y al momento en el que cada parte debe honrar sus compromisos. Es evidente que quien incumple primero una obligación no puede reclamar por el incumplimiento de su contraparte, si ella no pudo cumplir por tal razón; y también es claro que el incumplimiento que impide reclamar debe revestir cierta gravedad, pues un incumplimiento intrascendente y sin efectos en la ejecución del contrato no justifica la aplicación de esta exigencia.

El incumplimiento mutuo de las obligaciones, cuando resulta relevante o grave no le permite a ninguna de las partes reclamar perjuicios contractuales y esta es la primera razón por la cual el Tribunal estima que no debe acceder a la petición de los perjuicios que reclama CONINSA como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del CERREJÓN durante toda la vigencia del contrato, pues durante el período inicial (antes del otro sí No 4) están plenamente demostrados los incumplimientos graves en los que también incurrió la CONTRATISTA.

Se trata de *incumplimientos mutuos y coetáneos* porque no puede afirmarse que el incumplimiento de una parte *impidió o hizo imposible* el incumplimiento de la otra, por lo cual lo que ocurre es que los daños que cada una reclama como consecuencia de que la ejecución del contrato no pudo llevarse a cabo dentro del plazo inicialmente pactado, son imputables a las dos partes.

3.- Está probado que Cerrejón incumplió el contrato al entregar diseños inadecuados e incompletos lo cual, de acuerdo con la demanda, le generó como perjuicio una *mayor permanencia en la obra*. Pero también está probado de Coninsa incumplió el contrato al no avanzar con la programación de la obra, en la mayoría de los casos, en palabras de Poch (Dictamen técnico Poch Savills página 101) por "la falta de personal, los bajos rendimientos que se presentaban,

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de enero de dos mil trece (2013), Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217)

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

los tiempos muertos, la falta de control y coordinación de las actividades". El índice de incumplimiento en la programación por parte de CONINSA en el período correspondiente al otro sí No 4 fue del 58% con el mismo dictamen. Y CERREJÓN en su demanda de reconvención solicita como perjuicio por la mayor duración de la obra el pago de interventoría adicional, seguros, costos de personal administrativo, pago reclamados por las familias de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta.

CERREJÓN presentó excepción de contrato no cumplido frente a las pretensiones de CONINSA y ésta formuló la misma excepción al contestar la demanda de reconvención. Y el artículo 1609 del Código Civil que regula la excepción de contrato no cumplido dispone:

Artículo 1609 del CÓDIGO CIVIL: En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

5.- Lo primero que hay que preguntarse es si la excepción de contrato no cumplido sólo le permite a una parte *incumplir* voluntariamente su propia prestación cuando la otra parte no ha cumplido, o si también permite considerar que un Contratante no puede reclamar perjuicios por incumplimiento de su contraparte cuando a su vez él ha incumplido sus propias obligaciones. Y, si se considera que en el campo de la responsabilidad contractual la relación de causalidad es la existente entre el *incumplimiento* y el *perjuicio*, y tal presupuesto debe considerarse para examinar las causales de exoneración, la respuesta adecuada es la segunda.

Los perjuicios contractuales reclamados por la Convocante se imputan al *incumplimiento* de la parte demandada: y si ésta demuestra que *no pudo cumplir* porque a demandante incumplió sus obligaciones, esa prueba la exonerará de indemnizarlos.

Así las cosas, si el Contratista al que se le reclaman perjuicios por la mora en la construcción de la obra acredita que no pudo cumplir porque la Contratante no le entregó los diseños necesarios para hacerlo, podrá exonerarse de pagarlos con fundamento en la *excepción de contrato no cumplido* que equivaldría a la *culpa exclusiva de la víctima* en responsabilidad extracontractual. En tal caso estaríamos ante un evento de *exoneración total de responsabilidad* por esta causa: los perjuicios que sufrió la Demandante, no los *causó* el Demandado, sino que fueron causados por ella misma. Pero será necesario acreditar que el Demandante incurrió o en un incumplimiento *grave* de obligaciones que era

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

necesario ejecutar primero para que el Demandado pudiera cumplir las suyas; en otros términos, sería necesario acreditar que el incumplimiento del Demandante imposibilitó el cumplimiento del Demandado.

Ahora bien, cuando el Demandado no puede demostrar lo anterior pero evidencia que el daño que reclama la parte Demandante se produjo – en parte – porque ésta incumplió obligaciones a su cargo, lo que está acreditando es que el incumplimiento de las obligaciones del Demandante causó *parcialmente* los daños que está reclamando, caso en el cual procede una *exoneración parcial* de responsabilidad: el Demandado no puede responder *totalmente* de unos perjuicios que solo causó *parcialmente*, puesto que la parte Demandante contribuyó con su propio incumplimiento a generarlos. Se aplica aquí una solución con un alcance similar a la dispuesta en artículo 2.357 del Código Civil que regula la exoneración parcial de responsabilidad cuando la víctima con su propia culpa ha contribuido a la causación del daño.

En materia contractual lo que ocurrirá en síntesis es que el daño cuya indemnización se reclama del Demandado fue producido no solo por su incumplimiento sino también por el incumplimiento del Demandante, el Demandado o solo debe responder por la parte del perjuicio que es imputable a su incumplimiento.

4.- Ahora bien, puede ocurrir - como ocurre en este caso particularmente en la primera parte de la ejecución del contrato - que las dos partes se reclamen perjuicios, pero está probado que las dos incurrieron en incumplimientos que deben calificarse como graves y determinantes de la prolongación el período de ejecución contractual, caso en el cual ninguna de las dos partes tiene derecho a reclamar indemnización.

Christian Larroumet, señala:

“...En efecto, si la víctima ha cometido una falta que se encuentra por parte al origen de su daño, es ilógico e inequitativo obligar al deudor a la reparación integral. Es ilógico porque la obligación de reparación supone que el daño sea debido a la actividad del deudor. Si esta actividad no constituye sino por parte la causa del daño debe admitirse una exoneración parcial de responsabilidad. A la causalidad parcial debe corresponder una reparación parcial.

“Así sea que se trate de una obligación de medios o de resultado debe realizarse la distribución de responsabilidad. Si la obligación es de medio, las faltas habrán sido cometidas de una parte y de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

otra y la distribución se hará en función de la gravedad respectiva de las faltas. Si la obligación es de resultado, la falta del deudor no es una condición de su responsabilidad, pero la falta de la víctima será una cusa de exoneración parcial proporcional a su gravedad.

“Cuando cada una de las partes incurre en falta en la ejecución de sus obligaciones y esta falta es la causa del perjuicio del otro conviene, fuera de hacer la distribución de responsabilidad, porque no se trata de una causa de exoneración, obligar a cada una de ellas a reparar el perjuicio sufrido por la otra. **Si el perjuicio de una es igual al de la otra, siendo las faltas de similar gravedad, no hay lugar a pronunciar una condena.** Por el contrario, en el caso primero, en el que el perjuicio de una es más importante que el de la otra, la segunda será obligada a reparar la diferencia. Si las faltas no son de igual importancia y que cada una de ellas es la causa del conjunto de los perjuicios, conviene condenar el responsable de la falta más grave a pagar lo correspondiente.”¹⁶

Esta segunda consecuencia es la que debe aplicarse en este caso, en relación con lo ocurrido en el primer período de ejecución del contrato, porque la obligación de reparar un perjuicio contractual implica acreditar que el mismo tiene como causa el *incumplimiento* de una obligación de la CONTRATANTE. Y ello no ocurre cuando lo que está probado es que el perjuicio fue causado también por el incumplimiento grave del CONTRATISTA, en aspectos como su propia movilización, el suministro del personal necesario para la obra y la ejecución adecuada de la misma.

El daño (reclamado por las dos partes en este caso) consiste en los costos que éstas debieron asumir como consecuencia de la prolongación del término contractual: y ese daño, de acuerdo con las pruebas antes analizadas se generó tanto en la entrega incompleta y defectuosa de los diseños como en el incumplimiento del CONINSA en la ejecución de las obras, respecto de las cuales CERREJON hizo observaciones y puntualizaciones que las demuestran, según las documentales que obran en el expediente.

¹⁶ Larroumet, Christian, Droit Civil, Les obligations, le contrat. T III 5 édition, Economica, París 2003.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Los dos incumplimientos se generaron de manera *simultánea o coetánea* con lo cual es claro que los dos constituyen la causa de la prolongación del plazo del contrato. No ocurrió aquí que CERREJÓN hubiese omitido la entrega total de los planos de forma tal que CONINSA no hubiese podido iniciar la obra o hubiese tenido que suspender su ejecución; lo que está probado es que CERREJÓN entregó planos y diseños defectuosos que generaron la imposibilidad de ejecutar la obra en el tiempo previsto; pero también está demostrado que CONINSA incurrió en incumplimientos contractuales independientes y no determinados por el incumplimiento de Cerrejón (personal insuficiente, defectos en la construcción de las obras, bajos rendimientos de personal) que también contribuyeron a la prolongación del término contractual.

En síntesis, estamos ante un caso de incumplimiento mutuo de las obligaciones a cargo de ambas partes; adicionalmente el incumplimiento de las dos partes genera un mismo perjuicio (mayor duración de la obra). En la medida en que cada parte incumplió sus propias obligaciones no puede demandar reparación de perjuicios de la otra parte. CONINSA no puede reclamar como perjuicios mayores costos de administración de los pactados y mayores costos de personal cuando él mismo contribuyó a causarlos. Y CERREJON no puede solicitar perjuicios por la mayor permanencia imputados al incumplimiento de la ejecución del programa cuando él mismo contribuyó a causar tales perjuicios.

5.- En la prueba de la relación de causalidad entre los daños reclamados por CONINSA el Tribunal también echa de menos la determinación precisa de las consecuencias de cada uno de ellos, lo que no permite tampoco decretarlos.

Coninsa optó por imputar una serie de incumplimientos al CERREJÓN y por alegar circunstancias imprevisibles (lluvias en la zona), sin determinar con precisión cuál era el efecto de cada incumplimiento o de cada circunstancia fáctica en el plazo de ejecución de las obras o en el incremento del personal alegado como daño; y siendo cada incumplimiento determinante de un daño preciso, era necesario cuantificarlo de modo preciso, a fin de que se cumpliera el requisito axiológico en materia de daños la exigencia establecer su certeza o certitud.

Si se pide condenar al pago de perjuicios por muchos incumplimientos el demandante asume la carga de demostrar cuál o cuáles fueron los que precisamente generaron el perjuicio particularmente reclamado, cuáles son los perjuicios que genera cada uno de ellos, salvo que se hubiera afirmado en la demanda que probado uno solo de ellos su acreditación fuera suficiente para considerar que se generaron todos los perjuicios reclamados en la demanda, sin que ello ocurra en el presente caso.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Aquí no se trata de una sola causa que absorba a las demás, lo que puede ocurrir frente al médico demandado por la muerte de un paciente porque comete una serie de errores y se prueba que cualquiera de ellos era suficientemente grave para generar tal consecuencia. Tampoco estamos ante un evento en que exista un perjuicio que pueda considerarse como indivisible como ocurre con la destrucción de la cosa objeto del contrato. Aquí nos encontramos ante incumplimientos o circunstancias que generan independientemente retardos en la ejecución de las obras razón por la cual la determinación de los daños no podía imputarse a *todas las causas* como lo hizo la Convocante, sino que le incumbía determinarlos particularmente.

6.- CONINSA no reclamó perjuicios puntuales derivados de cada uno de los incumplimientos que le imputó al CERREJÓN de manera general durante todo el período contractual y sin tener en cuenta el pacto acordado en el Otrosí No 4.

Probó el incumplimiento en la obtención del permiso al INVÍAS para ejecutar la obra de descarga de las aguas lluvias, el incumplimiento de la obligación relativa al suministro de agregados, la insuficiencia de la interventoría, pero no determinó cuantitativamente y de modo preciso la consecuencia de tales incumplimientos: señaló simplemente que las consecuencias de los mismos estaban subsumidas en lo que se estimó como genéricamente el incumplimiento más importante, que fue el relativo a la falta de entrega oportuna y adecuada de los diseños de la obra.

Este motivo, por ejemplo, no influyó el perjuicio que, de modo exacto y preciso, se hubiera probado derivado del incumplimiento en el suministro del material a cargo de CERREJON, o sea, que siendo multívocas las modalidades y causas de los incumplimientos, multívocos son también los efectos y el quantum de los perjuicios que en materia de responsabilidad deben demostrarse respecto de cada incumplimiento, para poder fulminar una condena que satisfaga las exigencias lógicas establecidas respecto del daño.

En relación con los incumplimientos relativos a los diseños las pruebas de CONINSA y particularmente los dictámenes de parte que estuvieron dirigidos a mostrar los incumplimientos en relación con los diseños, se centraron particularmente en los problemas atinentes a la cimentación y al tipo de terreno (lo que ocurrió al principio de la ejecución del contrato); y no tuvieron suficiente consistencia en lo atinente a la determinación de la consecuencia en días de la prolongación del contrato.

Del dictamen de Ingeniería y Ecología y Consultoría SAS, el Tribunal destaca los siguientes apartes:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

“De acuerdo con el ejercicio programático realizado, la **entrega tardía** y/o parcial de los diseños, planos y especificaciones, los cambios de diseño y/o especificación implementados por el Contratante, la ejecución de mayores y menores cantidades de obra y la ejecución de obras adicionales **desplazaron la fecha de entrega de las obras en 235 días calendario con respecto a la fecha inicial de terminación 19 de octubre de 2011¹⁷, es decir, hasta el 9 de junio de 2012. En estos días se subsumen las demás afectaciones que se presentaron durante la ejecución del contrato, tales como las ocasionadas por el fuerte invierno, la priorización de las obras del reasentamiento de Patilla, la deserción de personal, las inusuales exigencias de la Interventoría, entre otras.**

A continuación, se explica el ejercicio programático realizado para determinar los anteriores desplazamientos:

A) Desplazamiento ocasionado por el cambio en el diseño de la cimentación de las casas

“Al inicio de las obras, el cambio de diseño de la cimentación de las casas implementado por el Contratante **fue la circunstancia que provocó mayor retraso del programa de obra del proyecto y, por consiguiente, la que subsume los retrasos generados por las demás afectaciones ocurridas hasta esa fecha.** A continuación, se explica la manera como se establece el retraso de las obras debido al cambio de diseño de la cimentación de las casas:

“Parámetros

“Se toma como línea base el Programa de Obra inicialmente aprobado para el proyecto el 21 de febrero de 2011 y se tiene en cuenta:

- “La fecha de aprobación del cambio de diseño realizado por el Contratante en la cimentación de las viviendas, es

¹⁷ Aunque de acuerdo con el Contrato el plazo inicial vencía el 20 de octubre de 2011, en el cronograma de obra aprobado se registra como fecha de terminación el 19 de octubre de 2011.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

decir, el 20 de febrero de 2011 cuando se definió la necesidad de ejecutar el reemplazo del suelo nativo bajo la totalidad del área ocupada por las viviendas con material seleccionado de terraplén.

- "Las demoras en la ejecución de las actividades requeridas para el reemplazo del suelo nativo bajo las casas por causas ajenas a la gestión del Contratista.
- "Las lluvias que retrasaron y suspendieron el reemplazo del suelo nativo bajo las casas.

"Procedimiento

a. Como la ejecución de las actividades no previstas correspondientes al reemplazo de suelo bajo las casas se convirtió en la ruta crítica del proyecto, para cada grupo de casas, se crean:

- (i) Un hito denominado aprobación **Reemplazo de suelo bajo las casas.**
- (ii) Dos actividades no previstas sucesivas: **1. Excavación Mecánica** y **2. Relleno con material seleccionado;** que preceden a la actividad inicialmente prevista **3. Excavación manual zapatas.**

b. Se sigue el avance real de dichas actividades no previstas, esto es, el tiempo que tardó la ejecución de las actividades nuevas que fueron necesarias como resultado del cambio en el diseño de la cimentación de las viviendas, por las siguientes razones:

"En primer lugar, porque las actividades no previstas fueron generadas por errores o insuficiencias en los estudios y diseños entregados por el Contratante;

"En segundo lugar, porque se presentaron otras dificultades imprevistas, a saber; (i) la dificultad para conseguir el material de relleno seleccionado, (ii) la necesidad de mejorarlo en obra y extenderlo en capas más delgadas de lo normal y, (iii) las fuertes lluvias;

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

“En tercer lugar, porque estas actividades no previstas determinaron la ruta crítica del Proyecto; y,

“En cuarto y último lugar, porque, hasta donde pude establecer basado en los documentos disponibles, el Contratista hizo todo lo posible para agilizar su ejecución en medio de las difíciles circunstancias generadas por este cambio de diseño.

“En resumen, se sigue el avance real de dichas actividades no previstas porque, debido al error de diseño de la cimentación de las casas, el Contratante generó una disrupción y, por consiguiente, debe asumir el tiempo real de ejecución de las obras no previstas así generadas.

“Resultado

“El cambio en el diseño de la cimentación de las viviendas, afectación que subsume las demás afectaciones generadas hasta la fecha de terminación del reemplazo de suelo bajo las casas por (i) la entrega tardía y/o parcial de los diseños, planos y especificaciones, (ii) los cambios de diseño y/o especificación implementados por el Contratante, (iii) la ejecución de mayores y menores cantidades de obra y (iv) la ejecución de obras adicionales, provocó un desplazamiento de 114 días calendario en la fecha de entrega de las obras. Es decir, de haberse tenido en cuenta las mencionadas afectaciones, la fecha de entrega de las obras se habría ampliado hasta el 9 de febrero de 2012 (aproximadamente 4 meses)...

“Lo anterior se observa en los archivos Excel “Resumen de Cambio de Cimentacion.xlsx” y Project “00-DEFINITIVA CERREJON (FEB-21-2011)-Rellenos-20161219-114 días.mpp” anexos a este dictamen.

a) Desplazamientos ocasionados por las demás circunstancias ajenas al Contratista ocurridas después de la fecha de terminación del reemplazo de suelo bajo las casas

Después de analizar los desplazamientos que sobre el programa de obra produjo el cambio en el diseño de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

la cimentación de las viviendas, se analizaron los atrasos provocados por las circunstancias ajenas al contratista que se presentaron con posterioridad a la fecha de terminación del reemplazo de suelo bajo las casas, esto es, la entrega tardía y/o parcial de los diseños, planos y especificaciones, los cambios de diseño y/o especificación implementados por el Contratante, la ejecución de mayores y menores cantidades de obra y la ejecución de obras adicionales.

Ante todo, es pertinente aclarar que la entrega tardía y/o parcial de los diseños, planos y especificaciones, así como los cambios de diseño y/o especificación implementados por el Contratante con posterioridad a la fecha de terminación del reemplazo de suelo bajo las casas, no solo retrasaron el inicio y/o demoraron la ejecución de las respectivas actividades, sino que, también, variaron las cantidades de obra en actividades previstas y generaron actividades de obra no previstas, es decir, obras o rubros adicionales. Por esta razón, en el análisis del retraso causado por la entrega tardía y/o parcial de los diseños, planos y especificaciones, los cambios de diseño y/o especificación que implementó el Contratante con posterioridad la fecha de terminación del reemplazo de suelo bajo las casas, se incluye la respectiva variación de cantidades de obra y la correspondiente ejecución de obras o rubros adicionales.

Parámetros

Se toma como línea base el Programa de Obra inicialmente aprobado para el proyecto el 21 de febrero de 2011 afectado por el cambio en el diseño de la cimentación de las viviendas y se tiene en cuenta:

- La lista de las actividades de obra afectadas; es decir:
 - Actividades de obra previstas cuyas fechas de inicio y terminación variaron;

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- Actividades de obra previstas cuyas cantidades variaron (ver anexo 67)
 - Actividades de obra no previstas, que debieron sumarse a dicha Programación de Obra (ver anexo 96).
- Las Fechas de entrega tardía y/o modificación de diseños o especificaciones, que determinan los hitos de inicio y/o períodos de suspensión de las actividades previstas y no previstas afectadas por la forma de entrega de los diseños o especificaciones y sus variaciones en desarrollo del Proyecto (ver respuesta a las preguntas 16 y 17 del dictamen).

Procedimiento

- a. Teniendo en cuenta que la duración de las actividades programadas es proporcional a la cantidad de obra ejecutada, para establecer el porcentaje de variación de la duración de las actividades programadas debido a mayores y menores cantidades de obra ejecutadas, a partir del archivo Excel [Asignación de ítems de presupuesto a actividades programadas.xlsx](#), se establece la diferencia porcentual resultante, medida en términos de dinero, es decir, mediante la proporción existente entre el valor inicialmente previsto y el valor finalmente ejecutado en cada actividad afectada hasta el [acta](#) de pago parcial No. 20 remitida por CONINSA al Cerrejón el 05 de octubre de 2012, mediante comunicación PaCha-02-010-2012-914.
- b. Dicha proporción, expresada en términos porcentuales, se aplica a la duración inicialmente prevista de las actividades afectadas.
- c. Para establecer la variación de la duración de las actividades previstas, para cada actividad se crea el respectivo hito de inicio (30 días después de la fecha en que se realizó la entrega tardía y o la modificación de diseños o especificaciones, que corresponden a la etapa de planeación); y se mantienen los enlaces de precedencia y sucesión de las actividades inicialmente previstas.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- d. Para incluir en la Programación de Obra las actividades correspondientes a las obras y rubros adicionales que surgieron como resultado de la forma de entrega de los diseños o especificaciones y sus variaciones en desarrollo del Proyecto: para cada una de las nuevas actividades (no previstas) se crea (i) la actividad; (ii) el respectivo hito de inicio (30¹⁸ días después de la fecha en que se realizó la entrega tardía y o la modificación de diseños o especificaciones); (iii) los correspondientes enlaces de precedencia y sucesión.

Resultado

Debido a la entrega tardía y/o parcial de los diseños, planos y especificaciones, los cambios de diseño y/o especificación implementados por el Contratante, la ejecución de mayores y menores cantidades de obra y la ejecución de obras adicionales; ocurridas a lo largo del Contrato, el Contratante provocó un desplazamiento de 121 días calendario adicionales a la afectación por cambio de cimentación, de manera que de haberse tenido en cuenta las mencionadas afectaciones, las fechas de entrega se habrían ampliado hasta el día 9 de junio de 2012.

"Lo anterior se observa en los archivos Excel "00-DEFINITIVA CERREJON (FEB-21-2011)-rellenos-cambdis-contardio-maymenorcant-lluvias-sin2013-rc.xlsx" y Project "00-DEFINITIVA CERREJON (FEB-21-2011)-rellenos-cambdis-contardio-maymenorcant-lluvias-sin2013-rc.mpp" anexos a este dictamen." (p. 157)

En el dictamen se estiman los días de atraso con el procedimiento indicado y la mayor proporción se le atribuye a los problemas de cimentación. Sin embargo, la controversia surgida en este aspecto en relación con los parámetros a partir de los cuales se calcularon mayores tiempos no permite que estas conclusiones puedan considerarse adecuadamente fundamentadas.

¹⁸ Se toman 30 días porque ese es el término usualmente requerido para la adquisición y puesta en obra de los materiales y equipos, así como la vinculación del personal necesario para la ejecución de las actividades.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En efecto, el Tribunal pone de presente las siguientes críticas al anterior dictamen, que le resultan razonables a este panel:

El dictamen de POCH hace graves observaciones sobre el cálculo de días de ejecución de las obras, relativas a promedios de construcción y tiempos agregados sin justificación que le restan credibilidad a las conclusiones del dictamen de parte de la Convocante; señala puntualmente:

“Como resultado del ejercicio realizado por la firma Ingeniería y Ecología Consultoría SAS a la programación del proyecto en lo referente al impacto ocasionado por el cambio de diseño de la cimentación de las casas obteniendo una cuantificación de 114 días calendario, se difiere en lo siguiente:

El archivo: “00-DEFINITIVA CERREJÓN (FEB-21-2011)-Rellenos-20161219-114 días.mpp” relaciona un tiempo de ejecución promedio para la excavación mecánica de las 3 casas modelo de **12 días**, lo cual es inferior a los rendimientos establecidos en Construdata para la zona de ejecución más cercana (Publicación especializada de construcción en Colombia que presenta información referente a costos y rendimientos de materiales, mano de obra y equipos empleados en la construcción): el tiempo requerido para excavar 90 m³ (volumen por casa aproximadamente) está entre 2 y 3 horas.

El archivo: “00-DEFINITIVA CERREJÓN (FEB-21-2011)-Rellenos-20161219-114 días.mpp” relaciona un tiempo de ejecución promedio para los rellenos con material seleccionado de las 3 casas modelo de **24 días**, lo cual es inferior a los rendimientos establecidos en Construdata para la zona de ejecución más cercana (Publicación especializada de construcción en Colombia que presenta información referente a costos y rendimientos de materiales, mano de obra y equipos empleados en la construcción): para rellenar y compactar 90m³ (volumen por casa aproximadamente) el rendimiento se estima entre 8 y 9 días aproximadamente.

El archivo: “00-DEFINITIVA CERREJÓN (FEB-21-2011)-Rellenos-20161219-114 días.mpp” relaciona un tiempo de ejecución promedio para la excavación mecánica de una casa

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

de 1,4 días (promedio de las 83 casas de ambos reasentamientos), lo cual es inferior a los rendimientos establecidos en Construdata para para la zona de ejecución más cercana (Publicación especializada de construcción en Colombia que presenta información referente a costos y rendimientos de materiales, mano de obra y equipos empleados en la construcción) teniendo en cuenta que el tiempo requerido para excavar 90m³ (volumen por casa aproximadamente) está entre 2 y 3 horas aproximadamente. No se encontró justificación del por qué se dejan sin programación 12 días entre el hito "aprobación de reemplazo de suelo bajo las casas" y la actividad "excavación mecánica" para las casas 2 a la 12 del reasentamiento de Patilla, siendo que, de acuerdo con el proceso lógico de la construcción, la actividad "excavación mecánica" debería iniciar inmediatamente se cumpliera el hito de "aprobación de reemplazo de suelo bajo casas". Este inicio tardío planteado de 12 días, se traslada en la ejecución de las excavaciones de las siguientes casas del reasentamiento de Patilla y el resto del proyecto por ser parte de la ruta crítica.

Como resultado del ejercicio realizado por la firma Ingeniería y Ecología Consultoría SAS a la programación del proyecto en lo referente al impacto ocasionado por las entregas tardías y/o parcial de los diseños, planos y especificaciones, los cambios de diseño y/o especificación implementados por el contratante, la ejecución de mayores y menores cantidades de obra y la ejecución de obras adicionales; ocurridas a lo largo del contrato correspondiente a 121 días; se difiere en lo siguiente:

No se encontró la justificación ni se considera válido el tiempo de 30 días por concepto de planeación una vez Interventoría y/o Cerrejón notificó a Coninsa Ramón H S.A. sobre la respectiva entrega de información. Es pertinente evaluar particularmente cada caso para determinar si el cambio, ajuste o actualización requería un tiempo de planeación, sin generalizar 30 días para todos los casos.

- Las mayores cantidades e incluso obras adicionales con objeto similar a las contratadas inicialmente respecto a los recursos requeridos, no necesariamente involucran un

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

tiempo adicional proporcional a la cantidad inicial del proyecto. Cuando se presentan este tipo de modificaciones al proyecto generalmente se desarrolla un plan de choque que permite mitigar el impacto real ocasionado a través de alternativas como incremento en el recurso humano y/o redistribución de los mismos.

- De la misma forma en que se deben evaluar los impactos de las mayores cantidades en un proyecto, se debe proceder evaluando y cuantificando también las menores cantidades de obra que generan un impacto positivo al mismo (menos recursos y menor plazo). Evidencia de estas menores cantidades se presentan en el anexo 67 relacionado en el Dictamen Pericial Técnico de Parte elaborado por la firma Ingeniería y Ecología Consultoría SAS.

Se concluye que los rendimientos están subestimados, generando un plazo superior al teórico, que existen periodos de tiempo sin programación que no se justifican y que se asignan duraciones generalizadas para la planeación de todas las actividades sin hacer distinción respecto de su particularidad.

7.- En la segunda parte del contrato, que es la comprendida entre el Otrosí 4 y la finalización de la construcción, el Tribunal deduce que CONINSA siguió incurriendo en incumplimientos a partir del dictamen pericial rendido por POCH que evidencia que estos ocurrieron hasta el mes de diciembre de 2011. Pero en esta etapa el Tribunal estima que los incumplimientos más graves fueron por cuenta de CERREJÓN; esta constatación es la que sustenta la decisión de condenarlo al pago de los costos de administración hasta la finalización del contrato.

No obstante lo anterior, el Tribunal no accederá a ordenar condenas adicionales en contra de la Contratante no obstante verificar el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, porque es evidente que no basta esta demostración, sino que es necesario acreditar también la relación de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio que se reclama para poder acceder a tal pretensión y los perjuicios que se pueden reclamar son solo aquellos que tengan el carácter de previsibles conforme con lo dispuesto en el artículo 1616 del código civil, sin que para determinarlos pueda desconocerse lo pactado en el contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

II.- Los incumplimientos de CONINSA en la ejecución del programa de obras.

1.- En el dictamen pericial rendido por POCH se hace un detallado recuento acerca de cómo fue el avance en la ejecución de la obra por parte de CONINSA y dicho recuento está respaldado por numerosas comunicaciones remitidas por la Contratante a la Contratista, las cuales obran como prueba en el expediente, y además está fundamentado en documentos suscritos por CONINSA y CERREJÓN, en los cuales se da cuenta del avance real de la obra en relación con el programa inicialmente aprobado y posteriormente reformulado.

Se señala en este dictamen:

“48.- Sírvase indicar cómo fue el comportamiento del Programa de Obra (Programado y Ejecutado) durante la ejecución del Contrato. Para ello, considere el periodo de la programación contractual y la reprogramación.

“El Proyecto tuvo dos Programaciones de Obra Contractuales, la primera que comprendía desde el 21 de enero de 2011 hasta el 20 de octubre de 2011 y la segunda que iniciaba desde el 1 de julio de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011 (Otro si No. 4).

“Para efectos del estudio haremos un primer análisis tomando como línea base del proyecto la programación contractual para el periodo comprendido entre el 21 de enero de 2011 (fecha de inicio) y el 1 de julio de 2011 (momento en el que según los reportes de avance de obra se hizo la reprogramación).

“En un segundo análisis, tomaremos la programación que inicia a partir del 1 de julio de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011. Vale la pena aclarar que la segunda programación no fue una modificación de la primera, sino que se hizo una nueva programación y por ende los porcentajes de avance inician en ceros desde el 1 de julio de 2011...

“Como se evidencia en la Gráfica 3, los atrasos en la programación **iniciaron aproximadamente un mes después del inicio de las actividades, mes en el cual las actividades que se realizaban eran las de movilización y facilidades del proyecto.** Una vez se inició la construcción de las casas modelos, de acuerdo con el alcance del contrato, se presentaron las

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

diferencias negativas en la programación, las cuales como se evidencia no se recuperaron ni tuvieron tendencia a mejorar.

A manera informativa y con el fin de hacer énfasis en lo anteriormente mencionado, en la Tabla 8, se relacionan puntualmente los avances y las diferencias con la programación en cada periodo de corte hecho por la Interventoría en conjunto con Coninsa Ramón H S.A.

“De lo anterior, además de evidenciarse que en un 70% del tiempo, el proyecto se mantuvo atrasado. Durante 4 semanas (del 21 de marzo de 2011 al 13 de abril de 2011) el porcentaje de ejecución permaneció igual (5%), es decir no avanzó la obra...

“De las Gráficas 3 y 4, **fundamentadas en los informes periódicos entregados por la Interventoría y hechos en conjunto con Coninsa Ramón H S.A.**, se logra concluir que a medida que avanzaba el proyecto los atrasos eran cada vez mayores.

“El Cerrejón creó un índice de control sobre la Programación de Obra, como lo establece en el Anexo A- ALCANCE DE LA OBRA, Índice de Cumplimiento del Programa, el cual medía el cumplimiento mensual del contratista con respecto al programa de ejecución de obra.

“El índice de cumplimiento llegó a estar en el 0.39 y se mantuvo en promedio sobre el 0.66, lo que es desfavorable para el proyecto. Índice de cumplimiento tabla No. 9...

“Reprogramación Vs ejecución

Coninsa Ramón H S.A. realizó una nueva programación con fecha de inicio el 1 de julio de 2011 y fin el 31 de diciembre de 2011, con base en los hitos acordados con el Cerrejón en la comunicación SOP-IP-135-2011: ...

“Una vez hecha la nueva programación y comparándola con lo que fue la ejecución en el periodo entre el 1 de julio y 31 de diciembre de 2011, **se concluye que la ejecución no alcanzó el porcentaje esperado.**

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

“Se evidencian los atrasos constantes, **los cuales iniciaron diez (10) días después de hecha la reprogramación del 24 de junio de 2011 y llegaron a ser hasta del 48% en una relación ejecutado vs. Programado. Esto significa que esta relación estuvo por debajo de la mitad de lo esperado.**

“A manera informativa y con el fin de hacer énfasis en lo anteriormente mencionado, en la Tabla 10 se indican puntualmente los atrasos en cada periodo de corte hecho por la Interventoría en conjunto con Coninsa Ramón H S.A.:

“Como se evidencia en la Tabla 10, durante el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2011 y el 31 de diciembre del mismo año, el incumplimiento de la programación fue ascendente lo que hace evidente que independientemente de haber implementado planes de choque, o no, no se observa una recuperación en los avances de obra...

“El índice de cumplimiento del cronograma a la fecha de corte en la que se generó la reprogramación, es decir al 1 de julio de 2011, llegó a ser el 0.49 y en promedio estuvo sobre el 0.58 **lo que permite concluir que el proyecto avanzó a la mitad del ritmo previsto, como se evidencia en la Tabla 11....**

“Con base en los dos periodos analizados anteriormente: el primero entre el 21 de enero de 2011 y el 1 de julio de 2011 y el segundo entre el 1 de julio de 2011 y el 31 de diciembre de 2011, se elaboraron las gráficas correspondientes.

- Periodo entre el 21 de enero y el 1 de julio:

“Teniendo en cuenta que, de los 20 periodos analizados por medio de los reportes de avance consultados, 14 de estos evidenciaban atrasos en la programación, se pudo concluir que el 70% del tiempo en este periodo el proyecto se mantuvo atrasado (Ver Gráfica 8)...

- Periodo entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2011

“Para este periodo, se analizaron 27 reportes de avance de la programación, de los cuales se pudo evidenciar que en solo 2 se cumplió con la misma y en los otros 25 se reflejaban atrasos; por lo

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

que se concluye que el 93% del tiempo de ejecución en este periodo el proyecto mantuvo un atraso constante....

50.- Indique por favor si el Cerrejón o la Interventoría comunicó a Coninsa Ramón H S.A. su desacuerdo o por los atrasos presentados en la obra.

“Por medio de los comunicados CE-31231-062-PCH del 2 de mayo de 2011, CE-31231-071-PCH del 9 de mayo de 2011, CE-31231-080-PCH del 16 de mayo de 2011 y CE-31231-118-PCH del 30 de junio de 2011, el Cerrejón manifestó su preocupación e inconformidad con los atrasos que se venían presentando en la programación a medida que avanzaba el proyecto y relacionaba los compromisos que se incumplían y ocasionaban dichas diferencias.

“Adicionalmente, en los comunicados CE-31231-155-PCH del 19 de agosto de 2011, CE-31231-179-PCH del 16 de septiembre de 2011, CE-31231-182-PCH del 19 de septiembre de 2011, CE-31231-187-PCH del 22 de septiembre de 2011, CE-31231-190-PCH del 4 de octubre de 2011, CE-31231-191-PCH del 4 de octubre de 2011, CE-31231-197-PCH del 12 de octubre de 2011, CE-31231-201-PCH del 19 de octubre de 2011, CE-31231-202-PCH del 19 de octubre de 2011, CE-31231-222-PCH del 1 de noviembre de 2011, CE-31231-223-PCH del 1 de noviembre de 2011, CE-31231-228-PCH del 3 de noviembre de 2011, CE-31231-256-PCH del 18 de noviembre de 2011, CE-31231-274-PCH del 28 de noviembre de 2011, el Cerrejón por medio de la Interventoría, manifestó su preocupación e inconformidad con los atrasos que se venían presentando en la ejecución del proyecto aún después de hecha la reprogramación, recalcando **en la mayoría de estos, las causas de los mismos: la falta de personal, los bajos rendimientos que se presentaban, los tiempos muertos, la falta de control y coordinación de las actividades.**

“Así mismo, en estos comunicados, el Cerrejón solicitó que se tomaran acciones inmediatas para evitar y recuperar los atrasos...

51.- Con base en la documentación puesta a su disposición, permítase indicar cuál fue el Índice de Desempeño del Programa que tuvo Coninsa Ramón H S.A. durante la ejecución del Proyecto.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

“El Índice de Desempeño del Programa se relaciona en la Tabla 12...

“De la Tabla 12 se concluye que el 91% del tiempo del proyecto no se llegó a la meta de cumplimiento del programa (en solo un mes – febrero - de once meses se cumplió con la meta)...

“En diferentes comunicados relacionados en la respuesta a la pregunta No. 50, el Cerrejón, por medio de la Interventoría, solicitó a Coninsa Ramón H S.A. que se tomaran las acciones **correctivas necesarias para poder recuperar los atrasos causados por los tiempos muertos por ausencia de personal, bajos rendimientos, falta de materiales, logística e inapropiada coordinación...**

“58.- **Sírvase indicar si el Cerrejón informó a Coninsa Ramón H S.A. sobre los atrasos y si solicitó que se tomaran medidas para mitigarlos y recuperarlos. De ser afirmativo indique si Coninsa Ramón H S.A. acató las exigencias e implementó planes de choque con resultados favorables para el Proyecto.**

“En diferentes comunicados relacionados en la respuesta a la pregunta No. 50, el Cerrejón, por medio de la Interventoría, solicitó a Coninsa Ramón H S.A. que se tomaran las acciones correctivas necesarias para poder recuperar los atrasos causados por los tiempos muertos **por ausencia de personal, bajos rendimientos, falta de materiales, logística e inapropiada coordinación.**

“Del estudio de la información suministrada no le consta al Perito que Coninsa Ramón H S.A. haya puesto o no en funcionamiento un plan de acción para mitigar o reducir los mencionados atrasos.

“De acuerdo a nuestra experiencia, los planes de choque se evidencian en un cambio de tendencia en las curvas que miden el porcentaje acumulado de avance de la obra, en el caso puntual las curvas siguen con una misma tendencia (ver Gráficas 5 y 6 de este dictamen).

“Para entender si el porcentaje de atraso se mantenía en el transcurso de la obra, se realizaron las Gráficas 10 y 11 (que

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

corresponden al plazo inicial y al acordado en el otrosí-4), las cuales indican que el atraso crecía a medida que pasaba el tiempo, es decir que cualquier plan de choque que hubiese adoptado Coninsa Ramón H S.A. era insuficiente para logra la recuperación de la obra...

58.- Sírvase indicar si Coninsa Ramón H S.A. cumplió con lo ofertado respecto a la calidad en la ejecución, supervisión y coordinación de las obras objeto del contrato.

“Según la información puesta a nuestra disposición, se pudo concluir que existieron más de 98 comunicaciones por **faltas a los estándares mínimos de calidad en todas las especialidades de la construcción (excavaciones, rellenos, estructura en concreto, mampostería, instalaciones, estructura metálica, acabados), denotando malos procedimientos, falta de supervisión y coordinación de los subcontratistas, falta de equipos idóneos para la ejecución de las actividades, incumplimientos a las normas de seguridad y conductos regulares de revisión entre otros.**

Esto se evidencia en los comunicados de la interventoría: CE-31231-014-PCH del 24 de marzo de 2011, CE-31231-020-PCH de 29 de marzo de 2011, CE-31231-023-PCH del 2 de abril de 2011, CE-31231-033-PCH 8 de abril de 2011, CE-31231-034-PCH del 8 de abril de 2011, CE-31231-035-PCH del 8 de abril de 2011, CE-31231-038-PCH del 11 de abril de 2011, CE-31231-042-PCH del 12 de abril de 2011, CE-31231-057-PCH del 27 de abril de 2011, CE-31231-079-PCH del 16 de mayo de 2011, CE-31231-083-PCH del 18 de mayo de 2011, CE-31231-084-PCH del 17 de mayo de 2011, CE-31231-085-PCH del 18 de mayo de 2011, CE-31231-111-PCH del 20 de junio de 2011, CE-31231-120-PCH del 30 de junio de 2011, CE-31231-121-PCH del 30 de junio de 2011, CE-31231-125-PCH del 11 de julio de 2011, CE-31231-144-PCH del 10 de agosto de 2011, CE-31231-149-PCH del 16 de agosto de 2011, CE-31231-150-PCH del 16 de agosto de 2011, CE-31231-151-PCH del 16 de agosto de 2011, CE-31231-152-PCH del 16 de agosto de 2011, CE-31231-163-PCH del 29 de agosto de 2011, CE-31231-164-PCH del 29 de agosto de 2011, CE-31231-180-PCH del 19 de septiembre de 2011, CE-31231-181-PCH del 19 de septiembre de 2011, CE-31231-183-PCH del 20 de agosto de 2011, CE-31231-185-PCH del 21 de septiembre de 2011, CE-31231-203-PCH del 19 de octubre de 2011, CE-31231-

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

204-PCH del 19 de octubre de 2011, CE-31231-205-PCH del 21 de octubre de 2011, CE-31231-206-PCH del 21 de octubre de 2011, CE-31231-217-PCH del 27 de octubre de 2011, CE-31231-221-PCH del 31 de octubre de 2011, CE-31231-223-PCH del 1 de noviembre de 2011, CE-31231-225-PCH del 3 de noviembre de 2011, CE-31231-231-PCH del 4 de noviembre de 2011, CE-31231-241-PCH del 16 de noviembre de 2011, CE-31231-257-PCH del 21 de noviembre de 2011, CE-31231-258-PCH del 21 de noviembre de 2011, CE-31231-262-PCH del 22 de noviembre de 2011, CE-31231-263-PCH del 22 de noviembre de 2011.

Así mismo, en las anotaciones de la bitácora de obra, las cuales se listan en la Tabla 13 indicando las no conformidades técnicas levantadas por la Interventoría a lo largo de la ejecución del proyecto y se señala si estas tuvieron algún impacto en tiempo para el proyecto....

“En conclusión, Coninsa Ramón H S.A. presentó varias deficiencias en cuanto a calidad y no se evidenció que tuviese acciones correctivas a las mismas para dar cumplimiento a su ofrecimiento inicial.

59.- Sírvase indicar, desde su experiencia, si las no conformidades técnicas relacionadas en la Tabla 13 son normales en un proyecto de construcción de obra o son excesivas y que impacto generan.

Las No conformidades técnicas son comunes en obra, sin embargo, las anotaciones que se levantaron de las bitácoras son repetitivas y están asociadas a actividades que impactan programación y la calidad del producto en tal sentido se puede calificar de excesivas.

Llama la atención que varias de las “No conformidades” están asociadas a las prácticas de mal manejo de concreto, lo cual indica que iban en contra de la estabilidad de la obra ya que están directamente asociados a la Estructura Portante y denota falta de seguimiento en obra por parte del Personal capacitado.

Una No conformidad bajo un Sistema de Gestión de Calidad, debe ser tratada y corregida con acciones que busquen la no repetición en el futuro.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Al ser actividades repetitivas y de manejo básico, si se vuelven excesivas porque no guardan relación con la experiencia evaluada de una Constructora de las características del Contratista.

Como se evidencia en la Tabla 13, de las 98 no conformidades relacionadas, 85 generaban reprocesos como demoliciones, escarificaciones, desmontajes de cubiertas, levantamiento de pisos, demolición y nueva aplicación de pañetes, nuevas soldaduras, entre otros.

Estos reprocesos claramente tienen un impacto negativo en tiempo ya que las actividades que son necesarias para corregir los errores requieren de un tiempo mayor al necesario para la ejecución normal de la actividad. Adicionalmente, estos reprocesos hacen ineficiente que el proceso constructivo y ocupan recursos necesarios para otras actividades también importantes tanto del Staff de obra, como de Interventoría y de Seguridad Industrial.

“60.- Sírvase indicar si las no conformidades fueron repetitivas e indique brevemente en qué consiste cada no conformidad.

“Para evidenciar lo indicado, en la Tabla 14 se relacionan los reprocesos, discriminando por cada especialidad cuáles eran las No Conformidades. Para ver de manera más clara la repetitividad de las inconsistencias técnicas, se establece un código de niveles, de la siguiente manera:

- Nivel 1: actividades ejecutadas sin previa autorización de la interventoría.
- Nivel 2: diferencias o incongruencias con los niveles.
- Nivel 3: desplazamiento de las columnas.
- Nivel 4: discontinuidad del concreto.
- Nivel 5: otros...

“Como se puede evidenciar en la Tabla 14, las faltas técnicas en la estructura que mayormente se cometieron fueron:

- **Desplazamiento de las columnas en las casas:** Error que afecta directamente el funcionamiento de la estructura, además de generar inconvenientes en los acabados, como medida de vanos (espacios) de puertas, ventanas entre

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

otros, lo cual a su vez genera problemas de instalación de estos elementos produciendo en el sitio obras no contempladas como cortes o adiciones a dichos elementos.

- **Falta de continuidad del concreto en los elementos:** error que genera que los elementos no cuenten con la capacidad de carga o resistencia para los que fueron diseñados, lo que afecta directamente la seguridad e integridad de la estructura portante.
- **Errores en los niveles:** este error genera tres escenarios posibles, el primero es que se disminuye la sección o tamaño de los elementos lo cual repercute directamente en el funcionamiento y estabilidad de la estructura, el segundo es el aumento de la sección o tamaño en los elementos, lo cual genera mayores recursos y tiempo para la elaboración de dicho elemento y el tercero son los reprocesos e inconsistencias que genera con los acabados arquitectónicos previsto en las zonas donde se presente el error en el nivel.

“Al igual que la estructura en concreto, la mampostería y el pañete eran actividades críticas, de las cuales dependía el inicio de otras especialidades. En la Tabla 15 se relacionan las fallas técnicas de la mampostería y el pañete. Al igual que en las estructuras en concreto, en la mampostería también se evidencia que las faltas fueron repetitivas, se establece un código de niveles, de la siguiente manera:

- Nivel 1: desplazamiento, desalineamiento o plomo de elementos:
- Nivel 2: irregularidades o problemas con el pañete.
- Nivel 3: Otros...

“Las no conformidades técnicas que se evidenciaron en mayor proporción en la mampostería tenían que ver con el alineamiento y plomo de los muros y columnetas de confinamiento propios de los mismos y problemas relacionados con los procedimientos y acabados de los pañetes. Es pertinente aclarar que estas observaciones no son menores dado que son parámetros mínimos para el debido funcionamiento del elemento ya sea en un evento sísmico o en los acabados finales de la casa, ya que genera mayor consumo de los recursos como materiales y tiempo.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

“Otra de las condiciones que se evidenciaron en más de una oportunidad, fue la falta de coordinación entre los contratistas de mampostería y pañete y el eléctrico; ya que se pañetaban muros sin tener las regatas y tuberías necesarias, lo que genera reprocesos en la actividad de pañete e instalaciones y atrasos en las actividades sucesoras como estuco, pintura y carpintería.

“Con el fin de cuantificar en qué porcentaje se volvieron repetitivas las faltas técnicas en la Gráfica 12 se presenta el resultado correspondiente...

“Como se observa en la Gráfica 12, el 54% de las no conformidades fueron repetitivas.

“Relacionando este dato con el sistema constructivo propuesto, se concluye que los rendimientos óptimos que se alcanzarían por medio de una curva de aprendizaje era menos probable alcanzarlos y que por el contrario se cometían los mismos errores de tipo técnico.

“Según nuestra experiencia, estas actividades son básicas y encontrar errores de este tipo no guarda relación con la capacidad analizada de una empresa constructora como el contratista.”

Las conclusiones del dictamen de POCH, en este punto son prueba idónea para el Tribunal de que CONINSA incumplió con su obligación de ejecutar la obra adecuadamente e incurrió en reiterativos defectos de construcción que afectaron la oportuna ejecución de los programas aprobados; el dictamen, en cuanto a las objeciones, se fundamenta en la correspondencia contractual y en cuanto al avance de obra se sustenta en informes suscritos por las partes; las comunicaciones evidencian que se trata de incumplimientos imputables al Contratista relativos a la forma y a la calidad con la que ejecutaban la obra que no dependían de los incumplimientos que se le imputan al CERREJÓN en este mismo periodo y no pueden justificarse en el mismo, porque se refieren a falta de personal, falta de coordinación, tiempos muertos y defectos constructivos.

Y lo que resulta fundamental en la convicción que genera el dictamen de POCH en el aspecto que se está tratando es la circunstancia de que en el dictamen de contradicción presentado por CONINSA y elaborado por Interventoría Asesoría y Construcción S.A.S., no se controvirtieron sus fundamentos.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

El contradictamen al referirse a las conclusiones de POCH en las preguntas 48, 49, 50 y 51, antes transcritas señala:

“Dentro de la respuesta a las preguntas Nos. 48, 49, 50 y 51 del cuestionario respondido por Poch-Savills, en las que se compara el comportamiento del programa de obra con el avance de obra que tuvo el proyecto en sus distintas etapas, no se identifican las causas por las cuales no se pudieron alcanzar los rendimientos esperados. **Sobre este punto, encuentro que en la respuesta a la pregunta 56 del dictamen elaborado por Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S. se realiza un análisis programático de distintas circunstancias que afectaron la ejecución de las obras y desplazaron el programa de obra, concluyéndose que tales circunstancias se relacionan con la entrega tardía de los diseños y especificaciones, las modificaciones a los mismos, la ejecución de mayores y menores cantidades, la ejecución de obras adicionales, el fuerte invierno que se presentó, la deserción de personal, las inusuales exigencias de la Interventoría, entre otras...**

“En cuanto a la segunda parte de la pregunta, naturalmente el hecho de que se identifique que hubo desfases entre el avance real y la programación de obra únicamente demuestra que hubo atrasos en la ejecución de las obras, pero no demuestra que tales desfases fueron ocasionados por circunstancias atribuibles a una u otra parte. Las respuestas de Poch-Savills a las preguntas 48, 49, 50 y 51 **evidencian que hubo retrasos en la ejecución de las obras, pero no demuestran que los mismos hayan sido causados por Coninsa. Para ello, para conocer las causas de los atrasos, se requiere analizar los distintos eventos que se han presentado durante la ejecución del contrato e impactarlos dentro de la programación de la obra, cosa que no hace Poch-Savills y que, en cambio, sí se encuentra en la mencionada respuesta 56 del dictamen elaborado por Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S...**

El dictamen de contradicción *elude* referirse a los incumplimientos de CONINSA señalados por POCH y a la incidencia que ellos tuvieron en el avance de la obra y señala simplemente que en dicho dictamen no se tuvieron en cuenta como causa de los atrasos los incumplimientos del CERREJÓN relativos a los diseños, la deserción del personal, las exigencias de la interventoría y las lluvias.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

El perito debía referirse en este punto a los incumplimientos imputados a CONINSA y no lo hace con lo cual es claro que el dictamen de POCH en este aspecto no fue desvirtuado y le permite al Tribunal llegar a la convicción de que el atraso en la obra fue generado también por los graves y reiterados incumplimientos del Contratista.

Al referirse a las objeciones en materia de calidad, en el dictamen de contradicción no se hace ninguna mención a todas las comunicaciones de la interventoría en la que se objetan defectos en la construcción y ni siquiera indica si CONINSA respondió estas observaciones. No se refiere puntualmente al tipo de observaciones que se hacen y simplemente indica que <<en su concepto >> son usuales y que si se tiene en cuenta el total de actividades de la obra ellas representan un porcentaje muy bajo de ellas, punto en el que se anota:

"En conclusión, con base en mi experiencia, observo que las no conformidades técnicas que identifica el Consorcio Poch-Savills en su respuesta se encuentran dentro de rangos usuales en este tipo de proyectos, atendida la magnitud de la obra, las diferentes y numerosas actividades de obra que debían ser ejecutadas y los distintos frentes de trabajo dispuestos para la ejecución de las labores. En mi experiencia, un total de 98 no conformidades durante toda la ejecución contractual es un número reducido de no conformidades en vista de las características de las obras." (Página 89 del contradictamen)

Esta contradicción en abstracto y sin referirse puntualmente a las objeciones técnicas, a las comunicaciones y a la conclusión de POCH sobre la incidencia en el avance de la obra no son suficientes para desvirtuarlas, y no *convencen* al Tribunal. No le permiten considerar que CONINSA fue un contratista cumplido eficiente que desarrollara sus labores de manera coordinada y adecuada. Por el contrario, lo llevan a la convicción de que son ciertas las conclusiones de POCH en relación con la importante incidencia de estos incumplimientos en relación con el avance de la obra.

.- El incumplimiento en materia de estudios y diseños que se muestra como el más grave por parte de CONINSA y de los dictámenes de parte presentados por dicha parte en el curso del proceso es el relativo al cambio en la cimentación de las casas; sin embargo esta circunstancia que se superó contractualmente con la firma del Otrosí No 3 (agosto 10 de 2011) en donde se acordó como nuevo precio unitario la "excavación mecánica en casas", no fue la circunstancia que motivó el atraso de la obra en esta etapa y que generó la necesidad de realizar una reprogramación de la misma.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En la comunicación del 23 de mayo de 2011 (f. 304 C.4), que es donde CONINSA solicita sesenta días adicionales y le pide apoyo a CERREJÓN para cubrir los gastos del personal que ha tenido que trasladar de otros sitios, no se menciona como causa del atraso lo relativo a la cimentación; se indica, por el contrario que el atraso tiene origen en los bajos rendimientos del personal, en la deserción y con toda claridad se señala que se trata de circunstancias que *no fueron tenidas en cuenta por CONINSA* al formular su propuesta.

Esta petición de ampliación del plazo fue aceptada por CERREJÓN desde el 28 de mayo de 2011 (Cuad. Pr. 4, folio 305) y en el expediente obra una comunicación de dicha parte del 1 de julio de 2011 donde se indica que en la medida en que el proyecto en ese momento se sigue midiendo sobre la base inicial aprobada se le notifica una multa por incumplimiento acumulado del 29.01%; se recuerda que los problemas de personal fueron contingencias asumidas por el contratista y que en la modificaciones contractuales se pactó que los agregados debían transportarse desde Valledupar; se señala que lo relativo al cambio de la metodología de construcción en la cimentación debía agilizar el avance de obra; y se advierten los problemas de abandono de la obra por parte de los subcontratistas señalando que el rendimiento del personal es inferior al ofrecido.

Textualmente se señala:

“Con respecto a los compromisos adquiridos es preocupante el hecho de que el personal que CONINSA ha traído de interior (Bogotá y Medellín) más específicamente los subcontratistas Luis Vázquez y Víctor Herrera dejaron la obra la semana pasada aduciendo diferentes razones y retrasando las casas de Patilla. Esta rotación no deseada de los subcontratistas produce atrasos que especialmente en Patilla son contraproducentes para el proyecto. Le agradezco tomar las medidas que se requieran para mantener un flujo de personal estable en la obra que pueda permitir el avance del 4 % semanal que está programado en su oferta y que a la fecha no ha pasado del 1.5% por ciento semanal en promedio” (comunicación de CERREJÓN del 1 de junio de 2011 f. 306 C. 5).

14.- La correspondencia contractual obrante en el expediente que para el Tribunal reviste particular importancia porque refleja lo ocurrido cuando se estaba construyendo la obra, muestra que CONINSA desde que inició sus labores fue objeto de constantes requerimientos por CERREJON y la INTERVENTORÍA, en relación con el incumplimiento de sus labores.

En efecto:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

a.- CERREJÓN en la comunicación del 14 de febrero de 2011 (315 C.6) le señala a CONINSA "la preocupación acerca de la etapa de movilización" y le señala las falencias encontradas en la visita del 11 de febrero de 2011, luego de lo cual concluye:

"Es de suma importancia que se recupere el tiempo perdido y por tanto les agradezco que se me envíe el plan de acción correspondiente a más tardar el 15 de febrero así con la programación de obra corregida de manera que incluye las actividades antes mencionadas que forman parte de la movilización..."

b.- En el acta de la reunión entre las partes del 1 de marzo de 2011 (f. 318 C. 6) también se da cuenta de las "fallas del sistema de integridad operacional de la obra", se hace referencia al mal uso de los andamios, se indica que el tema de la seguridad "no es negociable"

c.- El 11 de mayo de 2011 (f. 321 C.6) ya se anuncia la imposición de una multa como consecuencia del retraso en el 7% en la obra.

d.- El 22 de mayo se lleva a cabo una reunión entre las partes (f. 322 C.6) en la cual se da cuenta de los problemas de la obra relativos a demoras en la movilización, suministro de material de relleno en cuanto a la calidad el mismo, suministro de la mano de obra tanto en cantidad como en calidad, se señala que sus rendimientos son inferiores a lo previsto y que "se han presentado trabajos que el contratista ha tenido que repetir a su costo pero que retrasan el normal desarrollo de la obra."

Las manifestaciones del contratista que se transcriben en este documento son las siguientes:

"Supervisión de la obra El contratista se compromete a asegurar una supervisión permanente de los trabajos por parte de su staff de supervisión incluso a tomar medidas que impliquen el reemplazo de ingenieros residentes que no muestran un buen desempeño en los próximos días

"Alternativa de mejoramiento El contratista ha planteado una alternativa a través de la cual ofrece el suministro de personal de obra traído directamente desde el interior aproximadamente 100 trabajadores con el fin de que sirvan como multiplicadores de los procesos de Coninsa y de prácticas eficientes en construcción; para

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

la implementación de esta solución el contratista planteado la posibilidad que Cerrejón le colabore con los costos de hospedaje y alimentación para minimizar el impacto de esta solución estimado \$350'. Esa alternativa será y oficializada en los próximos días ante la administración del contrato"

Al final de esta acta se transcribe un mensaje del Cerrejón donde éste hace "hincapié en la criticidad que tiene la entrega del proyecto para el próximo octubre 2011 debido al compromiso con las comunidades..." Y agrega:

"Se dejó claro que la carta de presentación de Coninsa era el proyecto de Patilla y Chancleta y que hasta el momento no se estaba alcanzando la mejor percepción de su desempeño lo cual comprometía su participación en futuros grandes proyectos de Cerrejón.

"Igualmente se explicó la importancia que tiene entregar Patilla en octubre de 2011. **El compromiso de la entrega de todo el proyecto se mantiene para octubre de 2011, pero Patilla tiene una mayor criticidad que Chancleta por lo que se debe garantizar la entrega a tiempo.**"

e.- El 25 de mayo ALIX SUAREZ de Cerrejón le remite un correo electrónico a los funcionarios de CONINSA (f. 324 C.6) en el que señala:

"...durante esta semana hay 21 trabajadores en la obra que no han laborado debido a la falta de pago por parte del subcontratista de Patilla <<Arquiocabados>>, debido a esto el retraso sigue creciente y especialmente en Patilla lo que aun es más crítico.

"Adicional ente la planta de concreto está dañada desde el día sábado. No ha habido entonces concreto en la obra. No hay subbase en la obra y tampoco relleno para las casas. A la fecha el personal con que contamos en la obra es de 138 personas cuando estábamos por encima de 200 personas en las semanas anteriores...

"William como ves, la situación en la obra es crítica, quedo entonces a la espera de tu respuesta."

f.- En un acta de reunión del 26 de mayo de 2011 (f. 325 C.6) A. Suarez, de Cerrejón, "comenta acerca del retraso del 15.64%, reportando 2.48 % de retraso

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

semanal" frente a lo cual CONINSA sugiere el replanteamiento en plazos que se acepta para entregar todo en octubre con excepción de Chancleta para diciembre de 2011, sin que en ese momento se acepte reconocer dinero para el pago de mano de obra del interior.

g.- En la respuesta de CONINSA a lo anterior, plasmada en un correo electrónico de WILLIAM SAAVEDRA, no se controvierten las imputaciones de incumplimiento, se indican sus causas y se señalan las acciones que se están tomando para superarlos, en los siguientes términos:

- Se aceptan los inconvenientes relativos a la mala calidad, falta de eficiencia y alta deserción del personal de la región y el alto costo que eso ha generado, "tanto a los subcontratistas como a Coninsa" y se indica que esto afecta el equilibrio de los contratos por lo cual se está estudiando "la condición económica entre subcontratistas y Coninsa para darles tranquilidad a los subcontratistas y permitir que tengan un segundo aire."

- En relación con el personal se señala:

"Hasta que no establezcamos el personal que labora en la obra no se podrá ver reflejada la reacción de Coninsa en la obra tal como les habíamos informado en repetidas oportunidades claro ejemplo en el último mes donde para poder incrementar 100 personas se contrataron 200 personas que al día de ayer en su mayoría ya se habían retirado..."

h.- El 23 de junio de 2011 los funcionarios de CONINSA remiten un correo electrónico a CERREJÓN (F. 0335 c.6) en el cual reconocen los problemas existentes por el personal y admiten que se trata de un tema no previsto en su oferta.

"Analizamos que los puntos críticos para el cumplimiento continua siendo el personal de obra y para poder estabilizar la rotación tan grande de personal , la única solución es llevar personal fuera de la zona (tema no previsto en nuestra oferta inicial) y aun así hay que hacer un esfuerzo gran para cumplir estas fechas (ya que se perdió mucho tiempo intentando trabajar con personal de la zona), donde por esta causa no estamos optimizando los recursos de equipo y material que tenemos en el proyecto."

En la impugnación a la respuesta dada por INGENIERÍA Y ECOLOGIA CONSULTORIA., SAS, a la pregunta 58 que a esta firma le propusiera la convocante, POCH SAVILLS sostuvo que en un proyecto de construcción al

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

culminar el 100% de las actividades era usual que el contrato estableciera que el contratista debía entregar a satisfacción las obras contratadas y, luego, se le expediera por el contratante un certificado de recibo final de obra; y que, sin embargo al finalizar el 00% de las actividades y / o el pago de las mismas, u otras consideraciones, no implicaba recibo final a satisfacción por el contratante.

Con ocasión de la controversia del dictamen de POCH SAVILLS., y haciendo referencia a la afirmación del perito INGENIERIA y ECOLOGÍA CONSULTORIA, SAS, en el sentido de que algunas actividades y/o solicitudes de información por parte de la Interventoría y / o CARBONES DEL CERREJON.LIMITED, indicaban la finalización del proyecto y liberación de pendientes por el contratista, la contradictora expresó que no era pertinente concluir que si la Interventoría o la contratante solicitaron desarrollar labores como desmovilización, entrega de planos As Built, Manuales de funcionamiento, entre otras, estas acciones determinarían que el alcance del contrato estaba culminado al 100%, pues estas actividades se solicitaban previo el inicio de proceso de recepción final por parte del contratante, con el objetivo de adelantar labores de la fase de cierre del proyecto, pero no implicaba aceptación definitiva por parte de CARBONES DEL CERREJON, LIMITED. (ver. pág. 34 del escrito de contra dictamen, contradicción a la respuesta a la pregunta 59., de apartado sobre PREGUNTAS RELACIONADAS CON LA ENTREGA DE LAS OBRAS).

A.- Sobre la calidad de las obras ejecutadas por CONINSA RAMON H. S. A.

Al responder el experto la pregunta relacionada si la contratista había cumplido con lo ofertado en su propuesta en cuanto a calidad en la ejecución, supervisión y coordinación de las obras objeto del contrato, manifestó que según la información recibida pudo concluir que existieron más de 98 comunicaciones por faltas a los estándares mínimos de calidad en todas las especialidades de la construcción (excavaciones, rellenos, estructura en concreto, mampostería, instalaciones, estructura metálica, acabados), denotando malos procedimientos y colaciona una enumeración e indicación de las comunicaciones que al respecto emitió CARBONES DEL CERREJON LTED., dirigidas en los anotados sentidos a la contratista.

Manifestó, igualmente, que en las anotaciones de la bitácora de la obra, y listadas en la Tabla 13 del dictamen en las que se indicaban la no conformidades técnicas levantadas por la Interventoría a lo largo de la ejecución del proyecto, y se manifestaba si tuvieron algún impacto en tiempo para el proyecto. (vid. Pág. 109 y ss. del dictamen) en relación con el tema de las no conformidades técnicas a que se referían las preguntas 57 y 58 y la tabla que sobre ese particular

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

elaboró la pericia; se indicó que el número y frecuencia de las no conformidades técnicas no eran normales, generaban reprocesos como demoliciones, escarificaciones, desmontaje de cubiertas, levantamientos de pisos, demoliciones y nueva aplicación de pañetes (véase página 114 del documento contentivo del dictamen), igualmente manifestó que hubo repetidas inconformidades técnicas que tenían un impacto negativo en el tiempo ya que las actividades necesarias para corregir los errores requerían de un tiempo mayor al necesario para la ejecución normal de la actividad.

Con el análisis y evaluación del cuadro sobre no conformidades técnicas y su impacto en la ejecución de la obra la firma POCH SAVILLIS, manifiesta que, como se observa en la gráfica 12, el 54% de las no conformidades fueron repetitivas.

En cuanto a los tiempos muertos por deficiencias de funcionamiento en la ejecución de la obra el dictamen presenta en la tabla 16 el elenco de tales ocurrencias y su impacto en días, entre las cuales se destacan, por ejemplo, el 10 marzo 2011 tiempo muerto por excavaciones en avance de rellenos, pero no se indica el impacto en los días del plazo, menciona que el 1 julio 2011, según las bitácoras de obra, desde el 18 abril no se adelantaban actividades en el centro comunitario, con un impacto de 72 días, el día 11 julio 2011, según comunicación CE- 31231-128-PCH, había 29 casas sin personal, con un impacto de 30 días; lo mismo ocurrió el 10 agosto 2011, como se hizo constar en comunicación CE-31231143PCH, que faltaba personal en 19 casas, con un impacto de 46.

Al folio 114 del dictamen pericial de POCH SAVILLS, frente a la pregunta 60 sobre si las no conformidades fueron repetitivas y para que se indicara brevemente en qué consistía cada no conformidad, el perito elaboró la tabla 14, y, entre dichas no conformidades, mencionó el vaciado en concreto de las placas de piso para el canal perimetral de aguas de lluvias, la que como otras no tuvo impacto en la programación.

Agregó otras que sí impactaron la programación, como los andenes fisurados y partidos, mencionada en oficio 29 05 2012; diferencia en los niveles de las vigas de cimentación de la casa uno, mencionada en oficio 0804 de 2011; y la fundida de la zapata de cimiento de la casa uno sin la autorización de la Interventoría, contenida en el oficio de 27 04 2011, el desplazamiento de columnas en vivienda de la casa cuatro, según oficio 0605 de 2011; fundida de pedestales para cerramiento en casa 1 de sin autorización del Interventor,, mencionada en el oficio de 12 04 2011; mencionó otras varias deficiencias en el tema de concretos, las que, en gracia de la brevedad no se mencionan.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En la estructura en que mayormente se cometieron desplazamientos. expone el perito, fueron en las columnas de las casas, error que afectaba directamente el funcionamiento de éstas, y generaba inconvenientes en los acabados, lo cual, a su vez, generaba problemas de instalación de estos elementos, produciendo en el sitio obras no contempladas como cortes o adiciones a dichos elementos; falta de continuidad del concreto en los elementos, lo que generaba que los elementos no contaran con la capacidad de carga o resistencia para los que habían sido diseñados; errores en los niveles que implicaba tres posibilidades: la primera que se disminuyera la sección o tamaño de los elementos, lo que repercutiría directamente en el funcionamiento y estancias de la estructura, o segunda el aumento de la sección o tamaño de los elementos, lo cual generaba mayores recursos y tiempos para la elaboración del elemento y, o tercera los reprocesos o inconsistencias que generaba con los acabados arquitectónicos previstos en las zonas donde se presentara el error en el nivel.

Además, indicó el perito la ocurrencia de errores en la mampostería y el pañete, que eran, a su juicio, actividades críticas de las cuales dependía el inicio de otras especialidades; dichas fallas se mencionan en la tabla 15 de la experticia, visible a folio 118 del documento contentivo de la prueba.

En la página 119 de esta prueba el perito manifiesta que de las condiciones que se evidenciaron en más de una oportunidad, fue la falta de coordinación entre los contratistas de mampostería y pañete y el eléctrico; ya que se pañetaban muros sin tener las regatas y tuberías necesarias, lo que generaba reprocesos en la actividad de pañete e instalaciones y atrasos en las actividades sucesoras como estuco, pintura y carpintería.

En el numeral 1.3.2., sobre tiempos muertos indaga la convocada al perito para que indique si se presentaron tiempos muertos en el proyecto, y de ser afirmativa la respuesta, cuándo, cuáles y por cuánto tiempo ocurrieron.

El perito informa que en la Tabla 16 se encuentra el soporte correspondiente y se resaltan aquellas actividades con un tiempo igual o superior a 10 días (véase página 120 y 121 del documento pericial.)

Destaca un tiempo de 72 días, desde el 18 abril cuando no se adelantaban actividades en el Centro Comunitario; para apoyar su afirmación cita el oficio del 01 07 2011 y la bitácora de obra; tiempo muerto de 30 días, por 19 casas sin personal, y se remite a la comunicación del 01 07 2011, No. CE-31231-128-PCH; 46 días de tiempo muerto por 29 casas sin personal, apoyado en el oficio de 10 08 2011 y la bitácora de la obra; 10 días de tiempo muerto por actividades sin inicio, según oficio 19 09 2011, se CE-3123-182, PCH, 10 días de tiempos

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

mueertos por bajos rendimientos según oficio 22 09 2011, No. CE-31231-182-PCH;30 días de tiempo muerto, por no laborar en áreas de MT y BT por falta de material, según oficio 16 11 2011,y bitácora de obra; 15 días de tiempo muerto por falta de bloque para Muro de cerramiento, según oficio de 00 12 2011, y anotación en bitácora de obra; 12 días de tiempo muerto por falta de coordinación entre excavación y relleno de andenes, con apoyo en oficio 05 12 2012 y la bitácora de obras; 15 días de tiempo muerto por falta de materiales para las fachadas y cubiertas, con apoyo en el oficio de 16 01 2012 y la bitácora de oba.(vid. Págs. 121 - 122, ibídem.)

Para el perito, al responder la pregunta 64 (vid. Pág. 122 – 23 del documento pericial que se consulta) manifiesta que se resaltan de acuerdo con los documentos antes mencionados las principales causas que generaron tiempos muertos durante la ejecución del contrato y el impacto de los mismos, y precisa que una de las principales causas de los tiempos muertos era la falta de personal, como pasa a establecerla con mención del comunicado del 22 julio 2011, No. CE- 31231-128-PCH, en el que se indica que tuvieron 29 casas sin ninguna labor de ejecución durante 30 días; el comunicado de 10 agosto 2011 numero CE-31 dos 31-143-PCH, según el cual se llegaron a tener 46 días de tiempo muerto en actividades de 19 casas, todos estos días por no contar con el personal necesario para la ejecución de labores.

Indica como causa de esos tiempos muertos el hecho de que el personal que había en obra era retirado o no se le permitía el ingreso debido a la falta de pagos de seguridad social y menciona para demostrar su aserto 4 de las varias anotaciones hechas en las bitácoras de obra los días 11 mayo 2011, cuando el personal de Proubacosta no trabajó, porque no presentaban a la Interventoría los soportes de pagos a la seguridad social; anotación en la bitácora del 11 julio 2011, cuando no se presentó personal de Carlos Ahumada, sub contratista, a trabajar en el área de cementerios de Patilla ya y Chancleta y al área del canal de lluvias; Ahumada, afirma que no se ha pagado seguridad social de los trabajadores; la anotación de la bitácora de obra de 8 de noviembre 2011, en donde se indica que 62 personas se retiraron de la obra después del mediodía por no estar el día en los pagos de seguridad social y para fiscales y, finalmente, constancia de 12 noviembre 2011 según la cual el personal de instalación de tejas no se encontraba en obra desde el pasado 8 noviembre por no estar al día con los pagos de seguridad social y para fiscales.

Indica también como otra causa de tiempos muertos las fallas de los equipos de excavación, compactación y producción de concreto necesarios para las actividades de ruta crítica, y menciona las siguientes anotaciones de la bitácora de obra, la del 18 de febrero de 2011, según la cual continúa con daños

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

mecánicos la retroexcavadora, limitando el avance de excavación de la cimentación de la casa modelo; la del 9 marzo 2011, en la cual se indica que se suspenden las actividades de la máquina pajarita por presentar deficiencias en el pre operativo; la del 28 noviembre 2011 según la cual desde el 21 de noviembre a la fecha no se había trabajado en la colocación de la estructura de las vías en el reasentamiento de Chancleta, lo que estaba ocasionando retrasos y re trabajos y, finalmente la anotación de 28 octubre 2011 según la cual nuevamente la planta de concreto deja de funcionar por daño mecánico.

Respecto de la imputabilidad de las causas de los tiempos muertos mencionados, en respuesta a la pregunta 65 referida a ese tema, el perito dice que la responsabilidad es del contratista pues las obligaciones relativas al suministro de material, mantenimiento de equipos, pagos de seguridad social en este tipo de contratos son del contratista.

Sobre el contenido de la pregunta 66 sobre si los tiempos muertos influyeron en los atrasos de la programación de obra, el perito contesta que sí constituyen una de las causas de esa situación y precisa que, como se evidenciaron durante la ejecución del proyecto, hubo actividades cuyas condiciones estaban dadas para iniciar, pero no eran ejecutadas (véase página 126 del documento que contiene la prueba pericial.)

Tales son, entre otras muchas, las pruebas de que la contratista incumplió varias de sus obligaciones, particularmente en la ejecución de obras y la generación de tiempo muertos, que impactaron negativamente el progreso del proyecto, sin que las justificaciones de la impugnante del trabajo de POCH SAVILLS haya logrado, a juicio del Tribunal, demostrar la poca importancia de las fallas y deficiencias que durante la ejecución de las obras la firma POCH Savills denuncia y comprueba con la cita de los documentos que para apoyar su dicho consultó a y a los cuales remitió y que el Tribunal ha verificado.

El Tribunal considera que las afirmaciones de las partes respaldadas en documentos u otras pruebas emitidos coetáneamente con la ocurrencia de los sucesos que sirven de soporte a las pretensiones de una y otra, mientras no sean contradichas y desvirtuadas por otras pruebas de igual o superior rango, sirven para disipar las dudas que respecto de las pruebas periciales y testimoniales se puedan tener.

Con dicho criterio, el Tribunal considera que, de parte de la contratista, hubo incumplimientos en la forma de desarrollar el contrato, que generaron varias manifestaciones de inconformidades manifestadas por la contratante en la generación de tiempos muertos y deficiencias de calidad como queda establecido

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

con el dictamen de POCH Savills y la controversia que sobre el mismo y sobre el rendimiento por INGENIERIA Y ECOLOGIA CONSULTORIA., SAS., todas las cuales demuestran la ocurrencia de mutuos incumplimientos de las partes.

CARBONES DEL CERREJON también aparece incurso en incumplimientos, como la falta de entrega del material granulado cual, de acuerdo con el texto de la invitación a Oferta y el Contrato eran de su cargo, obligación que transfirió a la demandante convocante, con los consiguientes gravámenes a cargo de ésta y su impacto en la mayor duración de las actividades administrativas de CONINSA RAMON H, S.A., como quedó demostrado en los autos; está también demostrada, con apoyo en el dictamen pericial contable, la falta de cumplimiento de la obligación a cargo de CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, de pagar a la convocante las sumas acordadas en el Otrosí No. 4, y el retardo en el pago de las facturas presentadas para su pago por la contratista, cuyos períodos de mora están determinados también en el dictamen pericial contable; también quedó ameritado en los autos, mediante los dictámenes, el impacto que tuvieron en la mayor duración del tiempo contractual el cambio de planos y diseños en las actividades de excavaciones y rellenos, la vacilación y falta de decisiones oportunas para la ejecución de ciertos ítems, como la instalación de lavaderos de granito, los cambios solicitados y luego desistidos por parte de la contratante retirados en varios aspectos constructivos, como el cambio de los caballetes, las modificaciones en la clase de la puerta que debía utilizarse, que eran de responsabilidad de la sociedad contratante.

B.- Pruebas documentales que muestran los incumplimientos de CONINSA.

Así las cosas, el Tribunal, declarará que ambas partes incumplieron parcialmente sus obligaciones, y a continuación enlistará otras pruebas documentales que evidencian los incumplimientos de Coninsa:

1.- A folio 111 del cuaderno de pruebas el número 7 aparece la comunicación de la Interventoría distinguida con el número C-31231-165-PCH, fechada el 31 agosto 2011 dirigido al Gerente del Proyecto en la cual se solicita multa por incumplimiento en la ejecución mensual del programa de obra.

En él se dice que, con base en el control y medición de avance de obra evaluados semanalmente por la Interventoría en el informe ejecutivo, para el corte a 20 julio de 2011 se registra una variación del porcentaje realmente ejecutado contra el programado, de 15.38% lo que constituye incumplimiento en la ejecución del programa aprobado.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Teniendo en cuenta la cláusula sobre multas, dice AB PROYECTOS, CERREJON podría imponer una multa al contratista teniendo en cuenta ese incumplimiento de \$500,000 por cada 1% del atraso por encima del 5%.

De esta manera la Interventoría había notificado formalmente un incumplimiento en la ejecución mensual del programa y solicitaba respetuosamente la aplicación de la multa equivalente a \$5.190.000 moneda corriente.

2.- A folio 113 del mismo cuaderno, se encuentra el oficio número CE-31231-167-PSH dirigido al ingeniero Diego Gómez, Director de Construcción de CONINSA, en el cual se le manifiesta que de acuerdo con las instrucciones recibidas de la Gerente del Proyecto y teniendo en cuenta las recomendaciones de la auditoría laboral realizada por CERREJON, efectuada en los últimos días, se evidenció que los turnos laborales del personal excedían la normatividad del Ministerio de la Protección Social y la Interventoría no autorizaba al contratista para laborar los fines de semana. Domingos y feriados)

3.- En el folio 116 del mismo cuaderno de pruebas aparece la comunicación CE-3123-178-PCH-de 16 septiembre 2011 dirigida a la ingeniera Gerente de Proyecto para informarle que, debido al accidente ocurrido el 14 septiembre 2011, cuando el oficial Mario de Jesús Ramírez sufrió lesión de herida abierta como con tratamiento médico y tres días de incapacidad la Interventoría le reporta el incumplimiento del numeral 6.5 del contrato y muy respetuosamente solicitar aplicar multa por valor de \$500,000, con base en el numeral 1.1.del anexo A.

4.- En el folio 193 del mencionado cuaderno de pruebas hay una nueva comunicación de 29 enero de 2011, dirigida a la Gerente del Proyecto por el Interventor en la cual señala que para el corte a 20 diciembre de 2011 se registró una variación del porcentaje realmente ejecutado contra el programado de 41.73%, que constituye cumplimiento del programa que genera una multa.

5.- A folio 002 y hasta el folio 09 aparecen las notificaciones de multas a CONINSA RAMON H., S.A., según comunicación SO-IP-063-2011, mediante la cual se le impone una multa por omisión de elementos de protección del personal de \$3 millones de pesos; con la comunicación SO-IP110-2011, se le impone multa que corresponda un valor de \$5.320.000.

6.- A folio 2004, con oficio de 1º julio de 2011, No. SOP-IP-135- 2011, se le impone a CONINSA RAMON H., S.A., una multa de \$12.005.000 por un atraso acumulado de 29. 01%.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

7.- A folio 006 del cuaderno de pruebas No. 8 obra una comunicación de CONINSA RAMON H, S. A., dirigida a la ingeniera Alix Suárez, el 3 de noviembre de 2011, No. PaCha -03-11-011-488 en la que debido a los grandes problemas que había tenido la obra con consecución del personal calificado y las cuantiosas deserciones que se habían producido y afectado los ritmos de trabajo, unido a algunas modificaciones solicitadas por CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, se permiten solicitar se retrocedan las multas que les habían sido aplicadas en el desarrollo de la obra.

En comunicación de 23 noviembre de 2011, (fl. 0007), número S0.-IPS-222-2011, CARBONES DEL CERREJON le notifica a CONINSA RAMON H, S. A, que por incumplimiento al plazo contractual e Integridad Operacional, el incumplimiento mensual del programa de obra, y que a corte del 20 octubre 2011 se presenta atraso acumulado de 42. 91%, le aplicará una multa por valor de \$18.955,000 correspondiente al 37. 91 de atraso acumulado por encima del 5%.

Agrega la comunicación que, por incumplimiento del Anexo D del contrato al permitirse el rebose de los pozos sépticos al lado del comedor de los trabajadores, se le notifica multa por valor de \$500,000, según oficio de la Interventoría No. CE-31-231 dos 31-PCH, del 26 octubre 2011.

Prosigue la comunicación diciendo que le notifica multa a la contratista, por \$45.000.000.00 millones de pesos, debido al incumplimiento en la fecha de entrega del proyecto de Patilla y le advierte que el valor total de las multas notificadas es de \$64.455.000, que deberían ser cancelados con el acta número 12 de corte 20 noviembre de 2011.

8.- En la comunicación del 28 enero 2012, folio 0008, No. SOP- -IAIS-0-24-2012, CARBONES DEL CERREJÓN, LIMITED, se dirige a CONINSA RAMON H., S. A., para notificarle, debido al incumplimiento mensual del programa de obra las siguientes multas:

Con corte al 20 diciembre 2011, por un atraso acumulado de 41. 73% se le aplica una multa de \$18.365,000, al 36.73% de atraso acumulado.

Adicionalmente le informa que la multa con corte al 20 enero 2012, por atraso acumulado por atraso acumulado de 37.68%, tiene un monto de \$16.340,000.

Por último, le notifica multa por \$805.000.000.00, con corte a 31 enero 2012 por incumplimiento en la fecha de entrega del proyecto de Patilla y Chancleta.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

A folio 0003 del cuaderno de pruebas No 11, obra oficio dirigido a Alix Suárez por parte de CONINSA RAMON H., S.A., del 3 noviembre de 2011 2011, oficio número PaCha-03-11-011- 488 en el cual como ya se dijo solicita se retrocedan las multas que nos han sido aplicadas en desarrollo de la obra, oficio ya citado.

9.- En el folio 152 o 1022 del cuaderno de pruebas número 11, obra un oficio de fecha de 25 noviembre 2011, originado en CONINSA RAMON H., S.A., No. PaCha-25-11-011-534, y con destino al Gerente de Proyecto en el cual la primera manifiesta recibo de la comunicación SOP-IPS-222-2011 de 23 noviembre 201, 1 por medio del cual se le notifica la aplicación de multas por atraso en el programa de ejecución de obra y por integridad operacional.

La sancionada manifiesta su total desacuerdo con la multa por cuanto, dice, como lo ha mantenido en varias oportunidades, el retraso se generó en el problema que se presenta por la mala calidad de la mano de obra de la región y en condiciones no previstas ni previsibles al momento de preparar la propuesta, situación que el contratista había tratado de enmendar haciendo ingentes esfuerzos económicos

Con relación a la multa por integridad operacional, manifiesta que el rebose del pozo séptico se generó en la llegada al pozo de agua de lluvias de un aguacero excepcional en la zona y no a desatención o negligencia del contratista y éste tomó medidas inmediatas para resolver el problema.

10.- En el cuaderno de pruebas No. 12, a folio 31 aparece una comunicación del 31 enero 2012 dirigida a la ingeniera Alix Helena Suárez, Gerente de Proyecto, en la cual CONINSA RAMON H, S. A., manifiesta con relación a la comunicación con el radicado de la referencia (SOP-IAIS-024-2012) su total rechazo con la imposición de multas a que se hace referencia en esa comunicación pues no se compadecen con las medidas por las realidades por las que ha atravesado la ejecución del contrato a la luz de las cuales no hay ningún incumplimiento de parte de la contratista y que desconocen las razones expuestas en diferentes reuniones y ratificada mediante la comunicación PaCha-24-11-011-531 y y Pacha-24-11-011-538, y PaChá-31-01-0 11-611, causas ampliamente debatidas y soportadas ante CERREJON.

11.- En el folio 0010 del cuaderno de pruebas No. 8 se leen las razones que alega CARBONES DEL CERREJON, LIMITED para no expedir el certificado de aceptación definitiva por parte de CERREJON, y considera que aunque el contratista dice que ha terminado la obra de conformidad con lo pactado en la cláusula 4.6 del contrato, ella tiene la facultad de comunicar las deficiencias que deben ser corregidas antes de expedir la certificación de aceptación definitiva y

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

que mediante oficio SOP-IMIS-100-2012-de 21 agosto 2012 se solicitó y detalló la ejecución de deficiencias por 8 pendientes en las viviendas de Chancleta, 21 pendientes en Patilla, 2 pendientes en el centro comunitario de Patilla y 1 en el de Chancleta, 3 pendientes en la Sede Educativa, 3 pendientes en urbanismo de Patilla y 3 urbanismo de Chancleta.

C.- Conclusiones

El acopio de las documentales que se ha hecho precedentemente lleva al Tribunal a tener por demostrado que CONINSA RAMON H. S. A., incurrió en varios, reiterados y persistentes incumplimientos con ocasión de la ejecución del contrato CON OO242010, según se desprende de las documentales relacionadas antes y del dictamen pericial de POCH Savills, que no alcanzó a ser desvirtuado por su crítico, como atrás se ha dicho.

La cantidad de inconformidades que en su momento le formuló CERREJON a la compañía constructora; la existencia de tiempos perdidos, cuya conceptualización no impide considerar que ocurrieron, los impactos de la mano de obra en el bajo rendimiento de las obras, la ausencia en ocasiones del personal de CONINSA frente a los trabajos, reclamada por la Interventoría, son unos de los otros incumplimientos que de las pruebas analizadas se establecen.

Las manifestaciones de los empleados de CONINSA, consignadas en las actas de las reuniones tenidas con los correlativos de CERREJON con ocasión de las discusiones de los reclamos y aspiraciones formuladas por CONINSA, contienen manifestaciones de los propios empleados de la constructora que llevan a inferir la ocurrencia de incumplimientos en las obligaciones contractuales de la convocante, y que determinaron reprocesos y retrasos en la ejecución de los trabajos.

III.- Los incumplimientos imputados al CERREJÓN durante la ejecución del contrato.

A.- El incumplimiento en la entrega de 12 diseños, planos y especificaciones entre el 21-01-2011 y el 24-02-2012 (11 de ellos entregados antes de la firma del Otrosí 3)

1.- Posición de las partes

En los hechos narrados en su demanda reformada, la Convocante señaló que Cerrejón entregó los planos, diseños y especificaciones técnicas de las obras tardíamente. Agregó que esa situación persistió durante toda la etapa de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

ejecución contractual. En sus alegatos de conclusión resaltó, además, que la entrega de la totalidad de los planos, diseños y especificaciones era esencial para que Coninsa pudiera desarrollar el sistema constructivo industrializado sobre el cual había construido su oferta y con base en el cual se había definido el plazo, los costos del proyecto y, en general, las condiciones de ejecución del Contrato. Al no haberse honrado esta obligación se habría impedido la implementación del sistema de construcción propuesto por Coninsa.

La Convocada negó la existencia de este incumplimiento indicando que Coninsa contaba con la totalidad de los planos generales desde antes de ofertar, pues con base en ellos formuló su oferta económica. Adicionó que era distinto que mientras avanzaba la obra se hubieran entregado planos complementarios detallados, lo cual es usual en esta clase de obras y no implica parálisis en el desarrollo de las actividades constructivas. En la memoria escrita de sus alegaciones finales recabó sobre estas mismas dos defensas y se refirió a las pruebas que sustentarían sus señalamientos.

2.- Consideraciones del Tribunal

Reseñadas las posiciones de las partes en relación con este incumplimiento, el Tribunal procede a analizar si el mismo ocurrió. Para hacerlo, se considera necesario referirse a las estipulaciones del Contrato de Obra y a sus antecedentes en orden a precisar los fundamentos contractuales de la obligación.

La cláusula 4.3 del Contrato, referente a las obligaciones generales de Coninsa, establecía lo siguiente: "*Planos y Especificaciones Técnicas. Antes de proceder con la ejecución de la obra, el CONTRATISTA deberá verificar que los planos y especificaciones técnicas estén de acuerdo con la ley y, en caso de discrepancias deberá informar de inmediato a CERREJÓN proponiendo las revisiones necesarias para eliminar dichos conflictos (...) el CONTRATISTA se ceñirá a las especificaciones técnicas y planos o a las modificaciones aprobadas de los mismos. El CONTRATISTA deberá corregir cualquier Obra ejecutada sin sujeción a dichos planos y especificaciones técnicas, sin derechos a remuneración distinta a la que hubiese recibido por la correcta ejecución de la obra*"¹⁹.

Por otra parte, el numeral 5.9 del Anexo A del Contrato indicaba lo siguiente: "*Especificaciones Técnicas Aplicables y Planos de Construcción. Para la ejecución de la OBRA regirá el Anexo E – Especificaciones Técnicas de este Contrato, y los planos entregados por CERREJÓN al CONTRATISTA, los cuales hacen parte*

¹⁹ Cuaderno de Pruebas no. 4, folio 238

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*integrante de este Anexo, y a ellos deberá ceñirse el CONTRATISTA para la ejecución de la obra*²⁰.

Con fundamento en estas previsiones se concluye, sin mayor dificultad, que Cerrejón había asumido la obligación de suministrar las especificaciones técnicas y los diseños a los que debía ceñirse Coninsa en la construcción del proyecto. De hecho, en las alegaciones de la parte convocada no se niega la existencia de esta obligación, sino que se intenta refutar su incumplimiento con fundamento en dos señalamientos diferentes, a saber: (i) Coninsa contó desde un primer momento con las especificaciones y diseños para la construcción, pues de otra manera no habría sido posible el análisis y confección de los precios unitarios ofertados y (ii) es connatural a esta clase de obras que, durante su ejecución, se entreguen los planos de detalle de cada obra o ítem de obra individualmente considerado.

Luego de haber analizado las pruebas obrantes en el expediente, el Tribunal ha concluido que Cerrejón sí incumplió el contrato, puesto que retrasó en más de diez ocasiones el suministro de los diseños y planos para la construcción de las obras. Cerrejón retardó culposamente la entrega de algunos diseños, lo que implica un incumplimiento de lo pactado.

En el dictamen técnico elaborado por la firma Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S se resumieron las entregas tardías los diseños, planos y especificaciones técnicas, así²¹:

RESUMEN ENTREGA DE DISEÑOS, PLANOS Y ESPECIFICACIONES DE LAS OBRAS OBJETO DEL CONTRATO					
DOCUMENTO DE ENTREGA	DE	FECHA PREVISTA PARA LA ENTREGA	FECHA EFECTIVA DE ENTREGA	DÍAS DE RETRASO	DESCRIPCIÓN
CONINSA Correo cambio diseño TARIMAS PACHA		21/01/2011	26/01/2011	5	ENTREGA DE DISEÑOS CON CAMBIOS EN LAS TARIMAS
INTERVENTORÍA AB PROYECTOS CE-31231-004 PCH		21/01/2011	22/02/2011	32	ENTREGA PARCIAL DE LOS DISEÑOS

²⁰ Cuaderno de Pruebas no. 4, folio 256

²¹ Cuaderno de Pruebas no. 20, folios 60-61.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

INTERVENTORÍA PROYECTOS CE-31231-370-12	AB	21/01/2011	02/03/2011	40	ENTREGA PLANOS ARQUITECTÓNICOS, PISOS DUROS ZONA PARQUES
INTERVENTORÍA PROYECTOS CE-31231-011-PCH	AB	21/01/2011	15/03/2011	53	ENTREGA PLANOS ACUEDUCTO
INTERVENTORÍA PROYECTOS CE-31231-012-PCH	AB	21/01/2011	16/03/2011	54	ENTREGA PLANOS DE LOS CEMENTERIOS
INTERVENTORÍA PROYECTOS CE-31231-013-PCH	AB	21/01/2011	19/03/2011	57	ENTREGA DE PLANOS DE REDES DE MEDIA Y BAJA TENSIÓN Y DE COMUNICACIONES
INTERVENTORÍA PROYECTOS CE-31231-017-PCH	AB	21/01/2011	25/03/2011	63	CORRECCIÓN DE PLANOS DE REDES DE MEDIA Y BAJA TENSIÓN Y DE COMUNICACIONES
INTERVENTORÍA PROYECTOS CE-31231-024-PCH	AB	21/01/2011	04/04/2011	73	ENTREGA DE PLANOS DE VIVIENDAS ESPEJO (TIPO 1 B Y TIPO 2 B) DEL REASENTAMIENTO PATILLA Y DEL REASENTAMIENTO CHANLETA (TIPO B)
INTERVENTORÍA PROYECTOS CE-31231-052-PCH	AB	21/01/2011	26/04/2011	95	CORRECCIÓN DE PLANOS DE DISEÑO DE VENTANAS, MUEBLE DE ESTUFA Y LAVAPLATOS DE LAS CASAS
INTERVENTORÍA PROYECTOS CE-31231-087-PCH	AB	21/01/2011	19/05/2011	118	ENTREGA DE PLANTAS CORTES Y DETALLES BAÑOS, MÓDULOS AULAS Y COCINA DE LA SEDE EDUCATIVA
INTERVENTORÍA PROYECTOS CE-31231-124-PCH	AB	21/01/2011	06/07/2011	166	ENTREGA DE PLANOS DEFINITIVOS DEL PROYECTO FIRMADOS POR EL DISEÑADOR

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

INTERVENTORÍA AB PROYECTOS CE-31231-366-PCH	21/01/2011	24/02/2012	399	ENTREGA DE NIVELES DE DRENAJE AGUAS DE ESCORRENTÍA DE LOS PATIOS INTERNOS DE LA SEDE EDUCATIVA
---	------------	------------	-----	--

Para la contradicción de esta prueba, Cerrejón aportó un dictamen elaborado por POCH SAVILS. En el numeral 1.1.1 del dictamen de contradicción, el experto técnico procuró rebatir las conclusiones de la firma Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S con apoyo en tres razones:

- i. Es común que un contrato de obra remunerado a través del sistema de precios unitarios se reciban detalles de los diseños o algunas modificaciones. No es necesario, por ello, que al inicio de la obra se cuente con el 100% de los mismos.
- ii. Tener el 100% de los diseños es ideal, pero en la práctica constructiva colombiana no es usual que ello ocurra.
- iii. La entrega de la mayoría de los diseños a los que alude Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S se produjo antes de que se iniciara cada actividad individualmente considerada, por lo que mal puede reputarse la existencia de un cumplimiento.

En otros casos, sin embargo, ello no fue así. Por ejemplo, en lo que se refiere a la entrega de los planos de acueducto y redes de media baja tensión y comunicaciones, POCH reconoció que, efectivamente, el diseño fue entregado por Cerrejón luego de principiado el procedimiento constructivo de la respectiva unidad de obra. El gráfico que resume las conclusiones de POCH es el siguiente²²:

RESUMEN ENTREGA DE DISEÑOS, PLANOS Y ESPECIFICACIONES DE LAS OBRAS OBJETO DEL CONTRATO				
DESCRIPCIÓN	FECHA DE ENTREGA	FECHA DE INICIO (Programa de obra)	OBSERVACIONES (Consortio Poch - Savills)	Entrega antes de iniciar actividad SI/NO

²² Cuaderno de Pruebas no. 22, folios 6-8.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Entrega de diseños con cambios en las tarimas.	26/01/2011	28/04/2011	Se realizó entrega de planimetría con anterioridad a la fecha de inicio de las actividades específicas.	SI
Entrega parcial de los diseños.	22/02/2011	No aplica	Coninsa Ramón H S.A. o Ingeniería y Ecología Consultoría SAS no especifica qué planimetría quedó pendiente de entregar, que permita determinar la relevancia y afectación de la misma al proyecto en lo referente a tiempos.	N/A
Entrega planos arquitectónicos, pisos duros y zonas parques.	02/03/2011	29/03/2011	Las actividades iniciales que requieren la planimetría arquitectónica definitiva (mampostería) son posteriores a la fecha de entrega de la información por parte de Interventoría.	SI
Entrega planos acueducto.	15/03/2011	10/03/2011	Se evidencia una entrega tardía de la planimetría de 5 días respecto a la fecha real en la cual se requería la información. Ingeniería y Ecología Consultoría SAS relaciona 53 días de atraso a partir del inicio del proyecto, tiempo que no se considera válido porque la planimetría definitiva sólo era requerida en última instancia hasta el inicio de las labores específicas (10/03/2011)	NO
Entrega de planos de los cementerios.	16/03/2011	29/04/2011	Las actividades iniciales que requieren la planimetría definitiva son posteriores a la fecha de entrega de la información por parte de Interventoría.	SI
Entrega de planos de redes media baja tensión y de comunicaciones.	19/03/2011	28/02/2011	Lo referente a las redes de media tensión que presentan afectación al proyecto por ser parte de la ruta crítica tienen fecha de inicio anterior a la entrega de las planimetrías por parte de Cerrejón o Interventoría. 19 días.	NO
Entrega de planos de redes media baja tensión y de comunicaciones.	19/03/2011	9/04/2011	Las actividades relacionadas con la planimetría de redes de baja tensión tienen fecha de ejecución posterior a la entrega de información por parte de Cerrejón o Interventoría.	SI

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Corrección de planos redes de media y baja tensión y comunicaciones.	25/03/2011	No aplica	Ingeniería y Ecología Consultoría SAS no especifica el alcance de las correcciones realizadas a los diseños entregados, por lo tanto no es posible evaluar el impacto real que pudo haber ocasionado el proceso de actualización de las planimetrías al proyecto.	N/A
Entrega de planos de vivienda espejo (Tipo 1B y 2B) del Reasentamiento Patilla y del Reasentamiento de Chancleta (Tipo B)	04/04/2011	No aplica	Ingeniería y Ecología Consultoría SAS no especifica el alcance de la nueva entrega de planos, por lo tanto, no es posible evaluar el impacto real que pudo haber ocasionado el proceso de actualización de las planimetrías al proyecto.	N/A
Corrección de planos de diseño de ventanas, muebles de estufa y lavaplatos de las casas.	26/04/2011	13/07/2011	Ingeniería y Ecología Consultoría SAS no especifica el alcance de las correcciones realizadas a los diseños entregados, por lo tanto no es posible evaluar el impacto real que pudo haber ocasionado el proceso de actualización de las planimetrías al proyecto. Sin embargo, se evidencia que desde la fecha en que Coninsa Ramón H S.A. fue notificado de los cambios, el mismo conto con 78 días para gestionar los respectivos cambios y el recibo de material en obra, tomando como referencia la fecha inicial de la instalación de los productos. En la realidad de la ejecución del proyecto se generó un tiempo adicional superior a los 78 días por motivo de los retrasos que presentaba la obra a nivel general, dejando un tiempo superior a Coninsa Ramón H S.A. para tomar medidas correctivas.	SI
Entrega de plantas, cortes y detalles baños, módulos aulas y cocina de la sede educativa.	19/05/2011	18/06/2011	Las actividades iniciales (mampostería) que requieren la planimetría definitiva son posteriores a la fecha de entrega de la información por parte de Interventoría.	SI

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Entrega de planos definitivos del proyecto firmados por el diseñador.	06/07/2011	No aplica	Coninsa Ramón H S.A. no especifica el alcance de los cambios en la planimetría definitiva, por lo tanto no es posible determinar la relevancia y afectación de la misma al proyecto en lo referente a tiempos.	N/A
Entrega de niveles de drenaje aguas de escorrentía de los patios internos de la sede educativa.	24/02/2012	No aplica	La definición de niveles de drenaje para el centro educativo no presenta un impacto a la programación por no considerarse esta actividad parte de la ruta crítica del proyecto.	N/A

Para el Tribunal, los señalamientos de POCH no desvirtúan las conclusiones expuestas por la firma Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S. En lo concerniente a los señalamientos (i) y (ii), el Tribunal considera que la experticia de contradicción no tiene fundamentos suficientemente sólidos. Para establecer la responsabilidad de las partes contractuales es irrelevante cuál es el denominador común de los contratos de obra a precios unitarios o el "ideal" que debe perseguirse en su planeación. Si las Partes han proveído sobre quién es el responsable de la entrega de diseños y sobre la oportunidad para consumir dicha prestación a ello deben someterse.

El asunto sometido al escrutinio del Tribunal no atañe a la costumbre en la construcción de obras civiles mediante el sistema de precios unitarios, sino a la responsabilidad de las partes por el cumplimiento de lo pactado. Estas dos aseveraciones de POCH, además de tener un alto contenido especulativo, desconocen la distribución de responsabilidades sobre la entrega de los diseños.

Por lo dicho, el Tribunal comparte las conclusiones de la firma Interventoría, Asesorías y Construcción S.A.S que, al controvertir el dictamen de POCH, explicó: *"No es correcto afirmar que el hecho de tener el 100% de los diseños al inicio de la obra obedezca a una condición "ideal". Se trata en realidad una condición indispensable que debe ser observada en todo proyecto que se quiera adelantar en forma responsable"*.

Por otra parte, el Tribunal no comparte la apreciación de POCH, reiterada por la parte convocada, según la cual la obligación de suministrar los diseños se entendía oportunamente cumplida en caso de que los mismos se entregaran antes de acometer cada ítem de obra individualmente considerado.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En primer lugar, tal y como POCH reconoció en su dictamen de contradicción, se presentaron eventos en los que los diseños se entregaron a CONINSA incluso cuando ya había empezado la construcción del respectivo ítem. Este, se repite, es el caso de la construcción del acueducto y de las redes de baja y media tensión. Esta sola constatación permitiría al Tribunal declarar el incumplimiento del Contrato. Punto aparte es la incidencia programática de los incumplimientos y los perjuicios que pudo ocasionar. La materialidad del incumplimiento, en otras palabras.

A juicio del Tribunal, no hay evidencia en los textos contractuales de que la prestación se entendiera satisfecha si antes de la ejecución de cada ítem de obra individualmente considerado se hacía entrega del diseño. La cláusula 4.3 del Contrato es clara: *“Antes de proceder con la ejecución de la obra, el CONTRATISTA deberá verificar que los planos y especificaciones técnicas estén de acuerdo con la ley”*. La verificación de los planos antes de la ejecución de la obra suponía su entrega previa por Cerrejón.

Para el Tribunal, la formulación textual de esta obligación de Coninsa es clara. No hay en ella nada de oscuro como para auscultar la real intención de los contratantes²³. En la cláusula hay plena concordancia nominal entre el sustantivo utilizado y el artículo que lo precede: la obra es una, como está descrita en el Anexo A del Contrato de Obra, y antes de iniciar su ejecución Cerrejón debía entregar los diseños, planos y especificaciones para la ejecución de obra. Ese es el sentido de la estipulación estudiada.

Si el planteamiento de la parte convocada y de su perito fuera correcto, habría sido suficiente que el día antes de que Coninsa acometieran los trabajos de acueducto se entregara el respectivo diseño. La conclusión es contraevidente. La debida planeación de esta actividad, el alistamiento del personal y la maquinaria requerida para ello, así como la estimación del tiempo que demanda su ejecución, no puede llevarse a cabo en tales condiciones.

Finalmente, el panel tampoco comparte el alegato de la Convocada conforme al cual la obligación se debe tener por satisfecha, incluso antes del perfeccionamiento del Contrato, puesto que si no fuera así habría sido imposible

²³ La doctrina anota a ese respecto: “En ambos supuestos, la intención, sea del legislador, sea de los contratantes, debe ser auscultada para hacerla prevalecer en casos de oscuridad, pero debe no debe ser desdeñada, ni la una, ni la otra, cuando no existe duda alguna de lo que dicen las palabras, es la fiel y auténtica expresión de la voluntad del uno, o de los otros”. Jaramillo, Carlos. Principios Rectores y reglas de interpretación de los contratos. Bogotá: Universidad Javeriana, Ibáñez, 2016, p. 324.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

que Coninsa formulara su oferta económica. Para empezar, como fue reconocido por varios declarantes²⁴, entre la formulación de las ofertas y el inicio de la construcción de las obras se presentaron ajustes y cambios los diseños. Los planos de licitación no fueron exactamente los mismos que los de construcción.

Pero más allá de esto, lo que revela la entrega tardía de los planos es que estos no eran completos ni a la fecha de adjudicación del contrato, ni a la posterior de su perfeccionamiento. La falta de completud de los diseños determinó su entrega tardía, en paralelo con la ejecución de la obra. Este hecho, en criterio del Tribunal, no exonera de responsabilidad a Cerrejón por el incumplimiento de su obligación en materia de diseños. Todo lo opuesto: revela la mora en que incurrió en su ejecución. La mejor prueba de lo dicho es que en relación con una actividad en particular, la entrega de niveles de drenaje para aguas de escorrentía de los patios internos de la sede educativa se demostró que el diseño se entregó faltando escasos tres meses para que expirara el plazo de ejecución del contrato. POCH no controvertió este hecho, sino que se limitó a indicar que esta actividad no hacía parte de la ruta crítica del proyecto.

3.- Conclusión

En virtud de lo anterior, el Tribunal concluye que Cerrejón incumplió el Contrato al haber entregado de forma tardía, en paralelo con la ejecución de las obras, diseños, planos y especificaciones técnicas necesarias para su terminación.- El incumplimiento Cerrejón al modificar los diseños, planos y especificaciones de las obras a lo largo del Contrato, afectando la ejecución de las obras.

1. Encuentra el Tribunal que este incumplimiento también se encuentra demostrado en el proceso, de la misma manera que el anterior. El dictamen de parte presentado por CONINSA enumera todas las modificaciones introducidas en desarrollo del contrato y precisa cómo ellas afectaron la ejecución del programa sin que el contradictamen presentado por CERREJÓN hubiese desvirtuado estos incumplimientos.

2. Lo primero que resulta claro de los documentos contractuales es que el Contratista no tenía ninguna responsabilidad ni injerencia en relación con los diseños de la obra y que el Cerrejón se reservó de manera estricta la posibilidad de adoptar cualquier cambio a los mismos.

²⁴ Cfr. Declaración Wilson Torres. Cuaderno de pruebas 26, folio 19.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En el anexo A del contrato (f. 287 C. 5) se señala sobre este punto que "todo cambio o modificación en los planos debe ser aprobado previamente y por escrito por CERREJÓN o por el INTERVENTOR" y en caso de que el cambio implicara la adopción de nuevos precios debía cumplirse el trámite previsto en la cláusula quinta par del contrato para los "cambios y obras adicionales"

3. En la respuesta a la pregunta No 17 del dictamen presentado por Ingeniería y Ecología Consultoría SAS se introduce un cuadro que describe más de cincuenta cambios introducidos a los diseños durante la ejecución del contrato, las cuales versan sobre las viviendas, las obras de urbanismo las obras eléctricas, hidráulicas y de equipamiento comunitario.

En la primera etapa de la ejecución de la obra, las modificaciones registradas se refieren a los problemas relativos a la cimentación de las casas y las vías de los asentamientos; luego de lo anterior se registran constantes modificaciones a detalles constructivos de las casas que persisten hasta los primeros meses de 2012 (febrero) aunque en esta etapa el número disminuye notablemente; corresponden a equivocaciones u omisiones en los diseños y a reformas o modificaciones introducidas por un cambio de criterio (por ejemplo puertas de madera por puertas de metal o cambio de color de la pintura); y, de acuerdo con el dictamen estas modificaciones en muchas ocasiones implicaban volver a hacer lo que se había hecho o perder los materiales adquiridos para hacerlo.

Existen otras modificaciones registradas en el dictamen que corresponden típicamente al concepto de *obras adicionales* las cuales estaba reguladas de manera específica en el contrato como, por ejemplo, la construcción de un sistema de circulación o remanejo de las aguas tratadas del proyecto provenientes de las aguas residuales (enero de 2012), respecto de las cuales sin embargo se registran demoras para la aprobación del nuevo precio unitario y su formalización en Otrosí y consecuentemente para el pago de la obra.

Las conclusiones del dictamen de Ingeniería y Ecología Consultoría SAS, sobre este punto son las siguientes:

"De manera general, teniendo en cuenta la información contenida en el anterior cuadro, observo lo siguiente en relación con los cambios de diseño que se produjeron durante la ejecución del Contrato de Obra No. CON-0024-2010:

En total, se presentaron más de 50 cambios de diseños, planos y/o especificaciones a lo largo de la ejecución del Contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- *Los cambios de diseño afectaron la totalidad de las obras objeto del Contrato (construcción de viviendas, obras de urbanismo y equipamiento comunitario, obras de redes) y se presentaron en las distintas fases o etapas del procedimiento constructivo (por ejemplo, en las casas afectaron las cimentaciones, el levantamiento de la estructura, la mampostería y la cubierta, y los acabados).*
- *Como se observa en el cuadro, los cambios de diseños, planos y/o especificaciones se presentaron a lo largo de toda la ejecución del Contrato. En algunos casos, se observa que los cambios fueron ordenados con posterioridad a la fecha prevista inicialmente en el Contrato para la terminación de las obras (21 de octubre de 2011). Por ejemplo, la adición de los pases de jardinera y la inclusión de un sistema de recirculación de las aguas tratadas fueron modificaciones ordenadas en el año 2012.*
- *Gran parte de los cambios de diseños, planos y/o especificaciones conllevaron la ejecución de obras o ítems no previstos originalmente en el Contrato. Por lo tanto, en varios casos fue necesario adelantar el procedimiento previsto para la ejecución de obras adicionales (obtención de cotizaciones de materiales, presentación y revisión de análisis de precios unitarios, suscripción de Otrosíes adicionando las actividades no previstas), el cual, como se observa en el anterior cuadro, muchas veces se extendió varios meses después de la fecha en la que se ordenó el respectivo cambio y se inició su implementación en obra. Como se explica más adelante, la ejecución de obras o rubros adicionales necesariamente afecta y retrasa el programa de obra.*

"Como consecuencia de cambios de diseños, planos y/o especificaciones fue necesario adicionar al Contrato, entre otras, las siguientes actividades no previstas: lavatraperos prefabricados en

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

granito pulido, sistema de bombeo e impulsión al tanque elevado, demolición de viga de cimentación, construcción de pases de jardinera y de instalación de gas, construcción de cuneta en concreto, construcción de losa aligerada en la tarima de eventos, sistema de acometida del tanque elevado, excavación mecánica en casas, transporte y colocación de relleno tipo terraplén.

- Los cambios de diseños, planos y/o especificaciones en varias ocasiones también implicaron la ejecución de mayores cantidades de obra, esto es, la ejecución de cantidades que excedían las estimadas inicialmente, lo que provocó un aumento directamente proporcional de la duración de la ejecución de las actividades afectadas y por lo tanto del proyecto en general. Por ejemplo, debido a que los suelos presentaban condiciones que no fueron advertidas en los correspondientes estudios, fue necesario realizar mayores excavaciones que las previstas y, consecuentemente, mayores cantidades de rellenos.*
- **Se observa que para el momento en que se ordenaron varios de los cambios mencionados, el Contratista ya había adquirido la totalidad o parte de los insumos necesarios para la ejecución de la respectiva actividad de conformidad con las especificaciones iniciales. Por lo tanto, además de todas las actividades de logística necesarias para implementar el cambio de diseño, el Contratista tuvo que devolver los insumos ya adquiridos.***
- **En ciertas ocasiones el Contratista ya había ejecutado parte de las actividades de conformidad con los diseños o especificaciones originales, caso en el cual fue necesario, para poder implementar los respectivos cambios, realizar demoliciones o reprocesos que no se encontraban previstos y que demandaron tiempos adicionales.***

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

"Se observa como una constante que los estudios de suelos presentados por el Contratante no reflejaban las reales condiciones de los suelos, los cuales, según se advirtió reiterativamente en obra, en ocasiones no eran aptos para soportar las estructuras que debían construirse (por ejemplo, las cimentaciones de las viviendas, el pavimento de las vías). En razón de esas falencias en los estudios de suelos, fue necesario realizar excavaciones en profundidades y longitudes superiores a las previstas en los diseños, hasta encontrar suelos competentes. A su vez, dado que aumentaron los volúmenes excavados, se incrementaron también las cantidades de material de relleno que fue necesario emplear, material que, como se advirtió en el desarrollo de la obra, era de difícil consecución en la zona de influencia del proyecto."

En el mismo dictamen se hace referencia a modificaciones contractuales que se ordenaron y finalmente no se ejecutaron, en los siguientes términos:

"... revisada la documentación relacionada con los cambios de diseños, planos y especificaciones de obra, observo que en varias ocasiones se ordenaron cambios que posteriormente, después de largos procesos de discusión, intercambio de correspondencia e interrupción de actividades, no terminaron siendo implementados en obra. Esta situación, en mi concepto, necesariamente afectó la normal ejecución de las obras, pues en algunos casos las respectivas actividades permanecían paralizadas mientras se definía el diseño, el plano o la especificación, lo cual generaba retrasos. Además, cada vez que el Contratante ordenaba un cambio, el Contratista debía realizar el respectivo despliegue logístico consistente en obtener cotizaciones, valorar condiciones de obra, tramitar la aprobación de precios unitarios no previstos, etc."

"En el siguiente cuadro se resumen algunos ejemplos de cambios de diseños, planos y especificaciones que no se implementaron y que, en mi concepto basado en lo dicho anteriormente, evidentemente afectaron la normal ejecución de las obras."

Por último, en referencia con el efecto de la entrega tardía de los diseños y los constantes cambios en los mismos, se señala en el dictamen de Ingeniería y Ecología Consultoría SAS:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

"Dicho de otra manera, la entrega tardía y/o cambio de especificaciones, diseños y planos de construcción:

"Primero, impiden la oportuna planeación de la construcción de las obras porque sin contar con los diseños definitivos y completos - reflejados en los planos aprobados para construcción y las especificaciones técnicas- resulta imposible determinar el listado definitivo de actividades y cantidades de obra y, asimismo, los insumos (personal, equipo y materiales) requeridos para ejecutar los trabajos de la manera prevista.

"Segundo, con frecuencia las modificaciones realizadas en desarrollo de la construcción imponen deshacer gestiones y labores ya ejecutadas o la realización de nuevas labores no previstas inicialmente, tales como devolución de insumos adquiridos y adquisición de insumos nuevos, lo que implica la búsqueda y contratación de proveedores, equipos y transportes no previstos, entre otras.

"Tercero, como resultado de los dos anteriores efectos se atrasa el inicio y/o se desplaza la fecha de realización de las actividades, se reducen los rendimientos de ejecución de las obras modificadas y sus sucesoras, impactando el procedimiento constructivo e impidiendo el cumplimiento de la Programación de Obra..."

4. Al igual que en relación con la entrega tardía de los planos, en el dictamen aportado por la convocada y realizado por POCH no se controvierten las conclusiones ni los fundamentos del dictamen de Ingeniería y Ecología Consultoría SAS en este aspecto. En este dictamen se hace referencia a los cambios oficiales registrados por la interventoría dentro de los cuales solo se menciona el relativo a la cimentación al cual se le atribuye once días de retraso. No se refiere a las modificaciones detalladamente expuestas en el dictamen de parte de la Convocante, no controvierte que se hubiesen implementado, ni tampoco contradice las condiciones en que se hicieron.

Señala textualmente POCH (dictamen técnico página 148) en este punto:

*"El control de **cambios oficial** aprobado por la Interventoría (Tabla 22) refleja un cambio representativo en la programación correspondiente a la modificación de la profundidad de excavación y relleno para el material de mejoramiento de la cimentación de las casas.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*"Adicionalmente, se presenta el cambio (#9272902-006, instalación de lavadero prefabricado en granito pulido) **con un impacto estimado de 60 días en la programación de obra. De acuerdo con nuestra experiencia la instalación de lavaderos no presenta ningún tipo de restricción en la continuidad de la ejecución, debido a que esta actividad no forma parte de la ruta crítica.***

"Los cambios adicionales relacionados en la Tabla 22 (cambios oficiales) se presentaron con anterioridad a la fecha de inicio de las actividades según la programación del proyecto y no forman parte de la ruta crítica del proyecto...."

El Tribunal en este punto también debe dar por probado el incumplimiento contractual de CERREJÓN en relación con las modificaciones a los diseños y tener por demostrado solo que éstos eran defectuosos e incompletos, sino que dicha parte obro negligentemente al impartir las ordenes necesarias para implementarlos, lo que lógicamente impactaba la buena marcha de la obra y la eficiencia en las labores del contratista.

B.-El incumplimiento de Cerrejón por el no suministro de agregados gruesos

1.- Posición de las Partes

CONINSA narró en su demanda reformada que el suministro de todos los materiales para el desarrollo del proyecto era su responsabilidad, salvo aquellos a cuya provisión se comprometió Cerrejón. Uno de los materiales que Cerrejón debía proveer era el de agregados gruesos. Sin embargo, este material no se suministró durante varios meses del año 2011, ante lo cual, en diciembre de la misma anualidad, Cerrejón autorizó a Coninsa para que por su cuenta adquiriera el material. En sus alegaciones finales, Coninsa ratificó estos planteamientos y agregó que el incumplimiento en su provisión oportuna le significó mayores costos y retrasos en la ejecución de la obra.

Cerrejón negó la existencia del incumplimiento que se le reprocha aduciendo que Coninsa, por acuerdo entre las partes, asumió la adquisición del material. La Convocada dice haberle reconocido a Coninsa un reajuste cercano a los mil quinientos millones de pesos por este hecho. En lo relativo a los costos financieros derivados de la supuesta demora en su pago, adujo que estos, de haberse producido, debieron incluirse por Coninsa en los precios pactados en el otrosí 8, lo cual no hizo.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

2.- Consideraciones del Tribunal

Empieza el Tribunal por señalar que Cerrejón era la llamada a suministrar los agregados gruesos para la ejecución de la obra. No en vano el Anexo A del Contrato destinó un numeral, el 8.5, a regular el suministro de este material. Dice así el texto citado:

8.5 Material Agregado

CERREJÓN suministrará el material agregado exclusivamente requerido para la ejecución de la OBRA, el cual será entregado en sus plantas de trituración dentro de La Mina operadas [sic] por la firma CONCIVILES S.A.

El CONTRATISTA se responsabilizará del transporte del material triturado desde las plantas de trituración hasta el sitio de OBRA, asimismo EL CONTRATISTA deberá recibirlos, almacenarlos y manejarlos adecuadamente garantizando que no se contaminen o se pierdan durante el desarrollo de la OBRA.

La entrega de este material triturado debe ser coordinada con el Administrador Designado de CERREJÓN, quien revisará y aprobará los consumos. El CONTRATISTA se compromete a entregar con anticipación de dos semanas a la fecha de uso del material, la programación del triturado requerido para la OBRA²⁵.

Al contestar los hechos de la demanda en los cuales se mencionó la existencia de esta obligación en el Anexo A de la Invitación a Ofertar, Cerrejón los dio por ciertos. Pero agregó que CONINSA desconocía que "con posterioridad, la oferta se modificó para asumir ella [Coninsa] estos costos y en tal virtud se incrementó el precio para este ítem en una suma cercana a los mil quinientos millones de pesos tal como consta en correo de 13 de octubre de 2010 enviado por Marta Galvis de CONINSA a Wilson Torres de CERREJON". Para el Tribunal es claro que la obligación de suministrar este material recaía inicialmente en cabeza de Cerrejón.

El Tribunal considera igualmente que Cerrejón incumplió esta obligación al retrasar el suministro del material o al hacerlo en volúmenes inferiores a los consumos requeridos en obra en el periodo comprendido entre el

²⁵ Cuaderno de pruebas 4, folio 258.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

perfeccionamiento del contrato y el mes de noviembre de 2011. Las pruebas que obran en el expediente acreditan esta conclusión. Veamos.

El dictamen elaborado por Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S demuestra que en la confección de la oferta económica no se costó el suministro de este material. Al respecto dijo el Perito: *"En relación con los agregados gruesos, CONINSA sólo previó en su oferta los costos de su transporte desde la Mina de Cerrejón hasta la Obra, puesto que este insumo sería suministrado por Cerrejón de acuerdo con lo señalado en el numeral 5.8. del Anexo A del Contrato – Alcance de la Obra, es decir, en el sitio de producción denominado la Mina"*²⁶.

También prueba que antes la adjudicación no se adicionaron precios a la oferta inicial para remunerar el suministro del material, pues la responsabilidad de proveerlo, al perfeccionarse el Contrato, siguió siendo de Cerrejón:

"Según el Acta de reunión del 30 de septiembre de 2010 para la revisión y aclaración de la Oferta, Cerrejón confirmó lo siguiente: El tema del agregado, lo entrega Cerrejón y el contratista lo transporta desde la planta hasta la obra, tienen que conseguir una volqueta con conductor con acceso a la mina, bueno una o varias con conductor

Según el Acta de reunión del 11 de octubre de 2010, el único ítem de obra que dio lugar a que se modificara el precio de la oferta económica de CONINSA, corresponde al ítem Terraplén, esto porque en la oferta inicial CONINSA previó construir los rellenos utilizando el suelo excavado en la obra, pero CERREJÓN le solicitó ajustar el valor ofertado teniendo en cuenta que el suelo a excavar en obra no cumplía la norma INVIAS correspondiente al material de terraplén inicialmente especificado para la construcción de los rellenos en las vías del proyecto, actividad ésta que en nada se relaciona con los agregados gruesos utilizados para fabricar mezclas para concretos:

"Alix Suárez (Cerrejón): Vamos a ver el rubro en la parte de vías y movimiento de tierras, el terraplén en la línea 154, la pregunta que tenemos ahí es que no vemos el material. Cómo lo están contemplando?"

²⁶ Cuaderno de Pruebas 20, folio 144.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Nelson Buenahora (CONINSA): Lo que pasa es que esos terraplenes están especificados como con material seleccionado de la excavación.

(...)

Como resultado, mediante correo electrónico del 13 de octubre de 2010, CONINSA remitió la oferta económica con el ajuste solicitado en el precio del material de terraplén:

"Estimado Wilson, de acuerdo a lo solicitado por ustedes en la última reunión, procedimos a revisar nuestra oferta en los ítems solicitados.

Anexo a este correo estamos enviando nuevamente nuestra oferta así:

1. Oferta contemplando material de relleno traído de Valledupar de una fuente autorizada.

(...)

d. Revisando los ítems correspondientes a los rellenos; y acatando lo sugerido por Cerrejón sobre la no posibilidad de utilización del material procedente de la excavación para realizar ningún tipo de rellenos, se evidencia un incremento de \$1.495.775.838 millones. Para mayor claridad de la procedencia de los materiales para cada actividad, estamos anexando un cuadro donde se especifica cada tipo de relleno, su cantidad y de donde se contempla su origen²⁷.

Esta evidencia documental, citada por el Perito, desvirtúa lo señalado en la contestación a la demanda reformada en relación con el "reajuste" de más de mil quinientos millones. Lo que se adicionó a la oferta económica de Coninsa antes de su aceptación por Cerrejón fue el precio para remunerar un material distinto al de agregados gruesos, a saber, el material de relleno tipo terraplén.

El dictamen acredita, finalmente, que esta prestación fue incumplida por Cerrejón, fruto de lo cual la responsabilidad del suministro del material agregado debió ser reasignada a Coninsa. El aparte pertinente del peritazgo indica:

²⁷ Cuaderno de Pruebas 20, folios 145 y 146.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

El Contratante no realizó el suministro de los agregados gruesos durante algunos meses de la ejecución de la obra, lo cual se evidencia en los siguientes documentos:

Mediante Correo electrónico del 13 de diciembre de 2011, el Contratista manifestó al Contratante:

"Se reitera que en varias ocasiones y hace más de 15 días se han tenido irregularidades con el suministro de triturado, dado el problema no es posible cumplir con las programaciones de concretos de la obra ya que la capacidad diaria del material es mínima y los volúmenes de vaciado altos, por tal motivo y para evitar inconvenientes se pasará un informe vía mail de cuanta cantidad se tiene a diario para la producción de concretos.

El día de hoy 13 de diciembre se contaba con 25 m³ de triturado los cuales a las 11:30 am se terminaron por altas producciones de concretos en horas de la mañana".

En respuesta, el mismo 13 de diciembre de 2011 el Contratante manifestó:

"... Efectivamente hemos tenido problemas en el suministro del triturado por efectos del invierno pero se les autorizó conseguir triturado para los concretos y entiendo que solamente han llegado 90 m³

Por su parte, mediante comunicado CE-31231-299-PCH del 12 de diciembre de 2011, la Interventoría manifestó que desde el 30 de noviembre de 2011 se había autorizado al Contratista para que éste obtuviera los agregados gruesos con otros proveedores.

Como consecuencia de lo anterior, mediante el Otrosí No. 8 del 11 de mayo de 2012 se adicionó el ítem de suministro de triturado, el cual:

"... comprende el suministro del material triturado de ¾" con destino a la construcción de las obras de concreto, que no han sido cubiertas con el material enviado desde las trituradoras de Cerrejón".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Teniendo en cuenta que los agregados gruesos son un componente o insumo esencial para la fabricación de los concretos, las deficiencias en el suministro de tales agregados afectaron el cumplimiento de las programaciones de concretos de la obra, los cuales a su vez son insumos indispensables para la ejecución de las obras como las del Contrato de Obra, es decir, por ejemplo, las obras de cimentación y estructura de las casas (columnetas y vigas) y de las Tarimas, las losas de contrapiso y los solados que las subyacen.

Adicionalmente, la deficiencia en el suministro de los agregados gruesos hizo que el Contratista tuviera que buscar y contratar el respectivo proveedor en la zona, así como verificar la calidad de estos materiales, lo que acarreó esfuerzos logísticos adicionales y que no estaban previstos.

Además, se infiere que las dificultades debidas al crudo invierno reinante en la zona de los trabajos, que impidieron a Cerrejón cumplir el cronograma de suministro de los agregados, también las tuvo que enfrentar y superar el Contratista; razón por la que se puede afirmar que el invierno en la zona redujo los rendimientos de producción de agregados en la región y, como consecuencia, atrasó las obras objeto del Contrato de Obra²⁸.

Con fundamento en la experticia analizada se concluye que Cerrejón sí incumplió en el lapso descrito su obligación de suministrar el material agregado. El Tribunal destaca que esta conclusión, que se halla sustentada en el dictamen de Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S, no fue controvertida por la Convocada. En el dictamen arrimado para la contradicción de la experticia aportada por la Convocante no hubo mención alguna a lo relacionado con el suministro de material agregado. Lo cual implica, según POCH SAVILS, conformidad con las conclusiones de Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S. En efecto, en el primer capítulo del peritazgo de POCH SAVILS se introdujo la siguiente prevención: "*Una vez revisada y analizada la información correspondiente al documento, Dictamen Pericial Técnico de Parte elaborado por la firma Ingeniería y Ecología Consultoría SAS y sus anexos, a continuación se presentan los argumentos respecto a aquellas respuestas con las cuales se presenta desacuerdo*"²⁹. No siendo una de esas respuestas la relacionada con el suministro del material agregado, el

²⁸ Cuaderno de Pruebas 20, folios 147 y 148.

²⁹ Cuaderno de Pruebas 22, folio 4.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Tribunal debe concluir que igualmente, en criterio de POCH SAVILS, el incumplimiento se produjo.

Los documentos que se cursaron las Partes en ejecución del contrato prueban lo dicho. Por ejemplo, en el correo electrónico enviado el 13 de diciembre de 2011 por la Dra. Alix Suárez se reconocieron problemas en el suministro del material triturado por efectos del invierno, aunque también –para reproducir exactamente el contenido del mensaje de datos– se reprochó la gestión de Coninsa en su obtención.

El Tribunal no pasa por alto que la Dra. Alix Suárez, quien fue llamada a rendir testimonio en el proceso, negó que se hubieran presentado retrasos en el suministro de los agregados, salvo un día muy puntual –según dijo–. El Tribunal, sin embargo, no puede conferirle credibilidad al testimonio en esta materia en particular. La testigo no pudo explicar satisfactoriamente por qué, a iniciativa de Cerrejón, se reasignó la obligación de adquirir este material a Coninsa. Preguntada sobre el asunto, afirmó: *“No recuerdo. Hasta donde recuerdo, Cerrejón lo suministró todos”*.

La aseveración es, por decir lo menos, contradictoria. Si Cerrejón no tuvo problemas en el suministro del material no tuvo por qué solicitar a su contratista que asumiera la responsabilidad de esta gestión. Si lo hubiese suministrado en su totalidad, como aseveró la testigo, no se habría adicionado al Anexo B del Contrato el ítem de suministro de triturado $\frac{3}{4}$ para su pago. En fin, si hubiese honrado la obligación, el Anexo 1 del Otrosí 8, que describe este rubro, no habría aludido al *“suministro de material triturado con destino a la construcción de las obras de concreto **que no han sido cubiertas con el material enviado desde las triturados de Cerrejón**”*. Por lo anterior, el Tribunal sí considera probada la ocurrencia del incumplimiento en la ventana temporal precisada.

La prueba del incumplimiento del contrato no conlleva, de suyo, la imposición de una obligación indemnizatoria a Cerrejón. La demostración del cumplimiento tardío y defectuoso de una obligación es un presupuesto necesario, pero no suficiente para declarar la responsabilidad contractual. Por ejemplo, el Tribunal considera que una reclamación atinente al valor del suministro propiamente dicho no sería atendible. En eso coincide con la argumentación de la Parte Convocada. Cualquier costo implicado en el suministro del material, incluido el financiero, debe entenderse pagado al Contratista en virtud de una de las modificaciones introducidas al contrato, más exactamente, la incorporada en el otrosí 8, mediante la cual se adicionó el precio respectivo.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Sin embargo, el Tribunal considera que otro tipo de condenas sí pueden impartirse debido a los incumplimientos que fueron la causa de que, a la manera de una novación, se sustituyera una de las obligaciones de Cerrejón: la de suministrar el material triturado por la de pagar su precio a su nuevo proveedor (Coninsa). Según quedó señalado, el incumplimiento en el suministro de los agregados persistió hasta finales del mes de noviembre de 2011. O sea que este evento incidió en la ejecución de las obras mientras corrían los plazos pactados en el otrosí 4 para su culminación. Se presentó, pues, una afectación en el programa de obra aprobado para la terminación de las obras en el nuevo plazo, puesto que uno de los presupuestos para la culminación de las actividades en los plazos previstos en el otrosí 4 era el suministro del material agregado, de lo cual dependía la fabricación y vaciado de los concretos. En suma, los costos en los que se incurrió en el periodo de mayor permanencia en obra frente a los plazos pactados en el otrosí 4 tienen como una de sus múltiples causas este incumplimiento. La responsabilidad que le cabe a Cerrejón por ello se analizará por el Tribunal en un capítulo aparte.

3.-Conclusión

En virtud de lo anterior, el Tribunal concluye que Cerrejón incumplió el Contrato al haber ejecutado imperfecta y tardíamente su obligación de suministrar los agregados gruesos en el periodo que se extendió hasta el mes de diciembre de 2011.

C.- Incumplimiento por la no ejecución de la obra relativa a la descarga alcantarillados de los reasentamientos, cuyo permiso no fue otorgado por el INVIAS.

1.- Posición de las Partes

Al referirse a la ocurrencia de lluvias en niveles anormales e imprevisibles, Coninsa indicó que esta circunstancia se vio agravada por el incumplimiento de Cerrejón que no obtuvo el permiso requerido para la intervención de la vía nacional aledaña al proyecto, la cual sería atravesada por las tuberías de descarga de aguas lluvias y aguas provenientes de la PTAR. En sus alegatos agregó que además de no haber obtenido el permiso, Cerrejón infundió en distintas oportunidades a Coninsa la creencia de que el permiso estaba próximo a obtenerse, lo cual no ocurrió. En lo atinente a los perjuicios que padeció por este incumplimiento, la Convocante destacó que estos no solo consistieron en los efectos que directamente ocasionó la anormal frecuencia e intensidad de aguas lluvias que quedaban represadas en el proyecto, sino también en los costos de los elementos de conexión que ya había asumido Coninsa con ocasión de las

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

reiteradas declaraciones del Cerrejón de que sí se llevaría a cabo la intervención de la vía nacional. Por ejemplo, los pagos efectuados en favor de la empresa Restitubos S.A.S. para el suministro e instalación de la tubería.

En su contestación Cerrejón no negó que le asistiera la obligación de tramitar y obtener el consabido permiso, pero añadió: *"la tramitación del permiso era necesaria y oportunamente se obtuvo"*. También precisó que *"las obras para su ejecución terminaron antes del supuesto invierno alegado por Coninsa"* y que la contratación de Restitubos S.A.S., si en verdad se produjo, era una decisión autónoma del Contratista.

2.- Consideraciones del Tribunal

En el proceso quedó demostrada la obligación de Cerrejón de gestionar el permiso la afectación de la vía nacional con el fin de construir el emisario final o de descarga de los alcantarillados de los reasentamientos de Patilla y Chancleta. Aunque no hay en el contrato ni en sus anexos un texto expreso en tal sentido, Cerrejón reconoció la obligación. También lo hicieron los funcionarios del dueño de la obra que rindieron testimonio y el apoderado de la Convocada. Respecto de lo primero, en el expediente obra la comunicación de la Interventoría CE-31231-081-PCH del 16 de mayo de 2011, en la que se informó que Cerrejón, consciente de su obligación, se encontraba adelantado el trámite para la obtención del permiso³⁰. Respecto de lo segundo, basta decir que la Dra. Alix Suárez –como se verá más adelante– reconoció que la responsabilidad era de Cerrejón y que el apoderado de la Convocada, al responder el hecho no. 6 del acápite 5.7 de la demanda, en el que se registró la existencia de la obligación, lo dio por cierto. Al no tratarse de un contrato sometido a formalidad sustancial, estos elementos de convicción se consideran suficientes para dar por probada la obligación en los términos del artículo 1757 del Código Civil.

El Tribunal considera que también fue probada la inejecución de esta obligación. Hay varias pruebas que sustentan esta conclusión. Una es el acta de reunión del 25 de junio de 2012, suscrita por la Dra. Patricia Olano, en representación de Cerrejón. En ella, concluido ya el plazo para la culminación de las obras de Chancleta pactado en el otrosí 7, se declaró lo siguiente: *"El contratista entrega a la interventoría los siguientes materiales que no se pudieron instalar por no contar con el permiso de Invias en el proyecto de Reasentamientos Patilla y Chancleta"*³¹

³⁰ Cuaderno de pruebas 5, folio 302.

³¹ Cuaderno de pruebas 16, folio 339.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

La Dra. Alix Suárez, funcionaria de Cerrejón llamada a declarar en el proceso, también reconoció este hecho, aunque le restó importancia a su efecto sobre el represamiento de aguas en el proyecto:

"La obra, el permiso que se solicitó a Inviás, era para pasar un tubo por debajo de la vía nacional, ese tubo era el que iba a dirigir todas esas aguas que bajaban, hacia la vía que era el punto más bajo del proyecto, y las iba pasar al otro lado de la vía y al final ... llegaban a los afluentes del río, de un río que tenemos al otro lado, entonces era para pasar el agua, en ese momento, el permiso efectivamente no había salido, el tubo no se había podido meter, pero si así lo hubiéramos tenido construido, que era una obra que también formaba parte de ... contratista, el agua no había llegado porque no teníamos las estructuras de drenaje correspondientes, si quiero ser enfática en este punto"

Finalmente, en el dictamen de Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S. se explicó detalladamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon el hecho, así como su efecto en el proyecto:

"De acuerdo con la Programación de Obra inicialmente aprobada en desarrollo del Contrato de Obra, la construcción de los alcantarillados pluvial y sanitario debía iniciar el 23 de marzo de 2011; a partir de sus descargas, por la razón expuesta en los siguientes apartes.

(...)

[E]n la comunicación PaCha 11-05-011-149 del 11 de mayo de 2011, el Contratista informó a Cerrejón que asignó a la empresa RESTITUBOS los trabajos para el suministro e instalación de la tubería sin zanja en el cruce de la carretera nacional, acompañando el respectivo correo electrónico remitido por la firma RESTITUBOS.

En correo electrónico del 12 de septiembre de 2011 CONINSA informó a CERREJÓN la llegada a la obra del equipo de perforación necesario para los cruces de la tubería del alcantarillado pluvial para la vía nacional y le solicitó información respecto del avance del permiso del INVIAS.

(...)

De acuerdo con los siguientes comunicados y mi experiencia, el que no existieran los emisarios finales de los alcantarillados pluviales de los reasentamientos a través de la vía nacional, causó al Contratista (i) mayores dificultades que las previstas para conducir y evacuar las aguas lluvias precipitadas en el sitio de los trabajos que es llano y casi horizontal lo que agrava esta circunstancia.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Consecuentemente, (ii) aumentó la magnitud de los daños causados por las lluvias a las obras en curso y a los materiales para rellenos y pétreos depositados en el sitio de los trabajos y (iii) retrasó las labores de construcción debido a que las zonas de trabajo permanecieron inutilizables más tiempo de lo previsto puesto que, por falta de adecuado drenaje, tardaron más en eliminar los excesos de humedad causados por las lluvias.

Mediante comunicación PaCha-02-08-011-318 del 2 de agosto de 2011 el Contratista manifestó a la Interventoría que las obras no contaban con drenaje adecuado, porque los alcantarillados de aguas lluvias no tenían descarga; y esto debido a que el INVIAS no había concedido el permiso requerido para construir los emisarios finales de acuerdo con los estudios y diseños elaborados por el Contratante”.

En el dictamen de contradicción elaborado por POCH no se controvirtieron estas conclusiones. En el expediente tampoco obra prueba demostrativa de que la no obtención del permiso hubiera obedecido a una causa extraña; ni la hay en el sentido de que Cerrejón hubiese empleado toda la diligencia debida en su obtención, si es que se tratara esta como una obligación de medios.

3.- Conclusión

En virtud de lo anterior, el Tribunal concluye que Cerrejón incumplió el Contrato al no haber obtenido el permiso para la afectación de la vía nacional con el fin de construir el emisario final o de descarga de los alcantarillados de los reasentamientos de Patilla y Chancleta. Así lo declarará en la parte resolutive del laudo.

D.- El incumplimiento de Cerrejón por no disponer de una Interventoría con el personal y la experiencia suficiente

1.- Posición de las partes

La Parte Convocante ha sostenido que Cerrejón debe soportar los efectos adversos que en la ejecución del Contrato produjo la actuación de la Interventoría del Proyecto. En apoyo de este señalamiento, Coninsa trajo a cuento lo pactado en el quinto numeral de la cláusula cuarta del contrato, según el cual, en la inspección de la obra, las instrucciones, órdenes y autorizaciones impartidas por la Interventoría se entendían impartidas y autorizadas directamente por Cerrejón. El fundamento de la responsabilidad contractual de Cerrejón por las actuaciones desplegadas por su agente sería, entonces, en

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

criterio de la Convocante, la denominada *culpa in eligendo*. Según la Convocante, la Interventoría entorpeció el normal desarrollo de la obra y, por consiguiente, Cerrejón incumplió lo pactado en el párrafo final del numeral 5.8 del Anexo A del Contrato.

La afectación que padeció la obra por las actuaciones de la Interventoría habría sido resultado de dos eventos diferentes, aunque imbricados: (i) La insuficiencia del personal dispuesto por la Interventoría para la supervisión de las obras. Esto se tornó especialmente crítico en el periodo de ejecución en el que, como una medida de aceleración, Coninsa puso a disposición del proyecto un número considerable de personal no calificado no previsto inicialmente. (ii) La implementación de procedimientos de revisión y la imposición de exigencias completamente inusuales en la industria de la construcción, especialmente en lo relacionado con las medidas de seguridad industrial.

Solo el primero de estos incumplimientos se estudiará en esta parte del laudo. El segundo, por estar registrado en la pretensión 4ª de la demanda reformada, será objeto análisis en el capítulo XV del laudo.

Desde la contestación de la demanda reformada, la Convocada negó la existencia del primer incumplimiento que se le imputa por Coninsa. En lo fundamental, la defensa de Cerrejón se apoyó en dos señalamientos: (i) En los meses en los que Coninsa vinculó más personal a la ejecución de la obra no se le pidió a Cerrejón que la Interventoría hiciera otro tanto. Además, no había fundamento contractual para hacerlo: de haberse formulado tal solicitud la misma no sería atendible, pues el incremento del personal no calificado para la conclusión de las actividades obedeció a los retrasos que se presentaron por responsabilidad exclusiva de Coninsa. (ii) La reclamación de Coninsa es extemporánea, lo que pone de relieve su falta de fundamento. Según la parte Convocada, las reservas de Coninsa acerca de la suficiencia del personal de la Interventoría solo se alegaron una vez el contrato terminó.

En relación con las exigencias exageradas de la INTERVENTORIA, CERREJÓN señaló que desde el inicio del contrato le advirtió al contratista que los protocolos de seguridad eran de estricto cumplimiento razón por la cual haber obrado de conformidad no podía considerarse como incumplimiento del contrato.

2.- Consideraciones del Tribunal

Para decidir la primera imputación, el Tribunal considera necesario estudiar, en primer lugar, el fundamento contractual de las obligaciones presuntamente

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

incumplidas por Cerrejón en razón de las actuaciones desplegadas por la Interventoría.

Analizados los documentos del contrato, el Tribunal comparte los señalamientos de la Convocante sobre la relevancia que tienen la cláusula cuarta del contrato y el numeral 5.8 de su Anexo A. En efecto, aunque uno y otro texto regulaban la facultad que le asistía al dueño de la obra de inspeccionar las actividades constructivas, también radicaban obligaciones en su cabeza. Así como Cerrejón tenía el derecho inspeccionar por sí mismo o por un agente suyo el cumplimiento de las especificaciones técnicas y de los planos, aprobar o rechazar los materiales y su proceso de elaboración, controlar su calidad, exigir la medidas correctivas a las que hubiera lugar, verificar las cantidades de obra ejecutadas y comprobar el cumplimiento de las normas de seguridad industrial, tenía igualmente la obligación de que las medidas adoptadas para ese fin no frustraran el normal desarrollo de las obras.

Dice así el segundo párrafo de cláusula 4.5 del Contrato:

“(...) 4.5. Inspección de Obra. El CONTRATISTA proporcionará las facilidades adecuadas para que CERREJÓN o sus representantes puedan acceder a inspeccionar la Obra o los materiales y equipos que el CONTRATISTA utilizará en la Obra, en cualquier momento, ya sea en su etapa de preparación o durante su desarrollo. Si el Alcance de la Obra, las instrucciones de CERREJÓN, cualquier Ley o cualquier autoridad pública exigen que una Obra sea específicamente examinada o aprobada, el CONTRATISTA notificará a CERREJÓN con la debida anticipación (i) la preparación de la inspección, y (ii) la fecha fijada para cualquier inspección a ser realizada por cualquier autoridad pública.

Las inspecciones sobre la ejecución de la Obra serán ejercidas de manera oportuna por CERREJÓN o la persona que CERREJÓN designe, quien se denominará el Interventor. CERREJÓN comunicará por escrito al CONTRATISTA el nombre de la(s) persona(s) encargada(s) de la Interventoría. Las facultades principales del Interventor serán: Verificar el cumplimiento de las especificaciones técnicas y planos; estudiar las solicitudes de cambios que se consideren convenientes o necesarios o en las especificaciones técnicas y planos y presentar sus recomendaciones a CERREJÓN; aprobar o rechazar los materiales y sus procesos de elaboración, previo examen, análisis o ensayos que fueren del caso, y controlar constantemente la calidad de aquellos; inspeccionar permanentemente la Obra; ordenar la localización, los replanteos y controlar la corrección y precisión de los trabajos; ordenar la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

reconstrucción de trabajos defectuosos; verificar el cumplimiento con el Plan de Ejecución Aprobado y exigir al CONTRATISTA tomar las medidas correctivas del caso; controlar y comprobar las medidas mensuales de Obra ejecutada para efectos de pago y verificar los cálculos de cantidades de incluirse en las Actas de Pago que presente el CONTRATISTA; verificar el cumplimiento de las normas de seguridad y de las disposiciones laborales vigentes; y, en general, todas las atribuciones relativas a la coordinación y verificación de la ejecución de la Obra.

(...)

El CONTRATISTA deberá proceder de conformidad con las instrucciones, órdenes y autorizaciones impartidas por escrito por CERREJÓN o el INTERVENTOR entendiéndose, en este último caso, como dadas y autorizadas directamente por CERREJÓN. La coordinación y verificación de la Obra que ejerza CERREJÓN, o sus representantes, no releva al CONTRATISTA de su responsabilidad por la dirección de la Obra”

Por otra parte, el numeral 5.8 del Anexo A del Contrato indicaba:

“5.8. Condiciones de Calidad de la OBRA

CERREJON, con su propio personal o la persona o entidad que para ello se designe durante la ejecución del Contrato podrá inspeccionar en cualquier momento y sin previo aviso la ejecución de la OBRA contratada, no obstante el CONTRATISTA por sí mismo y a su costo deberá realizar continuamente las pruebas, revisión de procedimientos, rutinas, controles exigibles conforme a las normas y reglamentos administrativos o usuales en la buena práctica, tendientes a que la prestación del servicio sea óptima, debiendo comunicar a CERREJÓN por escrito la fecha de su realización con una antelación mínima de diez (10) días, y entregar su resultado con los correspondientes certificados y protocolos

CERREJÓN, a través su interventoría y a costo del CONTRATISTA podrá objetar cualquier tipo de trabajo que no cumpla las especificaciones convenidas o las garantías de calidad establecidas tanto de procedimientos y técnicas, la reiteración de éstas situaciones serán casual de terminación del Contrato

El interventor o representantes autorizados de CERREJÓN procurarán que en la ejecución de las prácticas que realicen no se entorpezca la normal ejecución de la OBRA; pero la exigencia, el tiempo y condiciones de realización de aquellas no podrán ser invocadas por el CONTRATISTA como causa o justificación de retrasos”

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Como se colige de estas dos previsiones del Contrato, las facultades de Cerrejón, ejercidas por conducto de la Interventoría, no eran irrestrictas. Tenían un límite que se sintetizó en el párrafo final del numeral 5.8 del Anexo A, así: que su ejercicio no entorpeciera la normal ejecución de la obra. Había, pues, una obligación de no hacer para Coninsa como contratara de sus facultades de inspección.

A juicio del Tribunal, esta obligación se concretaba en la carga de contar con el personal idóneo y suficiente para adelantar el conjunto de actividades que agrupaba la inspección de la obra (aprobar materiales, medir cantidades para pago, controlar el cumplimiento de los estándares de seguridad, verificar la realización de las obras con arreglo a los diseños, etc.). En efecto, no contar con el personal suficiente para cumplir con estas actividades podía generar traumatismos sobre las actividades, entorpecer la ejecución de la obra.

Para el Tribunal también es claro que si la Interventoría no procedía con arreglo a estos estándares de conducta se comprometía la responsabilidad contractual de Cerrejón. El Contrato era claro al respecto: las órdenes e instrucciones impartidas por la Interventoría se entendían impartidas por Cerrejón. Aunque las responsabilidades difieran según la obra de que se trate, pública o privada, el Interventor, en ambos casos, hace las veces de representante del dueño de la obra: *"el interventor tiene la representación del dueño de la obra ante el contratista y su labor es la de controlar que la obra se realice en los términos del respectivo contrato, tanto en lo que respecta a las especificaciones técnicas como en los términos contractuales, lo cual incluye el cabal cumplimiento de las normas y requisitos que la ley impone"*³². En síntesis, la conducta de la Interventoría del contrato comprometía la responsabilidad de Cerrejón. Y lo hacía de manera directa, como un hecho propio de Cerrejón. Su fundamento jurídico no es, entonces la responsabilidad indirecta o por el hecho ajeno de que trata el artículo 2349 del Código Civil.

Aclarado el panorama, el Tribunal entrará a estudiar la suficiencia del personal de la Interventoría. A juicio del Panel esta es una materia con un marcado contenido técnico. El Contrato no establecía un personal mínimo para la inspección de la obra en función del personal no calificado dispuesto por el contratista. Por este motivo, para desatar la controversia el Tribunal tendrá en cuenta, de forma prevalente, las experticias técnicas aportadas por las partes.

³² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de agosto de 2016. C.P. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Ref. 1767.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

2.1.- La suficiencia del personal de la Interventoría

Para probar este hecho, la Parte Convocante aportó un dictamen técnico de autoría del ingeniero Jaime Bateman. Al responder las preguntas 8 a 14 del cuestionario que se le formuló, el perito dio su concepto experto sobre la suficiencia del personal empleado por la Interventoría para la inspección de las actividades adelantadas por Coninsa. El Tribunal considera pertinente destacar las siguientes conclusiones de dicho dictamen:

“Aplicado este mismo análisis respecto de todas las Actas, se obtienen los datos del número de personas que mensualmente (mes calendario) prestaron sus servicios a la Interventoría medido en términos de tiempo trabajado por hombre (número de personas efectivamente vinculadas al proyecto), el cual se compara con el número de personas que Coninsa Ramón H. vinculó al desarrollo de las obras de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta.

MES	TOTAL REAL DE PERSONAS EN EJECUCION CRH	TOTAL INTERVENTORIA DEDICACION PERSONAS POR
Enero-11	18	7,58
Febrero-11	80	15,13
Marzo-11	228	10,46
Abril-11	243	14,22
Mayo-11	322	13,25
Junio-11	418	12,92
Julio-11	577	13,17
Agosto-11	879	12,42
Septiembre-11	1.025	11,10
Octubre-11	1.107	11,44
Noviembre-11	1.059	13,26
Diciembre-11	675	10,25
Enero-12	938	5,71
Febrero-12	791	15,51
Marzo-12	696	12,66
Abril-12	568	11,78
Mayo-12	268	9,45

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Considero importante precisar, tal como se indicó en la respuesta a la pregunta No. 8 anterior, que el personal por dedicación efectiva al proyecto es siempre inferior al personal que nominalmente estaba destinado a cumplir labores de interventoría, aún más cuando algunos de los funcionarios de la interventoría sólo tenían una dedicación de 4, 6 u 8 horas al mes y otras más dedicaban gran parte de su tiempo a labores de carácter administrativo.

En consecuencia, el anterior análisis evidencia que el aumento de personal de producción y de frentes de trabajo por parte de Coninsa Ramón H. no se vio reflejado en un aumento proporcional del personal de Interventoría encargado de realizar la supervisión técnica de las obras.

(....)

De acuerdo con mi experiencia, el personal requerido cuando las obras sujetas a su vigilancia y aprobación de desarrollan en más de 26 frentes de trabajo y con más de 1100 personas laborando en aproximadamente 14 hectáreas de terreno, es aproximadamente 30 personas con dedicación de tiempo completo.

El notable aumento del personal de producción, que en ciertos meses superó las 1000 personas, así como el incremento de los frentes de trabajo simultáneos por actividades, necesariamente provocaron un incremento en las exigencias de revisión y supervisión para el proyecto en distintos aspectos.

Para comenzar, entre más alto es el flujo de personal, mayores son las verificaciones de orden administrativo que normalmente se deben realizar para la autorización de ingreso a la obra (revisión de documentación, aportes, carnés, preoperacionales, etc.).

Corroboran mi conclusión las diversas declaraciones de obreros, maestros, oficiales y en general del personal de producción que desarrolló las obras, declaraciones que fueron puestas a mi disposición por parte de Coninsa Ramón H. y cuyos aspectos más importantes se evidencian a continuación, en especial, en cuanto a los efectos de la escasez o falta de personal'.

Para la contradicción del dictamen, la Parte Convocada, en uso de las facultades que la Ley procesal le otorga, arrió un dictamen de contradicción elaborado por POCH SAVILS. En lo que hace específicamente a la suficiencia del personal de la Interventoría, POCH SAVILS controvirtió las conclusiones del ingeniero Jaime Bateman con los siguientes raciocinios:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

“Sobre lo expuesto por el Ing. Jaime D. Bateman Durán, es importante indicar que el corroborar una conclusión, basado en testimonios de personal adscrito y dependientes de la actividad económica de la constructora, contiene un alto grado de subjetividad, donde propenderá el proteger la actividad económica base de los recursos económicos propios de cada persona, evaluando desde un punto de vista unilateral y en muchos casos sin el apropiado conocimiento del correcto desarrollo de un contrato y sus procesos.

Es importante anotar que el único declarante profesional, correspondía a un Arquitecto Residente de la empresa subcontratista AQUAMED, empresa que por su actividad económica depende las contrataciones que Coninsa Ramón H S.A., le adjudique, más no era personal adscrito directamente a la Constructora”.

Los Peritos de las partes expusieron tesis antagónicas en relación con la suficiencia del personal de la Interventoría. Esto le plantea al Tribunal una dificultad que es casi que consustancial al sistema del perito de parte en el contexto de un proceso adversarial: el de escoger, con ciertas limitaciones cognoscitivas, la opinión que juzga más convincente para adoptar su decisión³³. En la formación de su criterio, a pesar de no estar sometido a una tarifa preestablecida, el Tribunal no puede incurrir en arbitrariedades. Mucho menos valerse de motivaciones ocultas para considerar más fiables unas conclusiones que otras. Su apreciación de la prueba, por más libertad que le asista en el proceso, debe adecuarse a los criterios que prevé el Código General del Proceso en su artículo 232: solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de los fundamentos de los dictámenes. Tales criterios racionalizan el proceso de valoración de uno y otro dictamen.

³³ Sobre esta materia son ilustrativas las reflexiones de Michelle Taruffo, citadas por la Corte Suprema de Justicia Colombiana: “Pero la situación más complicada se da cuando existen diversos medios de prueba sobre el mismo hecho, pero <<discrepantes>> o <<contrarios>> entre ellos, porque algunos de ellos tienden a probar la verdad y otros tienen a probar la falsedad del enunciado acerca de la ocurrencia de ese hecho. En estas circunstancias, el juzgador tiene que elegir entre, al menos, dos versiones diferentes del hecho, una positiva y otra negativa, ambas apoyadas por una parte de los medios de prueba presentados. El problema es elegir una de estas versiones: la elección racional indicaría que debe elegirse la versión, positiva o negativa, que esté sustentada por pruebas preponderantes, es decir, por el grado relativamente superior de probabilidad lógica”. La Prueba, Madrid, 2008, capítulo V: “La adopción de la decisión final”, num. 98, página 141. Cita nº 19 original de la sentencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de junio de 2016. M.P Margarita Cabello Blanco. SC7817-2016.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

A propósito de este planteamiento, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en el siguiente sentido:

"(...) 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 demos elementos probatorios que obren en el proceso"³⁴.

Con idéntico criterio, en fallo del 6 de julio 2006 la misma Corporación expresó:

"(...) la conducencia de tal prueba pericial no significa que el sentenciador este 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.

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"³⁵.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de junio de 2016. M.P Margarita Cabello Blanco. SC7817-2016.

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 06 de junio de 2016. M.P Silvio Fernando Trejos. Rad. 1100131030101998-17323-01.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Tras revisar la calidad de los fundamentos de ambos dictámenes y la exhaustividad de sus análisis, el Panel concluyó que el elaborado por el ingeniero Jaime Bateman ofrece mayor sustento para determinar si el personal empleado por la Interventoría fue o no suficiente. Varias razones tuvo en cuenta el Tribunal para llegar a esta conclusión.

En primer lugar, el Tribunal nota que las premisas que tuvo en cuenta el ingeniero Jaime Bateman para presentar su conclusión sobre la insuficiencia del personal están desprovistas de subjetividad. En efecto, para establecer las horas dedicadas por cada trabajador de la Interventoría a las obras de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta, así como para determinar las horas dedicadas a otros proyectos, el Perito tuvo en cuenta cada una de las actas de pago suscritas entre Cerrejón y la Interventoría. Igualmente, para analizar la dedicación horaria del personal de la Interventoría, el Perito siguió un procedimiento que el Tribunal considera adecuado, pues procedió a establecer la dedicación de cada trabajador a las labores de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta en días laborables dentro del periodo de corte de cada una de las actas. Y, finalmente, para contrastar o cotejar el personal dispuesto por la Interventoría y el empleado efectivamente por Coninsa en los distintos frentes de obra, el Perito echó mano de las bitácoras de obra y del histograma de personal correspondiente.

En segundo lugar, el Tribunal encuentra razonable la conclusión según la cual la incorporación de un número tan significativo de personal para acelerar la conclusión de las obras debió reflejarse, aunque no necesariamente en idéntica proporción, en un mayor personal de la Interventoría. El Tribunal considera que esto también ha debido ocurrir ante el establecimiento de un número de frentes de trabajo mucho mayor al que se había previsto en la programación de la obra aprobada el 21 de febrero de 2011.

El Tribunal no pasa por alto, como se verá más adelante, el hecho sobre el que POCH SAVILS llamó la atención en su dictamen de contradicción: la utilización de declaraciones extrajuicio de personal de producción de Coninsa para sustentar las conclusiones del dictamen. Sin embargo, en lo concerniente a la suficiencia del personal de la Interventoría, para el Tribunal es suficientemente claro que esas declaraciones no fueron el fundamento principal de las conclusiones del Perito Bateman. La referencia a tales declaraciones, que se encuentra en el párrafo final de la respuesta a la pregunta 8 de su dictamen, tiene una función discursiva diferente: ratificar una conclusión obtenida con base un análisis exhaustivo de documentos de carácter técnico.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Eso se echa de menos por el Tribunal en el dictamen de contradicción elaborado por POCH SAVILS. Ni una sola mención hizo el Perito a los razonamientos que se fundamentaron en las bitácoras de obra, los histogramas de personal y las actas de pago de la Interventoría. Su lánguida observación a la respuesta dada por el ingeniero Bateman trasluce, más que una opinión técnica, un alegato con contenido jurídico.

A lo anterior el Tribunal debe agregar que el testimonio del director de la Interventoría, Iván Alexander Rosas, es congruente con los anteriores señalamientos. El Tribunal le confiere especial credibilidad a esta declaración, habida cuenta de que proviene del director de la empresa a la que se le atribuye no haber dispuesto del personal suficiente para la inspección de la obra.

“SR. ROSAS: No, Cerrejón no nos autorizó más horas de esas, o sea, las que se destinaron al inicio y a veces nos mandaban un interventor de, de la mina para un fin de semana, para digamos reemplazar alguno que no tuviera horas.

(...)

DRA. ORTIZ: Entonces usted, o la interventoría necesitaba un mayor número de personas para hacer esas inspecciones que estaban a su cargo?

SR. ROSAS: Posiblemente sí, siempre estábamos insuficientes.

DR. BERMUDEZ: Hable al micrófono.

SR. ROSAS: Que siempre estábamos, como le explique ahorita, cortos siempre, al límite”.

El Tribunal no comparte las dos impugnaciones que el apoderado de la Convocada formula a la acogida de esta pretensión. En primer lugar, el Tribunal encuentra en el expediente documentos demostrativos de las peticiones de Coninsa a Cerrejón para que la Interventoría ampliara la planta de personal destinada a la inspección del proceso constructivo. Esta petición se formuló, por ejemplo, en la comunicación Pacha 07-04-011-096 del 07 de abril de 2016 y PaCha-31-01-011-611 del 30 de enero de 2012 que obran en el expediente. No es cierto, entonces, que de manera contemporánea a la ejecución de la obra Coninsa hubiese guardado silencio sobre esta circunstancia. Además, el silencio de Coninsa sobre la materia –que no lo hubo– no puede implicar una renuncia a sus derechos a reclamar los efectos derivados de esta circunstancia. Como se ha indicado ya en otros partes del laudo, las renunciaciones, según lo pactado

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

expresamente en el numeral 28.2 del contrato, debían ser expresas. Y ese, dicho sea de paso, es el principio en el derecho privado: las renunciaciones a un derecho no pueden provenir del silencio de su acreedor, salvo los casos en los que la ley lo determine así³⁶.

2.2.- Las exigencias exageradas de la Interventoría.

En este punto el Tribunal estima que la CONVOCANTE no acreditó que la interventoría hubiese obrado indebidamente o hubiese ejercido sus funciones retardando o impidiendo la adecuada ejecución de las obras a cargo del CONTRATISTA. El dictamen de parte rendido por el ingeniero JAIME BATEMAN no es una prueba idónea para demostrarlo pues lo que se hace en el mismo es incorporar las versiones de empleados de CONINSA, que solo podrían haberse tenido como prueba si hubiesen sido recibidas en el curso del proceso conforme con las formalidades legales.

Los documentos allegados con el dictamen solo son las comunicaciones en las que se advierte la imposibilidad para la interventoría de laborar los fines de semana. Y en este punto para el Tribunal es muy relevante como indicio en contra de CONINSA la inexistencia de comunicaciones o reclamaciones que dieran cuenta de las graves objeciones que pretendieron estructurarse probatoriamente en la forma antes señalada.

En este caso a la Interventoría no se le hacen imputaciones concretas relativas a demoras en revisión de obras que hubieran afectado los pagos del Contratista o en la aprobación de nuevos precios, puntos que eran esenciales en el desarrollo del contrato.

Las exigencias hechas por la INTERVENTORÍA no son objetadas frente al marco regulatorio o normativo que se aplicaba y por esta razón concluye el Tribunal que este incumplimiento no está demostrado en el proceso.

3.- Conclusión

Por las anteriores razones, el Tribunal declarará que efectivamente existió incumplimiento del contrato en lo relativo a la no dedicación de un número suficiente de personas en la interventoría y negará que el incumplimiento relativo

³⁶ Pérez, María del Pila. El valor jurídico del silencio en la teoría general del negocio jurídico. Madrid: Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-720X, Nº. 28, 2013, págs. 285-306.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

a las exigencias exageradas o desmedidas de la interventoría que pudieran afectar el desarrollo del contrato.

E.- El incumplimiento derivado de ordenar la construcción de mayores cantidades de obra.

1.- La posición de las partes:

Estima CONINSA que CERREJÓN incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales al ordenar la realización de mayores cantidades de obra de las previstas al momento de celebrar el contrato, como consecuencia de errores en los diseños o en la medición en planos de tales cantidades y afirma que, en el periodo contractual, CERREJÓN señaló las cantidades indicadas en los planos no serían modificadas.

De acuerdo con lo señalado en el dictamen de parte rendido por INGENIERÍA Y ECOLOGÍA CONSULTORÍA S.A.S., (p.83)

"...en la reunión realizada el 30 de septiembre de 2010 para revisar y aclarar la oferta de CONINSA, CERREJÓN, a solicitud del Contratista, confirmó que las actividades y cantidades de obra consignadas en los planos no iban a variar en desarrollo de la obra; como se aprecia en la des-grabación de la mencionada reunión: <<MARTHA GALVIS (CONINSA): ¿Alix, me aclaras lo que hablábamos el otro día, no va a ser más cantidad de la que aparece en planos? ALIX SUÁREZ (CERREJÓN): No, no va a ser más cantidad de la que aparece ahí."

CONINSA estima que tanto el incremento como la disminución en las cantidades de obra afectan la ejecución de la obra, punto en el cual, en el mismo dictamen de parte se señala:

"La ejecución de mayores y menores cantidades de obra implica que durante el desarrollo de un contrato de construcción el Contratista debe ejecutar, en actividades constructivas inicialmente previstas, cantidades de obra que difieren de las inicialmente contratadas, debido a errores de diseño y/o de medición en planos de las cantidades de obra requeridas para ejecutar las obras representadas en estos documentos técnicos.

"En cuanto a los impactos o efectos que produce la variación de cantidades de obra en actividades constructivas previstas y contratadas, tenemos:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

"Por una parte, se requiere ajustar la planeación de las actividades de obra afectadas, es decir, en caso de aumento de las cantidades de obra, realizar las acciones necesarias para adquirir y poner en obra los mayores insumos de personal, equipo y materiales, así como el capital de trabajo correspondiente y, en caso contrario, es decir, cuando las cantidades de obra disminuyen, realizar las acciones necesarias para suspender el suministro de los equipos y materiales sobrantes (o retirarlos si ya están en obra), así como deshacer la contratación del personal igualmente sobrante..."

"Por otra parte, como la duración de las actividades de construcción es proporcional a la cantidad de obra ejecutada, toda variación de las cantidades de obra implica la variación directamente proporcional del plazo de ejecución de las respectivas actividades constructivas y, como resultado, el cambio del plazo de construcción del proyecto en general."

En el mismo dictamen de la CONVOCANTE se presenta un cuadro en el que se comparan en porcentaje, las cantidades de obra previstas al celebrar el contrato y las realmente ejecutada; se muestra que hubo incrementos en 42 ítems, en algunos casos en porcentajes superiores al 1000 por ciento, pero en general, en los ítems reseñados existe un promedio de variación del 400 por ciento. Esta circunstancia - de acuerdo con el dictamen de parte - generó un *aumento de tiempo* en la construcción de la obra.

En el dictamen de parte presentado por la convocada (POCH – DICTAMEN TÉCNICO) además de hacerse referencia a la circunstancia de que en un contrato a precios unitarios las cantidades de obra pueden variar se refuta el volumen y la importancia de los cambios señalados por la CONVOCANTE para indicar que se trataba de cambios normales que no afectaron la ruta crítica de la obra.

Se lee en este dictamen:

"Es importante aclarar que el 67.5% de los ítems con mayor cantidad son del capítulo de instalaciones, que si bien es un capítulo importante, es donde comúnmente se evidencian aumento o disminución de cantidades en un contrato de Precios Unitarios. Esto sucede porque los trazados de las instalaciones plasmados en los diseños o planos nunca son exactos a lo que se instala en las obras porque allí se generan cambios que aumentan o disminuyen cantidades..."

Teniendo en cuenta las actividades que presentaron mayores cantidades y que hicieron parte de la ruta crítica, nos permitimos concluir:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- *Los impactos en tiempo causados por el aumento de cantidad de **relleno compactado en las casas**, se analizan en el capítulo de **DISEÑOS**, ya que este aumento se dio por el cambio en el diseño de la cimentación.*
- *De las demás actividades que presentaron aumento de cantidades, y que hacían parte de la ruta crítica, se concluye que estas corresponden a las variaciones esperadas en un contrato de precios unitarios. Los porcentajes de variación no constituyen un parámetro para medir el impacto en la ejecución.*

2.- Consideraciones del Tribunal:

Estima el Tribunal que en un contrato a precios unitarios no se puede considerar como incumplimiento el hecho de que las cantidades previstas inicialmente se incrementen o disminuyan. El CONTRATISTA recibe el valor correspondiente a las cantidades de obra efectivamente ejecutadas razón por la cual este hecho no puede tratarse como incumplimiento del contrato. La circunstancia de que en la discusión de los pliegos se hubiese advertido que las cantidades eran las previstas en los planos no significa que se haya cambiado el sistema de pagos; puede entenderse como una simple manifestación de que los planos reflejaban adecuadamente las cantidades.

Por regla general en los contratos por precios unitarios se incluye un porcentaje de administración como costo indirecto con lo cual si el tiempo de construcción aumenta como consecuencia de las mayores cantidades ese tiempo queda cubierto el pagar los precios unitarios incluyendo la Administración. En este caso se pactó una cuota fija por Administración y no obstante la ampliación del plazo de la construcción, durante los últimos meses de la prórroga de este término, CERREEJÓN no canceló dicho valor. En el laudo la contratante será condenada a pagarlo habida cuenta de que la ampliación del término de ejecución del proyecto – generado entre otras cosas por el incremento de las cantidades de obra – debe ser asumida por dicha parte porque corresponde a una obligación contractual que no se cubre pagando simplemente los precios unitarios que – se itera – no tienen incluido un porcentaje por ADMINISTRACIÓN.

F.- El incumplimiento derivado de ordenar OBRAS ADICIONALES.

1. Posición de las partes

Coninsa:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Estima CONINSA que la orden de ejecutar obras adicionales constituye incumplimiento del contrato por parte de CERREJÓN y en el dictamen de parte presentado por INGENIERIA Y ECOLOGÍA CONSULTORES S.A.S. se sustenta esta afirmación indicando que "lógicamente, las circunstancias que generalmente las originan son carencias en la planeación y diseño del proyecto, este caso por parte del Contratante." (p. 90)

Su introducción – de acuerdo con el mismo dictamen - afectó la planificación y el cumplimiento del programa de ejecución de la obra, porque requerían realizar nuevas cotizaciones, definir nuevos precios y suscribir los convenios modificatorios del contrato (otrosí).

Se agrega en el dictamen que estas obras <<superan el alcance inicial del Contrato >> y se cita en este punto el ejemplo de los trabajos adicionales que debieron realizarse con ocasión de la cimentación de las casas.

Cerrejón:

En el dictamen rendido por POCH simplemente se indica que la construcción de las obras adicionales no afectaba la ruta crítica del contrato (p. 148).

2. Consideraciones del Tribunal.

Las modificaciones y obras adicionales estaban previstas en la cláusula quinta del contrato en donde se indicaba que, si bien ellas podían ser solicitadas por la CONTRATANTE, la CONTRATISTA tenía el derecho de solicitar su pago adicional mediante la presentación de un nuevo APU (análisis de precios unitarios). Era un evento previsto y regulado en el contrato, sin que esté demostrado que la obra *cambió sustancialmente* para que pueda concluirse que una cosa fue lo que se contrató y otra totalmente distinto lo que se construyó; el ejemplo recurrente de la cimentación no puede traerse a colación en este punto porque las partes lo solucionaron mediante la suscripción de otrosí donde pactaron nuevos precios y de otro en el que ampliaron los plazos del contrato.

En el curso del contrato se introdujeron muchos APU's nuevos que correspondían fundamentalmente a actividades que se estimaban no cotizadas o distintas, con lo cual en realidad se lograba su pago adecuado; el fundamento relativo a que se generaban por incumplimientos no está acreditado ni desarrollado en el dictamen pericial presentado por la CNVOCANTE, sin que aquí deba repetirse la argumentación propuesta en relación con la modificación de los diseños, aspecto al cual ya se hizo referencia.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

G.- El incumplimiento por priorizar PATILLA.

1.- Las posiciones de las partes:

CONINSA afirma que al firmar el contrato se previó la entrega conjunta o al mismo tiempo de las casas de los dos asentamientos (PATILLA y CHANCLETA) y que de este modo se establecieron los programas de ejecución y se planificó la obra.

No obstante, lo anterior en la ejecución de la misma CERREJÓN ordenó priorizar la construcción de PATILLA y dispuso que los recursos para la construcción de los dos asentamientos se dedicaran primero a PATILLA; esto debido a los compromisos contraídos con la comunidad. Se afirma en el dictamen que la orden de priorizar la construcción del asentamiento de PATILLA generó retrocesos en la programación de la obra debido al sistema constructivo planteado desde antes de la celebración del contrato.

En el dictamen de parte presentado por INGENIERÍA Y ECOLOGÍA CNOSULTORIA S.A.S., se afirma sobre este particular:

“... la sobrevenida priorización de las obras del reasentamiento de Patilla (que no estaba prevista en Contrato y, por ende, tampoco lo estaba en el Cronograma de Obra inicialmente aprobado) impactó la metodología constructiva y el Cronograma de Obra, en primer lugar, porque la priorización exigida por el Cerrejón obligó al Contratista a trasladar buena parte de los recursos de personal, materiales y equipos del reasentamiento Chancleta al reasentamiento Patilla, con las siguientes consecuencias: Pérdida de tiempo en: El traslado de los recursos, la negociación o renegociación y legalización de subcontratos, La curva de aprendizaje. Incremento de costos del personal de Administrativo, de dirección y de control de obra; correspondiente al aumento del personal de producción. En segundo lugar, porque dicha priorización de las obras no solo implicó el traslado de recursos sino que, debido al reducido plazo impuesto por el Cerrejón para la terminación de los reasentamientos, se hizo necesario el aumento descomunal del número de frentes de trabajo simultáneo que, **seguramente**, generó interferencias entre las obras asignadas a los diversos trabajadores con la consecuente disminución de los rendimientos de construcción, y obligó al Contratista a dejar de aplicar la metodología constructiva prevista e, incluso, apartarse del orden lógico constructivo pues, por ejemplo, el Contratista tuvo que ejecutar regatas para redes en muros previamente pañetados (ver comunicación CE-31231-303-PCH).”

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

CERREJÓN señala que, en realidad, si se tienen en cuenta los plazos de la iniciación de las obras no se generó ninguna alteración significativa pues para la entrega de PATILLA el plazo planteado era similar al previsto inicialmente.

Afirma POCH en el dictamen técnico:

“En el cronograma contractual, la entrega del Proyecto incluyendo Patilla y Chancleta debía ser el 19 de octubre de 2011. (Ver Tabla 4).

En el Otro Si No. 4 se indica que para el reasentamiento de Patilla la fecha de entrega cambió al 31 de octubre de 2011, es decir que para este reasentamiento se aumentó en doce (12) días. Para el caso del reasentamiento de Chancleta se indica que la fecha de entrega cambiaba al 31 de diciembre de 2011, es decir que se aumentaron setenta y tres (73) días.

“Con lo anterior se puede concluir que con el Otro Si No. 4 la fecha para Patilla quedó muy similar a la contractual y para Chancleta se dio un tiempo mayor. Esto confirmaría o podría interpretarse el que Patilla si requería mayor urgencia en su entrega por la diferencia de días respecto de Chancleta en aumento de tiempo.

“Respecto del impacto del tiempo estipulado para la entrega de los reasentamientos, se evidencia un aumento de tiempo en los dos reasentamientos, es decir había más días para terminar las obras.

“Respecto de la secuencia del programa, lo que se puede interpretar es que Chancleta requería de un rendimiento menor (menos recursos de equipos, humanos, etc.) por esta razón se necesitaban sesenta (60) días más que el que exigía Patilla (mayor recursos equipos, humanos, etc). En este orden de ideas, no se cambiaba la secuencia, sino los rendimientos de los frentes de trabajo.”

2.- Consideraciones del Tribunal.

Estima el Tribunal que no puede considerarse como un incumplimiento contractual del CERREJÓN haber solicitado priorizar la construcción de PATILLA. Se trataba de uno de los asentamientos que formaban parte del contrato; desde el principio de la obra se advirtió de la necesidad de entregarlo primero y en realidad el plazo en el que se pidió construirlo y en el que efectivamente se construyó corresponde al previsto al momento de la firma del contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En la comunicación del primero de julio de 2011 remitida por CERREJÓN a CONINSA (f. 306 cuaderno 5, se culmina la reprogramación d la obra solicitada por CONINSA y es allí donde se solicita destinar los nuevos recursos que aprueba CERREJÓN para PATILLA y se indica que el plazo de este asentamiento no se modifica; en otros términos es claro que CERREJÓN estuvo de acuerdo en reprogramar y en aportar nuevos recursos pero también tenía el derecho de insistir en el cumplimiento del plazo respecto de PATILLA.

En conclusión, no se declarará probado este incumplimiento imputado al CERREJÓN.

H.- El incumplimiento por la deserción del personal.

1. Posición de las partes:

CONINSA afirma en su demanda que se produjeron deserciones masivas de personal en desarrollo del contrato y que estas son imputables a CERREJÓN porque eran motivadas fundamentalmente por las exigencias lentas y exageradas de la interventoría que no permitían que los contratistas a destajo de CONINSA pudieran obtener adecuados rendimientos.

Acerca de la causa de la deserción el perito de parte de CONINSA, INGENIERIA ECOLOGÍA Y CONSULTORÍA SAS, señala:

*"De acuerdo con los testimonios rendidos por trabajadores que desarrollaron algunas de las obras objeto del Contrato, la razón fundamental por la que en desarrollo del Contrato de Obra No. 00242010 se presentó deserción de personal de producción del Contratista, **fue la demora en la revisión de las obras ejecutadas y la forma en que la Interventoría aplicó los controles de seguridad** y calidad en la obra, no sólo debido a que como resultado se redujeron los rendimientos normales de construcción sino, también, debido a que los trabajadores consideraron que la Interventoría presentaba observaciones y ordenaba correcciones que superan lo acostumbrado en proyectos similares e, incluso, más complejos...."*

"Como consecuencia, entiendo que se presentó una gran cantidad de deserciones del personal de producción del Contratista que, ante esta situación, además de verse abocado a multiplicar el número de trabajadores, se vio obligado a contratarlos por días, en lugar de contratarlos a destajo como se acostumbra en este tipo de obras, lo que generalmente resulta significativamente más costoso e ineficiente..." (128)

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Cerrejón en este punto simplemente recuerda que el riesgo del personal fue asumido conscientemente por CONINSA a quien se le advirtieron las dificultades que en este aspecto debería afrontar en desarrollo del contrato.

2.- Consideraciones del Tribunal:

El Tribunal ya ha señalado que no está probado que la interventoría hubiese desempeñado inadecuadamente sus funciones o que hubiese realizado exigencias con el objeto de obstruir la buena marcha el contrato, razón por la cual obrando concordantemente con esta decisión no declarará probado que la deserción del personal se produjo por incumplimientos de la interventoría o del CERREJÓN.

IV.- La ruptura de la equivalencia prestacional del contrato debido a la ocurrencia de lluvias en volúmenes anormales y extraordinarios

1.- Posición de las partes:

En el numeral 5.4 de su demanda reformada, Cerrejón relató una serie de hechos relacionados con la presencia de lluvias en volúmenes anormales y extraordinarios que, al lado de los incumplimientos de Cerrejón, condujeron a la ruptura de la equivalencia de prestaciones del contrato y determinaron una mayor onerosidad en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo. La Convocante indicó que las lluvias retrasaron las actividades de relleno, dificultaron el suministro de insumos por el mal estado de las vías de acceso al proyecto, hicieron necesaria la realización de actividades no previstas como la utilización de motobombas para evacuar el agua alojada en los sitios de obra y, en no pocas ocasiones, generaron la parálisis total de las actividades constructivas. Estas circunstancias se tradujeron, en el dicho de la Convocante, en el desquiciamiento del contrato.

La Convocada, al contestar su demanda reformada, se opuso a la procedencia de la pretensión 6ª por la ocurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles que hubieran hecho más gravosas las prestaciones a cargo de Coninsa. También se opuso a la condena deprecada en la pretensión 11ª. En lo relacionado con las lluvias, destacó que ni en el curso del contrato ni en una demanda arbitral anterior instaurada por Coninsa, a la postre retirada, se hizo mención a esta situación. Igualmente, negó que las lluvias se hubieran presentado en volúmenes y frecuencias imprevisibles y que las mismas hubieran paralizado la obra. En la memoria escrita de sus alegaciones finales expuso que si bien se presentaron días de lluvia en una cantidad superior al promedio histórico, esto no puede ser considerado como causa de atraso del proyecto,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

pues en el mes de mayo de 2011, en el que se evidenció tal acontecimiento, el proyecto presentaba un atraso notable.

2.- Consideraciones del Tribunal

Para resolver esta controversia, el Tribunal considera pertinente aclarar cuál es el alcance de las pretensiones de la demanda (6ª y 11ª) en relación con este asunto. En uso de sus facultades de interpretación, el Panel concluyó que la controversia relacionada con los efectos de las lluvias sobre la ejecución del contrato no fue planteada –y por lo mismo no debe ser examinada– desde el punto de vista del incumplimiento de Cerrejón, sino desde el punto de vista mayor onerosidad que pudo sobrevenir en la ejecución del contrato por la anormalidad e imprevisibilidad de las precipitaciones. Aunque en su demanda reformada Coninsa aludió al efecto acumulativo que tuvieron las lluvias y algunos incumplimientos de Cerrejón, como el relacionado con la consecución del permiso de descarga de alcantarillados, no hay propiamente una imputación en el sentido de que Cerrejón no ejecutó una obligación, o que la cumplió imperfectamente, o que lo hizo de modo tardío.

Lo que plantea la demanda en sus pretensiones (6ª y 11ª) y en sus hechos (numeral 5.4) es un debate sobre:

- Una calificación fáctica y jurídica: la anormalidad e imprevisibilidad de las lluvias ocurridas en desarrollo del proyecto, las cuales, según sostiene la Convocante, constituyen un hecho posterior a la celebración del contrato que no le es imputable.
- Los efectos de la circunstancia anterior: la excesiva onerosidad que tuvo que soportar Coninsa por tales circunstancias imprevisibles y anormales y la "*afectación de la relación sinalagmática y el equilibrio económico de las prestaciones recíprocas*" (pretensión 6ª).
- La procedencia de una compensación: el monto necesario para que se "*restablezca el equilibrio económico del Contrato de Obra*" (pretensión 11ª).

El debate atinente a las lluvias plantea, en definitiva, una disputa sobre la aplicación de la institución de la excesiva onerosidad sobreviniente que se regula en el artículo 868 del Código de Comercio, así:

Quando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

podrá ésta pedir su revisión.

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

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

La teoría de la imprevisión ha sido objeto de numerosos análisis. El Tribunal no considera necesario hacer mayores elucubraciones sobre el origen y el propósito de la institución. Baste señalar que en un laudo reciente se plantearon las siguientes reflexiones a propósito del tema:

Así, la Corte Suprema ha señalado que la aplicación de la teoría de la imprevisión requiere el acaecimiento de "hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes, cuyo acaecimiento sin hacer completamente imposible el cumplimiento de la obligación, la dificultan en forma extrema, haciéndola tan onerosa, que el contrato pierde para la parte obligada todo sentido y finalidad.

Por su parte, la doctrina la ha definido como "un instituto jurídico autónomo, aplicable como principio general de derecho, fundado en la equidad, la buena fe y la función social de los derechos subjetivos, cuyo ejercicio permite a la parte para la cual la ejecución de una obligación de futuro cumplimiento se ha convertido en excesivamente onerosa, por el acaecimiento de hechos sobrevinientes, imprevistos e imprevisibles, no imputables a quien lo alega, ni acaecidos durante su mora, solicitar la revisión judicial, buscando su terminación, resolución, suspensión o modificación" y ha planteado en relación con ella múltiples tesis que la fundamentan como la presuposición, la base del negocio, el equilibrio de las prestaciones, la buena fe y otras que no son del caso estudiar en esta oportunidad.

Cualquiera que sea la tesis que la sustente, la imprevisión se fundamenta en principios como la equidad y la buena fe, los cuales impiden que se le exija a una de las partes el cumplimiento de una obligación a pesar de que circunstancias imprevistas e imprevisibles, posteriores a la celebración de dicho negocio, conviertan el cumplimiento de tal obligación en

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*excesivamente oneroso*³⁷.

Aclarado el panorama, el Tribunal se detendrá a establecer con fundamento en las pruebas que reposan en el expediente si (i) ocurrieron lluvias durante la ejecución del contrato y (ii) si dichas precipitaciones, por su intensidad y frecuencia, pueden calificarse como extraordinarias, imprevistas e imprevisibles. Si encuentra probado este hecho, el Panel analizará si se cumplen los presupuestos legales para dar aplicación a la figura de la excesiva onerosidad sobreviniente. Y solo si este análisis se supera, estudiará si hay prueba de la afectación de la economía del contrato y de la cuantía reclamada para restablecer su equilibrio prestacional.

2.1.- Las pruebas sobre las precipitaciones y sobre la previsibilidad y normalidad de su frecuencia e intensidad

La Parte Convocante aportó el dictamen elaborado por la firma Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S para probar la imprevisibilidad y anormalidad de las precipitaciones que se presentaron en los distintos meses de ejecución del contrato. En sus respuestas a las preguntas 50 y 51, el Perito manifestó lo siguiente:

El comportamiento medido en términos de intensidad, duración y frecuencia de las lluvias en todo el territorio colombiano durante los años 2010 y 2011 superó significativamente los promedios históricos de los últimos años y el mismo fue extraordinario, imprevisible y anormal, tanto que mediante el Decreto No. 4580 del 7 de diciembre de 2010 el gobierno nacional declaró al país en estado de emergencia económica, social y ecológica debido a esta ola invernal.

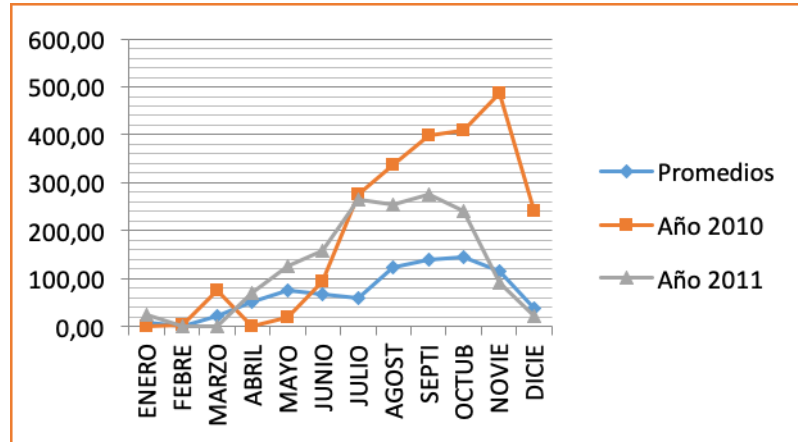
(...)

*[D]e acuerdo con el documento **Valores totales mensuales de precipitación** correspondiente a la estación 15065040 La Paulina ubicada en el municipio Fonseca (que es la más cercana al proyecto), emitido por el IDEAM las lluvias precipitadas en la zona del proyecto durante los años 2010 y 2011 superaron ampliamente los niveles normales de precipitación en la zona, lo que claramente se observa en los siguientes gráficos en los cuales se comparan los promedios históricos con los registros de los años 2010 a 2011 en: (i) Totales mensuales de precipitación (mm); (ii) el Número de días mensuales de precipitación y (iii) los Valores máximos*

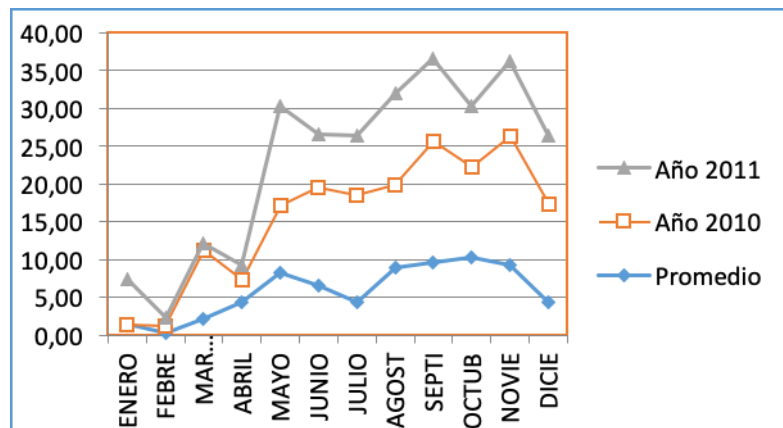
³⁷ Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral del 25 de mayo de 2017. CEMEX ENERGY S.A. E.S.P. v. POPAL S.A. S.A. E.S.P. y LA CASCADA S.A.S. E.S.P., pág. 84 -85.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

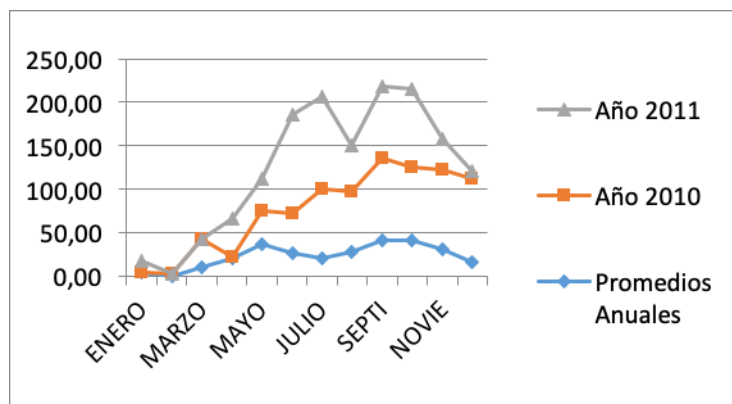
mensuales de precipitación (mm) en 24 horas.



Totales mensuales de precipitación (mm)



Número de días mensuales de precipitación



Valores máximos mensuales de precipitación (mm) en 24 horas

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

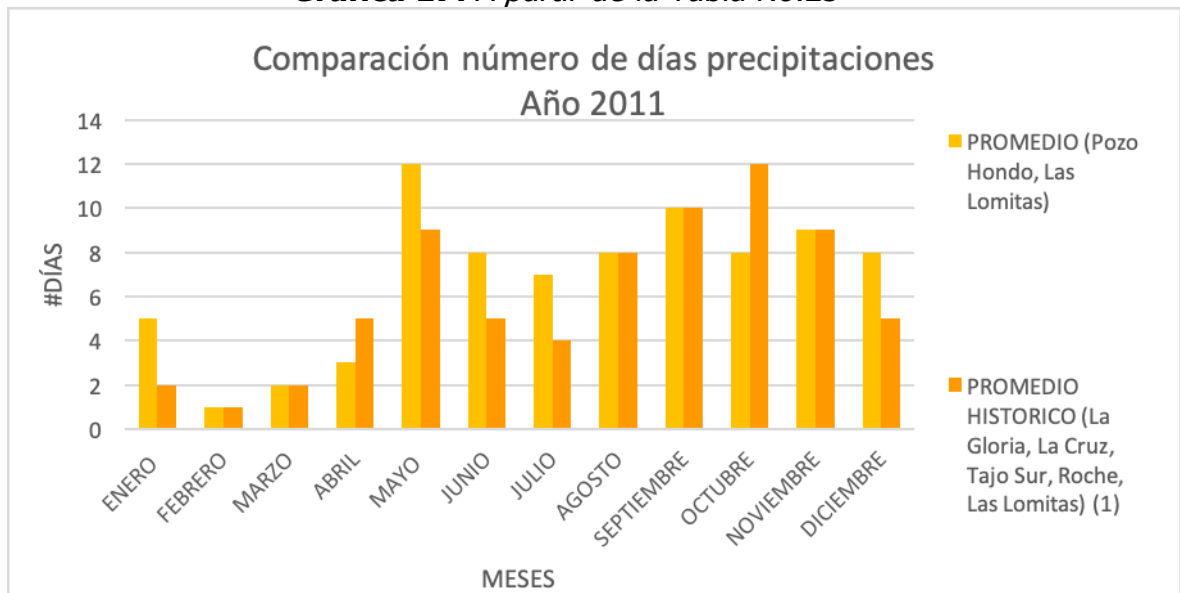
La Parte Convocada también aportó pruebas sobre las lluvias. En el dictamen de parte aportado en la oportunidad procesal pertinente, POCH SAVILLS se refirió al asunto. También lo hizo en el dictamen aportado para la contradicción de la experticia de autoría de Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S. En la primera de estas experticias se trataron varios puntos. En el primero, sobre la localización de las estaciones pluviométricas, se expresó:

Se consultó al IDEAM respecto de las estaciones pluviométricas activas que se ubican en la zona de los reasentamientos de Patilla y Chancleta y se identificaron las Estaciones: La Gloria a 25 km, Hacienda la Cruz a 23 km, Tajo Sur a 22 Km, Roche a 24 Km, Pozo Hondo a 8 Km y Las Lomitas a 13 Km.

En lo concerniente a los registros propiamente dichos se indicó:

Dentro de la consulta al IDEAM se identificaron dos estaciones muy cercanas a la zona del Proyecto, que son: Pozo Hondo a 8 Km y Las Lomitas a 13 Km (en adelante "Grupo 2"). Para analizar los registros diarios de lluvias, se realizó el siguiente análisis.

Gráfica 17. A partir de la Tabla No.25



Fuente: elaboración propia

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**



Gráfica 18. A partir de tabla 26.

De acuerdo con el análisis de los registros pluviométricos, se concluye que:

- *Para el año 2011, en promedio llovió más (3 días por mes respecto al histórico) para los meses de enero, mayo, junio, julio y diciembre.*
- *Para el año 2012, en promedio llovió más (2 días respecto al histórico) para el mes de abril.*

*Ahora bien, de acuerdo con la Metodología Constructiva y el Programa Contractual de Obra, presentados por Coninsa Ramón H S.A., las actividades más susceptibles de verse afectadas por las lluvias (excavación, llenos, cimentación, estructura y cubierta) se tenían previstas entre los meses de marzo y agosto de 2011. Para este periodo se presentaron **9 días más de lluvias**, respecto al promedio histórico de los últimos 20 años, correspondientes a los meses de mayo, junio y julio.*

*Sin embargo, aunque se presentaron días de lluvia, en una cantidad superior al promedio histórico, como ya se indicó, la lluvia no es considerada como una de las causas para el atraso del Proyecto, pues en el mes de mayo de 2011, mes en el que se evidencia el inicio de los días con lluvias por encima del promedio, el **atraso respecto al Programa de Obra fue de un 17%**, como se indicó en la respuesta a la pregunta 48 del presente Dictamen.*

Por otra parte, en el dictamen de contradicción elaborado por la misma firma, Poch Savills, se presentaron estas conclusiones en orden a controvertir la experticia de parte de Coninsa. Dice así el documento:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

De acuerdo con las conclusiones realizadas por parte de la firma Ingeniería y Ecología Consultoría SAS respecto a que los valores totales mensuales de precipitación correspondientes a la estación La Paulina superaron claramente los niveles normales de lluvias de la zona durante el año 2010 y 2011; se realizan las siguientes observaciones sobre la información presentada.

El ejercicio realizado por la firma Ingeniería y Ecología Consultoría SAS, consideró para su análisis la estación La Paulina (15065040), la cual solo presenta datos pluviométricos hasta el mes de diciembre de 2008 (ver anexo cuaderno de pruebas No. 20 anexo 73). Estos datos fueron corroborados por el consorcio Poch-Savills que los solicitó al IDEAM y confirmó que de esta estación (La Paulina) solo cuenta con registros hasta el año 2008. Llama la atención cómo se elaboraron las gráficas en las cuales aparecen los años 2011 y 2012.

Se considera pertinente mencionar que el registro histórico debe elaborarse como mínimo con la información de dos estaciones cercanas a la zona de estudio y para el caso específico el registro debería contener el año 2009 y 2010.

La firma Ingeniería y Ecología Consultoría SAS incluye en su análisis los boletines del IDEAM para los años 2010 a 2014, correspondientes a la región Caribe y La Guajira, lo cual resulta subjetivo para la evaluación ya que los mismos no hacen referencia a la zona en particular en la que se construyeron los Reasentamientos de Patilla y Chancleta.

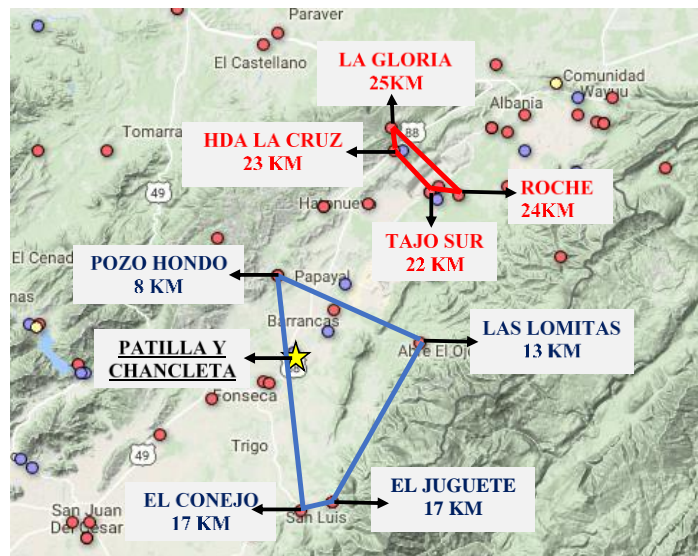
El análisis correspondiente a las lluvias del periodo (2011-2012) se presentan en el Dictamen Pericial Técnico elaborado por el consorcio Savills-Poch, respuesta a las preguntas No. 84 y 85. En este análisis se tomaron datos de 6 estaciones pluviométricas cercanas al proyecto, 2 de ellas a menos de 15 kilómetros y las cuatro restantes a menos de 30 kilómetros.

Ahora bien, en la medida que la experticia de parte aportada por la Convocada abordó lo relativo a las lluvias, la Convocante pudo controvertir dicho dictamen. Lo hizo a través de la experticia elaborada por Interventoría, Asesorías y Construcción S.A.S. En las respuestas a las preguntas 70 a 73 se controvertieron las conclusiones expuestas por POCH SAVILLS:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Sin embargo, realizado un análisis de la ubicación de las estaciones más cercanas al proyecto, encuentro que las mencionadas estaciones no son las más cercanas al lugar de las obras de los reasentamientos, como se indicó en la respuesta anterior.

En efecto, las estaciones La Gloria, Hacienda la Cruz, Tajo Sur y Roche se encuentran respectivamente a 25 km, 23 km, 22 km y 24 km de distancia del proyecto (triángulo rojo). Como ya se indicó, existen estaciones pluviométricas más cercanas al proyecto, como son las estaciones de Pozo Hondo, Las Lomitas, El Conejo y El Juguete situadas respectivamente a 8 km, 13 km, 17 km y 17 km (triángulo azul).



(...)

No obstante lo anterior, con el fin de establecer el régimen de lluvias en el sitio de las obras y de "analizar el caso puntual de los Reasentamientos de Patilla y Chanclleta", Poch-Savills examinó los datos históricos de las estaciones más alejadas, lo que en mi concepto es equivocado metodológicamente e impide establecer de manera fidedigna el régimen de lluvias en la zona en la que se ejecutaron las obras.

En cuanto "si en la respuesta dada por el Consorcio Poch-Savills a la pregunta 86 se tienen en cuenta los volúmenes de precipitaciones (intensidad) o si en cambio solo se tiene en cuenta los días de precipitaciones", en el ejercicio realizado por Poch-Savills se observa que ese consorcio sólo se tuvo en cuenta los días de precipitaciones, no el

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

volumen de las precipitaciones que se presentaron durante la ejecución contractual.

Teniendo en cuenta lo anterior, estimo que el ejercicio realizado por Poch-Savills para establecer el comportamiento de las lluvias durante la ejecución contractual, no es metodológicamente correcto ni arroja resultados fiables. De lo indicado en las gráficas 17 y 18 de la respuesta 86 del consorcio Poch-Savills, no es posible determinar la cantidad de milímetros de lluvia precipitada por metro cuadro en lo que se califica como "1 día de lluvia".

(...)

Como se expuso en la respuesta anterior, un ejercicio metodológicamente correcto consiste en identificar las estaciones más cercanas al proyecto, las cuales por su ubicación deben enmarcar la zona de las obras. Seguidamente se debe determinar, a partir de los datos pluviométricos de las estaciones seleccionadas, los promedios históricos de intensidad de las lluvias y la cantidad de días de lluvia en un periodo de tiempo adecuado (20 últimos años) y compararlo contra el régimen de lluvias que se presentó durante el tiempo de ejecución real de las obras. De este modo el análisis permite la comparación de los datos de intensidad y frecuencia de las lluvias en los mismos lugares (ubicación estaciones) pero en diferentes instantes de tiempo.

Para el caso de las obras objeto del Contrato de Obra CON 00242010, se realizó el siguiente procedimiento para comparar los promedios históricos de cantidades y días de lluvia contra la cantidad de lluvia total precipitada y los días de lluvia que tuvieron lugar durante el periodo de ejecución del contrato:

i. Identificar las estaciones más cercanas al proyecto y con información suficiente para determinar los regímenes de lluvia

(...)

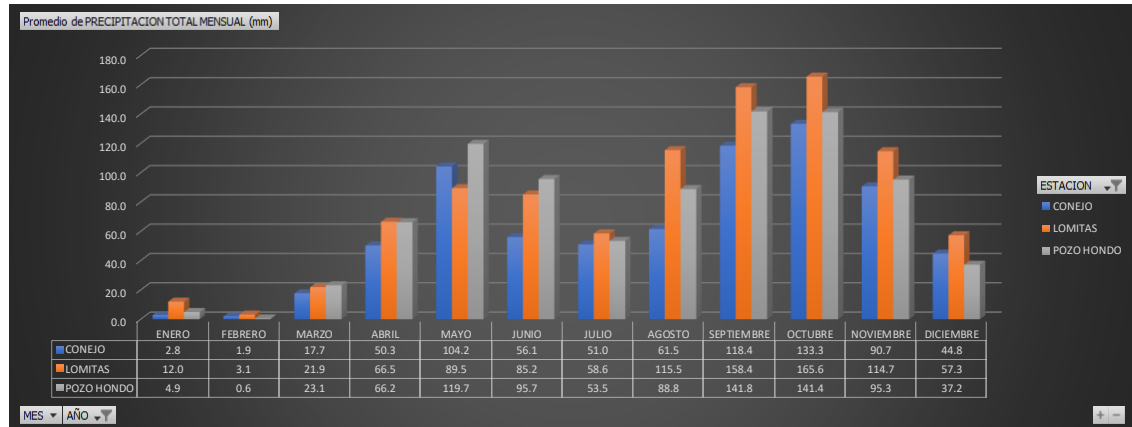
ii. Se establece el periodo de tiempo adecuado para calcular los promedios históricos de lluvias.

Se define, de acuerdo con mi experiencia y para guardar concordancia con el ejercicio planteado por Poch-Savills, considerar un lapso de 20 años contados desde el año 1990 hasta el 2010 (justo antes de iniciar la ejecución del proyecto).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

(...)

i. Se calculan los promedios históricos de lluvias para cada estación y para la región que éstas enmarcan.



*Promedio Histórico Intensidad de lluvia Mensual -mm- (1990 – 2010)
Estaciones El Conejo, Las Lomitas, Pozo Hondo.*

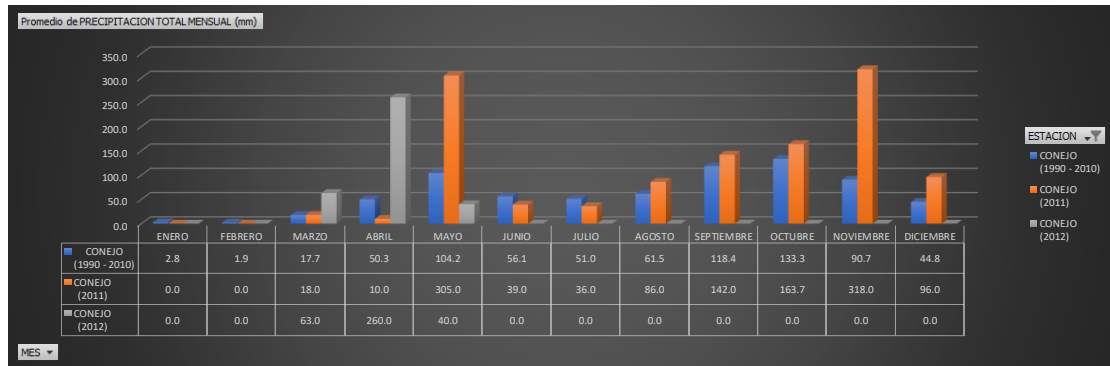
ii. Se comparan los promedios históricos para cada mes, contra los datos reales de lluvia mensual durante la ejecución de las obras y para cada una de las estaciones.

Teniendo en cuenta lo promedios históricos de lluvia para cada estación previamente calculados, se procede a compararlos contra el total de la lluvia para cada uno de los meses y para cada estación, tanto para intensidad de lluvias como para cantidad de días de lluvias:

- Comparativo intensidad y días de lluvias en la Estación El Conejo

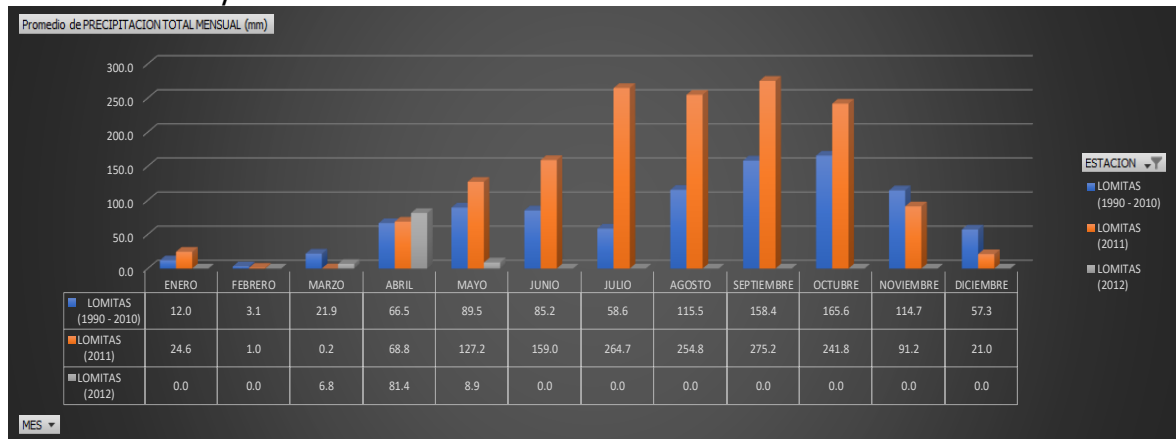
Comparativo intensidad de lluvias Estación El Conejo

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**



*Comparativo Intensidad de lluvias (mm) Estación El Conejo.
Promedio histórico Conejo 1990-2010 vs Lluvias Conejo 2011 y 2012*
- **Comparativo intensidad y días de lluvias en la Estación Las Lomitas**

Comparativo intensidad de lluvias Estación Las Lomitas

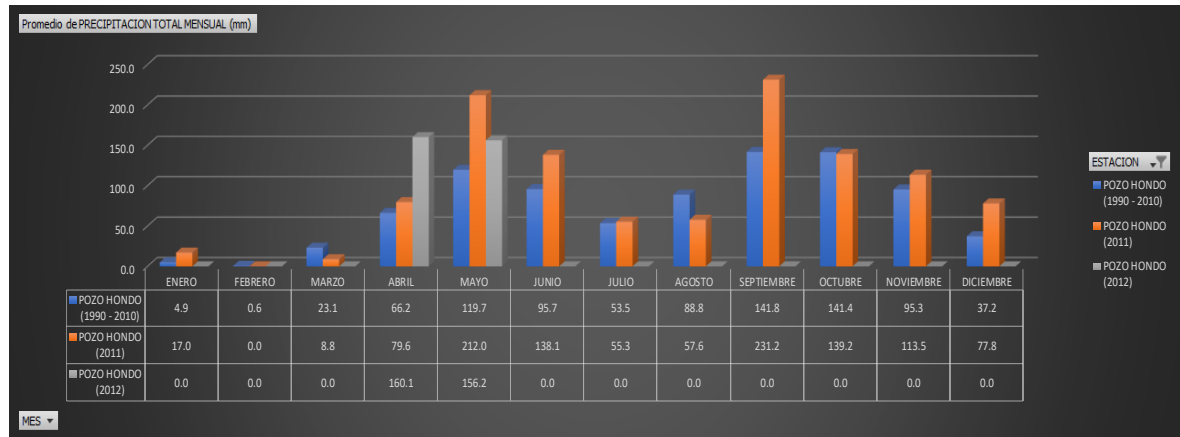


*Comparativo Intensidad de lluvias (mm) Estación Las Lomitas.
Promedio histórico Las Lomitas 1990-2010 vs Lluvias Las Lomitas 2011 y 2012*

- **Comparativo intensidad y días de lluvias en la Estación Pozo Hondo**

Comparativo intensidad de lluvias Estación Pozo Hondo

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**



*Comparativo Intensidad de lluvias (mm) Estación Pozo Hondo.
Promedio histórico Pozo Hondo 1990-2010 vs Lluvias Pozo Hondo 2011
y 2012*

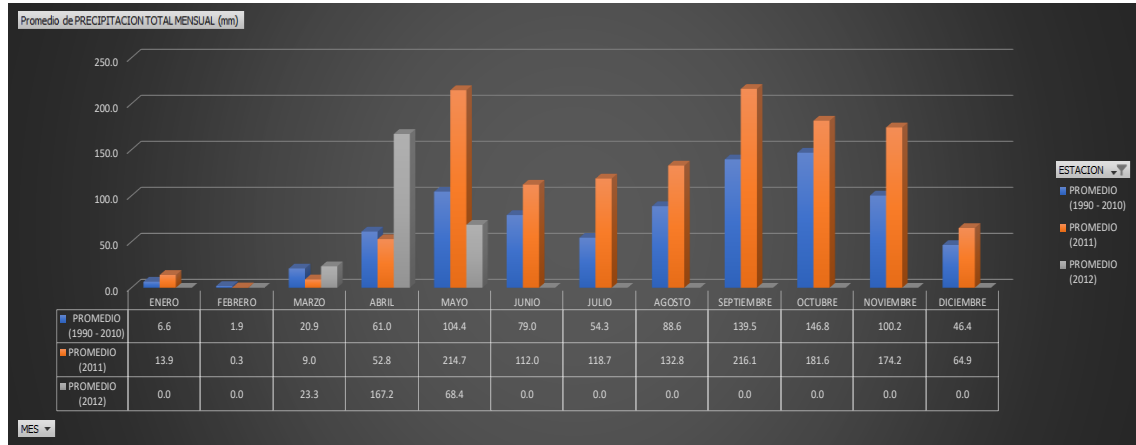
iii. Se consolidan los promedios históricos de todas las estaciones y se compara contra las lluvias que se registraron durante los meses de ejecución contractual (promedio de los datos registrados en las mismas estaciones durante los meses de ejecución del Contrato)

Se consolidan los promedios históricos de todas las estaciones (últimos 20 años) y se compara contra las lluvias que se registraron durante los meses de ejecución contractual (promedio de los datos registrados en las mismas estaciones durante los meses de ejecución del Contrato), esto es, de enero a diciembre de 2011 y de enero a mayo de 2012, tanto en intensidad como en días de lluvias.

- Comparativo consolidado de intensidad de lluvias

Comparativo intensidad de lluvias (mm) Estaciones El Conejo, Las Lomitas y Pozo Hondo

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**



*Comparativo Intensidad de Lluvias (mm)
Estaciones El Conejo, Las Lomitas y Pozo Hondo
Promedio histórico 1990-2010 vs Lluvias 2011 y 2012 (promedio de las
mismas estaciones)*

De la anterior grafica (sic) se puede concluir:

- *En los meses de enero, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2011 se superaron los promedios de lluvia históricos de la región teniendo en cuenta las tres estaciones ya mencionadas.*
- *En los meses de marzo y abril de 2012 (sólo se tuvo en cuenta la información de lluvias hasta el mes de mayo de 2012), se superaron los promedios de lluvia históricos de la región teniendo en cuenta las tres estaciones ya mencionadas.*

(...)

Es totalmente evidente que en la región en la que se enmarcan las obras de los Reasentamiento de Patilla y Chancleta, durante los años 2011 y 2012 se presentaron lluvias que superaron los promedios históricos de la región, lo que evidencia que era imposible para cualquier contratista prever durante la etapa precontractual que el régimen de lluvias se iba a incrementar de esta manera.

la conclusión a la que llega Poch-Savills en cuanto a que la "lluvia no es considerada como una de las causas para el atraso del proyecto" no es correcta. Tal como se evidencia en las respuestas anteriores, las lluvias durante el periodo de ejecución del proyecto fueron absolutamente anormales, superando los promedios históricos, tanto en términos de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

volúmenes de precipitaciones como en términos de días de lluvias, y afectando las distintas actividades constructivas.

Además, se debe tener en cuenta que si el proyecto se hubiese ejecutado bajo las condiciones en que fue ofertado, la afectación de las lluvias hubiera sido menor. Sin embargo, la alteración del proyecto, en especial en lo concerniente al incremento de las cantidades de obra de las actividades más susceptibles a afectarse por lluvias como lo es el movimiento de tierra y los rellenos, favoreció enormemente que se presentaran atrasos considerables en el proyecto imputables principalmente a las condiciones climáticas.

A esto hay que sumar el hecho de que los atrasos derivados de las condiciones climáticas fueron aún peores debido a que la interventoría tomaba medidas excesivas y obstaculizaba el reinicio de actividades luego de los eventos de lluvias, como se registra en el dictamen del ingeniero Jaime Bateman.

La conclusión de Poch-Savills en el sentido que "lluvia no es considerada como una de las causas para el atraso del proyecto" tampoco encuentra sustento en los documentos contractuales elaborados por las partes durante la ejecución contractual.

Una vez revisados estos cuatro dictámenes, la calidad de sus fundamentos, la exhaustividad de sus análisis, así como el comportamiento de los Peritos en audiencia, el Tribunal arribó a las siguientes conclusiones:

El dictamen de Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S no puede tenerse como prueba demostrativa de la intensidad y frecuencia de las lluvias. En efecto, como demostró POCH SAVILLS, la estación de la cual Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S obtuvo los registros para elaborar sus cálculos (Estación 15065040 "La Paulina", ubicada en el municipio Fonseca) reportó datos hasta el año 2008. No solo POCH SAVILLS puso de presente esta limitación. La firma Interventoría, Asesorías y Construcción S.A.S., que elaboró un dictamen de contradicción aportado por Coninsa, ratificó este señalamiento³⁸.

³⁸ Dice así el peritazgo en la respuesta a la pregunta 70: "En la respuesta a la pregunta No. 84, Poch-Savills consideró las siguientes estaciones: La Gloria (25 km), Hacienda la Cruz (23 km), Tajo Sur (22 Km), Roche (24 km), Pozo Hondo (8 km) y las Lomitas (13 km). Sin embargo, consultado el IDEAM a través de los derechos de petición bajo radicados Nos. 20189050021892 y 20180402151440, se identificaron otras estaciones cercanas que se pudieron haber utilizado para

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

El Tribunal comparte el criterio de POCH SAVILLS en el sentido que el uso de los boletines del IDEAM para los años 2010 a 2014 no es de recibo, pues los mismos no hacen referencia particular a la zona donde se encuentran ubicados los reasentamientos ni a las estaciones más próximas a ella.

- i. Así como el Tribunal no considera fiables los cálculos del Perito Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S, tampoco considera atendibles los realizados POCH SAVILLS.

Las dos gráficas (17 y 18) presentadas en el dictamen de parte elaborado por POCH SAVILLS (con fundamento en la cuales se concluyó que las lluvias no presentaron niveles anormales e imprevisibles) tienen un claro sesgo cognitivo: el cálculo se expresó únicamente en función del número de días en los que se presentaron más precipitaciones en los años 2011 y 2012, en contraste con el promedio histórico que reportaban las estaciones más próximas al proyecto. Esa fue la única unidad de medida del fenómeno invernal utilizada por el Perito. De ahí que haya sostenido que en 2011 solo llovió más de 3 días por mes respecto al histórico de enero, mayo, junio, julio y diciembre, y que en el año el año 2012 llovió en promedio solo 2 días más respecto al histórico del mes de abril.

A juicio del Tribunal, este acercamiento no conduce a conclusiones fiables. El mismo soslaya otra cantidad de información relevante para establecer si las lluvias que ocurrieron de forma contemporánea a la construcción de los reasentamientos Patilla y Chancleta reúnen las características de imprevisibilidad y anormalidad a las que se ha hecho referencia. El número de días en el que se presentaron las lluvias (criterio de frecuencia) es un parámetro necesario pero no suficiente para determinar la previsibilidad y normalidad de sus efectos. Puede que un registro pluviométrico dé cuenta del número de días que llueve en una zona en determinado lapso. Pero puede suceder también que tales precipitaciones se produzcan en intensidades bajas. Por eso, en caso que las intensidades varíen significativamente frente al registro histórico, los cálculos estadísticos sobre la frecuencia de las lluvias no dicen mucho acerca del verdadero impacto del fenómeno invernal.

hacer un análisis más preciso, a saber: El Juguete (17 km), El Conejo (17 Km), La Paulina (5 Km, con datos hasta el año 2008)".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Al criterio de frecuencia hay que agregar otro, igual o más importante, cual es el de intensidad de las precipitaciones. Eso no lo hizo el Perito Poch en su experticia. Por ello, a juicio del Tribunal, las inferencias son sesgadas o, cuando menos, incompletas.

También son infundadas las siguientes manifestaciones de POCH sobre la incidencia que tuvieron las lluvias en la construcción de los reasentamientos: las lluvias no tuvieron una verdadera incidencia en la obra porque (i) "*las actividades más susceptibles de verse afectadas por las lluvias (excavación, rellenos, cimentación, estructura y cubierta) se tenían previstas entre los meses de marzo y agosto de 2011*" y (ii) porque en "*el mes de mayo de 2011, en el que se evidencia el inicio de los días con lluvias por encima del promedio, el atraso respecto al Programa de Obra fue de un 17%*".

Estas dos proposiciones carecen de sustento. Y el Tribunal ya ha explicado con suficiencia el porqué: desde marzo de 2011 y hasta agosto del mismo año el cronograma de obra se vio seriamente afectado por un hecho atribuible única y exclusivamente a Cerrejón, a saber: el cambio de los diseños en relación con la cimentación de las viviendas. Luego mal hace el Perito en medir el impacto de las lluvias sobre un cronograma que a la sazón ya estaba afectado por hechos atribuibles al dueño de la obra.

A juicio del Panel, los cálculos elaborados por la firma Interventoría, Asesorías y Construcción S.A.S sí son suficientemente sólidos. En consideración del Tribunal, la metodología empleada para establecer la imprevisibilidad de las lluvias, amén de lógica, está exhaustivamente justificada. También lo están las distintas conclusiones expresadas en las gráficas reproducidas líneas atrás. Para el Tribunal es claro que sí se presentaron lluvias en mayor *frecuencia* que las del promedio histórico (de hecho lo reconoce POCH SAVILS). Y tanto más que la *intensidad* con la que ocurrieron fue anormal, inusitada e imprevisible.

Pero esta conclusión del Panel no solo se fundamenta en el dictamen de la firma Interventoría, Asesorías y Construcción S.A.S. También encuentra sustento en el hecho de que el crudo invierno que sufrió el país originó la implementación de medias de excepción que cobijaron todo el territorio nacional, incluida la Guajira. Al respecto señala el dictamen de Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S:

En el Decreto No. 4580 del 7 de diciembre de 2010 se explican las causas de determinaron la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional:

CONSIDERANDO:

(...)

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

1. Hechos sobrevinientes que constituyen grave calamidad pública:

1.1. Que el fenómeno de La Niña desatado en todo el país, constituye un desastre natural de dimensiones extraordinarias e imprevisibles, el cual se agudizó en forma inusitada e irresistible en el mes de noviembre de 2010.

1.2. Que la magnitud de las precipitaciones inusitadas resulta extraordinaria e imprevisible, como lo demuestran los registros del Ideam. Estos registros indican que en los quince primeros días del mes de noviembre llovió más de lo que llueve en todo el mes. El nivel superó todos los registros históricos de precipitaciones para el mes de noviembre.

1.3. Que esta agudización inusitada e imprevisible del mes de noviembre de 2010, se sumó al hecho de que durante el segundo semestre del año la lluvia ya había superado los niveles históricos registrados. Que según informe presentado por el Ideam de fecha 6 de diciembre de 2010, el Fenómeno de la Niña 2010-2011 alteró el clima nacional desde el comienzo de su formación en el mes de junio de este año, ocasionando en los meses de julio y noviembre las lluvias más intensas y abundantes nunca antes registradas en el país, en las regiones Caribe, Andina y Pacífica; además hizo que no se presentara la temporada seca de mitad de año en el norte y centro de la Región Andina. Los meses de agosto y septiembre se comportaron también con lluvias muy por encima de lo normal en la región Caribe y en el norte de la región Andina. Como consecuencia de ello, las partes baja y media de los ríos Cauca y Magdalena, así como algunos de sus afluentes, han presentado niveles nunca antes registrados en la historia de la hidrología colombiana.

1.4. Que igualmente, de acuerdo al Índice Multivariado Enso - MEI (por sus siglas en inglés) el cual estima la intensidad del fenómeno de La Niña, el nivel de este evento durante 2010, indica que ha sido el más fuerte jamás registrado. Este fenómeno de variabilidad climática ha ocasionado además una mayor saturación de humedad de los suelos, generando eventos extraordinarios de deslizamientos y crecientes rápidas en cuencas, ríos y quebradas de alta pendiente en la región Andina, Caribe y Pacífica.

(...)

2. Gravedad de la calamidad pública y su impacto en el orden económico, social y ecológico.

(...)

c. Que como consecuencia del extraordinario fenómeno de la Niña, se ha producido una considerable destrucción de inmuebles, se ha interrumpido la prestación de servicios públicos esenciales, se han afectado vías de comunicación y se ha perjudicado gravemente la actividad económica y social en el territorio nacional.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

d. Que el Comité Nacional para la Prevención y Atención de Desastres, según consta en acta de fecha 7 de diciembre de 2010, señaló que la situación presentada a causa del fenómeno de La Niña en todo el territorio nacional, ha provocado graves inundaciones, derrumbes, daños de vías, pérdidas de zonas agrícolas, de viviendas y centros educativos, acueductos, hospitales, y daños en la infraestructura de los servicios públicos. También ha generado un grave impacto, con la afectación de 52.735 predios, 220.000 hectáreas dedicadas a agricultura, sin incluir las tierras inundadas destinadas a ganadería, la muerte de 30.380 semovientes y el traslado súbito de 1.301.892 animales.

(...)

3. Insuficiencia de las facultades gubernamentales ordinarias y necesidad de la adopción de medidas legislativas para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

3.1. Que los hechos anteriormente descritos, constituyen una grave calamidad pública con un impacto severo en los órdenes económico, social y ecológico, los cuales no pueden ser superados mediante el ejercicio de las facultades ordinarias del Gobierno Nacional.

DECRETA:

Artículo 1º. *Declárase el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días contados a partir de la fecha de expedición del presente decreto, con el fin de conjurar la grave calamidad pública e impedir la extensión de sus efectos.*

Artículo 2º. *El Gobierno Nacional, ejercerá las facultades a las cuales se refiere el artículo 215 de la Constitución Política y el artículo 1º del presente decreto.*

Artículo 3º. *El Gobierno Nacional adoptará mediante decretos legislativos, las medidas que se requieran en desarrollo del presente estado de emergencia económica, social y ecológica y dispondrá las operaciones presupuestales necesarias”.*

Además este Decreto fue declarado exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-156 de 2011 con ponencia del doctor Mauricio González Cuervo. En esta sentencia se dijo:

"Así las cosas, se puede afirmar que aunque la presencia del fenómeno de la Niña puede ser pronosticada por centros o entidades climáticas o atmosféricas, como el IDEAM, lo cierto es que la magnitud, intensidad y agudización de éste superó los registros históricos. Así pues, se verificó que el fenómeno de la Niña 2010 fue el más fuerte de los fenómenos fuertes de la Niña presentados en otros años, lo que demuestra su carácter

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

anormal y extraordinario. Aún más, las precipitaciones sufridas en la mayor parte del país estuvieron alejadas en gran medida de aquellas que general y normalmente se presentan, acentuando el carácter sobreviniente del fenómeno. En efecto, el carácter súbito e imprevisto de la dimensión del fenómeno de la Niña 2010 trajo como resultado el crecimiento y aumento - también extraordinario y anormal- de los niveles de los principales ríos del país, el Magdalena y el Cauca; reforzando la anormalidad de lo sucedido.

Por ende, encuentra esta Corte que los hechos verificados objetivamente por esta Corporación y extraños al Estado adquirieron el carácter de sobrevivientes y extraordinarios; imprevisibles por cuanto como se demostró (numeral 8.3.1.), los promedios previsibles en materia de precipitaciones fueron ampliamente superados en la mayoría de regiones del país; irresistibles por cuanto los hechos verificados superaron en gran medida lo que se esperaba y por ende desbordaron la capacidad de respuesta del Estado; cumpliéndose entonces con la última parte del presupuesto fáctico, esto es el 'juicio de sobreviniencia'.

Cabe resaltar también que el Estado de emergencia, social y ecológica fue prorrogado a través del Decreto 020 de 7 de enero de 2011 que también fue declarado exequible por la Corte en la sentencia C-216 de 2011.

Durante la vigencia del estado de emergencia económica, social y ecológica fueron expedidos 40 decretos, incluidas las declaratorias y la extensión del estado de excepción, con miras a atender la tragedia que causó el invierno más fuerte en la historia del país y con el ánimo de tomar medidas para prevenir o mitigar los efectos de la primera temporada de lluvias que se esperaba comenzaría en marzo del año siguiente.

El Tribunal considera pertinente destacar que estos mismos fundamentos auxiliares han servido a otros Tribunales de Arbitraje para calificar, en controversias análogas a esta, la anormalidad e imprevisibilidad de las precipitaciones que se presentaron en el periodo de ejecución de las obras. Así, en un laudo proferido el 6 de agosto de 2017 se manifestó:

Según las expresadas certificaciones entre abril de 2010 y abril de 2012, es evidente la ocurrencia en el territorio nacional, Región Andina y del Caribe (...) de un fenómeno climático con precipitaciones y lluvias cuya intensidad, frecuencia, cantidad e índices están "por encima" y "muy por encima de lo normal" respecto del comportamiento de los años anteriores, cuya naturaleza anormal, extraordinaria, imprevista e imprevisible y ajena a ambas partes, es por lo tanto, un hecho irrefutable según acreditan además

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

las medidas adoptadas por las autoridades para mitigar sus graves consecuencias de orden económico y social.

En efecto, el Gobierno Nacional mediante Decreto 4580 del 7 de diciembre de 2010 (Diario Oficial 47916), declaró "el estado de emergencia económica, social y ecológica por razón de grave calamidad pública" en todo el territorio nacional para "conjurar la grave calamidad pública e impedir la extensión de sus efectos", considerando: "Que en todo el territorio nacional han sobrevenido hechos constitutivos de grave calamidad pública. 1. Hechos sobrevinientes que constituyen grave calamidad pública: 1.1. Que el fenómeno de La Niña desatado en todo el país, constituye un desastre natural de dimensiones extraordinarias e imprevisibles, el cual se agudizó en forma inusitada e irresistible en el mes de noviembre de 2010. 1.2. Que la magnitud de las precipitaciones inusitadas resulta extraordinaria e imprevisible, como lo demuestran los registros del Ideam".

La naturaleza grave, anormal, extraordinaria, sobreviniente, imprevista y ajena a las partes de la ola invernal referida, por su intensidad, prolongación y la magnitud de sus efectos es, por lo tanto, según la valoración crítica de las pruebas antedichas, incontrovertible de conformidad con las certificaciones del IDEAM y las disposiciones expedidas por las autoridades para conjurar sus graves consecuencias en todo orden, a punto de constituirse en "desastre natural" de mayúsculas proporciones conforme acreditan los estudios del IDEAM, las medidas adoptadas por el Gobierno y la jurisprudencia de la Corte Constitucional particularmente en sus sentencias C-156 de 2011 y C-216 de 2011, circunstancias todas posteriores al 30 de diciembre de 2008 fecha de celebración del Contrato de Obra 072 de 2008, al 26 de abril de 2010 fecha de formalización de la cesión del contrato de obra al Consorcio, y a la época de la presentación y aprobación del cronograma de obras del año 2011, pues ninguna de las partes estaba en capacidad de preverlas razonablemente, tampoco de controlar sus efectos y consecuencias³⁹.

Como en el caso decidido por ese Tribunal, en este caso el Panel encuentra que las pruebas obrantes en el expediente sí acreditan con suficiencia la ocurrencia de precipitaciones en intensidades inusitadas e imprevisibles respecto del promedio histórico.

³⁹ Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral del 6 de agosto de 2015. ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOR S.A. y CONCRETOS ASFÁLTICOS DE COLOMBIA S.A v. IDU, págs. 88 – 89.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

2.3.- Los presupuestos legales para la aplicación del artículo 868 del Código de Comercio

Hasta acá el Tribunal se ocupó de estudiar uno de los presupuestos para la aplicación del artículo 868 del Código de Comercio, este es, la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución diferida. Ahora se estudiará si se satisface el requisito de oportunidad para la prosperidad de esta reclamación.

La revisión del contrato con fundamento en la teoría de la imprevisión es procedente siempre que la prestación que devino excesivamente onerosa no se haya satisfecho. Benítez Caorsi expresa: "*Se trata [refiriéndose a la teoría de la imprevisión] de un instrumento de tutela para el contratante que debe cumplir su obligación; no se busca asegurar un equilibrio económico contractual, porque quien ha cumplido se ha liberado, no pudiendo lamentarse del aumento o disminución del valor del bien o servicio entregado. Su operatividad no pretende rebalancear el equilibrio perdido, sino compensar o neutralizar el perjuicio sufrido, por ende no se aplica a lo ya extinguido. La obligación no puede devenir onerosa cuando ya fue ejecutada porque el sujeto que ha cumplido sin tropezarse con una superveniencia relevante, no puede encontrar en el futuro problema alguna derivado del aumento de valor de su propia prestación*"⁴⁰. Esto es, también, lo que la letra del artículo 868 del Código de Comercio expresa al aludir a una "*prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes*". En verdad, no se puede adscribir un significado distinto a este enunciado normativo. Así se han expresado otros Tribunales de Arbitraje:

Dentro de los mencionados presupuestos de aplicación se destaca uno en particular, en el que coincide el presente Tribunal, cual es que el contrato cuya revisión se solicita aún no haya sido ejecutado, esto es que, como lo indica el citado artículo 868 del Código de Comercio, subsistan prestaciones de «futuro cumplimiento» frente a las cuales esté llamada a surtir sus efectos el reajuste contractual. Este presupuesto, además de su fundamento legal, tiene también sentido lógico, como quiera que, de una parte, si el propósito de la figura es reajustar el equilibrio contractual perdido para que, al momento del cumplimiento de la prestación, ésta no le resulte excesivamente onerosa a una de las partes, es claro que si dicha ejecución o agotamiento ya tuvo lugar y, en consecuencia, la excesiva onerosidad ya se experimentó, la revisión del contrato no tiene mucho sentido, en la medida en que, como se anotó, de nada sirve un contrato

40 Benítez Caorsi, Juan. La revisión del contrato (2ª Ed.). Bogotá: Temis, 2010, pág. 504.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

reajustado, si el contenido prestacional que se ejecutó fue desequilibrado y oneroso, en gracia de discusión⁴¹.

Ahora bien, el Tribunal considera que esta regla no gobierna hipótesis en las cuales, sobrevenida la mayor onerosidad, el deudor, ante la estrechez del plazo, acomete su ejecución no en señal de conformidad con la prestación desequilibrada, sino con la finalidad jurídicamente amparada de evitar la mora o impedir la parálisis de la obra o del suministro del servicio. La imprevisión, recuérdese, no imposibilita la ejecución de la prestación a diferencia de la fuerza mayor. Esta situación, desde luego, no puede quedar en el fuero privado del deudor afectado por la mayor onerosidad. Su carga contractual es la de expresar sin equívocos dicha circunstancia; más exactamente, hacer reserva expresa de que no tiene el deber jurídico de soportar la prestación excesiva para reclamar, según sea el caso, una compensación posterior.

En la doctrina se expresa esta opinión. Marienhoff, uno de ellos, ha dicho lo siguiente:

Debe tratarse de un contrato que ya está en curso. El acontecimiento perturbador debe surgir y producir efectos después de la celebración del contrato, hallándose este pendiente de ejecución o cumplimiento. Por lo demás, el contrato no debe estar concluido antes de que surja el acontecimiento perturbador, pues entonces el contrato ya no estaría en curso y el acontecimiento en cuestión carecería de importancia a su respecto.

Pero las reglas de la teoría de la imprevisión serán asimismo aplicables cuando, producido el acontecimiento perturbador, el cocontratante cumple el contrato afrontando los riesgos o perjuicios que ello le ocasionaba. Esto último autoriza al cocontratante a requerir la indemnización respectiva⁴².

Esta no es, como podría creerse, una postura que se estile únicamente en el ámbito del derecho contractual público. No: la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha acogido el mismo criterio. En la sentencia del 21 de febrero de 2012, hito en esta materia, esa Corporación sostuvo lo siguiente:

⁴¹ Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral del 1 de septiembre de 2011. Aguirre Monroy y Asociados Ltda. y Constructora Tao Ltda. Vs. Autopistas del Café S.A. y Fideicomiso Autopistas del Café, pág. 81.

⁴² Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, T. III A. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pág. 522.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

La revisión por imprevisión, es inadmisiblesi la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada. Aún, satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia, por versar sobre la prestación cuyo cumplimiento posterior sobreviene oneroso en exceso, y predicarse de la relación vigente ad futurum.

Empero, por cuanto la imprevisión supone tanto el vigor del contrato como de la prestación de cumplimiento futuro, y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación, ni encarna elemento extraño o causa de imposibilidad obligatoria, en oportunidades, la revisión para corregir el desequilibrio, o en su caso, terminar el contrato, se frustra ante el cumplimiento o la terminación del contrato, en tanto obligada la parte a cumplir, el cumplimiento extingue la prestación, y extinguida por sustracción de materia, resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual⁴³.

Como se aprecia, la corrección de la excesiva onerosidad puede darse frente a prestaciones cumplidas, aunque de manera excepcional, cuando el deudor reclama la antes y hace reserva expresa que no tiene el deber jurídico de soportar la prestación excesiva o desequilibrada. Este requisito no es una simple ritualidad. El carácter excepcional con el que *ex post facto* se pueden “reajustar”—para usar las palabras de la Corte— prestaciones excesivamente onerosas obedece, justamente, al restringido ámbito de aplicación del artículo 868 del Código de Comercio. Igualmente responde a la tutela de los principios de buena fe y coherencia contractual. La imprevisión alegada con posterioridad al pago sin una reclamación previa de su ajuste atentaría contra la seguridad del comercio. En ese caso, como dice Ospina Acosta, “se crearía la inestabilidad

43 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012. M.P William Namén. Ref. 11001-3103-040-2006-00537-01.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

absoluta del tráfico jurídico por mantener en cierta forma el vínculo entre el deudor y acreedor con posterioridad a la desaparición de la obligación”⁴⁴.

Analizadas las pruebas que obran en el expediente, el Tribunal concluyó que a pesar de que las lluvias ocurridas en la ejecución del contrato pudieron presentarse en niveles anormales e imprevisibles, Coninsa no reclamó por ello. No dejó reserva expresa de cumplir las prestaciones afectadas por el fenómeno invernal (excavaciones, rellenos y terraplenes principalmente) a pesar de su excesiva onerosidad. Veamos.

En el dictamen aportado por Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S se incluyeron un número considerable de cuadros en los que se resumió la evidencia documental que a lo largo del contrato se produjo sobre la ocurrencia de lluvias. Para evitar reproducciones demasiado extensas, el Tribunal incluye algunas de estos a título ilustrativo.

Informes diarios viviendas Patilla	
DÍA	OBSERVACIONES CONTRATISTA
Sábado, 31 de marzo de 2011	Se suspendieron actividades a las 2:55 pm por amenaza de tormenta; a las 3:30 pm inicio a llover. Se suspendió el servicio de energía eléctrica a las 3:10 pm.
viernes, 01 de abril de 2011	Debido a la lluvia del día anterior en la hora de la tarde no se pudo continuar con la actividad de rellenos.
sábado, 16 de abril de 2011	Lluvia en la madrugada.
lunes, 25 de abril de 2011	Debido a las lluvias del fin de semana no se pudo trabajar en relleno de casas.
martes, 03 de mayo de 2011	Se paran actividades a las 4:00 pm por alerta la tormenta.
miércoles, 04 de mayo de 2011	En la noche cayó lluvia que deterioró vías de acceso y humedeció materiales de relleno.
lunes, 09 de mayo de 2011	Tarde amenaza de tormenta, por lo que se suspende dos veces la obra por un lapso de 40 minutos aproximadamente cada suspensión.
martes, 10 de mayo de 2011	En la tarde (3:00 pm) se vio alerta de tormenta y se levanta a las 4:15 p.m.
miércoles, 11 de mayo de 2011	Se pararon las de obra a las 2:40 pm por lluvia fuerte.
jueves, 12 de mayo de 2011	Por la lluvia del día 11 de mayo de 2011 no se pudo realizar ninguna actividad de relleno compactado en las casas programadas.
viernes, 13 de mayo de 2011	Lluvia en horas de la noche. No se puede continuar con la actividad de rellenos compactados debido a las lluvias caídas en los últimos tres días.

⁴⁴ Ospina Acosta, Manuel, "Teoría de la Imprevisión". En: Revista de Derecho Civil, Volumen II, núm. 3, Universidad de los Andes, Bogotá, 1983, p. 84.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Informes diarios viviendas Patilla	
DÍA	OBSERVACIONES CONTRATISTA
sábado, 14 de mayo de 2011	Debido a las lluvias de la noche anterior se encuentran las excavaciones con agua, las cuales se drenaron en el transcurso del día. Se implementó cubrir con plástico los rellenos compactados de las casas 13, 14 y 21. Además del relleno en stock que ya se está cubriendo, más sin embargo se continúa sin poder continuar con los rellenos.
domingo, 15 de mayo de 2011	A pesar de la protección de los rellenos de las casas 13, 14 y 15 y el constante drenaje de las excavaciones no se ha podido avanzar en los rellenos de las casas.
lunes, 16 de mayo de 2011	Lluvia de 3:00 a 3:20 pm
lunes, 16 de mayo de 2011	Se continua sin poder colocar nuevos rellenos a las casas ya que pese a que las capas compactadas quedan tapadas con plástico y el material en stock también hay que remover el material compactado en los sitios donde se pasó de largo por debajo del plástico y proceder a la compactación.
martes, 17 de mayo de 2011	Por las continuas lluvias en horas de la noche se sigue sacando agua de las excavaciones y en especial la retenida sobre los plásticos con los que se tapan las casas 13, 14 y 21.

Informes diarios Interventoría Eléctrica	
DÍA	OBSERVACIONES INTERVENTORÍA
31 de marzo de 2011	Se suspenden labores por tormenta eléctrica 3:00 pm.
9 de mayo de 2011	Se suspenden actividades a las 4:00 pm por tormentas eléctricas.
11 de mayo de 2011	Se suspenden actividades a las 2:00 pm por lluvias.
1 de junio de 2011	<ul style="list-style-type: none"> - La tubería de la casa # 16 de Chancleta fue retirada, debido a que por lluvias todo quedó lleno de agua y lodo y los civiles desarmaron vigas para limpiarlas. - Se suspenden actividades a las 3:35 pm por fuertes lluvias. - Termina de llover a las 4:40 pm; no continúan labores por sector lleno de aguas.
2 de junio de 2011	Se suspenden actividades a las 2:00 pm por lluvias.
23 de junio de 2011	Se inició lluvia a las 3:52 pm, deja de llover a las 4:15 pero el personal no continúa laborando por tormenta eléctrica.
24 de junio de 2011	Se inician lluvias a las 2:20 pm, dejó de llover a las 4:00 pm, sin embargo no se continuó laborando.
28 de junio de 2011	Se desarma la instalación de la tubería eléctrica que estaba en la casa # 29 de Chancleta. Esto se hace debido a que las fuertes lluvias llenaron los canales y el hierro de agua y lodo.
25 de julio de 2011	Inicia lluvia desde las 2:30 pm, deja de llover a las 3:15 pm. No se reanudan los trabajos debido a que la fuerte brisa tumbó varias paredes de la obra, de Patilla y Chancleta.
26 de julio de 2011	Inicia lluvia desde las 2:30 pm y deja de llover a las 3:45 pm.
10 de agosto de 2011	Inicia lluvia a las 2:15 pm hasta las 3:00 pm.
17 de agosto de	Inician lluvias a las 2:50 pm – hasta las 3:50 pm.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Informes diarios Interventoría Eléctrica	
DÍA	OBSERVACIONES INTERVENTORÍA
2011	
29 de agosto de 2011	Lluvias desde 2:20 pm hasta las 3:00 pm.
2 de septiembre de 2011	Inicia tormentas eléctricas a las 2:40 pm hasta las 4:00 pm.
12 de septiembre de 2011	Inician lluvias a las 3:50 pm. Suspendieron actividad y no vuelven a iniciar actividades.
15 de septiembre de 2011	Inician lluvias desde las 3:30 pm y no se continúa laborando por tormentas eléctricas.
6 de octubre de 2011	Lluvias de 1:30 pm a 2:15 pm.
26 de octubre de 2011	Se suspenden labores por lluvias desde las 3:40 pm. No se continúa laborando.
1 de noviembre de 2011	Inician lluvias desde las 4:40 pm y no se reanudaron labores por tormentas eléctricas.

En sus alegatos de conclusión, la Convocante, además de citar las bitácoras de obra, los informes diarios y las actas de los comités de reasentamiento (descritas largamente en el peritazgo referido), se refirió a las "*comunicaciones informando los efectos de la oleada invernal*". El Tribunal consultó cada una de estas piezas probatorias. Tras hacerlo concluyó que en ninguno de estos documentos hay evidencia clara y fidedigna de que Coninsa reclamara la revisión de los precios pactados antes de acometer las actividades impactadas por las lluvias. Tampoco aparece en ellos una reserva expresa en el sentido de que el contratista no asumiría las prestaciones excesivas o desequilibradas y que reclamaría por ello en época posterior. En estos documentos hay, por así decirlo, simples descripciones o constataciones de un evento (las lluvias) y de su incidencia en determinado tipo de actividades. Veamos:

- Comunicación Pacha PaCha-18-04-011-156 del 18 de mayo de 2011. En ella se lee "*nos permitimos (se refiere a Coninsa) comentar que durante esos días hubo un periodo intenso en lluvias y tormentas eléctricas que hizo, prácticamente, imposible el acceso de volquetas a la obra e impidió el acceso a mulas. Durante esos días, igual que sucede en la actualidad, hemos venido depositando material en las afueras de los procesos constructivos con sobrecostos como consecuencia de materiales que se perderán por contaminación y reprocesos de cargue y transporte de los materiales hasta los sitios de utilización*". Nótese que en esta comunicación, aunque se hizo mención a los sobrecostos, no se hizo una reserva expresa en el sentido que el constructor no asumiría el costo de las prestaciones desequilibradas, ni se reclamó compensación alguna para paliar la mayor onerosidad. Únicamente se registraron, como hechos, la ocurrencia de las lluvias y su efecto sobre el

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

depósito de materiales. Aunque se hizo mención a "sobrecostos" ello no entrañó reclamación alguna por el efecto anormal o imprevisible de las lluvias.

- Comunicación PaCha-02- 011-318 del 2 de agosto de 2011: en esta carta firmada por el Director de Construcción, Diego Gutiérrez, se informó: "*no existe un sitio por donde evacuar las aguas lluvias en la obra y, en algunos casos, no está definido el diseño de evacuación de la misma, cada vez que se presenta una lluvia fuerte, el agua se empoza en la parte baja del proyecto contra la vía nacional con los problemas que representa desde el punto de vista de deterioro de materiales y pisos obligando a utilizar recursos que no estaban previstos para la evacuación de estas aguas y reposición y reparación de los materiales dañados en estos puntos*". Lejos de informarse la ocurrencia lluvias en niveles anormales e imprevisibles, Coninsa se refirió a la dificultad que generó en el proyecto la inexistencia de un sistema de descarga y evacuación de aguas. Nada se dijo en torno a una excesiva onerosidad. Mucho menos se reclamó el pago de una compensación por este concepto.

- Comunicación PaCha-741 del 30 de abril de 2012: en esta carta Coninsa hizo las siguientes manifestaciones: "*El proyecto carece, por completo de diseño vertical, limitándose el diseñados a plasmar su diseño en planta. A excepción del canal de desagüe y de las vías, la obra no posee ningún diseño de obras de protección y evacuación de aguas lluvias, en una región de poco frecuente pero muy fuerte caída de aguas lluvias. Conforme le hemos manifestado en repetidas oportunidades, la construcción de filtros, que tienen por objeto la recolección y evacuación de agua de infiltración, no garantizan la adecuada y oportuna evacuación de las aguas de escorrentía*". Como se aprecia, en este carta la referencia a las lluvias se hizo para comentar las deficiencias del diseño en punto a la evacuación de los aguas, mas no para informar la anormalidad e imprevisibilidad de la frecuencia e intensidad de las precipitaciones. Es más, se trajo a colación el tema no ya para solicitar el reconocimiento de la mayor onerosidad a la que tuvo que enfrentarse Cerrejón, sino para excusar la responsabilidad del constructor por una nota conminatoria remitida por la Interventoría a propósito del nivel de los andenes.

- Comunicación CE31231-172-PCH del 9 de septiembre de 2011: en esta carta, que no fue elaborada por Coninsa sino por la Interventoría, se lee: "*teniendo en cuenta las lluvias que se están presentando últimamente, las cuales, deterioran la vías en construcción, como lo evidencia la inspección realizada el día de hoy en las vías del proyecto se solicita: (1) aislar la carrera 5 entre calles 3 y 4 del proyecto que se encuentra con subbases para evitar deterioro*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

por el tráfico de maquinaria y volquetas". Poco o nada aporta a la reclamación de Coninsa un comunicado de la Interventoría en el que se solicita la adopción de medidas para evitar el deterioro de las vías del proyecto por el tránsito de vehículos pesados.

El Tribunal tomó atenta nota de que en la comunicación PaCha-24-11-011-531 del 24 de noviembre de 2011, mediante la cual Coninsa, en paralelo con la ejecución de las obras, solicitó "*el reconocimiento y pago de mayores costos*", no aparece ni una sola mención al fenómeno de las lluvias. Las hay al inicio tardío, a la deserción del personal no calificado, a las exigencias inusuales de la Interventoría en materia de seguridad industrial, a los cambios de diseños. Las hay, en fin, a casi todos los hechos que fundamentaron la demanda que conoce este Tribunal. Pero no a las lluvias en niveles anormales e imprevisibles.

Tampoco hay mención sobre el fenómeno invernal (aunque ello carezca de relevancia en la adopción de la decisión) en la comunicación PaCha-30-01-013-004 del 13 de febrero de 2013, en la cual, una vez concluido el proyecto, Coninsa volvió a formular una solicitud de reconocimiento y pago de mayores costos. Es suficiente reproducir el cuadro resumen de tales reclamaciones para corroborar lo dicho:



2.12. Cuadro consolidado de los perjuicios objeto de reclamación.

CONSOLIDADO DE PERJUICIOS	
Inido Tardío	\$ 87,732,162
Deserción de Personal	\$ 510,255,928
Bajo Rendimiento	\$ 12,232,923,723
Traslado de personal (Manutención)	\$ 7,141,500,000
Mayor permanencia (a + b)	
Mayores gastos Administrativos de Dic 2010 a oct de 2011 (a)	\$ 747,463,260
Mayor permanencia costo administración contractual no paga (b)	\$ 2,263,188,447
Perjuicio por financiación de obras por parte de CRH	\$ 228,079,057
Facturas no pagas de actas 19 y 20	\$ 2,417,684,563
Aplicación Indevida de Multas	\$ 35,760,000
Perjuicio Futuro cierto	\$ 755,002,810
Retención en Garantía	\$ 2,613,395,435
Costo Financiero por incumplimiento pago de Actas	\$ 415,524,522
Utilidad dejada de percibir	\$ 1,912,866,015
Otros (Imprevistos, Impuestos)	\$ 1,157,474,161
TOTAL PERJUICIO A LA FECHA	\$ 32,518,850,093

Estas consideraciones, sumadas al análisis de las bitácoras de obra y las comunicaciones cruzadas en la ejecución del Contrato, llevan al Tribunal a concluir que no se satisfizo el requisito explicado por la Corte Suprema de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Justicia para que se abra paso una reclamación por excesiva onerosidad sobreviniente.

3.- Conclusión:

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal negará la prosperidad de las pretensiones 6ª y 11ª de la demanda reformada en punto a las lluvias. Del análisis de las pruebas obrantes en el expediente, el Panel concluyó que la parte afectada por el hecho imprevisto toleró la excesiva onerosidad, por lo que con base en la buena fe y coherencia contractual no le es dable alegar el reconocimiento de tal onerosidad. En consecuencia, no se impartirán condenas para compensar los mayores costos que restablezcan el equilibrio económico del contrato de obra (pretensión 11ª). El fenómeno de las lluvias tampoco será tenido en cuenta para establecer la imputabilidad de la mayor permanencia en obra ni la parte que debe soportar los costos que se produjeron en el periodo de sobreestadía.

V.- La reclamación de mayores costos por aumento de personal:

La reclamación por mayor personal y el valor por el cual ella se formula fueron establecidos por CONINSA de la siguiente manera:

1.- Se afirma que en los documentos contractuales se estableció como *obligación* a cargo del Contratista contratar el personal *no calificado* en la región donde se construirían las obras y en el dictamen de INGENIERÍA Y ECOLOGÍA CONSULTORÍA SAS se afirma que CERREJÓN, "seguramente obligado por las autoridades ambientales o por haberlo negociado con la comunidad afectada por el proyecto, se comprometió a garantizar que el Contratista contrataría la mano de obra no calificada en la zona de influencia del proyecto; obligación que efectivamente se trasladó a CONINSA."

Sobre esta afirmación el Tribunal advierte, primero que en el contrato no se estableció como *obligación* contratar el personal no calificado de la región, pero sobre todo CERREJÓN de ninguna manera le *garantizó* a CONINSA que conseguiría dicho personal en la región y que, además, encontraría personal adecuado para desarrollar la obra. Le advirtió todo lo contrario: que era difícil conseguir este personal en la región y que sus rendimientos no eran adecuados: por esta razón le pidió señalar cuál era su estrategia al respecto e incluyó este riesgo a su cargo de manera expresa en el contrato.

2.- De conformidad con las pruebas aportadas en lo que al manejo del personal que se vincularía a la obra, se estipuló claramente en la Cláusula 28 del Contrato CON-00242010 que el CONTRATISTA **procuraría** utilizar al máximo el personal

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

y demás recurso del departamento de La Guajira y demás departamento de la costa atlántica dando preferencia al personal, materiales, suministros y artículos provenientes de estas zonas, **siempre que satisficieran las condiciones técnicas, comerciales y de ejecución requeridas.**

Se estipuló, también, en el acuerdo contractual que (Cláusula 29), que en caso de discrepancia entre cualquier disposición del documento principal y los términos y condiciones de uno de los anexos, **los términos del documento principal prevalecerían sobre los anexos, salvo que existiera el Anexo C,** caso en el cual éste prevalecería.

Por tal razón, asumiendo que en el Plan de Manejo Ambiental se contemplara la supuesta obligatoriedad de contratar el 100% del personal para la ejecución de trabajos en el proyecto, dicha previsión no tendría aplicación en el caso del contrato CON 00242010, pues la imperatividad del mencionado plan en esa materia chocaría frontalmente con el texto contractual que prevalece sobre él, según se acaba de indicar y que demuestra contractualmente, en discrepancia con el sistema del mencionado Plan, en cuanto confiere al CONTRATISTA, la facultad optativa de buscar preferencialmente, pero no obligatoriamente, utilizar personal y otros recurso de la región caribe para cumplir con la ejecución del proyecto.

4.- El contrario entendimiento de la accionante para buscar que el CERREJON se constituya en responsable de los efectos del fracaso del personal no calificado choca con las claras previsiones contractuales, una de las cuales era la de la autonomía que contractualmente se le reconoció CONINSA RAMON H., S.A., para conseguir el personal no calificado, **con la condición de que satisficiera las condiciones técnicas, comerciales y de ejecución requeridas.**

5.- En comunicación del 8 de septiembre de 2010, dirigida a CERREJON, (cuad. de pruebas No., 4 fl. 1550.), CONINSA expresó, respecto del personal, que la demás mano de obra no calificada, tal como ayudantes, sería personal de la zona, la consecución de este personal sería coordinada **con el apoyo de algunos de los contratistas quienes ya habían desarrollado proyectos en la región.**

Como la premisa de su reclamo es la suposición de la obligatoriedad que tenía la convocante de apelar al personal no calificado de la región y esa obligatoriedad no existe, aquí ya se encuentra la primera razón para concluir que tal pretensión no puede ser acogida por el Tribunal.

6.- Para determinar el monto de este perjuicio, en el dictamen de parte INGENIERÍA Y ECOLOGÍA CONSULTORÍA SAS se afirma que en la oferta

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

presentada por CONINSA se incluía un personal que se pagaba por el rubro de ADMINISTRACIÓN (personal administrativo y personal de producción o de obra contratado directamente) y el *grueso de personal* (calificado y no calificado) estaba incluido en los precios unitarios y era el personal que sería *subcontratado* por CONINSA, el cual debía cobrarse como un costo dentro de los precios unitarios ofertados.

Se señala textualmente en la página 214 del dictamen:

“el grueso del personal de producción (calificado y no calificado) que sería utilizado para la construcción de las obras iba a ser subcontratado por CONINSA. **El valor previsto en la Oferta para este personal subcontratado resulta de desagregar de cada precio unitario el factor correspondiente a la mano de obra y multiplicarlo por las cantidades de obra inicialmente estimadas por el Contratante.**”

Y, para determinar el valor del personal previsto y adicionalmente establecer los períodos mensuales en los que ese personal sería utilizado se hacen diversos cálculos en el dictamen que no fueron incluidos en la propuesta y simplemente se traducen en desagregar de los precios unitarios de una obra el valor del personal incluido en cada uno de ellos.

El cálculo del valor de este personal **no estaba hecho en la oferta**, porque en la oferta lo que se proponían eran los precios unitarios en los que se incluía el personal, de modo que no puede estimarse que este es un valor previsto en la oferta sino un valor *calculado* para formular como reclamación el pago de la diferencia entre el valor que se *gastó* en el contrato y el que se *previó* gastar.

Para responder la pregunta No 92 el perito de parte INGENIERÍA Y ECOLOGÍA CONSULTORÍA SAS, desarrolla una serie de análisis que le permitan establecer, a partir de los valores incluidos en los precios unitarios, el valor del personal que se destinaría a la construcción de la obra.

7.- Adicionalmente a lo anterior, en el contrato tampoco se previó que CONINSA subcontrataría este personal lo que evidentemente afecta el valor de la vinculación puesto que era claro que en esa *previsión* (hecha exclusivamente por el contratista) debía incluirse un margen de ganancia para el subcontratista que afectaba el precio final que recibirían los trabajadores. Esa *previsión* tampoco entra dentro del campo del contrato, no puede considerarse incluida en causa del mismo o en circunstancia determinante de la definición del monto de la prestación.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En otros términos, lo que estaba en la *base del contrato* o en los *motivos determinantes* de la fijación de las prestaciones del contrato no era, de ninguna manera, la cantidad y el valor del personal que emplearía CONINSA en la ejecución de la obra. Lo que estaba en la base del contrato era la cantidad de precios unitarios por el valor ofrecido por el contratista y podría agregarse también que allí estaba incluida la adecuada definición de tales precios. Si se aumentaban las cantidades de obra la CONTRATANTE sabía que debía pagarlos como también sabía que debería pagar el costo de la administración por un mayor término del previsto si ello se hacía necesario; y cuando había que realizar labores que no correspondieran a las definidas en los precios unitarios, también debía aprobar nuevos precios como en efecto se hizo en desarrollo del contrato.

8.- La doctrina, al referirse a la cláusula *rebus sic stantibus*, en la que se presume que el contrato se celebra condicionado a la permanencia de las circunstancias existentes al momento de su celebración, expresa:

“Los fundamentos doctrinales que se han dado a esta solución (que supone una quiebra del dogma de la libre autonomía de la voluntad y de la regla general *pacta sun servanda*) pueden reducirse esencialmente a lo siguiente:

“1.- La misma voluntad de las partes contratantes – Es el fundamento originario y a él responde su nombre de cláusula, que se consideraba tácitamente acordada; con ligeras variantes, éste es el aceptado también por las teorías de la presuposición y la base del negocio.

“2.- Teoría de la presuposición de Windscheid. **Se entiende por presuposición toda expectativa o creencia sin la cual el que emite una declaración no la habría emitido (motivos determinantes).**

“3.- Teoría de la base del negocio. **Se entiende por base del negocio el conjunto de circunstancias cuya existencia, subsistencia o llegada posterior constituye una representación común de las partes incorporada al negocio en el momento de su conclusión...**⁴⁵

9.- Lo que no estuvo nunca en la *base del negocio* fue la cantidad de personal *prevista* para ejecutar la obra, por lo que no el Contratista no puede reclamar la diferencia entre el valor previsto y el valor gastado por este concepto. Ese

⁴⁵ Gaspar Ariño op.cit, pág. 276.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

reclamo implicaría dejar de considerar que lo que se pactó fue un contrato a *precios unitarios* y no un contrato por *reembolso de gastos*. En síntesis, CERREJÓN no pagó para contratar una cantidad específica de personal con determinados rendimientos: se comprometió a pagar *cantidades de obra* a los precios unitarios ofrecidos por CONINSA dentro de los cuales se incluyó como componente el valor de la mano de obra o el personal.

La doctrina también se refiere a la *prestación pactada* como factor limitante de la responsabilidad contractual en los siguientes términos:

“Es más, el daño contractual es un daño programado, ya que, como se explicó en las páginas anteriores, los contratantes han descrito la "prestación" (aquello que se trata de dar, hacer o no hacer). **Por lo mismo, el daño contractual estará necesariamente referido a la inejecución de la prestación y al menoscabo que deriva para el acreedor de la circunstancia precisa de alcanzarse la meta o programa descrito en el contrato.** El daño contractual, por lo mismo, tiene normalmente límites bien precisos que están dados por la descripción que las partes hicieron en el contrato de la "prestación". Dicho de otro modo, podría sostenerse que el daño proviene necesariamente de la circunstancia de no ejecutarse la "prestación" de la manera en que estaba convenido.⁴⁶

10.- En el dictamen de parte de INGENIERÍA Y ECOLOGÍA CONSULTORÍA SAS, se concluye como monto de este perjuicio:

“Como se estableció en ésta y las anteriores respuestas, el grueso del personal de producción sería subcontratado. El valor previsto en la Oferta para este personal fue la suma de \$4.372.554.237,20, que resulta de multiplicar el costo de mano de obra establecido en cada uno de los precios unitarios (ofertados y no-previstos) por las cantidades de obra realmente ejecutadas en desarrollo del Proyecto, correspondientes a las actas de obra reconocidas y no reconocidas a favor del Contratista, es decir, incluyendo las Actas de Pago Nos. 1 a 20, tal como se indicó en la respuesta a la pregunta 93.

⁴⁶ Rodríguez Grez, Pablo, Responsabilidad Contractual, Editorial Jurídica de Chile p. 215.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

"De acuerdo con la información suministrada por el señor Perito Contable, los costos en que efectivamente incurrió CONINSA por la subcontratación de personal de producción ascendieron a la suma de \$16.464.170.757. (Página 233)"

Para el Tribunal es clara la improcedencia de esta pretensión de perjuicios en la que el CONTRATISTA está solicitando, en términos simples lo que *pagó* por concepto de personal y no lo que la CONTRATANTE, conforme con el tipo de contrato que celebró (un contrato de obra por precios unitarios) se comprometió a pagar.

11.- Es cierto que en relación con el PERSONAL previsto para la ejecución de la obra (mano de obra no calificada) CONINSA allegó medios de prueba dirigidos a evidenciar que tuvo que pagar por este concepto una suma mucho mayor de la que dicha parte previó asumir al formular su oferta, y afirmó que ese incremento se debió a los bajos rendimientos, el valor que representó tener que conseguir dicho personal en lugares distintos al lugar de la obra, las deserciones y el cambio que debió introducir en la modalidad prevista (pago a destajo por pago directo).

Sin embargo, el derecho de CONINSA a reclamar perjuicios por este concepto debe examinarse a la luz de lo que se pactó en el contrato:

a.- Al estudiar el período precontractual el Tribunal señaló que las dificultades relativas al personal que debía ejecutar a obra fue un aspecto advertido plenamente por CERREJON y que los riesgos relativos a la consecución del mismo a sus rendimientos y en general a las dificultades derivadas fundamentalmente del lugar donde debía ejecutarse la obra fueron asumidas por CONINSA quien expresamente manifestó contar con los medios para superarlas. En esta dirección reitera el Tribunal que si bien es cierto que en el contrato se estipuló que el CONTRATISTA procuraría ocupar personal no calificado de la región, lo que es un propósito que se pacta ordinariamente en este tipo de contratos, no se estipuló como obligación a su cargo la de contratar solo personal de la región y mucho menos se garantizó por parte de CERREJÓN que en la zona se conseguiría personal adecuado para la construcción de la obra. Ello implica que los riesgos que CONINSA asumió en este aspecto implican entender que era de su cargo conseguir el personal y lograr con el mismo obtener los rendimientos previstos en el contrato para poder ejecutar la obra dentro el plazo y por el valor estipulado en el contrato.

b.- El riesgo que asumió el CONTRATISTA en este aspecto se relaciona particularmente con la modalidad de pago del contrato (PRECIOS UNITARIOS).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

El resumen de la forma de pago hecho en el dictamen de parte de INGENIERÍA ECOLOGÍA CONSUTORÍA S.A.S., con el cual está de acuerdo el Tribunal es el siguiente:

“Por otra parte, teniendo en cuenta que las obras correspondientes al Contrato de Obra No. CON-00242010 **eran pagaderas por precios unitarios fijos multiplicados por las cantidades realmente ejecutadas por el Contratista**, el alcance inicialmente pactado de las obras fue determinado mediante los Cuadros de Cantidades de Obra y Precios del Anexo B del Contrato - Condiciones Comerciales, en los cuales se establecieron (i) el listado de actividades y cantidades de obra inicialmente previstas por el Contratante para la construcción de los reasentamientos denominados Patilla y Chancleta, así como (ii) los costos unitarios de equipos, materiales, transporte y mano de obra ofertados por el Contratista mediante los Análisis de Precios Unitarios (APUs) para ejecutar -de acuerdo con los estudios, diseños, especificaciones y planos de construcción entregados por el Contratante- las construcciones descritas por el Contratante en el Anexo A del Contrato – Alcance de la Obra.

“El sistema de pago establecido en el Contrato de Obra era por actividades de obra pagaderas por precios unitarios multiplicados por las cantidades realmente ejecutadas en la construcción de las viviendas, el urbanismo y el equipamiento comunitario de los reasentamientos Patilla y Chancleta. Adicionalmente, en el Contrato de Obra se estableció el pago de una suma global mensual fija por concepto de Administración y una suma global igualmente fija por concepto de Movilización y Desmovilización del Contratista.” (p. 2).

En la medida en que en los precios unitarios establecidos en el contrato se encontraba incluida la MANO DE OBRA (como costo directo) es claro que el pacto contractual no consistió en remunerar el valor de personal directo que efectivamente utilizara el contratista en la obra. El pacto contractual consistió en remunerar las cantidades de obra a los precios unitarios ofrecidos por el CONTRATISTA; y en el cálculo de esos precios se encontraba al personal directo que debía ejecutarla.

12.- En las formas de remuneración del costo de la obra se refleja cuál es el riesgo económico que asumen las partes. Dicho riesgo es totalmente distinto en un contrato en el que se pacta *reembolso de gastos* de un contrato y el dueño de la obra paga los materiales y el personal, a un contrato en el que se acuerda pagar la obra por *cantidad de medida* o por precios unitarios.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

La utilidad que aspira obtener el contratista por las eficacias en sus gastos contra el valor pactado en el precio unitario es totalmente distinta de la que puede obtener cuando lo que se hace es reembolsarle los costos en que efectivamente incurre. Y la forma de control de la obra también es totalmente distinta: en el contrato por reembolso e costos el dueño de la obra aprueba y vigila tales costos mientras que en el de precios unitarios simplemente paga la medida de la obra y los costos en que incurre en CONTRATISTA para ejecutarla corresponden a su resorte.

Refiriéndose a los contratos de obra pública, MAXIMO BEZZI, anota:

“Precios unitarios:

“En estos contratos se realiza un cómputo métrico de la obra que se va a efectuar, calculando, por ejemplo, para la construcción de un edificio la medida de mampostería, revoque hierro etc., aplicándose precio unitario s para cada uno de los ítems que integran la obra. Es, como dice DIEZ, <<un contrato en el que se fija el precio para cada uno de los elementos de la obra>>...”

“Cuando se cotiza el precio por este sistema se entiende que el proponente se compromete a ejecutar pro los precios unitarios indicados, cada ítem de la obra consignando a la vez los importes...”

“En el caso de que se indique que el sistema e licitación sea por precio unitario y unidad de medida el proponente formulará los precios unitarios mediante análisis de precios y luego los aplicará al cómputo que figura en las planillas, de propuesta arribando así al monto total de la propuesta...”

“Contratación por coste y costas:

“En este caso el empresario, por medio de un contrato de construcción se compromete a realizar la obra adquiriendo los materiales y poniendo la mano de obra, para ello, con el posterior reintegro de tales riesgos por parte de la administración pública (dueño de la obra o contratante)...”

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

"Requiere una correcta cuenta de Los gastos y una precisa determinación del momento de los pagos y de la verificación de los costos actualizados..."⁴⁷

13.- La forma de pago del precio determina la siguiente distribución de los costos y riesgos del contrato:

a.- La obra se pagaba por los precios unitarios **ofertados por el Contratista**. A él le correspondía determinar por cada medida acordaba los gastos en que iba a incurrir incluyendo materiales personal y tiempo de ejecución. Eso era lo que debía pagarle CERREJÓN.

En relación con la *cantidad estimada* era evidente que este era un riesgo del CONTRATANTE que debía pagar la cantidad realmente ejecutada; de este modo si la cantidad de obra era superior en determinado ítem, su obligación no consistía en pagar una cantidad determinada e obra: su obligación no era pagar el precio global de una obra, sino la suma de las cantidades.

b.- En relación con los PRECIOS UNITARIOS, donde estaba incluido el personal el equipo y la labor, estos eran fijados por el CONTRATISTA por su cuenta y riesgo y eran de su responsabilidad: CERREJÓN no se obligaba a pagar el personal y los materiales, sino a pagar el precio unitario por medida de obra.

14.- Ahora bien, es posible que lo pactado por un PRECIO UNITARIO resultara totalmente inadecuado para remunerar la labor correspondiente punto en el que puede afirmarse que ese PRECIO no remuneraba la labor prevista, lo que hacía necesario entonces determinar un nuevo PRECIO UNITARIO para la labor que realmente debía desarrollar el contratista.

La forma de superar esta situación estaba prevista en el contrato y consistía en determinar nuevos precios unitarios para la realización de labores distintas a las previstas por el CONTRATISTA al realizar su cotización con base en el análisis de cada costo: esta situación estaba regulada en la cláusula quinta del contrato que se refiere a cambios y obras adicionales preveía cómo debían establecerse cuando el Contratista estimara que "los cambios o solicitudes de trabajos adicionales requieren remuneración adicional a la establecida en las condiciones comerciales estipuladas en el anexo B."

⁴⁷ Maximo Bezzi Osvaldo, El contrato de obra pública, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1981, p. 23

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

A este expediente acudieron las partes cuando en el otrosí No 3 pactaron valores unitarios distintos para (i) la excavación mecánica en casas (ii) el transporte y colocación de relleno tipo terraplén y (iii) la implantación de postes en concreto. En estos casos se acuerda que se trata de ítems no considerados originalmente en el contrato, se describen y se les asigna un precio. Procedieron de igual manera en los otrosíes No 5 y 8.

Lo que, por el contrario, estaba prohibido expresamente en el contrato era cobrar costos asociados a la construcción de la obra que no estuvieran incluidos en los precios unitarios. En el contrato y en anexo B (folio 262) se señaló que "se entiende que las tarifas ofrecidas por el contratista le permitirán recuperar totalmente los costos directos e indirectos inherentes a la ejecución de la obra tales como, pero sin limitarse a salarios, horas extras, trabajos en dominicales y festivos prestaciones sociales, dotación., costos de materiales de vehículos y costos administrativos."

15.- Es claro entonces que CERREJÓN no contrajo la obligación de pagar el PERSONAL directo o indirecto que el CONTRATISTA utilizaría para ejecutar la obra ni de pagar costos asociados al mismo. Cuando CERREJÓN en el otro – sí No 4 del contrato acordó "reconocer una cifra de \$172.500' por los gastos de alojamiento y alimentación del Contratista para un total de 100 personas, como parte de la ejecución del proyecto de construcción" estipuló también que "los demás términos y condiciones del contrato vigentes entre las partes no sufren ninguna modificación."

16.- La hipótesis planteada por CONINSA en sus alegatos de conclusión relativa al **desquiciamiento del contrato**, según la cual "el Contrato ejecutado fue muy diferente al Contrato licitado y celebrado", para solicitar con base en esta premisa el pago de lo *efectivamente gastado* y no de lo *estipulado en el contrato*, carece de respaldo probatorio y de fundamento legal.

En relación con lo primero, es cierto que la obra tuvo variaciones en los diseños iniciales, pero no es cierto que el objeto del contrato se hubiera alterado en forma tal que pueda afirmarse que una obra fue la contratada y otra la construida y que los precios pactados (y pagados por la mismas) no la remuneran.

En relación con lo segundo, ordenar el pago de lo *gastado* en desarrollo del contrato y no de lo *pactado* implica apartarse del marco normativo que rige las relaciones de las partes que es el contrato, cosa que no puede hacer el Juzgador al que se le encomienda resolver las controversias surgidas del mismo; ni al establecer el contenido de las obligaciones ni al determinar los perjuicios

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

derivados del incumplimiento de las mismas el Juez puede desconocer no solo lo previsto sino lo que era previsible al momento de la celebración del contrato (art. 1616 del código civil).

17- El Tribunal no comparte la argumentación expuesta por CONINSA en el alegato de conclusión de acuerdo con la cual solamente en los contratos de construcción a precio global es que el CONTRATISTA no puede solicitar aumento de precios.

El hecho de que el artículo 2060 del Código Civil disponga que en los contratos a precio global (precio único prefijado) el EMPRESARIO no puede solicitar aumento de precio por encarecimiento de jornales o de personal no quiere decir que en aquellos en los que se pacten precios unitarios, el EMPRESARIO sí tiene derecho a formular tal reclamo.

La única diferencia entre el contrato a precio global y el contrato a precios unitarios, en este punto, consiste en que en el segundo no se fija de antemano el valor total y exacto de la obra puesto que dicho valor dependerá de la cantidad de obra que efectivamente se ejecute; en ambos casos quien determina el valor de la obra es el CONTRATISTA y para los dos casos opera el principio de acuerdo con el cual el CONSTRUCTOR no puede pedir aumento del mismo por el simple hecho de que los materiales o los jornales se hayan encarecido.

La lógica del artículo 2060 del Código Civil conduce a considerar simplemente que si el EMPRESARIO es quien ofrece realizar la obra por determinado precio, él es el responsable de garantizar que podrá construirse por el mismo; a él le corresponde calcular el valor de los jornales y los materiales; y el simple hecho de que exista un aumento de precio sobre los mismos, no le permite reclamar la diferencia al DUEÑO DE LA OBRA: es un riesgo que él asume. Y, en el contrato a precios unitarios, el EMPRESARIO no asume el riesgo del mayor o menor volumen de cantidades de obra porque el precio que él ofrece no versa sobre la totalidad de la misma sino sobre las unidades que se requerirán para construirla (precios unitarios).

Dicho de otro modo, en el contrato por precios unitarios el precio de la obra se **determina** a partir del valor de los precios ofrecido por el CONTRATISTA y a dicho valor deben sujetarse las partes en desarrollo del contrato; el CONTRANTE asume el riesgo de que el volumen de la obra sea superior o inferior.

18.- Para el Tribunal no resulta admisible el planteamiento de CONINSA en los alegatos de conclusión según el cual la mayor cantidad de personal utilizado en la obra debe reconocerse como un ajuste a los precios unitarios a partir de la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

consideración de que para agilizar las obras se requería gastar más personal que el previsto en ellos, punto en el que se afirma en la página 175 de los alegatos de conclusión de CONINSA:

“Si Coninsa planeó levantar, por ejemplo, un muro de mampostería con 1 trabajador y así diseñó el APU, y durante la obra le ordenan acelerar la ejecución incluyendo más personal, de modo que en lugar de 1 debió tener 3 trabajadores para levantar el mismo muro, entonces la situación no corresponde a aquella con la cual se estructuró el APU que se ofertó, por lo que el APU ofertado termina no remunerando los costos de la obra en las condiciones en que se construyó.”

Con un razonamiento como el anterior el Tribunal no puede ordenar el pago de los costos de personal asumidos por CONINSA; los precios unitarios suponen pagar una cantidad de obra a un valor ofrecido con lo cual ni siquiera es claro que la necesidad de utilizar más personal para lograr mejor rendimiento implique la determinación de un nuevo precio. Si en gracia de discusión esto fuera así, era necesario tramitar un nuevo APU y en el proceso era menester acreditar respecto de labores determinadas y puntuales, que esto ocurrió.

Los nuevos APU's estaban previstos en el contrato por modificaciones o por cambios, de modo que cuando la labor prevista no correspondía al precio o era diferente de la contemplada al formularlo se podía presentar un nuevo análisis del precio para determinar un PRECIO UNITARIO distinto cosa que se hizo en varias ocasiones en desarrollo del contrato, como se señaló antes, para eventos en los cuales se solicitaran obras que se estimaran adicionales en el sentido de que atendidas sus características propias hacían necesario el pacto de un nuevo precio.

Este es un procedimiento puntual y muy distinto que no puede servir de base para pedir que se pague el personal que se utilizó en la obra porque debió quedar incluido en los precios unitarios en la medida en que se utilizó siguiendo órdenes de la CONTRATANTE.

19.- Tampoco resulta admisible considerar que la *modalidad* del contrato fue modificada al final de su ejecución porque CERREJÓN le ordenó a CONINSA involucrar más personal en la construcción de la obra para que lograra entregarla en los plazos acordados.

En efecto, a pesar de la contraria consideración de la sociedad constructora, no aparece establecido que CERREJON le hubiera impuesto la obligación de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

contratar esa categoría de personal, pues, en el escrito que en su alegato cita la convocante para demostrarlo, no se formula por parte de la accionada una orden imperativa en ese sentido, sino que solicita simplemente, que se aumentara el personal no calificado. (En igual sentido, véase en el Cuad. de Pruebas No 10, fl. 0073), escrito proveniente de CERREJON, de fecha 13 de julio de 2011, en que pide colocar el personal que correspondiera a cargo de la empresa contratista.1) Estas otras pruebas infirman las mencionadas consideraciones de la accionante, circunstancias que tampoco propician una decisión favorable a su aspiración.

20.- Finalmente, dado que en su argumentación, reiterada en el alegato de bien probado, la accionante sostiene que con su conducta el CERREJON contrajo el riesgo correlativo al manejo de personal y a la contratación del número que menciona la actora, debe advertirse que tal modificación hubiera entrañado una alteración sustancial de lo pactado en el contrato, variación que sólo podría suceder mediante documento escrito firmado por las parte, (vid. Cláusula 26 del contrato), a cuyos términos cualquiera modificación del mismo sólo sería efectiva si se ajustaba a la forma y la condición que se acaban de indicar.

El reconocimiento de las sumas que en el Otrosí 4, CERREJON dio para cubrir los gastos del personal que debía destinarse a la realización de las obras de Patilla, no puede entender, como lo estima la convocante, como reconocimiento de que fuera una obligación contractual de CERREJON, derivada de facultad de manejar los temas del personal necesario para la obra,- que siempre se mantuvo contractualmente asignada a CONINSA-, pues tal facultad y responsabilidad no se desprende de modo evidente, ni del contrato, ni de sus antecedentes, que estuvieran a cargo de CERREJON.

En esa línea, la advertencia de la contratante de que tal colaboración se efectuaría por una sola vez, (vid. Otrosí 4), contribuye a corroborar el entendimiento que el Tribunal hace de la asignación de responsabilidades y competencias en materia del manejo del personal.

El fundamento esgrimido por CONINSA para sustentar su afirmación según la cual la aprobación de la Programación de las Obras produjo el efecto traslaticio del riesgo para ponerlo en cabeza de la contratante, desconoce el alcance que la aprobación del plan o programa de ejecución de las obras tenía según el contrato y los Anexos al mismo, que no eran otros que los de permitir controlar la ejecución de las obras, pero no modificar las bases del contrato; simultáneamente la afirmación de CONINSA ratifica que el riesgo en esa materia le fue asignado desde el contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Como se expresa sin ambages en la cláusula 4, numeral 4.3, del contrato, la aprobación de la programación por parte de CERREJON no tenía por objeto, ni el alcance, de modificar el contrato en el sentido pretendido en la demanda, sino de ser un instrumento auxiliar para determinar la curva de avance de la obra y ser la base para la aplicación de la fórmula de reajuste, dado el caso, como estaba indicado en el Anexo B- Condiciones Comerciales.

Agréguese a lo dicho que, conforme con la regulación consignada en el numeral 6 del Anexo A, sobre personal no calificado, se estableció que su contratación se haría preferiblemente de la zona de influencia del proyecto, en concordancia con lo estipulado en el contrato, que como se ha visto señalaba precisamente que la vinculación de ese personal era por cuenta y riesgo del contratista, no de CERREJON.

A renglón seguido se estipuló, -como que su contenido hace parte del contrato mismo, que el contratista contrataría por su propia cuenta y riesgo y bajo su responsabilidad, el personal requerido para la ejecución de la obra, en las condiciones que se indicaban en ese anexo y en los demás que lo complementarían.

Según lo expresó CERREJON en la respuesta a la SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO Y PAGO DE MAYORES COSTOS, formulada el 24 de noviembre de 2011, la remisión de soportes necesarios que debía evaluar la contratante, tenían la finalidad de poder aclarar con argumentos sólidos los puntos remitidos en la comunicación de CONINSA RAMON H., S. A., pero no puede interpretarse – según lo arguye la accionante- como una aquiescencia y asunción de responsabilidades por parte de la accionada.

En el escrito en el que CONINSA consigna la insistencia en su reclamación anteriormente mencionada, fechado el 30 de enero de 2012, No. PaCha-31-01-011-611, CONINSA señala algunas de las causas de deserción del personal, como la mala calidad en la ejecución de las actividades y actitudes agresivas del personal no calificado de las obras, y la incapacidad del personal de las áreas vecinas al proyecto para suplir los requerimientos de la Interventoría y, al calificar su desempeño, indicar que la calidad de la producción era menor a la exigida por el Cerrejón. (vid., cuad. Pruebas. No. 5, fl.249).

No aparece establecido que la responsabilidad de tales ocurrencias y resultados pudieran ser atribuibles a la contratante, según lo establecido en el contrato CON – 00242010, ni en los Anexo A y D, antes señalados en lo que concierne al tema de que se trata.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

La claridad insoslayable de los términos de las cláusulas contractuales que se han indicado, y los indicados en los Anexos, en el sentido de que la Contratista era la responsable de la selección y contratación del personal no calificado, excluye toda duda sobre la clara intención de las partes, avaladas por las discusiones previas a la suscripción del acuerdo contractual y le vedan al Tribunal buscar otra interpretación distinta de la que impone de su tenor literal en consonancia con la clara intención deducida de los textos convenidos y las advertencias y afirmaciones que se hicieron antes de suscribirse el contrato y que explican la razón de lo ocurrido.

Corolario de lo expuesto es el de que CERREJON no puede ser declarada responsable de las políticas adoptadas por la contratista en materia de personal, ni de las consecuencias del ejercicio que de las atribuciones asignadas a CONINSA ésta realizó, por su cuenta y riesgo, y a ciencia y paciencia de las advertencias hechas al respecto en las tratativas previas a la suscripción del contrato.

VI.- Mayores costos indirectos.

1.- Los costos de administración o costos indirectos, donde se incluye el personal administrativo y demás gastos por la permanencia de la empresa en el sitio (arrendamientos oficinas, equipos), se acordaron en el contrato como una suma mensual y no como un porcentaje sobre el valor de los costos directos que es como habitualmente se pacta. En el anexo B del contrato se estipuló que CERREJÓN pagaría por este concepto la suma mensual de \$358.628.323.

2.- Está probado en el proceso que la construcción de las obras terminó el 15 de mayo de 2012 y también está probado que CERREJÓN dejó de pagar las sumas correspondientes a la ADMINISTRACIÓN y ni siquiera pagó dicha suma durante la vigencia del Otrosí No 4 de cuyo texto se infiere que es claro que las partes acordaron que esta obligación no sufría modificaciones y fue solo en el otro si No 7, cuando ya existía una abierta controversia entre las partes, cuando se estipuló que solo se pagaría por las obras construidas lo correspondiente a los Imprevisto y la Utilidad pactada (IU) y no se pagaría lo correspondiente a la ADMINISTRACIÓN.

La conclusión de que CERREJÓN dejó de pagar el valor pactado por la administración desde el mes de noviembre de 2011 y hasta la terminación de la ejecución de las obras (15 de mayo de 2012) la deduce el Tribunal de la declaración rendida en el curso del proceso por ALIX SUÁREZ quien sobre el punto señaló:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*“DR. ARIZA: (...) Que los costos de... que **entre el momento previsto para la terminación original del contrato, octubre del 2011 y la fecha final de terminación, mayo del 2012,** sólo se reconocieron a Coninsa, costos directos y no costos indirectos, y que implicaba, desde el punto de vista de Coninsa, digamos el no reconocimiento de los costos de administración que están en los costos indirectos, usted nos puede contar algo sobre ese particular?*

*SRA. SUÁREZ: **Si, eso es cierto. O sea, nosotros pagamos administración, que eran 348 millones de pesos mensuales, hasta el mes de octubre, por qué no pagaban la administración** de ahí en adelante, porque es que Coninsa era el responsable de los atrasos del proyecto y nosotros no podíamos, ya estábamos nosotros asumiendo el costo de la dirección del proyecto, de la interventoría, de todos los retrasos que teníamos y compensaciones que habían que hacer con las comunidades por efecto de los atrasos, **no podíamos, bajo ningún concepto, asumir los costos de administración de ellos,** cuando ellos eran los causantes de los atrasos y debía ser una partida asumida por ellos.*

***Entonces en efecto, desde el mes de noviembre hasta que se acabó el proyecto, no pagamos los costos de administración, porque consideramos que no era nuestra responsabilidad hacerlo,** porque ellos eran los generadores de los atrasos y nosotros ya estábamos asumiendo otra cantidad de cosas adicionales, innumerables, interventoría, la misma dirección de lo que corresponde a mí, a las compensaciones como le digo con la gente reasentada, ya nosotros teníamos otros costos adicionales, que teníamos que asumir, pero esos no se reconocieron, es verdad.*

DR. BERMÚDEZ: Perdón, Doctora Adriana, o sea... es importante precisar ese punto, o sea, usted está diciendo que no separaron costos indirectos,... el momento que estaba prevista la terminación inicial del contrato.

*SRA. SUÁREZ: **Así es, y ellos tampoco lo solicitaron, ellos tampoco mandaron un oficio diciendo que por favor canceláramos la parte de la administración, la***

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

administración del proyecto, que contemplaba los gastos de su staff administrativa era de 348 millones⁴⁸.

3. Con base en lo anterior y habida cuenta de que las obligaciones incumplidas por CERREJÓN en esta última parte del contrato resultaron graves y absolutamente injustificadas, el Tribunal condenará a dicha parte a pagar como PERJUICIOS previsibles la suma correspondiente a los costos de administración desde que ella dejó de pagarse y hasta el momento de la terminación del contrato. Y en la medida en que dicha obligación debió cumplirse al finalizar cada período se condenará a la Convocada a intereses comerciales moratorios desde ese momento hasta la fecha del laudo.

4.- Ahora bien, la reclamación formulada por CONINSA en relación con los costos indirectos la cual está dirigida se le pague lo *gastado* de acuerdo con su contabilidad no resulta procedente a partir de las mismas consideraciones hechas anteriormente para negar la pretensión relativa al pago del mayor personal utilizado en la obra, pues ello implicaría desconocer lo pactado por las partes en este aspecto.

En el dictamen de parte de Ingeniería y Ecología Consultoría SAS (Alfredo Malagón), se señala sobre este particular:

“De acuerdo con el dictamen contable **los costos reales** de administración en los que incurrió CONINSA durante la ejecución del Contrato No. 00242010 fueron Ocho mil quinientos diez mil millones treinta y un mil seiscientos diecisiete pesos (\$8.510.031.617).

“Estos **costos superaron ampliamente los previstos por este mismo concepto por parte de CONINSA, en concreto, tal como lo indica la Perito, porcentualmente superaron en un 164% el valor previsto.**

“Los rubros o ítems que sufrieron un mayor incremento fueron los correspondientes a costos de personal (sueldos, salarios, horas extras, recargo prestacional) debido a que, tal como se ha expuesto a lo largo del dictamen, **además del incremento del personal subcontratado se produjo un incremento en el personal de producción directamente vinculado con CONINSA y además**

⁴⁸ C.P. 26, Folios 80 y 81.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

un incremento en el personal de administración, dado que el mayor número de trabajadores de producción conllevó un mayor trabajo administrativo y la consecuente necesidad de contar con mayor personal administrativo para controlar, atender y gestionar las distintas labores administrativas tales como vinculación de personal, exámenes de control de ingreso, carnetización, cursos de capacitación, control de aportes de salud, pensión y parafiscales etc., asistencia a reuniones de SISO, etc. (Ver anexo del dictamen contable para corroborar estas afirmaciones).

“Adicionalmente, **este mayor costo de personal resulta de la mayor permanencia en obra del Contratista, mayor permanencia que se refiere al personal inicialmente previsto y al personal adicional que fue necesario vincular.**

“En coherencia con lo anteriormente indicado, otro de los rubros que sufrió un incremento considerable en el curso de la ejecución del Contrato fue el correspondiente a vivienda y transporte, que corresponde a los costos que por estos conceptos tuvo que asumir CONINSA respecto del personal previsto inicialmente por el tiempo de mayor permanencia y respecto del personal adicional desde su vinculación hasta la culminación efectiva de las obras.”

Tal y como se señaló al referirnos al personal, en el contrato no se pactó que CERREJÓN reembolsaría los gastos de administración que realizara CONINSA lo que habría supuesto el ejercicio de un control sobre los mismos. Adicionalmente la reclamación de CONINSA se hace simplemente a partir de un resultado contable: se gastó más y eso *tuvo* que ser ocasionado como consecuencia del aumento del personal y de los mayores gastos que *debió* generar el control y la vinculación de este. No se puede probar un perjuicio acreditando un resultado y deduciéndolo genéricamente de lo que se estima como una causa << como se gastó más debió ser porque tuvo que gastarse más vinculando más personal >> La prueba puntual de este hecho que permita acreditar que esos mayores gastos en realidad tiene esta causa era, en cualquier caso, necesaria para dar por probado este daño y ella no fue aportada por CONINSA, máxime, como está dicho que la mayor permanencia provino también del bajo rendimiento, aceptado por el dicho de WILLIAM SAVEDRA, empleado de CONINSA.

VII.- La utilidad dejada de percibir en desarrollo del contrato.

El desarrollo argumentativo presentado por CONINSA para hacer esta reclamación es el siguiente: Se establece cuál es a partir de su propia

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

contabilidad el monto de la pérdida que le generó la ejecución del contrato y luego se calcula la utilidad que conforme con el contrato se pactó (y pagó) con las obras ejecutadas y se pide que ese valor se pague de manera independiente. En otros términos, se afirma que como la ejecución del contrato produjo la gran pérdida que se establece en la contabilidad no puede considerarse que se recibió ninguna utilidad; y por tal razón se reclama la utilidad que – conforme con el mismo contrato debía recibirse.

El dictamen contable de parte de CONINSA (Dra. Gloria Zady Correa), señala sobre este particular:

R.: De acuerdo con la contabilidad de CONINSA RAMÓN H., las cuentas contables de ingresos, costos y gastos, dan cuenta de una pérdida en la ejecución del contrato de obra No. 00242010, por un valor total de \$18.288.817.372, calculado así:

CONCEPTO	VALOR \$
Ingresos	26.133.933.399
Costos y Gastos	44.422.750.771
Perdida antes de Impuestos	(18.288.817.372)

(...) Teniendo en cuenta lo anterior, Coninsa Ramón H., no percibió la utilidad que había proyectado recibir, esto es, la suma de \$1.067.300.737, por el contrario, tuvo una pérdida, tal como se presentó en el cuadro anterior.

Acceder a esta pretensión implicaría pagar dos veces la utilidad, que hizo parte de los precios unitarios pactados y los nuevos de las obras adicionales y se determinó con base en ellos la U, así como los correspondientes imprevistos; utilidad que efectivamente fue pagada al realizarse el pago de las obras tanto inicialmente previstas como las adicionales, razón por la cual ella será negada, pues dentro de los costos indirectos estaba incluido tal concepto.

VIII.- El incumplimiento de Cerrejón debido al inicio tardío de las obras

1.- Posición de las partes

Según expuso la Convocante, Cerrejón retrasó el inicio de la ejecución de las obras, lo cual constituyó el primero de los múltiples incumplimientos que se presentaron a lo largo del contrato. En los hechos de su demanda reformada, Coninsa expuso que el Anexo A de la Invitación a Ofertar establecía que el acta

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

de inicio de las obras debía suscribirse dentro los cinco días calendario siguientes a la notificación de la aceptación de la oferta formulada por el interesado. El 28 de octubre de 2010, mediante la comunicación M&S DC-0391-10, se produjo la aceptación de la oferta, con lo cual –según dice la Convocante– el acta de inicio debió firmarse, a más tardar, el 2 de noviembre de 2010. La versión escrita del contrato, sin embargo, solo se firmó hasta el 11 de enero de 2011.

La Convocante destacó que el acta de inicio no se suscribió en la fecha prevista como consecuencia de los retrasos en los que incurrió Cerrejón en la obtención de las respectivas licencias de construcción. Agregó que con el fin de ocultar su incumplimiento, Cerrejón, de forma unilateral, modificó al Anexo A del Contrato y dispuso que el acta de inicio debía suscribirse a más tardar dentro de los 5 días siguientes al 11 de enero de 2011. En sus alegatos de conclusión, la Convocante, además de reiterar estos hechos, subrayó la posición asumida por Cerrejón frente al reconocimiento de los costos en los que Coninsa incurrió en este periodo. Al respecto citó el acta de reunión del 14 de marzo de 2012 en la que Cerrejón habría manifestado su intención de reconocer “*el concepto de inicio tardío*”.

La Convocada se opuso a esta pretensión y negó la veracidad de varios hechos relatados por la Convocante en el numeral correspondiente. En particular, Cerrejón planteó que el Anexo A que suscribió Coninsa y que tuvo oportunidad de revisar y comentar determinó que la iniciación de las obras sería no antes de enero de 2011. Cerrejón igualmente negó que el Contrato se hubiese perfeccionado con la aceptación de la oferta que se produjo el 28 de octubre de 2011. El negocio jurídico se perfeccionó, según su criterio, el 11 de enero de 2011. Por lo tanto, sostuvo que no se podía reputar el incumplimiento de un negocio que, hasta esa fecha (11 de enero de 2011), no tuvo eficacia obligacional.

2.- Consideraciones del Tribunal

Corresponde al Tribunal determinar si Cerrejón incumplió el Contrato al no haber permitido que las obras iniciaran dentro de los cinco días siguientes al 28 de octubre de 2010. Para ese fin, el Tribunal estima pertinente reseñar el contenido de tres documentos que obran en el expediente, a saber: (i) Anexo A de la Invitación Ofertar, (ii) comunicación mediante la cual Cerrejón aceptó la oferta de Coninsa y (iii) Anexo A, no ya de la Invitación a Ofertar, sino del Contrato propiamente dicho.

Respecto del primero de estos documentos, el Tribunal encuentra que su tenor literal corresponde al registrado por la parte Convocante en su demanda

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

reformada. Dice así el numeral 2.0 del Anexo a de la Invitación Ofertar: "*El plazo de ejecución de la OBRA será de OCHO (8) meses contados a partir de la fecha de iniciación fijada en el Acta de Iniciación de la OBRA, suscrita entre los Representados Autorizados de las partes, la cual deberá firmarse a más a tardar a los cinco (05) días calendario de haber notificado CERREJÓN la aceptación de la OFERTA al CONTRATISTA*"⁴⁹.

En cuanto al segundo, obra en el expediente la comunicación M&S-DC-0391-10 del 28 de octubre de 2010, mediante la cual Cerrejón aceptó la oferta de Coninsa en los siguientes términos:

CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED, "CERREJÓN", ha considerado viable su Oferta No. CON-00242010, cuyo objeto es la prestación de los Servicios de Construcción de los Reasentamientos Patilla y Chancleta, en los términos y condiciones contenidos en su comunicación de Septiembre 3 de 2010 y sus posteriores modificaciones, y en el contrato, cuyo documento principal, en original y dos copias, les estaremos remitiendo para perfeccionar.

Lo anterior no implica aceptación de su Oferta No. CON-00242010 por parte de CERREJÓN, ya que dicha aceptación se producirá únicamente con la firma por parte de CERREJÓN de los documentos de contratación que se remiten para su firma.

Para dar inicio a la prestación de los SERVICIOS, una vez suscritos por ambas partes los mencionados documentos, le solicitamos ponerse en contacto con la Ing. Alix Suárez en el teléfono 5955343 o 3176388769 a quien CERREJÓN ha designado como su administrador para el mencionado contrato. Por ahora le agradecemos iniciar gestiones de coordinación y planeación del proyecto y esperar hasta la aprobación de CERREJÓN para iniciar actividades movilización física.

Finalmente, el Anexo A del Contrato reza así:

El término de duración del Contrato inicia a partir de enero 12 de 2011.

El CONTRATISTA se obliga a ejecutar la OBRA en un plazo máximo de NUEVE (9) MESES, contados a partir de la fecha de iniciación fijadas en el Acta de Iniciación de la OBRA, suscrita entre los Representantes Asignados y Autorizados de las partes, la cual deberá firmarse a más tardar a los cinco

⁴⁹ Cuaderno de Pruebas 1, folio 10.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

(05) días calendario después de enero 12 de 2011. El plazo total incluye movilización, construcción de la OBRA hasta su recibo a satisfacción por CERREJÓN y la desmovilización (...).

Como fue descrito en el resumen que se hizo de la posición de las Partes, la Convocante fundamentó su pretensión en el numeral 2 del Anexo A de la Invitación a Ofertar. Ese es el texto que, en criterio de la Convocante, contiene la obligación que fue incumplida por Cerrejón.

De entrada, el Tribunal advierte que no comparte los racionios de Coninsa sobre este punto. El Panel considera que el numeral 2 del Anexo A de la Invitación a Ofertar no impuso la obligación a Cerrejón de dar inicio a las obras a más tardar el 2 de noviembre de 2010. Enseguida se exponen las razones que fundamentan esta conclusión.

En primer lugar, el Tribunal considera que el negocio jurídico no se perfeccionó el 28 de octubre de 2010, fecha en la cual se comunicó la aceptación de la oferta de Coninsa. El artículo 864 del Código de Comercio, aplicable en esta materia, señala que el contrato se entiende celebrado en el lugar de residencia del proponente en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta, salvo estipulación en contrario. Una vez analizadas las pruebas del expediente, para el Tribunal resulta claro que la aceptación de Cerrejón del 28 de octubre de 2010 no fue pura y simple, sino que se sometió a una condición. Por lo tanto, no es correcto afirmar que en esa fecha el consentimiento de las partes se hubiera formado, o lo que es igual, que en esa fecha el contrato se hubiera perfeccionado.

La comunicación M&S-DC-0391-10 del 28 de octubre de 2010 no deja duda sobre la existencia de una aceptación condicional: en ella se afirmó inequívocamente que la misma *"no implica[ba] aceptación de su Oferta No. CON-00242010 por parte de CERREJÓN, ya que dicha aceptación se producirá únicamente con la firma por parte de CERREJÓN de los documentos de contratación que se remiten para su firma"*⁵⁰. Como es sabido, el artículo 855 del Código de Comercio enseña que la aceptación condicional se considera una nueva propuesta. La aceptación tácita no perfecciona el negocio jurídico proyectado. O como dice la Corte Suprema de Justicia, *"la oferta inicial queda en el vacío y surge entonces una nueva propuesta, en la cual ahora el antiguo*

⁵⁰ Cuaderno de Pruebas 5, folio 300.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*destinatario asume la calidad de oferente, dice la Corte Suprema de Justicia*⁵¹. Así las cosas, el Tribunal ratifica la conclusión de que el contrato no se perfeccionó con la recepción de la comunicación M&S-DC-0391-10. El negocio solo vino a perfeccionarse el día en el que se cumplió la condición a la que Cerrejón sometió su aceptación: la firma de la "versión escrita" del Contrato. Esto ocurrió el 11 de enero de 2011.

El razonamiento expuesto en el párrafo anterior es capital para desatar la controversia sobre el punto. Si, como se ha dicho, el contrato solo perfeccionó el 11 de enero de 2011, no es posible imputar incumplimientos en un periodo anterior a este. Podrá discutirse, claro, la responsabilidad *precontractual* de Cerrejón, pero de ninguna manera su responsabilidad contractual.

Cerrejón no asumió la obligación contractual de suscribir el acta de inicio de las obras dentro de los 5 días siguiente al 28 de octubre de 2010 porque en esa fecha el negocio no se perfeccionó. Las obligaciones contractuales de Cerrejón – incluida la del inicio de la obra– nacieron únicamente con la firma del contrato el 11 de enero de 2011. La relacionada específicamente con la firma del acta de inicio de las obras quedó sometida a lo pactado en el Anexo A del Contrato (el cual fue suscrito por acuerdo entre las partes, no por una imposición unilateral de una de ellas). El acta de inicio de las obras debía ser suscrita a más tardar a los cinco (05) días calendario después de enero 12 de 2011, pero no antes. Por consiguiente, no hay lugar a declarar el incumplimiento de Cerrejón.

Para concluir el examen de esta pretensión, el Tribunal considera necesario analizar otro hecho que acreditó la Parte Convocante: la existencia de un acta de reunión de 24 de febrero de 2012 en la que Cerrejón manifestó su intención de reconocer los costos en los que incurrió Coninsa por las demoras en la obtención de la licencia de construcción.

El Panel no desconoce la existencia del mentado documento ni su contenido. Con todo, considera que el mismo no modifica su conclusión sobre la inexistencia de un incumplimiento de Cerrejón en lo que atañe al inicio de las obras. Así como las propuestas o fórmulas de arreglo que se plantean en una conciliación judicial o extrajudicial carecen de valor jurídico si estas se malogran; así, igualmente, las intenciones que se manifiestan en un proceso de arreglo directo carecen de valor si las mismas no se vierten un acuerdo que vincule a las partes. En el caso sometido a consideración del Tribunal, la voluntad que pudo tener Cerrejón no se

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de julio de 2018. M.P Octavio Tejeiro Duque. SC2775-2018.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

exteriorizó en un acto jurídico que le impusiera obligaciones dinerarias por la firma del acta de inicio en el mes de enero de 2011.

A juicio del Tribunal, no es suficiente la enunciación de esta intención de Cerrejón en un acta de reunión para concluir que en su cabeza pesa una obligación resarcitoria. De la misma manera que el Tribunal no puede negar el derecho de Coninsa a reclamar los costos derivados de la mayor permanencia por el solo hecho que en esta acta de reunión Cerrejón manifestara su negativa a hacerlo, tampoco puede el Panel conceder este reconocimiento por el hecho de que la misma empresa manifestara su intención de pagar una suma por dicho concepto. El acta de reunión no tiene eficacia jurídica, no es un contrato de transacción: no contiene renunciaciones de Coninsa, pero tampoco el reconocimiento de derechos en favor de ella.

3.- Conclusión

En virtud de lo anterior, el Tribunal concluye que Cerrejón no incumplió el Contrato en relación con el inicio de las obras. En consecuencia, no accederá declarar la prosperidad de esta pretensión y, en su lugar, dará por probada la primera de las excepciones perentorias propuestas por la Convocada.

IX.- Incumplimiento del Contrato por pago tardío de obras adicionales

1.- El Contrato

La cláusula 5 del Contrato prevé lo siguiente respecto al procedimiento de aprobación y ejecución de obras adicionales:

“CLÁUSULA 5 - CAMBIOS Y OBRAS ADICIONALES.

“CERREJÓN podrá en cualquier momento, solamente por escrito, efectuar cambios, disminuir, aumentar o complementar el Alcance de la Obra, y solicitar al CONTRATISTA que ejecute trabajos adicionales, relacionados con la Obra inicialmente contratada.

“Si el CONTRATISTA estima que los cambios o solicitudes de trabajos adicionales, requieren remuneración adicional, a la establecida en las Condiciones Comerciales estipuladas en el Anexo 8 - Condiciones Comerciales, deberá comunicarlo así, por escrito, a CERREJÓN, dentro de los 5 días hábiles siguientes a aquel en el cual se le notifique el cambio, o la instrucción de trabajos adicionales. En este evento, deberá presentar una oferta a CERREJON para la realización de estos cambios y obras adicionales, debidamente detallada y justificada en cuento a precios,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

cantidades, plazo. Materiales, equipos, mano de obra y demás datos necesarios para facilitar el análisis de la misma, la cual se basará en las tarifas acordadas en el nexo-B Condiciones Comerciales, CERREJÓN podrá aceptarla o solicitar una nueva oferta al CONTRATISTA, casos en los cuales los cambios y las obras adicionales solo podrá iniciarse una vez suscrito el correspondiente Otrosí por CERREJÓN y el CONTRATISTA y se hayan constituido los anexos a las pólizas de seguro adicionales, cuando a ello haya lugar.

“Si el CONTRATISTA no presenta la Oferta dentro del plazo estipulado, las partes entenderán y aceptarán que no hay mérito para remuneración adicional de los cambios u obras adicionales solicitadas, y el CONTRATISTA se obliga a realizarlas sin necesidad de suscribir otrosí alguno (...)”.

La cláusula 12. 2 del Contrato, dispone lo siguiente sobre el procedimiento para pagos:

“12.2 Pagos

“a) Actas Mensuales de Pago. Al final de cada mes, cuando sea el caso, el CONTRATISTA efectuará todos los cálculos necesarios para determinar la cantidad de OBRA que deban ser pagados y los presentará para aprobación de CERREJÓN en un Acta Mensual de Pago, discriminando la labor ejecutada para periodos comprendidos entre las fechas de corte mensual para pagos de CERREJÓN (sin perjuicio de que los Administradores autorizados de las partes acuerden fechas de corte mensuales diferentes). En el Acta se incluirán sólo las cantidades de obras ejecutadas de conformidad con las especificaciones del ANEXO a-Alcance la Obra a satisfacción de CERREJÓN así como las deducciones correspondientes a materiales, equipos, servicios o trabajos suministrados o ejecutados por CERREJÓN, multas y penas a cargo del CONTRATISTA y la amortización del anticipo o de cualquier pago hecho por CERREJÓN por cuenta del CONTRATISTA en caso de ser aplicable.

“EL CONTRATISTA pondrá a disposición de CERREJÓN toda la información y documentos que ésta requiera para la revisión del Acta Mensual de Pago, en especial, copias de los recibos de pago a favor del Sistema de Seguridad Social Integral, Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y Cajas de Compensación Familiar, por el periodo del mes anterior, correspondientes a los aportes relativos a los trabajadores que utilice para la ejecución de la Obra. Así mismo, CERREJÓN podrá solicitar al CONTRATISTA la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

demostración de que se encuentra al día en el pago de salarios y prestaciones sociales de los trabajadores utilizados para la ejecución de la Obra. CERREJÓN se reserva el derecho de no aprobar algún Acta cuando el CONTRATISTA no presente prueba suficiente de pago de dichas obligaciones. Además, pondrá a disposición de CERREJÓN, los informes estipulados en el Anexo D- Salud, Seguridad, Ambiente y Comunidades.

“CERREJÓN revisará el Acta y la devolverá al CONTRATISTA con las observaciones correspondientes para que este prepare y presente la factura correspondiente por el valor aprobado. Las Actas tendrán carácter provisional en lo que se refiere a la calidad y cantidad de Obra. CERREJÓN podrá hacer correcciones o modificaciones a cualquiera de las Actas anteriormente aprobadas y retener el valor correspondiente a la parte de los trabajos que no se hubieran ejecutado a su entera satisfacción. Ningún certificado que no sea el CERTIFICADO DE “ACEPTACIÓN DEFINITIVA de la totalidad o parte de la Obra podrá considerarse como aprobación de alguna parte o de la totalidad de la Obra.

“b) Facturación y Pagos. Las facturas se expedirán solamente de conformidad con lo establecido en los artículos 615 y siguientes del Estatuto Tributario o las normas que los modifiquen, adiciones o sustituyan y, por tanto, no se constituirán en título valor. Dichas facturas se presentarán en original en la Oficina de Radicación y Pagos de CERREJÓN. CERREJÓN conservará el original radicado. Para los contratistas extranjeros, las facturas podrán enviarse por correo electrónico al administrador designado de CERREJÓN. En especial, EL CONTRATISTA deberá cumplir con todas las disposiciones legales que regulen el Impuesto al Valor Agregado (IVA), incluyendo las de discriminar su valor en las facturas que emita, declara y consignar oportunamente el respectivo monto a favor de las autoridades de impuestos. CERREJÓN no estará obligado a realizar pago alguno de facturas si EL CONTRATISTA no cumple con los procedimientos de facturación que exige la Ley.

“CERREJÓN pagará al CONTRATISTA el monto aprobado de las facturas, deducida cualquier retención exigida por Ley y cualquier otro concepto autorizado contractualmente, al mes calendario de recepción de las mismas, en los días hábiles de pago de CERREJÓN. En caso de presentarse errores en la facturación, el plazo para pago contará a partir de la fecha de la segunda radicación de la factura, debidamente corregida. Al momento del pago, CERREJÓN eliminará los centavos, aproximando la cifra por pagar al peso más cercano. El pago se efectuará mediante transferencia electrónica en la cuenta corriente o de ahorros de EL

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

CONTRATISTA, según instrucciones dada previamente por éste. Solamente de no ser esto factible, EL CONTRATISTA se reserva el derecho de no pagar alguna factura, sin que ellos constituya incumplimiento alguno o mora, cuando EL CONTRATISTA no haya entregado, previo a la presentación de la factura, la información requerida para realizar los pagos mediante transferencia electrónica.

(...)"

2.- La posición de las partes:

En su demanda, CONINSA formuló las siguientes pretensiones en lo atinente al pago tardío de obras adicionales:

"SEGUNDA: Que se declare que la sociedad extranjera **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED**, incumplió por acción y por omisión diversas obligaciones y estipulaciones del Contrato de Obra No. CON-00242010 y disposiciones de la ley colombiana.

(...)

"CUARTA: Que se declare que durante la ejecución del Contrato de Obra No. CON-00242010 la sociedad extranjera **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** introdujo cambios en los diseños, planos y en las especificaciones de las obras, ordenó cambios en los programas de obra, decidió la modificación de las obras y la construcción de obras adicionales, que implicaron la ejecución de mayores cantidades de obras y de obras no contempladas originalmente, hicieron que su ejecución resultara más gravosa, produjeron un desplazamiento de la secuencia y de la fecha de realización de las obras, afectaron el cronograma y el plazo de ejecución de las mismas, generando una mayor permanencia en obra de **CONINSA RAMÓN H. S.A.**, todo lo cual produjo mayores costos directos e indirectos no pagados a **CONINSA RAMÓN H. S.A.**"

Sustentó tales pretensiones en los hechos incluidos en el aparte 5.3 de su demanda, denominado "DISEÑOS, OBRAS ADICIONALES Y MAYORES CANTIDADES DE OBRA".

En lo que incumbe al juramento estimatorio, CONINSA estimó esta pretensión indemnizatoria en los siguientes términos:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

“Por los costos derivados de la **financiación de las obras adicionales**, la suma de ciento cinco millones setecientos cuarenta y dos mil ochocientos treinta y siete pesos (\$105.742.837).” (Negrilla fuera del texto original)

En la contestación de la demanda, CERREJÓN se opuso, entre otras, a las pretensiones segunda y cuarta de CONINSA. Frente a la segunda, CERREJÓN aseguró que no existía incumplimiento del Contrato en cabeza de CERREJÓN y que este, más bien, era imputable a CONINSA. En lo que respecta a la cuarta pretensión, CERREJÓN también se opuso y arguyó que la mayor permanencia fue fruto de la deficiente ejecución contractual de CONINSA.

CERREJÓN manifestó que los hechos relacionados por CONINSA en el aparte 5.3 sobre obras adicionales no eran ciertos, en la medida en que, a parte del reservorio, en el Contrato no se ejecutaron obras adicionales. En concepto de CERREJÓN, simplemente se incluyeron rubros adicionales, los cuales fueron íntegramente pagados.

A este propósito, CERREJÓN presentó las excepciones de fondo que denominó “1.-Inexistencia de incumplimiento del contrato CON-00242010 por parte de CERREJÓN”; “6.-Excepción de contrato no cumplido”; “8.- Excepción de ir en contra de sus propios actos”; “10.- Excepción de pago”; y “14.- Excepción referente a que CERREJÓN no está obligada a reconocer suma alguna a CONINSA por los mayores costos, debido a que tuvieron como causa la propia conducta de CONINSA”.

Por último, CERREJÓN objetó el juramente estimatorio formulado por CONINSA por carecer de razonabilidad.

Dictamen y contradictamen técnicos rendidos por INGENIERÍA Y ECOLOGÍA CONSULTORÍA S.A.S. y por el consorcio POCH SAVILLS, respectivamente.

En su dictamen, INGENIERÍA Y ECOLOGÍA CONSULTORÍA S.A.S. afirmó lo siguiente frente a las preguntas 84 y 85 del cuestionario formulado por CONINSA:

“84. Sírvase establecer si las obras o rubros adicionales ejecutados por CONINCSA en desarrollo del Contrato fueron pagadas por Cerrejón inmediatamente después de su ejecución o si, por el contrario, Cerrejón tardó en pagar obras adicionales.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En el segundo caso, el señor Perito se servirá indicar el tiempo que transcurrió entre la ejecución de la respectiva obra o rubro adicional y la fecha en que Cerrejón efectuó el pago de la misma.

En las Actas de Pago y las bitácoras de obra se observa que varias obras o rubros adicionales o no previstos no fueron pagadas por CERREJÓN inmediatamente después de su ejecución, sino varios días y en algunos casos varios meses después. Adicionalmente, como se evidencia en las respuestas a las preguntas 82 a 84 de este cuestionario, algunas de las obras y rubros adicionales que fueron ejecutados por CONINSA no han sido pagados aún y son parte de la reclamación económica del Contratista.

En el siguiente cuadro, elaborado a partir de las bitácoras e informes diarios de obra donde se encuentran los periodos de ejecución de las obras adicionales, se establecen los plazos transcurridos entre (i) el momento en que cada una de estas obras adicionales fue ejecutada y (iii) la fecha efectiva de pago.

Respecto de algunas actividades, a efectos de determinar la fecha de terminación de las mismas, se tuvo en cuenta el informe diario en el cual se hizo el último reporte de la actividad en cuestión.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

o	ELÉCTRICOS	UNIDAD	CANTIDAD ADICIONAL	VALOR PAGADO	OBSERVACIONES	NEGOCIACIONES CON SUBCONTRATISTAS	FECHA DE INICIO	fecha de facturación	Días después de terminada la actividad	Nº DEL ACTA EN EL CUAL SE PAGÓ
1	Se realizaron unos cambios en el diagrama unifilar (interruptor), debido a que en ciertas cajas de interruptores y cajas de iluminación entraban tres tubos, y técnicamente esto no se puede realizar por la estructura física de la caja, como solución se colocaron cajas de paso. (INCONSISTENCIA DE DISEÑO)	und	338	\$2.282.176,00	Se colocaron 4 cajas por casa		07/03/2011	11/07/2012	183	17
2	Los planos no muestran el tipo de acometida de cada uno de los postes que llevan iluminación de la cancha, la Interventoría determinó que el tipo de cable a utilizar para los circuitos de los postes sería de calibre Nº 10 y la prolongación desde el registro al pie del poste sería en calibre Nº 12.	ml	6.723,50	\$14.931.149,23	Incluye los ramales para alumbrado de tarimas.		07/03/2012	11/07/2012	42	17
10	En el diseño estaba planteado cable de aluminio, hasta el registro y empalmarlo desde el registro hacia los tableros con cable de cobre nº 8, este tipo de diseño no aplica para el certificado del RETIE, debido a que en las cámaras (registros) no se puede dejar empalmes y mucho menos con 2 tipos de metales diferentes, por esta razón se instaló un tablero g/ral, que recoge la acometida en aluminio mediante un breaker totalizador, que viene desde el equipo de medida y se distribuyó con 3 totalizadores parciales y cable de cobre, esta fue la forma que acepto el certificado RETIE	Und	24	\$2.715.666,67	Se hizo un pacto con interventoría para pagar 10 tableros de 12 circuitos del centro comunitario equivalentes al valor de 1 instalados, es decir pagaron 20.		18/05/2012	11/07/2012	37	16
				\$3.801.933,33				11/07/2012	37	17
1	Se cambiaron postes de 510 KG-F x 12 mt por postes de 750 KG-F x12 mt	und	10	\$7.643.890,00	Se realizó en julio de 2011.		01/04/2011	19/11/2011	225	9
			1	\$764.389,00			01/04/2011	01/06/2012	420	15
4	Excavación manual para vigas de cimentación y zapatas casas chancleta	m3	348	\$11.547.684,00			21/02/2011	11/07/2012	352	16

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

o	ELÉCTRICOS	UNIDAD	CANTIDAD ADICIONAL	VALOR PAGADO	OBSERVACIONES	NEGOCIACIONES CON SUBCONTRATISTAS	FECHA DE INICIO	fecha de facturación	Días después de terminada la actividad	Nº DEL ACTA EN EL CUAL SE PAGÓ	
5	Excavación manual vigas de cimentación cerramiento casas chancleta	m3	764,28	\$453.943,44			21/02/2011	01/06/2012	312	15	
				\$21.587.200,65			21/02/2011	11/07/2012	352	16	
				\$3.319.959,15			21/02/2011	11/07/2012	352	17	
	Excavación mecánica casas	M3	11.279,30	\$135.712.537,60			21/02/2011	21/11/2011	136	9	
				217,89	\$2.621.652,48			21/02/2011	26/03/2012	262	13
				873,71	\$10.512.478,72			21/02/2011	11/07/2012	369	17
5	Estuco listo profesional para exteriores	M2	2.086,14	\$25.513.492,20		ESTUCO Y PINTURA\PACHA 20-09-011-420 APROBACION DE PRECIOS.pdf	29/08/2011	02/04/2012	41	14	
				462,4	\$5.655.152,00			29/08/2011	01/06/2012	17	15
				144,32	\$1.765.033,60			29/08/2011	11/07/2012	57	16
6	Pintura acriltext para baños y cocinas	M2	794,1	\$7.825.855,50			29/08/2011	02/04/2012	41	14	
				641,1	\$6.318.040,50			29/08/2011	01/06/2012	17	15
				252,56	\$2.488.978,80			29/08/2011	11/07/2012	57	16
7	Estuco profesional pintuco sobre muro incluye filos y dilataciones	M2	15.041,30	\$144.035.488,80			29/08/2011	02/04/2012	41	14	
				2.330,08	\$22.312.846,08			29/08/2011	01/06/2012	17	15
				610,82	\$5.849.212,32			29/08/2011	11/07/2012	57	16
8	Pintura en vinilo tipo 1 para muros interiores	M2	8.506,54	\$70.493.696,98			29/08/2011	02/04/2012	41	14	
				4.249,42	\$35.214.943,54	-	29/08/2011	01/06/2012	17	15	
				2.606,27	\$21.598.159,49	-	29/08/2011	11/07/2012	57	16	
	Adición de varilla en cuarto técnico	Und	24	\$1.323.912,00			19/03/2012	11/07/2012	19	16	

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

o	ELÉCTRICOS	UNIDAD	CANTIDAD ADICIONAL	VALOR PAGADO	OBSERVACIONES	NEGOCIACIONES CON SUBCONTRATISTAS	FECHA DE INICIO	fecha de facturación	Días después de terminada la actividad	Nº DEL ACTA EN EL CUAL SE PAGÓ
			94	\$5.185.322,00			19/03/2012	11/07/2012	19	17
1	Suministro e Instalación de lavatraperos prefabricados en granito pulido	UN	72	\$10.028.448,00			01/09/2011	11/07/2012	166	16
			14	\$1.949.976,00			01/09/2011	11/07/2012	166	17
39	Pasamuros de 2" de jardinera	un	215	\$7.839.975,00			20/09/2011	11/07/2012	242	17
41	Demolición de viga de cimentación muro jardinera	ml	488,85	\$9.226.554,90			15/09/2011	11/07/2012	211	17
43	Suministro de triturado de 3/4	m3	86,93	\$7.646.015,08			30/11/2011	11/07/2012	139	17
			12,8	\$1.125.836,80			30/11/2011	01/10/2012	221	18

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

El contradictamen técnico rendido por el consorcio POCH SAVILLS no controvierte ni hace referencia alguna a lo afirmado por INGENIERÍA Y ECOLOGÍA CONSULTORÍA S.A.S. sobre este punto.

Dictamen y contradictamen contable rendido por GLORIA ZADY CORREA y POCH SAVILLS, respectivamente.

El dictamen contable rendido por la doctora GLORIA ZADY CORREA confirma, por su parte, que los perjuicios en los que incurrió CONINSA por mora en el pago de las obras adicionales ejecutadas fueron de setenta y nueve millones cuarenta mil trescientos noventa y seis pesos (COP \$79.040.396⁵²), monto que, según la perito, corresponde al capital pendiente de pago.

Este punto no fue abordado por el consorcio POCH SAVILLS en su contradictamen contable, pues su objeción se limitó a las actas 19 y 20. No hizo referencia a la supuesta mora en el pago de las demás obras adicionales.

Alegatos de conclusión

CONINSA arguyó lo siguiente en sus alegatos de conclusión:

“Cerrejón exigía que las obras adicionales que ordenaba fueran ejecutadas inmediatamente, pero, en contraste, el pago al que correlativamente tenía derecho Coninsa era retrasado injustificadamente y en otras múltiples oportunidades ni siquiera se realizaba del todo.

Como se muestra en el cuadro relacionado en la respuesta a la pregunta 84 del Dictamen del ingeniero Malagón, **Cerrejón retrasó injustificadamente el pago de 43 rubros adicionales que solicitó ejecutar a Coninsa.** Como puede observarse de dicho cuadro, algunos ítems adicionales alcanzaron un retraso injustificado en su pago de más de 360 días, **lo que se evidencia al contrastar la fecha en la que se ejecutó la actividad y la fecha en que efectivamente se realizó su pago.**

Por ello, de acuerdo con el Dictamen contable realizado por la Dra. Gloria Zady Correa, los perjuicios en los que incurrió Coninsa por mora en el pago de las obras adicionales ejecutadas (aquellas que pagó, pero que lo hizo parcialmente) fueron de setenta y nueve millones cuarenta mil trescientos noventa y seis pesos

⁵² Respuesta a la pregunta 35 y 36 del dictamen de la perito Gloria Zady. C.P. 19, Folio 56.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

(\$79.040.396), monto que corresponde al capital pendiente de pago.”
(Negrilla fuera del texto original)

CERREJÓN, por su parte, no hizo ninguna manifestación particular en sus alegatos sobre este punto.

3.- Consideraciones del Tribunal:

3.1.- Frente al supuesto incumplimiento de la cláusula 5 del Contrato

De acuerdo a la cláusula 5 del Contrato, la ejecución de cambios u obras adicionales que implicaran una remuneración suplementaria estaba sujeta a:

- (i) Que CERREJÓN le remitiera a CONINSA una solicitud en tal sentido;
- (ii) Que CONINSA le formulara a CERREJÓN una oferta por el precio de los cambios u obras adicionales solicitadas;
- (iii) Que CERREJÓN aceptara dicha oferta; y
- (iv) Que la Partes suscribieran un otrosí al Contrato y se constituyeran los anexos a las pólizas de seguro adicionales, si esto último era del caso.

Si bien CERREJÓN niega que, salvo el reservorio, se hayan ejecutado obras adicionales durante el Contrato, los otrosíes No. 1, 3, 5, 8 y 9 prueban que las Partes sí acordaron nuevos precios unitarios, lo cual, a luz de la cláusula 5 del Contrato, solo podía derivarse de cambios u obras adicionales.

En efecto, el Consejo de Estado ha precisado que las obras adicionales en un contrato de precios unitarios “(...) hacen referencia a ítems o actividades no contempladas o previstas dentro del contrato que requieren ser ejecutadas para la obtención y cumplimiento del objeto contractual y, por tal motivo, para su reconocimiento se requiere de la suscripción de un contrato adicional o modificadorio del contrato inicial.”⁵³

En ese sentido, para el Tribunal no es de recibo admitir que los nuevos precios unitarios simplemente corresponden a “rubros adicionales”. Sin duda lo son, pero no puede desconocerse que, en razón al tipo del Contrato, su origen atiende indefectiblemente a cambios u obras adicionales, si no ¿para qué aprobar nuevos precios unitarios?

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2011, rad. 1997-04390, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En peritazgo técnico de INGENIERÍA Y ECOLOGÍA CONSULTORÍA S.A.S., que no fue controvertido sobre este punto por el contradictamen del consorcio POCH SAVILLS, demuestra que CONINSA inició la ejecución de obras adicionales que requerían remuneración suplementaria mucho antes de que se hubiera celebrado el respectivo otrosí, instrumento necesario contractualmente para ese fin.

CONINSA afirma que dio inicio a esos trabajos anticipadamente "con el fin de no afectar el avance de las obras, garantizar su continuidad y sobre todo evitar su parálisis" y en razón a que CERREJÓN "exigía que las obras adicionales que ordenaba fueran ejecutadas inmediatamente".

Más allá de estas finalidades y motivaciones, los momentos de celebración de los otrosíes No. 1, 3, 5, 8 y 9 junto con las conclusiones del dictamen de INGENIERÍA Y ECOLOGÍA CONSULTORÍA S.A.S. sobre este punto, acreditan que tanto CERREJÓN como CONINSA desconocieron las exigencias contractuales para la ejecución de cambios u obras adicionales.

CERREJÓN, al exigir que las obras adicionales se ejecutaran a partir de su solicitud y CONINSA, al iniciar la ejecución de acuerdo a la solicitud de CERREJÓN, obviaron la aplicación de la cláusula 5 del Contrato.

En este sentido, el Tribunal considera que se evidencian todos los supuestos de hecho para que opere la excepción de contrato no cumplido frente a las obligaciones y derechos establecidos en la cláusula 5 del Contrato, formulada subsidiariamente por CERREJÓN en la contestación de la demanda. No hay mérito alguno, por tanto, para declarar un incumplimiento sobre esta materia.

CONINSA, no obstante, reclama los intereses moratorios por los días que pasaron entre la finalización de las obras adicionales y la fecha efectiva de pago de las mismas. Esta pretensión, según la misma CONINSA, se fundamenta en un supuesto incumplimiento del Contrato.

Como ya lo determinó el Tribunal, no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para declarar un incumplimiento de CERREJÓN frente a la cláusula 5 del Contrato, sin embargo, entraremos a determinar si se desatendió alguna otra estipulación contractual que dé pie a declarar un incumplimiento de CERREJÓN.

3.2.- Frente al supuesto incumplimiento de la cláusula 12.2 del Contrato y de otras estipulaciones

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

De acuerdo con la cláusula 12.2 del Contrato, la obligación de pago le era exigible a CERREJÓN al mes calendario de recepción de las facturas. En ese entendido, el único supuesto de hecho que permitiría la causación de intereses de mora en lo que atañe a las obras adicionales, sería que CERREJÓN hubiera pagado las facturas ligadas a estas obras con posterioridad al mes calendario previsto en la cláusula 12.2 del Contrato, materia que hace parte de otra de las pretensiones de CONINSA y que también aborda el presente laudo en otro aparte.

El Contrato en ningún momento prevé que, en caso de obras adicionales, el pago le fuera exigible a CERREJÓN a partir de que CONINSA terminara la ejecución.

En ningún otrosí del Contrato, incluyendo los No. 1, 3, 5, 8 y 9 en los que se aprobaron nuevos precios unitarios, se modificó la cláusula 12.2. Inclusive, en dichos acuerdos modificatorios se estipuló expresamente que su alcance no comprendía los demás apartes del Contrato, los cuales debían permanecer vigentes en sus términos originales. En tales otrosíes, por lo demás, no se contempló ningún reconocimiento en favor de CONINSA sobre la supuesta financiación de las obras adicionales.

En ese sentido, no atiende a la lógica asegurar que, como se inobservó el procedimiento para la aprobación y ejecución de obras adicionales contemplado en la cláusula 5, debe inobservarse – o modificarse al parecer de una de las partes- el procedimiento para el pago de este tipo de obras.

Al momento de celebrar el Contrato, las Partes manifestaron su acuerdo frente a los términos de la cláusula 12.2 y, al suscribir los otrosíes, tanto CONINSA como CERREJÓN reforzaron su disposición a mantener las demás estipulaciones del Contrato que no estuvieran dentro del alcance de estos instrumentos, entre ellas, la cláusula 12.2.

El primer requisito para declarar un incumplimiento es el de evidenciar la existencia de la obligación que supuestamente se incumplió. El Tribunal no evidencia que del Contrato o de sus otrosíes se desprenda la obligación de CERREJÓN de pagar las obras adicionales a partir de su terminación, por tanto la declaración de un incumplimiento de CERREJÓN de una obligación que no estaba en su cabeza, no puede prosperar.

4.- Conclusiones

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal concluye que:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- i) Prospera la excepción de contrato no cumplido frente al procedimiento de aprobación y ejecución de obras adicionales contemplado en la cláusula 5 del Contrato, por tanto no puede declararse un incumplimiento de la misma;
- ii) La inobservancia de la cláusula 5 por parte de CONINSA y CERREJÓN no implica que se deba inobservar o que se haya modificado la cláusula 12.2 del Contrato, relativa al procedimiento para el pago;
- iii) CERREJÓN no estaba obligado a pagarle a CONINSA las obras adicionales a partir de la fecha en que está última hubiera finalizado su ejecución;
- iv) No hay mérito para declarar que CERREJÓN hubiera incumplido el Contrato sobre este particular y mucho menos para condenarlo a pagar un monto de capital insoluto que, por vía de la aplicación del artículo 1653 del Código Civil, le reclama CONINSA.

X.- Restitución del depósito en garantía:

1.- Las estipulaciones contractuales que se refieren al depósito en garantía son las siguientes:

a.- El numeral 5.10 del Anexo A del Contrato (F.- 256, Cuaderno de pruebas No 4), donde se señala:

“El contratista deberá presentar mensualmente a EL INTERVENTOR, una copia magnética y una copia dura de los planos incluyendo los cambios y desviaciones que por construcción o por diseño hayan sufrido alguna modificación con respecto a lo originalmente mostrado. La presentación mensual de los planos as Built será requisito fundamental para la cancelación del acta de pago, así mismo a más tardar quince (15) días calendario después de que la obra sea terminada, debe presentar los planos totales de la OBRA incluyendo los cambios y desviaciones e indicando en el espacio de revisiones del formato, el número de revisión correspondiente contrae PLANOS AS BUIILT.

“**La entrega final** de los planos As Built por parte de EL CONTRATISTA a CERREJÓN será requisito fundamental para el pago de la RETENCIÓN CONTRACTUAL al CONTRATISTA”.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

b.- El Anexo C del contrato (F. 308 Cuaderno de pruebas No 4), mediante el cual se reforma el literal C del numeral 12.2. de la cláusula 12, pero en realidad se repite agregando únicamente que, para la restitución del depósito, el Contratista debe presentar una factura.

“SEGUNDO: El literal C del numeral 12.2. de la cláusula 12 tarifas, pagos, impuestos y facturación adicionales del documento principal el contrato se modificará, quedando así:

“Depósito en garantía. **Cerrejón retendrá a título de depósito en garantía de todas y cada una de las obligaciones del CONTRATISTA para con CERREJÓN** una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor neto correspondiente al Acta Mensual de Pago en cada período de facturación. Las sumas retenidas a título de depósito en garantía no generarán interés, rendimiento o reajuste alguno a favor del CONTRATISTA. Par los efectos de esta cláusula se entiende por valor neto del Acta Mensual de Pago, el obtenido después de deducir del valor de la obra ejecutada en el periodo correspondiente el valor de la amortización del anticipo si lo hubiese.

La restitución del depósito en garantía, deducidas las sumas que el CERREJÓN llegare a cobrar por incumplimiento del contratista, **se efectuará con el Pago Final, previa presentación de una cuenta de cobro.**

c.- El pago final que se encontraba regulado de la siguiente forma en el literal f) de la misma cláusula 12.2 (f. 234 Cuaderno de pruebas No 4):

“Pago final: Al finalizar la ejecución de la obra, **cuando aplique**, El CONTRATISTA le presentará a CERREJÓN para su aprobación, un Acta Final de Pago incluyendo todos **los trabajos debidamente ejecutados y no facturados hasta la fecha.** Una vez aprobada tal Acta por CERREJÓN, el CONTRATISTA presentará su factura final, acompañada de los siguientes documentos:

“Comunicación del CONTRATISTA declarando que recibido el PAGO FINAL, libera a CERREJÓN de toda responsabilidad, obligación y reclamo relacionado con la ejecución de la Obra, comprometiéndose a defender e indemnizar a CERREJÓN de todo perjuicio que llegare a sufrir, incluyendo el pago de honorarios de abogados y costas del proceso, ante cualquier

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

demanda, acción o pretensión instaurada por subcontratistas, proveedores o trabajadores del CONTRATISTA o por terceros, que surja con ocasión, o se relacione de cualquier forma con la ejecución de la Obra, declarando transigida cualquier reclamación, pleito, demanda, acción o pretensión, por cualquier motivo que provenga o se relacione, directa o indirectamente, con dicho Contrato.

“Comunicación suscrita por el representante legal del CONTRATISTA y su revisor fiscal o contador, certificando que se encuentra a paz y salvo por todo concepto relacionado con las obligaciones laborales para con los trabajadores utilizados en la ejecución de la Obra, comprometiéndose a defender e indemnizar a CERREJÓN ante cualquier demanda, acción o pretensión instaurada por sus trabajadores por este concepto.

“CERTIFICADO DE ACEPTACIÓN DEFINITIVA de la totalidad de la Obra expedido por CERREJÓN.

“Constancia expedida por CERREJÓN declarando al CONTRATISTA a paz y salvo por concepto de: a) bienes entregados al CONTRATISTA en calidad de comodato o arrendamiento; b) bienes no fungibles adquiridos por el CONTRATISTA y reembolsados por CERREJÓN; c) restitución de tarjetas de identidad para ingreso a las instalaciones de CERREJÓN suministradas a los trabajadores o subcontratistas del CONTRATISTA; d) pago de servicios suministrados por CERREJÓN o terceros al CONTRATISTA; e) devolución o pago de cualquier otro bien o servicio suministrado al CONTRATISTA en desarrollo de la Obra; f) garantías del CONTRATISTA y sus subcontratistas de conformidad con la cláusula de **GARANTÍAS** de este Contrato.

“Al mes calendario de la presentación de la factura final con los anteriores documentos, CERREJÓN entregará al CONTRATISTA un Certificado de Paz y Salvo por la Obra y pagará el monto aprobado de su factura final (en fecha hábil de pago para CERREJÓN), deducida cualquier retención exigida por ley o pactada contractualmente.”

2.- Desde la contestación de la demanda la CONVOCADA aceptó deber el monto reclamado por retención en garantía en la demanda y justificó su decisión de no pagarlo en lo dispuesto en el literal c) de la cláusula 12.2 relativa a los pagos del Contrato de Obra, anteriormente citada.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Esa manifestación fue reiterada por el apoderado judicial del CERREJÓN en sus alegatos de conclusión, donde se afirma:

“Ante todo destaco que tal como lo señalé en el escrito de respuesta a la demanda, CERREJON jamás ha negado que, como retención o depósito en garantía, proveniente de acuerdo válido entre las partes, tiene en su poder la suma de \$2.371.624.971,41⁵⁴ pero CONINSA no tiene derecho a exigir ese reintegro mientras no cumpla con lo pactado para que lo anterior pueda darse, única forma de conocer cuánto hay que devolver, si a ello hubiere lugar.”

3.- La misma convocada, en la demanda de reconvención formuló la siguiente pretensión:

“Tercera: Que se declare que de conformidad con el anexo C, cláusula segunda del contrato de obra CON -0024210, CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED tiene derecho a deducir del depósito de garantía todas las sumas que sean consecuencia del incumplimiento de CONINSA RAMON H. S.A. y que se impongan en el laudo.”

4.- En relación con los planos as Built, la estipulación contractual establece como requisito para el pago del depósito en garantía su **entrega final** por parte del contratista y no su **aprobación**, razón por la cual el Tribunal entenderá por cumplido este requisito desde la fecha en la que lo anterior se produjo, esto es, desde el **5 de octubre de 2012**.

En la comunicación SOP-IMIS-006-2013 CERREJÓN rechazó la solicitud de devolución del depósito en garantía formulada por el Contratista y en relación con los planos as Built, indicó que estos no habían sido aceptados y que su *entrega final* por el Contratista se produjo el 5 de octubre de 2012 fecha en la cual decidieron contratar a otra persona para que los realizara por un valor de \$ 15'600.000, suma que no fue reclamada por CERREJÓN en su demanda de reconvención.

En esta comunicación se lee:

⁵⁴ A lo largo del desarrollo del contrato no existió cuestionamiento alguno frente a la cláusula transcrita y es así como a la finalización de las obras existe la suma retenida en garantía por el valor antes señalado la que salvo una diferencia mínima es coincidente con la estimada en el aparte 9) del juramento estimatorio de la demanda.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

“De conformidad con el Numeral 5.10 — Modificaciones y Planos "Según se construyó" del Anexo A — Alcance de la Obra del Contrato, a más tardar quince días calendario después que la Obra se ha terminado, el Contratista deberá presentar los planos As-built de la Obra incluyendo los cambios y desviaciones.

“Si bien el Contratista entregó dichos planos en su primera versión en junio 8 de 2012, los mismos fueron devueltos por CERREJÓN en reiteradas ocasiones (16 veces), tras realizar diligentemente la revisión de los mismos, entre el periodo de junio — agosto de 2012 (todas ellas respaldadas con su soporte escrito), al no plasmar la realidad constructiva del Proyecto. Cerrejón indicaba claramente en sus comunicaciones las modificaciones y correcciones a implementarse en los planos sin que las mismas fueran atendidas por el contratista. En oficio SOP4MIS-099-2012 del 21 de agosto de 2012, CERREJÓN ratifica lo antes mencionado e insta al Contratista a enviar la versión final corregida de tales planos ante la limitación de recursos para continuar realizando revisiones adicionales, **pero el contratista solo hasta el 5 de octubre de 2012 envía tal versión.**

“Precisamente en virtud de tal limitación de recursos anunciada, CERREJÓN inició la última revisión de estos planos que solo pudo ser culminada hasta el mes de diciembre de 2012.

“A través del oficio SOP-IMIS-003Q013 del 3 de Enero de 2013, Cerrejón formalizó la devolución de los planos As-Built enviados por CONINSA RAMON H, debido a que se encontraron 153 desviaciones por parte del Administrador Designado de CERREJÓN que no permiten su recibo a satisfacción.

“Ante el desgaste de este proceso de revisión y el incumplimiento reiterado del Contratista, CERREJÓN ha decidido generar la última versión de los planos con un contratista diferente, a expensas de Coninsa Ramon H. El costo estimado de este trabajo es de Col\$ 15'600.000.”

En relación con la entrega final de los planos as Built, no hay en el expediente un medio de prueba que acredite que CONINSA cumplió *adecuadamente* con dicha obligación; la posición de dicha parte, avalada por el dictamen de Alfredo Malagón, consistió en señalar que, en la medida en que mensualmente se aprobaban los planos As Built, lo

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

que ocurrió hasta la última acta de pago (No 18) la actitud de CERREJÓN de rechazar la entrega final no resulta congruente.

Señala Alfredo Malagón en su dictamen:

“Así las cosas, era obvio que al finalizar las obras el Contratista presentaría el consolidado de los planos record que había venido entregando mensualmente, tal y como en efecto lo hizo. Por consiguiente, si Cerrejón no presentó observaciones a los planos as built entregados por el Contratista junto con las actas de pago Nos. 1 a 18 que fueron canceladas por el Contratante, resultaría ilógico que en el momento de recibirlos consolidados formulara observaciones o solicitara correcciones, porque habiendo tenido la oportunidad para hacerlo habría prescindido de la misma.”

CERREJÓN, por su parte presentó las comunicaciones en las que rechazó la versión *final* de los planos As Built, pero tampoco acreditó pericialmente que éstos tuvieran las falencias indicadas en ellas:

- Comunicación del 26 de abril de 2012 CONINSA Planos AS BUILT Reasentamiento patilla y chancleta (Cuaderno de Pruebas No 12 Folio 240)
- Comunicación del 26 de abril de 2012 AB PROYECTOS S.A Asunto: “Reasentamiento de las comunidades de patilla y chancleta – Entrega de planos AS BUILT Patilla”(Cuaderno de Pruebas No 7 folio 216)
- Comunicación del 26 de junio de 2012 CONINSA Entrega de planos AS BUILT Patilla y Chancleta (Cuaderno de Pruebas No 12 Folio 330)
- Comunicación del 27 de julio de 2012 AB PROYECTOS S.A Asunto: “Reasentamiento de las comunidades de patilla y chancleta – Entrega de planos AS BUILT Patilla”(Cuaderno de Pruebas No 6 folio 502)
- Comunicación del 21 de agosto de 2012 CERREJON Entrega Final de planos AS BUILT (Cuaderno de Pruebas 6 Folio 521)
- Comunicación del 4 de enero de 2013 CONINSA Reasentamientos Patilla y Chancleta (Cuaderno de Pruebas No 12 folio 370)

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Si se estimara que la *entrega final* de dichos planos es una obligación de medios en la medida en que éstos debían cumplir requisitos técnicos para considerarlos *adecuados*, el Tribunal debería determinar a cuál parte le incumbía la carga de acreditar su cumplimiento; pero lo que textualmente señala el contrato es que CONINSA debía realizar la *entrega final* de los planos As Built, razón por la cual tal obligación se dará por cumplida desde el 5 de octubre de 2012 conforme con lo señalado por CERREJÓN en la comunicación SOP-IMIS-006-2013 que se acaba de citar.

3.- En relación con la condición contractual según la cual el depósito en garantía solo podía restituirse con el *pago final* y el Contratista no cumplió las condiciones estipuladas en el contrato para que se produjera dicho pago el Tribunal anota:

El pago final estaba establecido en el literal f) de la misma cláusula 12.2 del contrato, antes transcrita, como una regulación *contingente* en el sentido de que solo debía realizarse en el evento en el que el Contratista, a la finalización del contrato, considerara que existían obras ejecutadas y no pagadas; eso es lo que quiere decir que dicho pago procede “cuando aplique”, como reza textualmente la estipulación, cuyo texto se transcribe nuevamente: Si el Contratista ejercía el derecho previsto en esta cláusula debía presentar el acta para la aprobación de la Contratante y tenía el derecho de elaborar la factura por el valor aprobado para obtener el denominado *pago final* del contrato.

Al resolver la reclamación relativa a las actas 19 y 20 que corresponden a dicho pago, se explicó que dicha estipulación evidencia que las partes no le dieron a las ACTAS MENSUALES DE PAGO carácter definitivo en relación con la cantidad y la calidad de las obras ejecutadas porque pactaron que, al final del contrato, el CONTRATISTA *podía* presentar el ACTA DE PAGO FINAL y reclamar obras no pagadas en dichas actas; y, la CONTRATANTE también *podía* descontar obras pagadas (por no haberse ejecutado o por no tener la calidad prevista en el contrato).

Si esto ocurría, esto es, si se autorizaba la presentación de la factura por el *pago final*, el desembolso de su valor por la CONTRATANTE estaba sujeto a una serie de condiciones dirigidas a establecer que no habría reclamaciones posteriores por lo cual el Tribunal asimiló tal estipulación a una liquidación bilateral sin objeciones.

Tal y como se expuso al resolver la reclamación relativa al pago de las Actas 19 y 20, está probado que el Contratista, luego de finalizado el contrato, presentó actas por obras ejecutadas y no pagadas y la Contratante no las aprobó, por lo cual se concluyó que CONINSA no contaba con la autorización contractual necesaria para presentar a factura para el PAGO FINAL del contrato. Y al resolver esta reclamación el Tribunal

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

también concluyó que en realidad sí existía un monto de obras debidamente construidas no incluidas en las diez y ocho actas mensuales de pago, que debieron ser aprobadas por CERREJÓN e incluidas en el PAGO FINAL.

El hecho de que la CONTRATANTE no hubiese aprobado el valor reclamado por obras ejecutadas no incluidas en las actas mensuales de pago y por tanto no hubiese realizado el *pago final* del contrato no la autorizaba para no restituir el depósito en garantía: si CERREJÓN adoptó la decisión de no aprobar las actas finales (19 y 20) y por tanto no autorizar la factura por el *pago final*, lo que debió hacer al mismo tiempo, fue autorizar el pago de la suma correspondiente a la retención en garantía.

La cancelación de la factura correspondiente al PAGO FINAL que – se itera – debía contener el valor adeudado y aprobado por obras debidamente ejecutadas no pagadas, estaba sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos dirigidos a establecer que no habría otras reclamaciones del contratista; pero, si era claro que no se iba a realizar dicho pago porque el CERREJÓN no aceptó deber obras ejecutadas y no pagadas, esta circunstancia no lo autorizaba a no pagar las sumas retenidas en garantía, que no tenía que ver directamente con el hecho de que no fueran aprobadas las referidas actas.

6.- En síntesis, la restitución del depósito en garantía debía hacerse con el PAGO FINAL que era un pago que podía darse o no en el contrato (solo se presentaba si efectivamente el Contratista reclamaba obras ejecutadas y no pagadas y si la Contratante aprobaba el pago de algún valor por este concepto). Si se realizaba ese pago aplicaba la cláusula conforme con la cual con dicho *pago final* debía restituirse el depósito en garantía. Si no se realizaba dicho pago (porque no ser reclamado o por no aprobarse una suma para facturar), CERREJÓN no podía dejar de restituir el depósito en garantía: lo que debía hacer – se itera – era autorizar el pago – en el momento en el que determinara que ese hito contractual no iba a ocurrir.

En la medida en que CERREJÓN le comunicó a CONINSA la decisión de no pagar las obras adicionales reclamadas con las actas 19 y 20 desde el 6 de agosto de 2012, con la comunicación SOP-IMIS- 093-2013, pero CONINSA presentó la versión final de los planos AS BUILT el 5 de octubre de 2012, el Tribunal concluye que se encuentra en mora de hacerlo desde esa fecha.

7.- Conforme con lo pactado en el contrato, tampoco puede entenderse que la CONVOCADA solo estaba obligada a restituir el depósito en garantía cuando se determinara si la CONTRATISTA le debía alguna suma de dinero, como consecuencia de los incumplimientos que le imputara y menos puede entenderse que la obligación de

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

CERREJÓN solo debía cumplirse luego de que se proferiera una decisión sobre este punto en el laudo arbitral.

En el contrato se estipuló que la CONTRATANTE podía deducir del depósito en garantía los valores que el Contratista le adeudara por sus incumplimientos. El literal c) de la cláusula 12.2 relativo a los pagos del Contrato antes citado, facultaba a la Contratante a deducir del depósito en garantía tales sumas, que corresponden al valor de las multas o penas que estaba autorizada a imponer como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones por parte del Contratista.

La restitución del depósito en garantía debía hacerse, como lo reza la cláusula “deducidas las sumas que CERREJÓN **llegare a cobrarse por incumplimiento** del CONTRATISTA, se efectuará con el Pago Final” y es claro que el contrato autorizaba al CERREJÓN a *cobrarse por incumplimiento*, determinadas sumas de dinero y descontarlo del depósito en garantía, luego a esas sumas era a las que se refería el contrato. Dicha estipulación no autorizaba a dicha sociedad a no realizar la restitución de la suma correspondiente al depósito en garantía.

Con base en estas consideraciones el Tribunal rechazará la tercera pretensión de la demanda de reconvención.

8.- El Tribunal ha interpretado las cláusulas contractuales que regulan la devolución del depósito en garantía partiendo de lo que en ellas literalmente se expresa, de donde ha deducido que:

a.- La condición relativa a la entrega final de los planos as Built solo consistía en realizar dicha entrega, razón por la cual la restitución del depósito en garantía no podía negarse mientras no se *aprobaran* por la CONTRATANTE dichos planos.

b.- La condición relativa a que la restitución en garantía se hiciera con el pago final, solo operaba si las condiciones para que se dieran dicho pago se cumplían, lo que ocurría si el CERREJÓN aprobaba la realización de obras adicionales no incluidas en las actas de pago y si las partes se ponían de acuerdo en determinar que sólo se adeudaba determinada suma al final del contrato para cerrar cualquier controversia futura frente al mismo, se declaraban mutuamente a paz y salvo y CERREJÓN expedía un certificado de aceptación definitiva de las obras, por lo que sólo en este caso sería procedente hablar de un pago final.

A estas las estipulaciones del contrato no puede dársele la interpretación que le otorgó el CERREJÓN según la cual mientras dicha parte no **aprobara** los planos AS BUILT, y

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

mientras no declarara a paz y salvo al CONTRATISTA y expidiera un certificado de aceptación definitiva de las obras, no estaba obligada a devolver el depósito en garantía. Esa interpretación no se deduce del texto literal de las estipulaciones del contrato antes transcritas y darle este alcance a lo allí plasmado implicaría considerar que la obligación de restituir el depósito en garantía estaba sujeta a una condición meramente potestativa y nula en los términos del artículo 1535 del Código Civil.

8.- El acuerdo contractual conforme con el cual el depósito en garantía no generaba intereses, "rendimiento o reajuste alguno a favor del contratista" (literal "c" de la cláusula 12.2) regula válidamente dicha prohibición durante la ejecución del contrato y tenía aplicación cuando, finalizado el mismo, la restitución de esta suma se realizará de manera oportuna. Su estipulación se entiende incluida con el objeto de precisar que, aunque esta era una suma que se entendía causada a favor del Contratista desde el momento en que se pagaba el ACTA MENSUAL, su pago a la finalización del contrato no generaba intereses o reajustes solamente durante este periodo. Establecido que el CERREJÓN no cumplió con dicha obligación cuando conforme con el contrato debía hacerlo, a partir de dicho momento se causan intereses moratorios.

9.- Por último, en el literal "d" de la misma cláusula 12.2 del contrato está pactado el derecho de CERREJÓN para "retener cualquier monto que deba pagar al CONTRATISTA **por la ejecución de la obra**, inclusive del pago final, cuando el CONTRATISTA haya incumplido alguna de las obligaciones a su cargo o cuando por cualquier otra circunstancia CERREJÓN presente reclamación judicial o extrajudicial contra él." Y luego la misma cláusula señala que "CERREJON liberará los pagos retenidos cuando <<el Contratista subsane el incumplimiento y satisfaga las reclamaciones presentadas contra él por CERREJÓN"

El Tribunal no estima necesario pronunciarse sobre la eficacia o validez de una cláusula en la cual se establece la retención en el pago de lo adeudado en un contrato con fundamento en la simple reclamación extrajudicial o judicial que la que la contraparte en el contrato realice y se señala que ese pago solo se liberará cuando dicha reclamación sea *satisfecha* por el Contratista, porque considera que dicha estipulación no resulta aplicable a la restitución del depósito en garantía que está regulada de manera específica en el literal precedente de modo que el literal "b" regula dicha situación mientras que el literal "c" regula la retención de pagos adeudados **por la ejecución de la obra**. Por esta razón se rechazará la tercera pretensión de la demanda de reconvención.

10. Habida cuenta de que en el dictamen de parte presentado por CONINSA y rendido por la doctora Gloria Zady Correa se establece que del valor total por cobrar del

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

depósito en garantía (\$2.371.624.887) sobre la cual se generan intereses moratorios desde el 5 de octubre de 2012.

Conclusión:

Con base en lo expuesto el Tribunal:

1.- Rechazará la tercera pretensión de la demanda de reconvención.

2.- Condenará a CERREJÓN a pagar el monto total de la retención en garantía que asciende a DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$2.371.624.887), más los intereses moratorios comerciales causados desde el 5 de octubre de 2012 hasta la fecha del laudo (15 de febrero de 2019), los cuales ascienden a TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA MILLONES Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS (\$3.346.807.693).

XI.- Las sumas adeudadas por el pago tardío de facturas.

Esta petición formulada en la demanda se refiere a las facturas Nos. 247575, 248088, 248300, 248301, 248929, 250031, 250163, 250321, 251312, 251481, 251591, 252311, 252899 y 254071, y fue estimada en la demanda en la suma de ciento cuarenta millones veinte y siete mil novecientos setenta y siete pesos (\$140.027.977), "por concepto de capital pendiente de pago".

1.- Posición de las Partes

En el acápite 5.7 de los hechos de la demanda reformada, intitulado otros incumplimientos que afectaron la ejecución de las obras, la Convocante reseñó que según la cláusula 12 del Contrato, tras la elaboración de las actas mensuales de obra y su revisión por Cerrejón, se debía presentar la factura para que fuera pagada en el mes calendario siguiente a su recepción. Esta obligación, según se lee en la demanda, habría sido incumplida por Cerrejón en diversas oportunidades, pues el pago no se produjo dentro del plazo convenido para el efecto. En sus alegaciones finales, Coninsa reiteró estos señalamientos y se refirió al dictamen contable elaborado por la Perito Gloria Zady Correa para sustentar sus peticiones.

La Convocada negó el incumplimiento; indicó que una vez Coninsa cumplía las obligaciones para la emisión de la facturas, Cerrejón las pagaba en la oportunidad debida; y destacó también que en determinados casos fueron el Interventor o Cerrejón

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

quienes requirieron a Coninsa para que presentara los soportes de pago que permitían tramitar el pago de las facturas. En adición a esto, la Convocada adujo que Coninsa no alegó este incumplimiento en la ejecución del contrato, lo cual solo vino a hacer con la formulación de la demanda.

2.- Consideraciones del Tribunal

Para el Tribunal está fuera de toda duda que según lo convenido en la letra b del numeral 12.5 del Contrato, Cerrejón debía pagar a Coninsa el monto aprobado de las facturas, deducida cualquier retención, dentro del mes calendario siguiente a su recepción:

Cerrejón pagará al CONTRATISTA el monto aprobado de las facturas, deducida cualquier retención exigida por la Ley y cualquier otro concepto autorizado contractualmente, al mes calendario de recepción de las mismas, en los días hábiles de pago de CERREJÓN. En caso de presentarse errores en la facturación, el plazo para pago contará a partir de la fecha de la segunda radicación de la factura, debidamente corregida. Al momento del pago, CERREJÓN eliminará los centavos, aproximando la cifra por pagar al peso más cercano. El pago se efectuara mediante transferencia electrónica en la cuenta corriente o de ahorros de EL CONTRATISTA, según instrucción dadas previamente por éste. Solamente de no ser esto factible, EL CONTRATISTA podría acordar con CERREJÓN la posibilidad de pago con cheque. CERREJÓN se reserva el derecho no pagar alguna factura, sin que ello constituya incumplimiento alguno o mora, cuando EL CONTRATISTA no haya entregado, previo a la presentación de la factura, la información requerida para realizar los pagos mediante transferencia electrónica.

En el proceso quedó demostrado que no obstante el plazo citado, Cerrejón retrasó en varias oportunidades el pago de las facturas emitidas por Coninsa. En efecto, en el peritazgo contable aportado por la Convocante se explicó (Cuaderno de Pruebas No 19 folios 51 y 52):

Tal como se pudo evidenciar en el cuadro de la respuesta a la pregunta anterior, la mayoría de las facturas, pagadas presentan días de mora sobre la fecha prevista para el pago; en el siguiente cuadro me permito presentar para cada una el número de días de mora:

Tipo	Numero	Valor Factura	Fecha de Radicación	Fecha de vencimiento	Fecha de pago	valor cancelado	Días de Mora
FV	247575	553.798.800	20/04/2011	20/05/2011	30/05/2011	553.798.800	10

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

FV	248088	372.970.120	9/06/2011	9/07/2011	12/07/2011	372.970.120	3
FV	248300	612.878.514	23/06/2011	23/07/2011	26/07/2011	1.329.725.584	3
FV	248301	716.847.070	23/06/2011	23/07/2011	26/07/2011		3
FV	248929	980.420.465	18/08/2011	18/09/2011	19/09/2011	980.420.465	1
FV	250031	1.349.611.580	1/12/2011	1/01/2012	3/01/2012	1.328.839.519	2
FV	250163	1.253.609.270	14/12/2011	14/01/2012	17/01/2012	1.253.609.270	3
FV	250321	940.535.002	20/12/2011	20/01/2012	24/01/2012	940.535.002	4
FV	251312	1.027.701.649	12/03/2012	12/04/2012	13/04/2012	1.027.436.408	1
FV	251481	1.561.848.619	26/03/2012	26/04/2012	27/04/2012	19.357.460	1
					30/04/2012	1.542.491.159	4
FV	251591	1.455.992.108	3/04/2012	3/05/2012	31/05/2012	1.455.992.108	28
FV	252311	1.509.397.262	1/06/2012	1/07/2012	5/07/2012	1.509.397.262	4
FV	252899	1.664.306.488	11/07/2012	11/08/2012	20/09/2012	1.664.306.488	40
FV	254071	467.353.038	1/10/2012	1/11/2012	21/12/2012	467.353.038	50

En cuanto al pago de intereses por parte de Cerrejón, en la contabilidad de CONINSA RAMON H., no hay evidencia de haberlos recibido.

Teniendo en cuenta que las facturas se pagaron en fechas posteriores a la fecha de vencimiento, se generan intereses de mora sobre cada una de ellas.

Al realizar la liquidación de intereses sobre cada una de las facturas, imputando cada uno de los pagos primero a intereses y luego a capital, a la fecha del último pago, esto es el 21/12/2012, queda un saldo insoluto de capital por valor de \$140.027.977, los cuales generan intereses de mora hasta el 31 de agosto de 2017, fecha de corte de corte de éste informe, por un valor total de \$176.876.736.

No hay prueba en el expediente de que mediara una causal exonerativa de la responsabilidad de Cerrejón por el pago tardío de estas facturas. Tampoco se alegó algo tal en la contestación de la demanda reformada. En los dictámenes de contradicción elaborados por POCH no se refutó la conclusión de la Perito Contable, como tampoco la expresada sobre el mismo punto por Ingeniería y Ecología Consultoría

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

S.A.S que, en lo fundamental, reiteró lo dicho por la experta contable⁵⁵. Como ya se ha indicado, la falta de refutación implicaba, según POCH SAVILS, conformidad con las conclusiones de Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S. En efecto, en el primer capítulo del peritazgo de POCH SAVILS se introdujo la siguiente prevención: "*Una vez revisada y analizada la información correspondiente al documento, Dictamen Pericial Técnico de Parte elaborado por la firma Ingeniería y Ecología Consultoría SAS y sus anexos, a continuación se presentan los argumentos respecto a aquellas respuestas con las cuales se presenta desacuerdo*"⁵⁶. No siendo una de esas respuestas la relacionada con el pago oportuno de las facturas, el Tribunal debe concluir que, igualmente, en criterio de POCH SAVILS, el incumplimiento se produjo.

3.- Conclusión:

Con fundamento en las anteriores motivaciones, el Tribunal concluye que Cerrejón sí incurrió en mora en el pago de las facturas descritas. Como es sabido, la indemnización de perjuicios por la mora en el pago de obligaciones dinerarias está tarifada: los intereses de mora corren a cargo del deudor, a título de indemnización de perjuicios, desde el momento en que se constituyó en mora de pagar la obligación dineraria. Por esto, no viene a cuento el artículo 94 del Código General del Proceso. Cerrejón se constituyó en mora en el pago de las facturas, no con la notificación del auto admisorio de la demanda, sino desde el fenecimiento de los plazos para el pago de su importe, como lo prevé el primero de los numerales del artículo 1608 del Código Civil.

En la medida en que con el dictamen pericial está demostrado que CERREJON incurrió en mora en el pago de las mencionadas facturas al realizar su cancelación por fuera del término pactado, el Tribunal despachará favorablemente esta pretensión aplicando lo dispuesto en el artículo 1653 del Código Civil por lo cual se tendrán como saldos insolutos de ellas los indicados en el dictamen al aplicar los pagos primero a intereses y luego a capital. La condena se hará por la suma de de CIENTO CUARENTA MILLONES VEINTISIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS (\$140.027.977) (como capital insoluto) y por los intereses causados hasta la fecha del laudo, que ascienden a CIENTO SETENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$176.876.736).

La tasa que se ha de aplicar en la liquidación de la condena, tratándose de un acto de comercio, la fija el art. 884 del Código Comercio. La cuantificación de la misma la hará el Tribunal en el capítulo destinado al efecto.

⁵⁵ Cfr. Respuesta a la pregunta 89. Folio 205, cuaderno de pruebas 20.

⁵⁶ Cuaderno de Pruebas 22, folio 4.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

XII.- El reclamo relativo al pago de las facturas correspondientes a las actas 19 y 20.

1.- Posición de las Partes

CONINSA solicita condenar a CERREJÓN a pagar la totalidad del valor incluido en las facturas No. 254149 y No. 254199 (en adelante, las "Facturas"), el cual asciende a COP \$2.434.235.281, las cuales corresponden a la ejecución de obras adicionales (Acta No. 19) y mayores cantidades de obra (Acta No. 20), que no fueron pagadas al finalizar la ejecución del contrato y debían ser canceladas con fundamento en lo estipulado en el literal f) de la cláusula 12.2. que regula el PAGO FINAL del Contrato. Afirma que CERREJÓN no rechazó ni devolvió las Facturas dentro del término legal para ello y estima que el Tribunal debe, por tanto, ordenar el pago total de su importe porque, según el artículo 773 del Código de Comercio, las facturas fueron irrevocablemente aceptadas por Cerrejón.

Al contestar la demanda reformada, Cerrejón admitió que las facturas se devolvieron, pero negó que hubieran sido aceptadas. Como medio exceptivo propuso el de inexistencia de las facturas en la contabilidad de Cerrejón y, en subsidio de ello, el de caducidad de la acción cambiaria. En sus alegaciones finales destacó que las obras que fundamentaban las dos facturas hacían parte de la programación inicial, por lo que estas ya habían sido pagadas. O si no fue así, Coninsa no presentó los soportes de las mismas. Agregó también que la inexistencia de tales facturas en la contabilidad de Cerrejón obedecía a que, antes de su emisión, no se siguió el procedimiento señalado en el contrato para su pago, vale decir, no se contó con la medición y verificación de las cantidades de obra por la Interventoría del proyecto.

2.- Consideraciones del Tribunal

El Tribunal no ordenará el pago de estas facturas a partir de lo dispuesto en las normas legales relativas a su condición de título valor; con base en lo estipulado en el contrato y en las pruebas allegadas al proceso se pronunciará, primero, sobre las condiciones establecidas para que CONINSA tuviera derecho a obtener la aprobación de las actas de pago y luego sobre el derecho a la cancelación de obras debidamente ejecutadas y no incluidas en las actas mensuales de pago.

2.1. Los antecedentes de la reclamación y las pruebas.

1.- CONINSA, al desarrollar este hecho en la demanda, afirma que las Facturas se presentaron con fundamento en lo estipulado en el literal f) de la cláusula 12.2 del

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Contrato que regula el PAGO FINAL, sin que en sus comunicaciones se haga referencia a esta estipulación contractual, no obstante, lo cual se trata efectivamente de actas presentadas luego de la finalización de la ejecución del Contrato.

El perito de la Convocante, Alfredo Malagón, hace la siguiente referencia que permite evidenciar que efectivamente las Actas No. 19 y No. 20 corresponden a obras que, de acuerdo con dicha parte, fueron ejecutadas durante el desarrollo del Contrato y no fueron pagadas por CERREJÓN (Cuaderno de Pruebas No 20 folio 189):

“Revisadas las distintas actas de pago suscritas por las partes, en las cuales constan las obras ejecutadas mensualmente, encuentro que el Acta de Pago No. 18 contiene las actividades de obra ejecutadas por el Contratista en la etapa final del Contrato, es decir, hasta el 15 de mayo de 2012.

“En la comunicación del Contratante No. SOP-IMIS-119-2012 del 27 de septiembre de 2012, Cerrejón remitió la mencionada Acta de Pago No. 18 e indicó:

<<Adjunto a la presente el Acta de Pago No 18 de Obra correspondiente a los trabajos ejecutados por su empresa en la etapa final del proyecto. Nos permitimos aclararle que en esta acta se está descontando el saldo del anticipo entregado a su empresa al inicio del contrato por valor de \$400'144.132 para recuperar el valor total del anticipo de \$2.676'000.000.>>

“En el texto del Acta de Pago No. 18 remitida por el Contratante, observo que el período facturado corresponde al “5/1/2012-5/15/2012”, esto es, desde el 1 hasta el 15 de mayo de 2012, fecha prevista para la terminación de las obras.

“Por lo tanto, tomando en consideración que la mencionada Acta de Pago No. 18 contiene las últimas obras ejecutadas por el Contratista, es dable afirmar que las obras de los reasentamientos se encontraban concluidas el día 15 de mayo de 2012, que es la fecha de corte del Acta 18. De no ser así, se habrían tenido que suscribir otras actas de pago para incluir las obras ejecutadas con posterioridad a esa fecha, sin embargo, no se suscribieron más actas de pago (1) **Se precisa que las Actas de Pago Nos. 19 y 20 remitidas por el Contratista al Contratante se refieren a obras o rubros adicionales y a mayores cantidades de obra ejecutadas a lo largo del plazo contractual ampliado hasta el**

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

15 de mayo de 2012 y que no fueron incluidas en las Actas de Pago Nos. 1 a 18, ni pagadas por el Contratante.”⁵⁷ (Negrilla fuera del texto original)

2.- La primera comunicación a la cual hace referencia CONINSA en los fundamentos fácticos de la demanda es la PaCha 19-07-2012-820 del 11 de julio de 2012 (con constancia de recibido del 19 de julio de 2012) (Cuaderno de Pruebas 5 Folio 40), en la cual se hace referencia a cantidades de obra no previstas ya ejecutadas y se alude al Acta No- 18.

“Asunto: Obras no previstas contrato Reasentamiento Patilla y Chancleta.

“Al presente se adjunta primer cuadro de cantidades de obras no previstas ya ejecutadas del contrato de del asunto, con sus respectivos APU para su análisis aprobación. La próxima semana entregaremos el complemento de las actividades no previstas ya ejecutadas faltantes y sus respectivos APU.

“Se anexa tomo uno (1) que contiene soportes, copia del acta de cobro número 18 en medio físico y magnético.”

3.- En la comunicación del **25 de julio de 2012** (Oficio PaCha- 25-07-2012-828, f. 00041 cuaderno de pruebas No 5), suscrita por William Saavedra y con constancia de recibo por parte de CERREJÓN, se lee:

“Asunto: Obra no previstas o mayores cantidades contratadas del contrato reasentamientos patilla y Chancleta.

“Al presente se adjunta el cuadro pendiente de cantidades de obras no previstas o mayores cantidades a las cantidades ya ejecutadas y no pagadas, del contrato del asunto **con sus respectivos APU para su análisis, aprobación y pago correspondiente.**” (Negrilla fuera del texto original)

A esta comunicación se anexan 36 folios que contienen los análisis de precios unitarios realizados por el Contratista en el formato utilizado en el Contrato para el efecto, donde se incluye valor de materiales, de herramienta y equipos y de mano de obra para

⁵⁷ Se precisa que las Actas de Pago Nos. 19 y 20 remitidas por el Contratista al Contratante se refieren a obras o rubros adicionales y a mayores cantidades de obra ejecutadas a lo largo del plazo contractual ampliado hasta el 15 de mayo de 2012 y que no fueron incluidas en las Actas de Pago Nos. 1 a 18, ni pagadas por el Contratante.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

establecer un *valor unitario total* y luego se anexa un cuadro en el que se relacionan las "cantidades de obra no prevista o adicional ejecutada y no cancelada"

4.- En la comunicación **Pacha 19-07-2012-900**, del 8 de agosto de 2012 (F. 00081 Cuaderno de Pruebas No 5) en la que se responde la comunicación SOP IMIS-093-2012 (Cuaderno de pruebas 6 Folio-514) de CERREJÓN, CONINSA señala:

"Luego de revisar cuidadosamente las actas 7, 11, 12, 16 y 17 a las que hacen referencia en su comunicación del asunto, no encontramos cómo fueron pagadas estas cantidades adicionales o mayores cantidades ya ejecutadas para el contrato de la referencia. Por lo tanto, a la fecha sigue pendiente el pago de las siguientes actividades ejecutadas:

"Nuevamente solicitamos el pago de los ítems que adjuntamos en nuestra comunicación Pacha-25-07-828, ya que luego de realizar un estudio juicioso de las obras ejecutadas encontramos a la fecha CERREJÓN nos adeuda las actividades y mayores cantidades cobradas en la mencionada comunicación. **Por lo tanto, si ustedes tienen una información diferente a la nuestra les solicitamos detallarnos con precisión y soportes cómo fueron pagadas y mediante qué documento contractual fue realizado el pago.**"

"Adjuntamos nuevamente el cuadro de los ítems que nos adeudan incluido en nuestra comunicación PaCha 25-07-828" (negrilla fuera del texto original)

5.- En la comunicación CRH Pacha 913 del 19 de septiembre de 2012 (Cuaderno de Pruebas No 5 F. 000087), suscrita por William Saavedra Bernal, CONINSA afirma:

"Asunto: Acta de cobro número diecinueve (No 19).

Se adjunta acta de cobro número diecinueve (No19), con sus respectivos soportes técnicos, acta de cobro y cuadro de relación de obras ejecutadas y no pagadas. Se anexa tomo 1 (...)"

Con esta comunicación se anexa el cuadro de obras, registros fotográficos y una explicación de cómo se acordó su realización o su cobro o de por qué se trata de una obra adicional.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

6.- En la comunicación Pacha 02-010-2012-914 del 5 de octubre de 2012 (f.00125 C. de pruebas No 5), CONINSA afirma haberle remitido a CERREJÓN las siguientes comunicaciones:

- Pacha 25-07-820 del 11 de julio de 2012;
- Pacha 25-07-828 del 25 de julio de 2012;
- Pacha 25-07- 900 del 8 de agosto de 2012.

CONINSA señala que no ha recibido una respuesta en relación con las obras “no previstas o mayores cantidades de obra”, con excepción de la comunicación SOP-IMIS-093-2012 (6 de agosto de 2012) (Cuaderno de Pruebas No 6 Folio 514) en la cual CERREJÓN afirma que las obras están pagadas en las actas 7, 11, 12, 16, y 17.

Expresa que revisó dichas actas y que las actividades no han sido pagadas, razón por la cual remite el cuadro definitivo de obras no pagadas.

Señala en la comunicación:

“(…) y luego de revisar cuidadosamente las actas 7,11,12, 16 y 17 a las que hacen referencia en su comunicación, les confirmamos que dichas actas no fueron pagadas en las actas mencionadas por ustedes **sin que a la fecha nos hayan demostrado lo contrario.**”

“Debido a que al día de hoy no hemos recibido respuesta por parte del CERREJÓN **podemos concluir la aceptación de las actividades ejecutadas;** por lo tanto, anexamos al presente cuadro consolidado con las obras no previstas o mayores cantidades de Contrato ya ejecutadas y valoradas para dar el trámite correspondiente para el respectivo pago por parte del Cerrejón a Coninsa Ramón H.”

“Teniendo en cuenta que en el contrato suscrito entre las partes, se establece los requisitos para proceder con el pago de **actas parciales** y que a la fecha ya los hemos cumplido **desde el pasado 29 de agosto de 2012,** se ha entregado al CERREJÓN la totalidad de los requerimientos contractuales, como son: los soportes de ejecución de las actividades de la obra ejecutada, pago de seguridad social y para fiscales del personal hasta la terminación de la obra y pagos de nómina y de todo el personal que laboró en el proyecto. Nuevamente solicitamos el pago de las actividades relacionadas en las comunicaciones.”

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

"Adjuntamos acta No 20 con los respectivos soportes por un valor a costo directo de \$1.122.636.213, con factura No. 254149 con el fin que le den el trámite correspondiente." (C. 16 f. 386) (negrilla fuera del texto original)

Con esta comunicación se allegan también fotografías y análisis de precios unitarios.

7.- En la comunicación Pacha-02-010-2012-919 del 9 de octubre de 2012 (Folio 257 cuaderno 5) con antefirma de WILLIAM SAAVEDRA, sin firma y sin constancia de recibido, se señala:

"Asunto pago de acta de obra ejecutada No 19.

"De acuerdo a nuestra comunicación Pacha25-07-913 del 19 de septiembre de 2012 donde les radicamos el acta del asunto debidamente soportada para su revisión (se adjunta radicado) **debido a que al día de hoy no hemos recibido respuesta por parte del Cerrejón, podemos concluir la aceptación de las actividades ejecutadas en dicha acta;** por lo tanto anexamos a la presente nuevamente y como información cuadro consolidado de obras ejecutadas y valoradas para dar el trámite correspondiente para el respectivo pago por parte de Cerrejón a Coninsa Ramon H."

"Teniendo en cuenta que en el contrato suscrito entre las partes se establecen los requisitos para proceder con el pago de actas parciales y que a la fecha ya los hemos cumplido desde el pasado 29 de agosto del 2012 se ha entregado al Cerrejón la totalidad de los requerimientos contractuales, como son: los soportes de ejecución de las actividades de la obra ejecutada, pago de seguridad social y parafiscales del personal hasta la terminación de la obra y pagos de nómina de todo el personal que laboró en el proyecto. Nuevamente solicitamos el pago de las actividades relacionadas en las comunicaciones."

"Adjuntamos acta de cantidades de obra No 19 por un valor antes de IVA de 1.185.337.403, **con la factura No 254199** con el fin de que se le de el trámite correspondiente para pago." (Negrilla fuera del texto original)

8.- De acuerdo con las anteriores comunicaciones, CONINSA le solicitaba autorización al CERREJÓN para presentar la factura por el valor aprobado; CERREJÓN no otorgó tal aprobación y señaló las actas en las que consideró que lo cobrado ya había sido pagado (actas No 7, 11, 12, 16 y 17). CONINSA manifestó entonces que había verificado y no encontraba cómo se había realizado el pago y luego de lo anterior, frente a la no

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

respuesta de CERREJÓN, CONINSA procedió a presentar las actas y las facturas sin la aprobación previa de sus valores.

Luego de todo lo anterior, en noviembre de 2012, CERREJÓN remitió una comunicación detallada (Cuaderno de pruebas 5 Folio 297) con anexos documentales para acreditar el pago de las obras cobradas por CONINSA, la cual no fue respondida por esta última.

Las comunicaciones de CERREJÓN son las siguientes:

a.- La comunicación SOP-IMIS-123-2012 9 de octubre de 2012 (Folio 296 Cuaderno de Pruebas No 5), en la que se señaló también que lo cobrado en el Acta de Pago No. 19 correspondía a obras revisadas y no aceptadas por la interventoría.

“Me permito informarle que el acta de pago No 19 no ha sido aprobada por Cerrejón, ya que en ella el Contratista CONINSA RAMÓN H solicita el pago de cantidades de obra que habiendo sido revisadas por la interventoría no fueron aceptadas, razón por la cual no van a ser pagadas. En cuanto a la movilización Cerrejón reconocerá lo pactado contractualmente y que fue girado en el Acta No 2 por valor de \$333'620.177. Solamente se cancelarán los ítems pendientes de pago del Acta No 18, una vez se revise que los entregables recientemente recibidos cumplen con los requisitos contractuales.”

b.- La comunicación 4423 del 19 de diciembre de 2012, con recibido por parte de CONINSA del 26 de diciembre de 2012, (Cuaderno de pruebas 12 Folio 368) en la que CERREJÓN devolvió las facturas debido a que las mismas no cumplían con los requisitos para “un buen proceso de radicación y por ende un pago oportuno de las mismas”.

c. - La comunicación SOP – IMIS-140-2012, del **26 de noviembre de 2012** (Folio 297 Cuaderno de Pruebas No 5), en la cual se pronunció detalladamente sobre las obras cobradas en las dos actas, rechaza su pago y allega documentos con el objeto de evidenciar que las obras allí incluidas ya habían sido pagadas.

Esta comunicación:

- Se refiere o responde una comunicación remitida por CONINSA el **8 de agosto de 2012** y reitera su posición sobre el pago de las obras cobradas en actas anteriores.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

“En atención a la comunicación de la referencia nos permitimos confirmar nuevamente que las cantidades de obra las que hace referencia su oficio fueron completamente canceladas en las actas No 7,11,12,16 y 17”

“Para mayor claridad, a continuación, relacionamos el cuadro No 1 con las cantidades de obra ya pagadas a los precios contractuales, en el mismo orden en el que fueron remitidas en la comunicación de la referencia. También se envía con esta comunicación el archivo electrónico y el soporte de mediciones de obras realizadas en campo y firmados tanto por la interventoría como por el Contratista correspondientes a cada uno de dichos rubros.

“A continuación remitimos las instrucciones para entender la información presentada: (...)”

- En su parte final rechaza el pago de las Actas 19, 20 y 21:

“Es importante aclarar que cualquier solicitud de pago de cantidades adicionales debe ser debidamente soportada por los registros de medición de cantidades en obra firmados por la Interventoría y el contratista. Por lo anterior me permito aclararle que el acta no 19 recibida el 19 de septiembre, el acta No 20, recibida el 11 de octubre y el acta No 21 recibida el 31 de octubre de 2012, no cuentan con los soportes correspondientes y por lo anterior no pueden tenerse en cuenta para pago.”

9.- Con lo anterior, es claro que CONINSA consideró que CERREJÓN no había “demostrado” que las obras cobradas en las actas de pago No. 19 y No. 20 ya habían sido pagadas luego de revisar “cuidadosamente” las actas en las cuales CONINSA afirmó que ello se había hecho; por lo anterior elaboró las facturas por los valores incluidos en las referidas actas.

Luego de lo anterior (en noviembre de 2012) CERREJÓN le remitió la comunicación SOP – IMIS-140-2012 26 de noviembre de 2012 (Folio 297 Cuaderno de Pruebas No 5), a la que anteriormente hicimos referencia. CERREJÓN mantuvo su posición relativa a la que las obras cuyo pago se solicitaba ya habían sido canceladas lo que comportaba también indicar – como expresamente lo hace – que lo que CONINSA calificaba de obras adicionales eran obras que tenían precios en el Contrato y que, como tal, ya habían sido pagadas.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Frente a esta última comunicación no figura respuesta alguna por parte de CONINSA, la cual simplemente incluyó el valor de las dos facturas en la demanda y solicitó su pago, fundamentada simplemente en que CERREJÓN no objetó ni devolvió las facturas dentro del término previsto en el artículo 773 del Código de Comercio.

10.- Concordante con lo anterior, la pretensión de CONINSA en este punto no se dirige a reclamar el pago de obras ejecutadas y no pagadas y tampoco se refiere al pago de Actas de Pago. Se refiere puntualmente al no pago de facturas.

En el juramento estimatorio, que es donde se especifican las pretensiones de la demanda, se reclama:

“Por el no pago de las Facturas No. 254149 y No. 254199 la suma de dos mil cuatrocientos treinta y cuatro millones doscientos treinta y cinco mil doscientos ochenta y un pesos (\$2.434.235.281)”

Lo que se afirma en los hechos de la demanda para sustentar esta petición, es lo siguiente:

“Posteriormente, a través de la comunicación Pacha-02-010-2012-919 del 9 de octubre de 2012, **CONINSA** radicó ante el **CERREJÓN** la Factura No. 254199, por valor de mil ciento ochenta y cinco millones trescientos treinta y siete mil cuatrocientos cinco pesos (\$1.185.337.405, 00).”

“Una vez presentadas las mencionadas facturas, **CERREJÓN** a través de la comunicación SOP-IMIS-123-2012 del 9 de octubre de 2012, señaló que no pagaría el Acta No. 19, pero no hizo devolución de las facturas entregadas por **CONINSA**.

“A través de la comunicación SOP-IMIS-140-2012 del 26 de noviembre de 2012, **CERREJÓN** indicó, de forma contraria a la realidad y a los soportes presentados por el Contratista, que las Actas 19 y 20 no tenían los soportes necesarios para proceder a su pago.”

“A través de la comunicación de octubre 24 de 2012 (recibida por **CONINSA** el 29 de octubre de 2012), **CERREJÓN** hizo devolución extemporánea de las facturas No. 254149 y No. 254199 las cuales estaban plenamente aceptadas por la Contratante dado que su devolución se efectuó por fuera del término legal de diez (10) días que para ese momento establecían expresamente las normas comerciales.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

“Posteriormente en diversas oportunidades y a través de un cruce de comunicaciones **CONINSA** devolvió las facturas a la Contratante y, por su parte, CERREJÓN las regresó a la Contratista.

“No obstante que **CERREJÓN** alegó en sus comunicaciones que había realizado el pago de las obras ejecutadas y no pagadas contenidas en las Actas No. 19 y 20, jamás pudo demostrar su dicho, de manera que su incumplimiento devino en una simple y pura conducta morosa.”

Sin embargo, en los alegatos de conclusión, CONINSA hace referencia a las ACTAS de PAGO 19 y 20, en los siguientes términos.

“Ahora, a pesar de que ya las facturas se encuentran irrevocablemente aceptadas y que en dicha condición su pago es imperativo, haremos mención de los dos pretextos con los cuales Cerrejón ha pretendido malogradamente justificar su incumplimiento, lo que despejará cualquier posible resquicio de duda frente a la remanente obligación que tiene la Convocada de pagar las Actas mencionadas. En primer lugar, Cerrejón afirma que Coninsa no presentó las facturas en los términos contractualmente establecidos. En segundo lugar, que no podrían pagarse porque las obras adicionales ya fueron pagadas en otras Actas de Pago.”

2.2.- La inaplicación de las normas que regulan los efectos de la no devolución de las facturas en el término legal.

1.- El arbitramento en este punto tiene por objeto declarar que la CONVOCADA incumplió <<por omisión>> con su obligación contractual de pagar las sumas reclamadas por el Contratista, incluidas en las actas de obra cobradas con fundamento en la estipulación relativa al <<pago final del contrato>> cuyos valores fueron incluidos en las facturas No. 254149 y No. 254199.

La competencia del Tribunal, derivada de la cláusula compromisoria suscrita por las partes y delimitada por las peticiones formuladas por la CONVOCANTE en su demanda, no está establecida con el propósito de determinar si *libra mandamiento de pago* con base en dos facturas, teniendo en cuenta si la CONVOCANTE, como tenedor del título, presentó un título valor que cumpla con las exigencias previstas en la ley relativas a contener una suma expresa líquida y exigible de dinero.

Las pretensiones, tal y como se formularon, no tienen el contenido de una pretensión ejecutiva: no buscan el cumplimiento forzado de la obligación contenida en el título, no

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

se pide que se libere un mandamiento de pago. Por eso, la excepción de caducidad de la acción cambiaria no enerva la pretensión.

Si la controversia se interpretara como el cumplimiento de una obligación cambiaria, o sea, sobre la satisfacción del derecho de crédito que se incorpora al título valor, el Tribunal no tendría competencia para resolverla.

Al Tribunal, conforme con el pacto arbitral y de acuerdo con lo pedido en la demanda, le corresponde determinar si CERREJÓN, con base en lo estipulado en el Contrato tenía la obligación de pagar las sumas de dinero reclamadas por CONINSA, cuyo monto está incluido en las facturas señaladas en la demanda.

2.- Así las cosas, el Tribunal debe pronunciarse sobre la existencia de una obligación a cargo de la CONVOCADA en los términos y condiciones estipulados en el Contrato, el cual contemplaba la expedición de facturas, pero establecía que ellas sólo podían expedirse por el valor previamente aprobado por la CONTRATANTE:

a.- En el literal "b" de la cláusula 12.2 del Contrato se estipula que "las facturas se expedirán solamente de conformidad con lo establecido en los artículos 615 y siguientes del Estatuto Tributario (...) y por lo tanto no se constituirán en título valor".

b.- En la misma cláusula del Contrato se estipula que las facturas presentadas en desarrollo de Contrato (actas mensuales o parciales de pago) debían incluir el valor aprobado por el CERREJÓN y este requisito también estaba estipulado como condición para para la factura correspondiente al pago final.

3.- El artículo 773 del código de comercio en el texto vigente para la fecha de la presentación de la factura disponía:

"ARTÍCULO 773. ACEPTACIÓN DE LA FACTURA. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1231 de 2008. El nuevo texto es el siguiente:> Una vez que la factura sea aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, **se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa que el contrato que le dio origen ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título. El comprador o beneficiario del servicio deberá aceptar de manera expresa el contenido de la factura, por escrito colocado en el cuerpo de la misma o en documento separado, físico o electrónico.** Igualmente, deberá constar el recibo de la mercancía o del servicio por parte del comprador del bien o beneficiario del servicio, en la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

factura y/o en la guía de transporte, según el caso, indicando el nombre, identificación o la firma de quien recibe, y la fecha de recibo. El comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá alegar falta de representación o indebida representación por razón de la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencias, para efectos de la aceptación del título valor.

<INCISO 3o.> Modificado por el art. 2, Ley 1231 de **2008: La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a su recepción. En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura, y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento.**" (Negrilla fuera del texto original)

Independientemente de la consideración relativa al propósito del proceso arbitral, lo dispuesto en esta norma y particularmente la presunción a la que hace referencia el último inciso no aplicaría para el presente caso, porque la CONVOCANTE no es un tercero de buena fe a quien no le apliquen las cláusulas del Contrato. Por el contrario, es PARTE del mismo y está obligada por sus estipulaciones; y lo que se pretende en la demanda es que se declare la existencia de una obligación incumplida y el monto de la misma, lo cual no puede establecerse con el dictamen contable presentado por CONINSA en cuanto en él se señala el cual se limita a señalar cuándo debió ser devuelta la factura en los términos del artículo 773 del Código de Comercio.

De otra parte, el artículo 1 de la Ley 1231 de 2008 señala que no podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados. La aceptación tácita o ficta del contenido de la factura no es una comprobación del recibo a satisfacción de los servicios. La constancia del recibo de la factura no prueba la constancia de recibo de los mismos. La prueba de la constancia del recibo efectivo del servicio la regularon las partes en el contrato. La pretermisión de este procedimiento, que tenía carácter obligatorio en tanto estipulación contractual, impide al Tribunal dar por satisfecho el requisito del recibo de los servicios. En consecuencia, no se considera que exista una obligación dineraria incumplida por el solo transcurso de los 10 días desde el recibo de la factura.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

2.3.- Las condiciones contractuales para obtener la aprobación de las Actas y su pago.

1.- En los alegatos de conclusión, como ya se dijo antes, CONINSA afirma:

“Ahora, a pesar de que ya las facturas se encuentran irrevocablemente aceptadas y que en dicha condición su pago es imperativo, haremos mención de los dos pretextos con los cuales Cerrejón ha pretendido malogradamente justificar su incumplimiento, lo que despejará cualquier posible resquicio de duda frente a la remanente obligación que tiene la Convocada de pagar las Actas mencionadas. En primer lugar, Cerrejón afirma que Coninsa no presentó las facturas en los términos contractualmente establecidos. En segundo lugar, que no podrían pagarse porque las obras adicionales ya fueron pagadas en otras Actas de Pago.”

Está demostrado en el expediente que estas actas (así como el acta No. 21, sobre la cual no se formuló ninguna pretensión) fueron presentadas luego de finalizada la ejecución del Contrato y aunque en la demanda se afirma que ellas están reguladas por lo previsto en el contrato para el PAGO FINAL, lo cierto es que de las comunicaciones remitidas por CONINSA se infiere que ese no fue el tratamiento que se le dio a estas actas. El Contrato regula un PAGO FINAL y en realidad lo que hizo CONINSA fue presentar ACTAS DE PAGO por obras adicionales y mayores cantidades de obra sin indicar que estaba presentando un acta dirigida a consolidar el PAGO FINAL del Contrato en los términos allí establecidos.

No obstante, lo anterior, teniendo en cuenta la no discusión sobre la aplicación de esta cláusula (deducida de la demanda y su contestación) y en la medida de que se trataba de obras adicionales y mayores cantidades de obra *no incluidas* en las actas mensuales, resulta pertinente referirse a lo dispuesto en la estipulación contractual que regula el PAGO FINAL, la cual establece textualmente:

“El CONTRATISTA le presentará a CERREJÓN para su aprobación, un Acta Final de Pago incluyendo todos **los trabajos debidamente ejecutados y no facturados hasta la fecha**. Una vez aprobada tal Acta por CERREJÓN, el CONTRATISTA presentará su factura final, acompañada de los siguientes documentos:

“Comunicación del CONTRATISTA declarando que recibido el PAGO FINAL, libera a CERREJÓN de toda responsabilidad, obligación y reclamo relacionado con la ejecución de la Obra, comprometiéndose a defender e

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

indemnizar a CERREJÓN de todo perjuicio que llegare a sufrir, incluyendo el pago de honorarios de abogados y costas del proceso, ante cualquier demanda, acción o pretensión instaurada por subcontratistas, proveedores o trabajadores del CONTRATISTA o por terceros, que surja con ocasión, o se relacione de cualquier forma con la ejecución de la Obra, declarando transigida cualquier reclamación, pleito, demanda, acción o pretensión, por cualquier motivo que provenga o se relacione, directa o indirectamente, con dicho Contrato.”

“Comunicación suscrita por el representante legal del CONTRATISTA y su revisor fiscal o contador, certificando que se encuentra a paz y salvo por todo concepto relacionado con las obligaciones laborales para con los trabajadores utilizados en la ejecución de la Obra, comprometiéndose a defender e indemnizar a CERREJÓN ante cualquier demanda, acción o pretensión instaurada por sus trabajadores por este concepto.”

“CERTIFICADO DE ACEPTACIÓN DEFINITIVA de la totalidad de la Obra expedido por CERREJÓN.”

“Constancia expedida por CERREJÓN declarando al CONTRATISTA a paz y salvo por concepto de: a) bienes entregados al CONTRATISTA en calidad de comodato o arrendamiento; b) bienes no fungibles adquiridos por el CONTRATISTA y reembolsados por CERREJÓN; c) restitución de tarjetas de identidad para ingreso a las instalaciones de CERREJÓN suministradas a los trabajadores o subcontratistas del CONTRATISTA; d) pago de servicios suministrados por CERREJÓN o terceros al CONTRATISTA; e) devolución o pago de cualquier otro bien o servicio suministrado al CONTRATISTA en desarrollo de la Obra; f) garantías del CONTRATISTA y sus subcontratistas de conformidad con la cláusula de **GARANTÍAS** de este Contrato.”

“Al mes calendario de la presentación de la factura final con los anteriores documentos, CERREJÓN entregará al CONTRATISTA un Certificado de Paz y Salvo por la Obra y pagará el monto aprobado de su factura final (en fecha hábil de pago para CERREJÓN), deducida cualquier retención exigida por ley o pactada contractualmente.”

De lo estipulado en esta cláusula se deduce:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

a.- Que la presentación del ACTA FINAL DE PAGO, a diferencia de lo previsto para las ACTAS MENSUALES DE PAGO regulaba una situación que podía presentarse o no, al final del Contrato y, en el entendimiento del Tribunal, dicha acta reunía las condiciones de una liquidación de mutuo acuerdo y sin salvedades.

b.- Las partes previeron que al final del Contrato podían existir divergencias entre ellas en relación con los valores pagados por las obras construidas, no obstante que ellos debían estar recogidos, aprobados e incluso pagados conforme con lo incluido en las ACTAS MENSUALES DE PAGO. A dichas ACTAS MENSUALES DE PAGO no se les dio el carácter de acuerdos definitivos en relación con la cantidad y calidad de las obras construidas.

En el literal "a" de la cláusula que regulaba el pago de las actas mensuales se estipuló:

"CERREJÓN revisará el Acta y la devolverá al Contratista con las observaciones correspondientes para que éste prepare y presente la factura correspondiente por el valor aprobado. Las Actas tendrán carácter provisional en lo que se refiere a la calidad y cantidad de Obra. CERREJÓN podrá hacer correcciones o modificaciones a cualquiera de las Actas anteriormente aprobadas y retener el valor correspondiente a la parte de los trabajos que no se hubieran ejecutado a su entera satisfacción. Ningún certificado que no sea el CERTIFICADO DE ACEPTACIÓN DEFINITIVA de la totalidad de la obra podrá considerarse como aprobación de alguna parte o de la totalidad de la obra."

c.- El Contratista tenía al final del Contrato el derecho de solicitar el pago de obras que considerara no se le había hecho dentro de las ACTAS MENSUALES DE PAGO y es posible concluir que podía incluir en su solicitud tanto mayores cantidades de obra como obras adicionales porque la cláusula establecía simplemente que en el acta podían incluirse << todos los trabajos debidamente ejecutados y no facturados hasta la fecha>>.

Se trataba de obras *no incluidas* en las actas mensuales de pago que el Contratista tenía el derecho de cobrar *al final del Contrato* razón por la cual el CONTRATISTA debía presentar los documentos que acreditaran su efectiva ejecución y su valor para el estudio de la CONTRATANTE.

Frente a tal petición la CONTRATANTE que también podía tener en ese momento reclamaciones o divergencias en relación con lo pagado en las ACTAS MENSUALES DE PAGO, relativas a la cantidad y a la calidad de las obras allí incluida, podía aprobar el

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

pago solicitado por el CONTRATISTA o el pago de una suma inferior para que éste presentara la correspondiente factura; pero se reservaba el derecho al pago de la misma a la condición de que existiera un paz y salvo entre las partes por todo concepto que iba a impedir cualquier reclamación posterior a ellas, razón por la cual el Tribunal asimila esta estipulación a los efectos de una liquidación de mutuo acuerdo y sin salvedades.

3.- Presentada la petición del CONTRATISTA, era legítimo, conforme con lo estipulado en el Contrato, que la CONTRATANTE decidiera no pagarlas señalando que las obras cobradas ya habían sido pagadas en otras actas mensuales, frente a lo cual, como ya se explicó, el CONTRATISTA no tenía la opción de presentar una factura, pues el Contrato preveía que la aprobación del valor de la factura era un requisito que debía cumplir el CONTRATISTA.

Y también era legítimo que se negara a pagar fundamentando que las obras cuyo pago se reclamaba no tenían APU´s aprobados previamente o porque su ejecución no estaba certificada por la interventoría, pues estos eran requisitos previstos en el Contrato.

Las obras adicionales debían tener previamente precisos aprobados de acuerdo con la cláusula 5 del Contrato y es evidente que dentro de las funciones de la interventoría (incorporadas en la cláusula 4.5 del Contrato) estaba la de aprobar las obras ejecutadas para que pudieran ser cobradas.

De acuerdo con lo anterior es evidente que CERREJÓN no aprobó las actas de pago No. 19 y No. 20; no lo hizo porque no estaba probada – con la constancia de la interventoría – la debida ejecución de las obras por precios previamente pactados. Esta respuesta de la CONTRATANTE resulta legítima para el Tribunal, puesto que las reglas contractuales relativas a la forma como debían elaborarse las actas de pago son obligatorias para las partes por lo que para dicha parte solo surge la obligación de realizar su cancelación cuando ellas hayan sido cumplidas por la CONTRATISTA.

2.4.- El derecho, al final del contrato, al pago de obras debidamente ejecutadas no incluidas en las actas mensuales de pago.

1.- Establecido que, conforme con las estipulaciones contractuales, la CONTRATANTE obró adecuadamente al no aprobar las Actas de Pago No 18 y 19 y no autorizar la expedición de las correspondientes facturas, por no corresponder a obras constatadas por la interventoría con precios previamente aprobados, procede el Tribunal estudiar si la CONVOCANTE acreditó en el proceso que efectivamente tuviera el derecho al pago

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

de "trabajos debidamente ejecutados y no facturados hasta la fecha", en los términos del literal "f" del numeral 2 de la cláusula 12 del contrato.

Dicho de otra manera, corresponde ahora determinar si existieron "trabajos debidamente ejecutados y no pagados", es decir, obras con APU's definidos previamente a su ejecución y con medición de la cantidad suscrita por la interventoría, que no fueron pagados, conforme con lo estipulado por las partes sobre este particular, los cuales debía ser incluidos en un *acta final de pago* por la Contratante.

2.- La discusión entre las partes se desarrolló en estos términos lo cual resulta evidente con la respuesta del CERREJÓN del 26 de noviembre de 2012, en la que señala que las obras que se están cobrando ya fueron pagadas en las facturas mensuales e indica cuáles son.

En este contexto prosperidad de esta pretensión dependía de que CONINSA hubiese demostrado que efectivamente existieron *trabajos debidamente ejecutados* (con precios aprobados y constatados por la interventoría) que no fueron incluidos en las facturas mensuales de pago.

3.- Aunque la prueba anterior estaba a cargo de la CONVOCANTE porque CERREJÓN no aceptó en su correspondencia que CONINSA hubiese ejecutado obras adicionales o mayores obras y que ellas no estuvieran incluidas en las actas mensuales de pago, quien asumió la iniciativa probatoria dirigida a demostrar que no existían obras debidamente ejecutadas no incluidas en las actas mensuales de pago fue CERREJÓN que presentó con tal propósito un dictamen de parte, rendido por POCH SAVILLS (Cuaderno de Pruebas No 21) con el objeto de validar la respuesta dada por dicha parte en la comunicación SOP-IMIS-140-2012 del 26 de noviembre de 2012 (Cuaderno de Pruebas No 5 folio 297)

El dictamen anterior versó exclusivamente sobre las obras cuya ejecución estaba constatada por la interventoría, razón por la cual no podía incluir el pago de las reclamadas por el CONINSA, que – como se vio anteriormente – no cumplían con este requisito contractual.

Dicho dictamen respalda la comunicación SOP-IMIS-140-2012 del 26 de noviembre de 2012 (Cuaderno de Pruebas No 5 Folio 297) en dos puntos fundamentales:

a.- La imposibilidad de considerar como obras no incluidas en actas de pago aquellas que no corresponden a obras constatadas por la INTERVENTORÍA.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

b.- La inclusión de las obras que sí contaban con este requisito en las ACTAS DE PAGO, lo cual es suficiente, a juicio del Tribunal, para rechazar la petición de CONINSA puesto que no era necesario acreditar un *pago efectivo* de todos los ítems. Lo que era necesario demostrar era su efectiva inclusión en las actas de pago, que era el punto en discusión.

4.- No obstante lo anterior, con base en este dictamen pericial el Tribunal declarará probado que CERREJÓN adeuda a CONINSA la suma de \$233.238.685,54, que corresponde al valor que, conforme con este mismo dictamen corresponde a obras debidamente ejecutadas que no fueron incluidas en las actas de pago, suma a la cual se hace expresa referencia en los anexos 1 y 2 (en el programa Excel) del dictamen.

De las obras reclamadas por CONINSA el dictamen admite que la suma de \$579.126.538,16, efectivamente corresponden a obras ejecutadas conforme con el contrato y asociadas a las actas 7, 11, 12, 13, 15, 16 y 17, en la comunicación SOP-IMIS140-2012, sobre la cual versa la experticia. Sin embargo, se concluye que solo está acreditada como pagada la suma de \$345.887.852,62.

En las conclusiones se lee:

- La información del oficio PaCha-19-07-2012-900, **emitido por CONINSA RAMON H. no es verificable, teniendo en cuenta que en su contenido no se establecen antecedentes que sustenten el objeto de reclamación de los pagos de las actividades enunciadas. Por otra parte, la respuesta a este documento por parte de CERREJON, a través de oficio SOP-IMIS140-2012, sustenta y evidencia que las cantidades de las actividades en reclamación por parte de CONINSA RAMON H. fueron incluidas en las actas 7, 11, 12, 13, 15, 16 y 17.**
- El análisis de los antecedentes del oficio SOP-IMIS-140-2012 y la información de las actas de pago emitidas por el CERREJON permite determinar **con certeza que el Cerrejón causó en su sistema contable parte de los ítems de las actas 7, 11, 12, 13, 15, 16 y 17, por un total de \$345.887.852,62 (que se encuentran clasificados dentro de los escenarios 1 y 2 del presente informe y se pueden observar en los anexos 1 y 2 (archivo CER-0001C-COR-DOC-0001-C, Anexos), y en el apartado 2.3 del presente informe)**”

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

4.- Por último, el dictamen de parte presentado por CONINSA y rendido por INTERVENTORÍA, ASESORÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S. (...), no es una prueba que permita acreditar que en las actas de pago del contrato no se incluyeron la totalidad de las obras reclamadas en las actas 19 y 20.

En este caso, como se ha indicado de manera reiterada anteriormente, a CONINSA le incumbía acreditar la realización de obras *conforme con lo previsto en el contrato*, a partir de lo cual debía establecerse que ellas no habían sido incluidas en las Actas de Pago. Y esto no se probó tampoco con este en el cual, con el objeto de acreditar las obras se acude a registros en los planos as Built o a registros fotográficos.

Tal y como se indicó anteriormente la discusión que podía darse luego de finalizado el contrato era si se habían dejado de incluir obras *debidamente ejecutadas* en las actas de pago para, de ser así, incluirlas en el acta final. Aquí nuevamente se intenta acreditar la existencia de mayores obras y de obras adicionales con registros fotográficos, planos as Built y se incluyen solicitudes de APU's no suscritas ni aprobadas por la interventoría, sin que el Tribunal pueda tener como base tales pruebas para acreditar la realización de mayores obras y de obras adicionales no incluidas en las actas de pago del contrato.

3.- Conclusión:

Con base en lo anterior el Tribunal declarará que CERREJÓN adeuda por obras debidamente ejecutadas y no incluidas en las Actas de pago, la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$233.238.685,54). Esta suma debió ser reconocida por la CONVOCADA en la comunicación SOP-IMIS-140-2012 del 26 de noviembre de 2012 (Cuaderno de Pruebas No 5 Folio - 297), en la cual señaló que todo estaba pagado en las actas 7, 11, 12, 13, 15, 16 y 17 y allegó la información detallada para acreditar esta afirmación, estando demostrado que en realidad se adeudaba el saldo anterior con el dictamen aportado por ella misma. Por tal razón se condenará a la CONVOCADA al pago de intereses moratorios comerciales sobre este saldo desde el 26 de noviembre de 2012.

XIII.- Incumplimiento por la no devolución de la multa, conforme a lo pactado en el Parágrafo Primero del acuerdo Primero del Otrosí 7.

1.- Posición de las partes

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Según la Convocante, Cerrejón incumplió la obligación de rembolsar las sumas que por concepto de multas descontó de las actas de pago 7 y 9. Esa obligación era exigible siempre que las obras de los reasentamientos de Patilla y Chancleta se entregaran en los plazos pactados en el otrosí 7, lo cual, sostiene, sí ocurrió.

Cerrejón se opuso a estas pretensiones. Con idénticos fundamentos a los de su oposición, en la pretensión tercera de su demanda de reconvención, Cerrejón le solicitó al Tribunal declarar que CONINSA incumplió la condición pactada en el otrosí 7 al Contrato para que no se cobraran “algunas de las multas causadas por el incumplimiento del contrato”

Para precisar la cuantía de esta petición de CONINSA se advierte que en el hecho 29 de la demanda se afirma que “de acuerdo con lo establecido en el Otrosí No. 7, dado que las obras se habían entregado en los plazos acordados en el mismo, CERREJÓN tenía la obligación de rembolsar las sumas que por concepto de multas había descontado de las actas de pago Nos. 7 y 9. Nuevamente CERREJÓN optó por desconocer sus obligaciones y no reembolsó las sumas adeudadas al Contratista.” Con base en lo anterior, en el juramento estimatorio CONINSA solicita el pago del valor de las multas aplicadas que asciende a \$35.760.000, más los intereses corrientes causados hasta la presentación de la demanda y los intereses moratorios causados desde esa fecha y hasta el día 31 de agosto de 2017. Y en el dictamen pericial de parte rendido por la doctora GLORIA ZADY CORREA se establece que el valor efectivamente cobrado por multa en las actas diez y ocho es de \$35.760.000.

La controversia sobre el reintegro de las multas recae, pues, sobre la terminación de las obras en los plazos pactados en el otrosí 7 y sobre la obligación de CERREJÓN de reintegrar o no a CONISA el valor de las multas causadas por la suma antes señalada.

2.- Consideraciones del Tribunal

Corresponde al Tribunal determinar si Cerrejón incumplió la obligación de rembolsar las sumas que por concepto de multas descontó de las actas de pago 7 y 9. Las Partes no contienden sobre la existencia de la obligación condicional a cargo de Cerrejón que se pactó en el parágrafo primero del acuerdo primero del otrosí 7 al contrato: “*Las partes acuerdan que CERREJÓN no aplicará multas derivadas de la no entrega de las obras en los plazos inicialmente pactados según el Otrosí No. 4 si y solo si el CONTRATISTA finaliza la ejecución del Proyecto dentro de los plazos pactados en la presente cláusula y hace entrega de las obras de Patilla a más tardar en marzo 22 de 2012 y las de Chancleta a más tardar en mayo 15 de 2012, en los términos y condiciones descritos en la presente cláusula (...)*”.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En lo que sí discrepan es en la exigibilidad de la obligación condicional, o sea, en el acaecimiento del hecho futuro e incierto del que pendía dicha obligación de reintegro: la terminación de las obras de Patilla y Chancleta en los plazos pactados en el Otrosí No. 7. Para desatar la pretensión es preciso establecer si las obras para la construcción del reasentamiento Patilla y Chancleta terminaron, respectivamente, el 22 de marzo de 2012 y el 15 de mayo del mismo año.

En lo relativo a las obras del reasentamiento Patilla, el Tribunal considera que las mismas **no** terminaron en la fecha convenida, o sea, el 22 de marzo de 2012. Veamos. En el dictamen elaborado por Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S. se indicó lo siguiente:

"(...) Señalo que dentro de la información puesta a mi disposición encontré un documento denominado "Acta de Entrega de Obras" que no está firmada; sin embargo, sí encontré diversas comunicaciones que claramente indican que, tal como lo mencioné antes, las obras se terminaron dentro de los plazos establecidos en el Otrosí No. 7 y Cerrejón las recibió y a su vez hizo entrega de las mismas a las comunidades.

Dentro de las mencionadas comunicaciones destacan las siguientes:

- *Comunicación CE-31231-405-PCH de 26 abril de 2012 en la que se lee:*

La Interventoría AB Proyectos S.A., se permite solicitarle nuevamente la entrega de los Planos As Built de las obras construidas en el Reasentamiento de Patilla, y de la sede Educativa, de acuerdo con el numeral 5.10 del Anexo A del contrato 00242010 (...)

El Contratista deberá presentar mensualmente a EL INTERVENTOR una copia magnética y una copia dura de los planos incluyendo los cambios y desviaciones que por construcción o por diseño hayan sufrido alguna modificación con respecto a lo originalmente mostrado, La presentación mensual de los planos as built será requisito fundamental para la cancelación del Acta de Pago, así mismo a más tardar quince (15) días calendario después de que la OBRA sea terminada, debe presentar los planos totales de la OBRA incluyendo los cambios y desviaciones e indicando en el espacio de Revisiones del formato, el número de revisión correspondiente con frase "PLANOS AS BUILT.

Este compromiso, como se evidencia en el párrafo que se anexa, debió entregarse a más tardar el 7 de abril, ya que las edificaciones del Reasentamiento de Patilla

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

al igual que la sede Educativa fueron entregadas por CRH con listados de pendientes el pasado 23 de marzo de 2012.

Como se lee en la comunicación CE-31231-405-PCH de 26 abril de 2012 que obra en el expediente y que fue citada por el Perito, la Interventoría reconoció que al igual que la sede Educativa, las obras del reasentamiento Patilla fueron entregadas el 23 de marzo de 2012. Sin embargo, la entrega se hizo con un listado de pendientes.

En el dictamen de contradicción de POCH SAVILS se sostuvo lo siguiente en lo concerniente a la terminación de las obras de Patilla:

De acuerdo con nuestra experiencia, en un proyecto de construcción al culminar el 100% de las actividades es usual que el Contrato establezca que el contratista debe entregar a satisfacción las labores contratadas y posteriormente el Contratante expida una certificación de recibo final de obra. Sin embargo el finalizar el 100% de las actividades y/o el pago de las mismas, u otras consideraciones no implica recibo final a satisfacción por parte del contratante.

A continuación nos permitimos citar la Cláusula 4 – Obligaciones generales del contratista, numeral 4.6 del contrato firmado entre las partes para el proyecto:

4.1 Conclusión y Aceptación de la Obra. Una vez que el CONTRATISTA considere que ha terminado la Obra, dará aviso a CERREJÓN de haberla concluido. Dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al recibo del aviso, CERREJÓN emitirá el CERTIFICADO DE ACEPTACIÓN DEFINITIVA, haciendo constar la terminación y aceptación de la Obra o, por el contrario, comunicará al CONTRATISTA las deficiencias que deben ser corregidas antes de expedir el CERTIFICADO DE ACEPTACIÓN DEFINITIVA.

Dado que no se evidenció la existencia de un "Certificado de aceptación definitiva" se concluye que las obras no fueron entregadas al Contratante. Como información complementaria al desarrollo de esta pregunta, se debe remitir al Dictamen Pericial Técnico elaborado por el consorcio Savills-Poch, respuesta a la pregunta No. 57.

La actividad probatoria que desplegó Cerrejón no se limitó a la contradicción del dictamen elaborado por Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S. En el dictamen de parte aportado para sustentar las peticiones formuladas en la demanda de reconvenición también se abordó este asunto. En la respuesta a la pregunta No. 56 de dicho dictamen, POCH SAVILLS afirmó:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

De la información recibida, NO consta que Coninsa Ramón H S.A. hubiera dado aviso al Cerrejón de haber concluido las obras de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta ni tampoco se evidenció la existencia de un Certificado de Aceptación Definitiva.

En la revisión de la Información puesta a nuestra disposición (enviada por Cerrejón) se encuentra un Acta de Entrega y Recibo de Obras del 23 de marzo de 2012, para el Reasentamiento de Patilla, sin la firma de las partes. En esta Acta se hace referencia a un listado de pendientes que hace parte integral del Acta, entre los cuales, por mencionar algunos, se encuentra el registro fotográfico y descripción de los siguientes:

- Cerramiento:

- *Falta Instalación de módulos en los quiebres y tubería superior. Terminar soldaduras y esquema de pintura*

- *Falta Instalación portón acceso lateral*

- Comedor:

- *Falta Instalación de canaletas, cableado, accesorios, iluminación tubería de techo y tablero de las instalaciones eléctricas*

- *Faltan dilataciones en piso*

- *Faltan detalles babero en mesón de cocina y lavadero*

- *Falta pintura en el interior del mesón de cocina*

- *Faltan conexiones hidrosanitarias lavaplatos cocina*

- *Falta despejar gárgolas descargas aguas lluvias corredor entre Biblioteca y Comedor.*

- Cancha Polideportiva

- *Falta cableado, iluminación, limpieza y tapa de los registros de las instalaciones eléctricas. Señalización y marcos.*

- Biblioteca

- *Falta la totalidad de la parte eléctrica (Ductería y cableado para tomacorrientes e iluminación)*

- *Falta conexión del Aire Acondicionado a la manejadora.*

Así mismo, con fecha del 15 de mayo de 2012 se evidenció el comunicado CE-31231-440-12-PCH en el que la Interventoría relaciona los pendientes para el Reasentamiento de Chancleta, acompañado del registro fotográfico correspondiente y solicita a Coninsa Ramón H S.A. las fechas de terminación, así como los planes de acción para su ejecución.

Como se aprecia, la experticia de contradicción buscó desvirtuar la terminación de las obras del reasentamiento Patilla con fundamento en dos consideraciones que no son el

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

reflejo de valoraciones técnicas, sino que invaden la órbita del análisis jurídico: la no existencia de un certificado de aceptación definitiva y la existencia de un acta de recibo que no contaba con las firmas debidas. El Tribunal no considera plausibles estos dos argumentos. Además de no ser el resultado de la verificación de hechos que requieran conocimientos técnicos, sino de apreciaciones preñadas de contenido jurídico, las conclusiones no tienen asidero: el certificado de aceptación definitiva y la firma del proyecto de acta de entrega y recibo de las obras de Patilla no son actos constitutivos de la situación jurídica debatida (la terminación del reasentamiento); su alcance es simplemente declarativo.

POCH SAVILLS no estudió si el listado de pendientes del proyecto de acta de entrega y recibo de marzo 23 de 2012 era de una envergadura tal que impidiera dar por concluidas las obras del reasentamiento Patilla. No lo hizo en el dictamen elaborado para la contradicción del aportado por Coninsa, ni en el dictamen de parte aportado para fundamentar los hechos relatados en la demanda de reconvención (respuesta a la pregunta No. 56).

Pero tampoco acometió esta tarea Interventoría, Asesorías y Construcción S.A.S. en el peritazgo de contradicción que elaboró a solicitud de la Convocante. Dice en lo pertinente el peritazgo:

Para efectos de controvertir la respuesta 56 del dictamen de Poch-Savills, sírvase establecer, con base en su conocimiento y experiencia en la materia, si el listado de pendientes que se menciona en los documentos citados por el Consorcio Poch-Savills en dicha respuesta, desvirtúa la entrega y recibo de las obras por parte de Cerrejón.

Lo primero que debo señalar, a partir de mi experiencia como interventor en múltiples contratos de construcción, es que es absolutamente normal que al momento de terminación y recibo de las obras se dejen consignados algunos pendientes, detalles de acabados o reparaciones de las obras ejecutadas, que por lo general no desvirtúan la entrega y recibo de las obras por parte del cliente.

Para efectos de establecer si los pendientes que se identifican en la respuesta de Poch-Savills desvirtúan la entrega y recibo de las obras, consulté las actas de recibo de obras suscritas por las partes -que suelen reflejar el entendimiento de las mismas respecto del estado de ejecución del proyecto- y encontré lo siguiente:

El Acta de Pago No. 18 es la última acta de pago suscrita por las partes y, conforme se señala en la comunicación de Cerrejón No. SOP-IMIS-119-2012 del

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

27 de septiembre de 2012, ella es la "correspondiente a los trabajos ejecutados por su empresa en la etapa final del proyecto".

(...)

Adicional a lo anterior, en el dictamen de Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S., respuesta 58, se identifican varios documentos que corroboran nuestra conclusión, de los cuales me permito destacar los siguientes:

En el Acta No. 18 atrás mencionada, el Contratante terminó de descontar el anticipo entregado al Contratante, lo cual normalmente tiene lugar cuando ya se han terminado y recibido las obras. Por lo tanto, si las partes terminaron de descontar el anticipo en el acta 18 (que tiene como corte el 15 de mayo de 2012), es porque para ellas las obras ya se tenían terminadas y recibidas.

No hace falta transcribir en su totalidad el dictamen de contradicción de Interventoría, Asesoría y Construcción S.A.S. Es evidente que este Perito tampoco analizó si el listado de pendientes descrito en el proyecto de Acta de Entrega y Recibo de Obras del 23 de marzo de 2012 –cuya veracidad no controvertió– tenía la entidad suficiente para considerar que las obras de este reasentamiento no culminaron el 22 de marzo de 2012. En su respuesta se limitó únicamente a examinar el listado de pendientes contenido en la comunicación CE-31231-440-12-PCH del 15 de mayo de 2012 que se relacionaban con el reasentamiento de Chancleta.

El Tribunal destaca, en línea con lo anterior, que las conclusiones planteadas por este Perito fueron presentadas tomando como referencia 15 de mayo de 2012, lo cual desconoce que esa no era la fecha pactada para la terminación de las obras de Patilla. Ninguna conclusión se expresó en función de la fecha de 22 de marzo de 2011.

A juicio del Panel no es necesario ser un experto arquitecto o ingeniero para notar que en listado de faltantes, no controvertido por la Convocante, se relacionaron actividades que no pueden considerarse simples remates de una obra concluida. A guisa de ejemplo, la falta de cableado, iluminación y de la tapa de los registros de las instalaciones eléctricas de la biblioteca no puede considerarse un remate o un pendiente intrascendente. Tampoco puede dispensarse esa calificación a la falta de cableado, iluminación, limpieza y tapa de los registros de las instalaciones eléctricas. Ni las conexiones hidrosanitarias de los lavaplatos de cocina. Por estas razones, el Tribunal comparte el señalamiento del apoderado de la Parte Convocada en el sentido que Coninsa no probó, por lo menos en lo que concierne al reasentamiento Patilla, que las obras hubiesen concluido en marzo 22 de 2011.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Lo que sí resultó probado es que las obras de Patilla terminaron antes del 15 de mayo de 2012. Hay varios documentos demostrativos de este hecho: el informe diario de obra del 11 de mayo de 2012, en el que se dejó constancia de la entrega a satisfacción de la sede, y el correo electrónico remitido por la Interventoría a inicios del mes de julio de 2012, en el cual, al hacer referencia a las obras de Patilla en el marco del otrosí 7, se dijo que las casas habían sido entregada “cero detalles”. Ambos documentos citados por el Perito Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S. no fueron controvertidos por POCH SAVILLS.

Pasa ahora el Tribunal a analizar la terminación de las obras del reasentamiento de Chancleta en el plazo pactado en el otrosí No. 7: 15 de mayo de 2012. Tal y como aconteció con las obras de Patilla, la Interventoría, en la comunicación ya citada (CE-31231-440-12-PCH del 15 de mayo de 2012), registró un listado de pendientes. Con todo, a diferencia de las obras de Patilla, el Perito Ingeniería y Ecología Consultoría S.A.S. sí hizo un análisis cuidadoso del alcance y trascendencia de dichos pendientes en las respuestas a las preguntas 59, 60, 64, 65 y 67.

En la respuesta a la pregunta No. 59, sobre la envergadura de las actividades pendientes, el Perito señaló:

[D]e acuerdo con mi experiencia, las labores señaladas como pendientes por la Interventoría en las comunicaciones No. CE-31231-440-12-PCH del 15 de mayo de 2012, y No. CE-31231-458-12-PCH del 27 de junio de 2012, que, se precisa, sólo se refieren al reasentamiento de Chancleta, no desvirtúan la terminación y entrega de las obras de los reasentamientos dentro del plazo establecido en el Otrosí No. 7 al Contrato de Obra No. 00242010.

Conforme se indicó en la respuesta anterior, el Acta de Pago No. 18 contiene las actividades finales ejecutadas por el Contratista durante la primera quincena del mes de mayo de 2012. Con posteridad a esta Acta, el Contratista no presentó ninguna otra Acta de Pago referida a obras ejecutadas con posterioridad al 15 de mayo de 2012. La interventoría tampoco efectuó ninguna revisión ni constató cantidades de obra ejecutadas con posterioridad al 15 de mayo de 2012 y, en consecuencia, no se presentaron facturas de cobro al Contratante ni pagos por parte de éste a favor del Contratista por concepto de obra ejecutada con posterioridad al 15 de mayo de 2012.

Esto significa que después del 15 de mayo de 2012 el Contratista no ejecutó actividades de obra, pues, de haberlo hecho, habría sido necesario que se

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

produjera una nueva acta de pago, una nueva medición de lo ejecutado por parte del interventor y el consecuente cobro por parte del Contratista.

Lo anterior demuestra que las denominadas "actividades pendientes de ejecutar" a que se refieren las comunicaciones No. CE-31231-440-12-PCH del 15 de mayo de 2012 y No. CE-31231-458-12-PCH del 27 de junio de 2012, corresponden a labores de remate, de detalle y acabados de las obras que ya habían concluido y que habían sido entregadas a Cerrejón. Precisamente por esta razón la ejecución de dichas actividades no fue objeto de ninguna medición ni Acta de Obra, ni mucho menos de cobro y de pago por parte de Cerrejón.

Por otra parte, en la respuesta a la pregunta No. 60 explicó lo que sigue:

Los detalles de acabados y remates de las obras a que se refiere la Interventoría en las comunicaciones No. CE-31231-440-12-PCH del 15 de mayo de 2012 y No. CE-31231-458-12-PCH del 27 de junio de 2012 fueron atendidos por CONINSA de manera oportuna.

En efecto, al comparar el listado de actividades pendientes de ejecución contenido en la comunicación CE-31231-440-12-PCH del 15 de mayo de 2012 y el listado contenido en la comunicación CE-31231-458-12-PCH del 27 de junio de 2012, observo lo siguiente:

En la comunicación del 27 de junio de 2012 no se hace referencia a ninguna actividad pendiente de ejecución en las casas de Chancleta, lo que indica que las observaciones inicialmente realizadas sobre este aspecto en la comunicación del 15 de mayo de 2012, habían sido atendidas oportunamente por Coninsa y estaban superadas para la fecha en la cual se remitió la segunda comunicación.

En respuesta al comunicado CE-31231-440-12-PCH del 15 de mayo de 2012, mediante la comunicación PaCha-15-05-012-776 del 15 de mayo de 2012, el Contratista informó que los detalles de acabados y remates de las obras referidos por la Interventoría serían atendidos en los siguientes días y aclaró que algunos de ellos ya habían sido atendidos y/o no hacían parte de las obras a entregar dentro del plazo contractual.

Igualmente en la comunicación del 27 de junio de 2012 no se hace referencia a ninguna actividad pendiente de ejecución en el canal de aguas lluvias, ciclorruta, tarima, red de baja tensión, alumbrado público y redes eléctricas lo que

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

nuevamente indica que las observaciones hechas sobre estos aspectos ya habían sido atendidas por el Contratista.

Finalmente, observo que a través de la comunicación PaCha-28-06-012-810 del 28 de junio de 2012, enviada en respuesta al comunicado CE-31231-458-12-PCH del 27 de junio de 2012, el Contratista informó a la Interventoría que las actividades listadas como pendientes se encontraban ejecutadas, presentaban pendientes menores o no eran contractuales, dejando de esta manera claro que la totalidad de actividades pendientes a que se refieren ambos comunicados de la Interventoría había sido atendida por CONINSA.

Y en las respuestas 64 y 67, al estudiar el objeto de un contrato celebrado por Cerrejón tras la entrega del reasentamiento Chancleta, destacó:

La cláusula 1 del Contrato de Servicios No. 12382011 celebrado entre Carbones del Cerrejón Limited e Inversiones y Construcciones Vanfer y Cía. S. en C. que fue puesto en mi conocimiento, establece:

"Cláusula 1- Objeto del presente Contrato es el descrito en el Anexo A – Alcance de los Servicios el cual hace parte integrante del mismo y en adelante se denominará los Servicios".

Adicionalmente, el numeral 1.0 - Objeto del Contrato del Anexo A del Contrato de Servicios No. 12382011 señala:

"1.0 OBJETO DEL CONTRATO

El CONTRATISTA se obliga dentro de los términos y condiciones, que se indican más adelante en el presente documento y bajo su plena responsabilidad y dirección técnica al MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES Y OBRAS MENORES EN LOS REASENTAMIENTOS DE PATILLA, CHANCLETA Y ROCHE que incluye la mejora continua de sus facilidades de vivienda e infraestructura, para lo cual deberá utilizar toda la mano de obra necesaria y proporcionar todas las herramientas, equipos, trabajo, transporte, supervisión, servicios técnicos y profesionales, instalaciones, servicios generales, materiales, suministros y artículos, salvo los exceptuados expresamente en otras partes de este documento, incluyendo todas las actividades indispensables, inherentes y accesorias a dicho objeto, en las instalaciones que para el efecto lo determine por su propia cuenta en el municipio de Barracas o en áreas aledañas, todo lo cual se llamará en adelante los SERVICIOS".

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

(...)

De acuerdo con lo anterior, el objeto del Contrato de Servicios No. 12382011 celebrado entre Cerrejón y Vanfer y Cía. S. en C. fue el mantenimiento preventivo así como el mantenimiento correctivo y obras menores que fueran solicitadas por los habitantes (usuarios) de los reasentamientos de Patilla, Chancleta y Roche y que fueran aprobadas por parte del Administrador Designado de Cerrejón.

Observo además que el Contrato de Servicios No. 12382011 no se refiere sólo a los reasentamientos de Patilla y Chancleta sino que incluye las obras del Reasentamiento de Roche el cual no fue construido por CONINSA en desarrollo del Contrato de Obra No. 00242010.

(...)

Revisado el objeto del Contrato de Servicios No. 12382011 que fue puesto a mi disposición, así como el objeto del Contrato de Obra No. 00242010, tal como lo indiqué anteriormente, resulta para mí evidente que el objeto del Contrato celebrado entre Cerrejón y Vanfer y Cía. S. en C. no era la terminación de ningún tipo de obras; dado que, de acuerdo con lo señalado en la cláusula 1 de este Contrato y en los numerales 1.0. y 3.1. del Anexo A del mismo, Vanfer y Cía. S. en C. únicamente tenía a su cargo labores de mantenimiento preventivo, correctivo y obras menores que fueran solicitadas por los usuarios de los reasentamientos de Patilla, Chancleta y Roche a través de un Call Center que debía estar a disposición de las comunidades, siempre que, además, dichas obras menores fueran aprobadas por el Administrador Delegado de Cerrejón.

Así las cosas, encuentro que el Contrato de Servicios No. 12382011 no se refiere a la terminación de las obras faltantes u obras pendientes de ejecución o inconclusas por parte de CONINSA, lo cual guarda coherencia con mis respuestas anteriores en el sentido de que las obras de construcción de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta fueron entregados en su totalidad por parte de CONINSA, empresa que, además, atendió las reclamaciones postventa que le formularon tanto Cerrejón como la Interventoría, de manera tal que, en mi concepto, mal podría existir un contrato para terminar las supuestas obras inconclusas.

Como se indicó líneas atrás, la contradicción de POCH SAVILLS sobre estos análisis se redujo a aseverar que ante la inexistencia de un certificado de aceptación definitiva era un hecho que las obras de Chancleta no fueron entregadas a la Contratante en la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

oportunidad debida. El Tribunal, a riesgo de ser reiterativo, considera que la contradicción no tiene un grado mínimo de exhaustividad, ni sus fundamentos son sólidos.

El peritazgo aportado por la Convocante sí es suficientemente prolijo en la demostración que los pendientes listados en la comunicación de 15 mayo de 2012 no desvirtúan la terminación y entrega del reasentamiento Chancleta dentro de del plazo establecido en el Otrosí No. 7 al Contrato de Obra. Por esta razón, el Tribunal concluye que las obras de Chancleta, a diferencia de las de Patilla, sí terminaron en el plazo pactado en el Otrosí No. 7.

La disparidad de las conclusiones sobre la terminación en tiempo de las obras de Patilla y Chancleta debe tener, como es obvio, consecuencias frente a la obligación de Cerrejón de reintegrar las multas. El Tribunal considera que tales consecuencias no pueden ser otras que las que las mismas partes previeron en caso de que esta eventualidad se presentara. Dice así el parágrafo primer del Otrosí No. 7: *“Si el CONTRATISTA cumple la fecha de entrega de Patilla pero no cumple la de Chancleta, las partes entienden que las multas de Patilla no se aplicarán, sin perjuicio de los que pudieren ser aplicables por Chancleta. De igual manera, si el CONTRATISTA cumple la fecha de entrega de Chancleta pero no cumple la de Patilla, las partes entienden que las multas de Chancleta no se aplicarán, sin perjuicio de las que pudieren ser aplicables respecto a Patilla”*. En vista de lo anterior, el Tribunal accederá parcialmente a las pretensiones de la Convocante, por lo que únicamente ordenará reintegrar el valor de la multa impuesta por el –inexistente– incumplimiento de la entrega de las obras de Chancleta.

Ahora bien, como el monto de las multas al que se refiere esta pretensión de la demanda principal (\$35.760.000) no está cuantificado teniendo en cuenta cada asentamiento y el Tribunal no cuenta con pruebas documentales que indiquen tal proporción, ésa se establecerá teniendo en cuenta la proporción de cada uno ellos, esto es para Patilla 46 unidades de vivienda (53.5%) y para Chancleta 40 unidades de vivienda (46,5%) Así las cosas, Cerrejón deberá reintegrar el 46.5% de TREINTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$35.760.000), suma que asciende a DIECISEIS MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$16.628.400,00). Y como esta obligación se declara en este laudo sin que pueda considerarse que era exigible desde la suscripción del contrato, la condena se hará por dicha suma más los intereses moratorios comerciales que se causen a partir de la ejecutoria del laudo.

Conclusión

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En virtud de lo anterior, el Tribunal concluye que Cerrejón incumplió el Contrato al no haber restituido el valor de las multas por la terminación oportuna del Reasentamiento de Chancleta. Por lo tanto, condenará a Cerrejón a DIECISEIS MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$16.628.400,00) más los intereses moratorios comerciales que se causen a partir de la ejecutoria del laudo.

XIV.- El pago pactado en el otrosí No 4

1.- En el otrosí No 4 suscrito el 21 de octubre de 2011, las partes pactaron:

"PRIMERO: CERREJÓN reconocerá una cifra equivalente a CIENTO SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTO MIL PESOS (\$172'500.000) "por los gastos de alojamiento y alimentación del CONTRATISTA para un total de 100 personas, como parte de la ejecución del proyecto de construcción del reasentamiento de Patilla y Chancleta, con los cuales el CONTRATISTA dará cumplimiento a los hitos que se señalan a continuación. Esta cifra será pagada por una sola vez al CONTRATISTA tras firmarse el presente otrosí."

2.- CONINSA afirmó en la demanda que CERREJÓN no cumplió con la obligación de realizar el pago anterior y la petición dirigida a que el mismo se hizo en ella, en la medida en que en la pretensión segunda CONINSA solicitó declarar que CERREJÓN "incumplió" por acción y omisión diversas obligaciones y estipulaciones del contrato" y en la décima pidió condenar a la convocada al pago "de toda suma o valor dejado de reembolsar o pagar a que tenga derecho resultante de las pretensiones segunda subsidiaria, tercera, cuarta y quinta anteriores.

El no pago de esta suma de dinero se afirma en el hecho 28, donde se señala que "esta suma debía ser pagada tras la firma del Otrosí, cosa que nunca hizo CERREJÓN."

3.- En la contestación de la demanda CERREJÓN acepta que esta suma no se pagó y en realidad presenta una justificación que no resulta admisible en términos de ejecución de buena fe de un contrato sobre todo cuando es claro que este pago se había acordado mucho antes a la suscripción del Otrosí. En síntesis, señala que CERREJÓN no realizó este pago porque sabía que CONINSA no podía cumplir con los plazos establecidos en el mismo otrosí razón por la cual era evidente que se vería obligada a restituir la suma pagada.

CERREJÓN señala al contestar este hecho de la demanda:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

*"La formalización del otrosí 4 hasta esa fecha se debió a que CONINSA demoró su firma hasta el 21 de octubre de 2011, lo que determinó que dado el avance de las obras a esa fecha, **resultaba imposible para CONINSA cumplir con las fechas de entrega allí previstas y que se tuviera que revertir la entrega de la suma pactada aún no entregada, por lo que CERREJON optó por no pagar lo que ya se sabía CONINSA debía devolver.**"*

En la declaración rendida por ALIX SUAREZ en el curso del proceso (f. 81 C. 26) se confirmó que este pago no se realizó y esta omisión justificó por esta declarante señalando que CONINSA nunca contrató las cien personas, cuyos gastos de alojamiento y manutención debían cubrirse con la suma pactada en este otrosí.

En el dictamen contable de parte rendido por la doctora GLORIA ZADY CORREA, se establece que esta suma nunca fue pagada y se calculan los intereses moratorios comerciales causados sobre la misma.

4.- Tratándose de una obligación pactada por las partes cuyo pago no estaba sujeto a ninguna condición y debía cumplirse inmediatamente después de la firma del otrosí, el Tribunal condenará a CERREJÓN a su pago que asciende a la suma de CIENTO SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$172'500.000), más los intereses moratorios calculados por la perito contable, los cuales se liquidarán hasta la fecha del laudo.

XV.- La Demanda de Reconvención propuesta por Cerrejón.

La parte demandada, a la vez que se opuso a las pretensiones de la demanda, formuló demanda de reconvención contra CONINSA RAMON H., Respecto S. A., cuyos términos esenciales se indican a continuación, y cuya admisión fue recurrida por la demandada en reconvención y, finalmente, aceptada por el Tribunal para darle el curso procesal de rigor.

I.- Las pretensiones de la accionada en su demanda de reconvención:

Respecto de las causas y efectos de las multas, CARBONES CERREJON pretende que:

Primera.- *Se declare que la sociedad CONINSA RAMON H. S.A., incumplió sus obligaciones de contratista constructora establecidas en el contrato de obra CON-0024210 que celebró con CARBONES DEL CERREJON LIMITED el 11 de enero de 2011, al no cumplir con los plazos y programa de ejecución de la obra y otras obligaciones establecidas en el contrato y sus diferentes otrosis.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Segunda.- *Que como consecuencia de lo anterior se declare que CARBONES DEL CERREJON LIMITED procedió correctamente a imponer y notificar a CONINSA RAMON H S.A. las multas, de conformidad con lo pactado en EL ANEXO A, cláusula 11.1 del contrato de obra, que ascendieron a la suma de OCHOCIENTOS CINCO MILLONES DE PESOS (\$805.000.000).*

Tercera.- *Que se declare que CONINSA RAMON H. S.A. incumplió la condición pactada con CARBONES DEL CERREJON LIMITED, en el otrosí # 7 de 6 de febrero de 2012, para que no se le cobraran algunas de las multas causadas por el incumplimiento del contrato de obra CON- 0024210.*

Cuarta.- *Que como consecuencia de la declaraciones anteriores se condene a CONINSA RAMON H. S.A. a pagar a CARBONES DEL CERREJON LIMITED la suma de OCHOCIENTOS CINCO MILLONES DE PESOS (\$805.000.000), valor correspondiente a las multas impuestas, más la correspondiente actualización desde la fecha de la imposición de cada multa hasta la fecha de presentación de esta demanda y de allí en adelante los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley y hasta cuando el pago se efectúe.*

En relación con lo que CARBONES DEL CERREJON, LIMITED. Considera como tema decidendi mayores permanencia y trabajos no ejecutados, respecto de los cuales, con las pretensiones de la demanda de CONINSA RAMON H., S. A., busca que se declare que hubo mayor permanencia en la obra con relación a la inicialmente prevista, y trabajos ejecutados y no pagados y condene al pago de las indemnizaciones que menciona en su demanda, las pretensiones de la reconviniente consisten en:

Primera.- *Que se declare que CONINSA RAMON H. S.A., debe asumir y pagar a CARBONES DEL CERREJON LIMITED todos los costos en que tuvo que incurrir CARBONES DEL CERREJON LIMITED, por mayores tiempo de obra tales como ampliación del plazo del contrato de interventoría, prorroga de los seguros, costos administrativos del personal asignado al proyecto, pagos a las familias de los reasentamientos por la demora en la entrega de las casas, costos de los contratistas que culminaron las obras no ejecutadas por CONINSA RAMON H., S. A., y atendieron las garantías de post venta y en general al pago de cualquier suma que indemnice a CARBONES DEL CERREJON por dichos perjuicios.*

Segunda.- *Que se condene a CONINSA RAMON H. S.A a pagar las sumas a que se refiere el numeral anterior, actualizadas desde la fecha en que se hicieron los respectivos desembolsos y de allí en adelante los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley y hasta cuando el pago se efectúe.*

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

***Tercera.-** Que se declare que de conformidad con el ANEXO C, Cláusula Segunda, del Contrato de Obra CON-0024210, CARBONES DEL CERREJON LIMITED tiene derecho a deducir del depósito en garantía, todas las sumas que sean consecuencia del incumplimiento de CONINSA RAMON H. S.A. y que se impongan en el laudo.*

***III.-** Que se condene a la sociedad CONINSA RAMON H. S.A. al pago de las costas del presente proceso.*

El juramento estimatorio

En su demanda CERREJON en cuanto al juramento estimatorio manifiesta específico que frente a la pretensión cuarta del artículo I, por tratarse de multas y solicitarse sumas específicas de dinero tasadas de conformidad con lo señalado en el contrato, no había lugar al juramento estimatorio, como lo indica el artículo 82 del Código General del Proceso numeral.

Con respecto a la pretensión primera del capítulo II de PRETENSIONES, estimó en \$3.500.000, sin incluir intereses a partir de la presentación de la demanda, las indemnizaciones correspondientes a los perjuicios causados a CARBONES DE CERREJON derivados de los mayores valores que está tuvo que pagar al interventor, al personal destinado a la atención del contrato, a las familias reasentadas, a las que no se les cumplió en tiempo, mayores primas de seguro por extensión del contrato de las obras en inglés perteneciente a Clinton y al interés atención de las garantías pos venta de las casas de Papilla y Chancleta.

Hechos de la demanda

CARBONES DEL CERREJON., LIMITED., sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

1.- En la celebración del contrato CON- 00242010 entre ella y CONINSA RAMON H. S.A. perfeccionado el día 11 de enero de 2011, contrato de construcción de obras civiles ya indicadas en la parte inicial de este laudo y sus anexos.

2.- En que en el desarrollo del contrato se presentaron varios incumplimientos por parte de CONINSA RAMON H, S. A., y, como consecuencia de los mismos, de acuerdo con el Anexo A, cláusula 11.1 del contrato, se impusieron a CONINSA varias multas, que a 31 de enero de 2012 ascendieron a OCHOCIENTOS CINCO MILLONES DE PESOS (\$805.000.000).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

3.- Con fundamento en lo pactado en el otrosí # 7 del 6 de febrero de 2012 CERREJON y CONINSA acordaron que si se entregaban las obras de los asentamientos de Patilla y Chancleta terminadas para el 22 de marzo de 2012 las primeras, y para el 15 de mayo de 2012, las segundas, las multas impuestas derivadas de la no entrega de las obras en los plazos inicialmente pactados no habría lugar a aplicar las multas impuestas; y que "Si el contratista incumple cualquiera de las fechas de entrega aquí indicadas, las multas previstas en el contrato se aplicarán a partir de las fechas pactadas en el otrosí # 4, esto es octubre 31 de 2011 para Patilla y diciembre 31 de 2011 para Chancleta".

4. Afirmó CARBONES DEL CERREJON, LIMITED., que en el párrafo segundo del Otrosí No. 7 expresamente estableció que: "Las partes dejan expresa constancia que lo pactado en el párrafo primero anterior, en ningún caso podrá entenderse como allanamiento o aceptación por parte de CERREJON a la no entrega por parte del CONTRATISTA del proyecto dentro de los plazos pactados en el Otro si No. 4, (...)"

5. Afirma la demandante en reconvenición que por la incursión de la contratista en continuos incumplimientos del cronograma y plazos de duración de la obra, se hicieron necesarios los diferentes Otrosis para prorrogar el plazo y el programa de ejecución, con la previsión que en caso de incumplimiento de las nuevas fechas se tenían como máximas para efectos de aplicación de multas por este tema, las pactadas en el otrosí # 4.

6. – Como, según CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, CONINSA RAMON H., S. A., no cumplió con la entrega prevista en las fechas pactadas y no terminó las mismas, la convocada a este Tribunal de Arbitramento debió asumir diversas erogaciones a CARGO DE CONINSA RAMON H, S. A., tales, pero no exclusivamente, como

7.- Las primas extras en las pólizas de todo riesgo y cumplimiento.

.- Las compensaciones que pagó CARBONES DE CERREJON por concepto de retraso a las familias que habitarían los reasentamientos de Patilla y Chancleta tal y como muestra el siguiente cuadro:

MES	# FAMILIAS BENEFICIADAS	VALOR PAGAR	IMPUESTOS A CARGO DE CERREJON (RETEFUENTE 3,5)	VALOR TOTAL TRANSACCIÓN	VALOR NETO A GIRADO
-----	-------------------------	-------------	--	-------------------------	---------------------

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Diciembre/2011	43	\$ 21,500,000	\$ 752,500	\$ 22,252,500	\$ 21,500,000
Enero/2012	43	\$ 21,500,000	\$ 752,500	\$ 22,252,500	\$ 21,500,000
Febrero/2012	45	\$ 22,500,000	\$ 787,500	\$ 23,287,500	\$ 22,500,000
Marzo/2012	45	\$ 22,500,000	\$ 787,500	\$ 23,287,500	\$ 22,500,000
Abril/2012	45	\$ 22,500,000	\$ 787,500	\$ 23,287,500	\$ 22,500,000
Mayo/2012	45	\$ 22,500,000	\$ 787,500	\$ 23,287,500	\$ 22,500,000
		\$ 133,000,000	\$ 4,655,000	\$ 137,655,000	\$ 133,000,000

8.- Los honorarios y gastos adicionales pagados por la extensión del contrato de interventoría con la firma AB PROYECTOS derivadas de las constantes prórrogas del contrato firmado con CONINSA RAMON H., S. A., a efectos de obtener el cumplimiento del contratista, que generaron dos Otrosis adicionales a las órdenes de servicio del contrato de Interventoría para el contrato de Coninsa RAMON H., S. A.

9.- Los mayores costos por sueldos de empleados de CERREJON asignados al proyecto.

10.- Cualquier otro costo que se pruebe en el proceso.

11.- Llegadas las fechas establecidas en el Otrosí No.7, como límites para efectos de entrega de las obras, éstas no pudieron ser recibidas dado que CONINSA RAMON H., S. A., para el marzo 22 de 2012 fecha de la entrega de las de Patilla y para el 15 de mayo de 2012, fecha de la entrega de Chancleta, no había ejecutado, dice la contratante, la totalidad de las obras a las que se comprometió.

8. El 15 de mayo de 2012 CARBONES DE CERREJON, LIMITED, a través de la Interventoría comunicó a CONINSA RAMON H., S. A., discriminando las actividades y sectores de obra, todas las actividades pendientes por ejecutar a cargo de dicha empresa, reiterando el incumplimiento contractual de las fechas de entrega y anexando un archivo fotográfico de todos los pendientes.

9.- El anterior requerimiento se reiteró, expresa CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, por la auditoría en carta de 27 de junio de 2012.

10. En julio de 2012 CONINSA RAMON H., S. a., sostiene la accionada ante este Tribunal de Arbitramento, retira el poco personal que quedaba y que estaba encargado de la terminación de las viviendas y atención de garantías muy buenas en el río del Olivar tiene cuenta de Ensenada y trabajando en que ha habido mucho frío posventa, dejando sin atención los no conformes de acuerdo con todos los listados que se adjuntan como pruebas.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

11. *Expresa, no bueno que mande por no hay que descansar es que son trabajos mucho pues yo que soy el que tengo la autoridad por así mismo, la demanda de reconvención que vez iniciado el traslado de las familias a los reasentamientos de Patilla y Chancleta, se generó enorme insatisfacción con el estado en el que se encontraban las viviendas.*

12.- *Por lo antes expresado en los hechos de esta demanda, y dado que CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, se vio en la necesidad de firmar el 2 de agosto de 2012 un contrato con la sociedad VANFER & CIA S. EN C., cuyo objeto, según se describe en el Numeral 1 del ANEXO A del mismo fue el "MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES Y OBRAS que CONINSA no culminó las obras MENORES EN LOS REASENTAMIENTOS DE PATILLA, CHANCLETA Y ROCHE".*

15. *Así mismo, por intermedio del Departamento de Responsabilidad Social de CERREJON, se firmó un acuerdo marco con la junta de Acción Comunal de Patilla con el fin de acordar todas las reparaciones que debían hacerse a las viviendas objeto del contrato firmado con Coninsa.*

Para demostrar la ocurrencia de los hechos soporte de su demanda, CARBONES DEL CERREJO LIMITED, adjuntó con carácter de prueba:

1.- DOCUMENTALES

1.1.- Anexo las relacionadas en cuadro adjunto:

TIPO DE COMUNICACIÓN	FECHA	DE	PARA	ASUNTO
1. Carta	18 de febrero de 2011	Cerrejón	Coninsa	SO-IP-063-2011
2. Carta	1 de junio de 2011	Cerrejón	Coninsa	SOP-IP-110-2011
3. Carta	1 de julio de 2011	Cerrejón	Coninsa	SOP-IP-135-2011
4. Carta	1 de noviembre de 2011	Coninsa	Cerrejón	Pacha-03-11-011-488
5. Carta	23 de noviembre de 2011	Cerrejón	Coninsa	SOP-IP-222-2011
6. Carta	28 de enero de 2012	Cerrejón	Coninsa	SOP-IAIS.024-2012
7. Carta	15 de enero de 2013	Cerrejón	Coninsa	SOP-IMIS-006-2013
8. Carta	23 de noviembre de	Cerrejón	Coninsa	SOP-IP-222-2011

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

	<i>2011</i>			
<i>9. Carta</i>	<i>22 de marzo de 2013</i>	<i>Cerrejón</i>	<i>Coninsa</i>	<i>SOP-IMIS.043-2013</i>
<i>10. CONTRATO</i>	<i>AGOSTO 12 DE 2013</i>	<i>Cerrejón Y Vanfer & Cia S. en C.</i>		
<i>11. Acuerdo de Infraestructura</i>	<i>5 de septiembre de 2016</i>	<i>CERREJON Y JUNTA DE ACCION COMUNAL</i>	<i>Coninsa</i>	<i>SOP-IMIS.043-2013</i>
<i>12. Acuerdos Individuales con Propietarios de casas</i>	<i>5 de septiembre de 2016</i>	<i>CERREJON Y JUNTA DE ACCION COMUNAL</i>		
<i>13. Acuerdo Marco de interventoría</i>	<i>Diciembre de 2010</i>	<i>CERREJON Y AB PROYECTOS</i>		
<i>14. Cd con resultados de revisiones de infraestructura y garantías a las casas</i>	<i>Diciembre de 2010</i>	<i>CERREJON Y AB PROYECTOS</i>		

Pidió tener como pruebas las demás documentales allegadas con la contestación a la demanda.

2.- TESTIMONIAL.

Solicitó oír el testimonio de:

2.1.- Fernando Villareal, funcionario de Vanfer, quien podrá ser citado en la Carrera 54 No. 55-39 Of 301 A de Barranquilla y quien depondría específicamente sobre todas las obras que se realizaron bajo el contrato con VANFER para terminar las obras inconclusas de CONINSA y la atención de garantías.

2.2.- Alberto Osorio, funcionario de soporte de proyectos de Infraestructura de CARBONES DEL CERREJÓN, LIMITED, quien podrá ser citado en la dirección de notificación de la convocada y quien depondría sobre las obras que fue necesario completar frente a la no culminación de las mismas por parte de la convocante, en Patilla y Chancleta, y los trabajos que se venían adelantando con la comunidad, dada la insatisfacción en la entrega inicial de las viviendas.

Precisó que, como uno de los objetivos de la demanda de reconvencción era la denominada "comunidad de las pruebas", se remitió a todas las existentes dentro del proceso ya aportadas y a las que en un futuro se practicaran,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

tanto respecto de los hechos, como las de existencia y representación legal de las partes.

En los fundamentos derecho de la demanda de reconvención, indicó los artículos 1502, 1530, 1602, 1603, 1625 del C.C. y 822 y 864 del C. Co., leyes 1563 y 1564 de 2012 y demás disposiciones concordantes.

Para justipreciar el monto de sus pretensiones, CARBONES DEL CERREJON, bajo la gravedad del juramento estimatorio, expresó:

1. Frente a la pretensión cuarta del capítulo I, por tratarse de multas, y solicitarse sumas específicas de dinero tasadas de conformidad con lo señalado en el contrato, no hay lugar a realizar el mismo, como lo indica el art. 82 del CGP numeral 7 al señalar que es requisito formal de la demanda el juramento estimatorio únicamente cuando fuere necesario.

- 2- Con respecto a la pretensión 1, del capítulo II de PRETENSIONES, estimo en tres mil quinientos millones de pesos (\$3.500.000.000.00), sin incluir intereses a partir de la presentación de la demanda, las indemnizaciones correspondientes los perjuicios causados a CARBONES DE CERREJON, por daño emergente derivado de los mayores valores que esta tuvo que pagar al interventor, al personal destinado a la atención del contrato, a las familias reasentadas a las que no se les cumplió en tiempo, mayores primas de seguro por extensión del contrato de obra, y contratos adicionales para la terminación a cabalidad de las obras y atención d las garantías posventa de las casas de Patilla y Chancleta.

2.- Réplica de CONINSA

CONINSA RAMON H, S. A., con base en lo que más adelante expone en relación con los hechos de la demanda y los fundamentos de esta contestación, se opuso a todas y a cada una de las pretensiones formuladas.

Sostuvo no haber incumplido jamás sus obligaciones contractuales, y mucho menos las relacionadas con los plazos y el cronograma de ejecución de las obras.

Atribuyó a CARBONES DEL CERREJON., LIMITED, haber sido responsable de un rosario de incumplimientos contractuales que retardaron el cronograma de obras, desquiciaron la secuencia constructiva de las mismas, ocasionaron descomunales sobrecostos a CONINSA y determinaron la necesidad de ampliar en varias ocasiones los plazos de entrega de las obras.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Rechazó que el Contrato de Obra se hubiera celebrado el 11 de enero de 2011, y sostuvo que lo fue el día 28 de octubre de 2010, fecha en la que esta empresa remitió la comunicación M&S DC-0391-10 cuyo asunto era la "**Aceptación Oferta No. CON-0242010 / para la Construcción de los Reasentamientos Patilla y Chancleta en el Complejo Carbonífero El Cerrejón**" (resaltado de la contestación a la demanda de reconvención)

Sobre la pretensión segunda expresó que como consecuencial que era de la anterior pretensión primera, resultaba completamente infundada.

Como las multas, dijo la reconvenida, que arbitraria e imperialmente CARBONES DEL CERREJÓN, LIMITED., quiso imponerle durante la ejecución contractual, y que después dejó sin efectos, eran absolutamente improcedentes e infundadas, como infundado resultaba que la contratante pretendiera ahora, para ocultar sus múltiples incumplimientos, que la contratista le pagara multas que carecían de cualquier sustento contractual y fáctico.

Afirmó que las multas a que se refiere la reconviniendo se las quiso imponer CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, arguyendo que ésta había incumplido las fechas de entrega acordadas en el Otrosí No. 4 del 21 de octubre de 2011, fechas fueron dejadas sin efecto, según la accionante y demandada en reconvención, por el Otrosí No. 7 del 6 de febrero de 2012, que las amplió hasta el 22 de marzo de 2012, para las obras del Reasentamiento de Patilla y hasta el 15 de mayo de 2012, para las obras del Reasentamiento de Chancleta, lo cual, a juicio de la réplica, constituía prueba de que las multas que CARBONES DEL CERREJON., LIMITED., le quiso impone, carecían por completo de fundamento.

Así las cosas, la suscripción del Otrosí No. 7, dejaba absolutamente sin piso las pretensiones de la demanda de reconvención, pues mal podría afirmarse que Cerrejón "procedió correctamente a imponer y notificar a CONINSA RAMON H S.A. las multas" por el supuesto incumplimiento de las fechas de entrega definidas en el Otrosí No. 4.

A la pretensión tercera, se opuso por las mismas razones por las que se había opuesto a las anteriores.

Agregó que aunque eran completamente infundadas las multas que se había querido imponer por el supuesto incumplimiento de las fechas definidas en el Otrosí No. 4, la contratante, de forma indebida, condicionó la no imposición de tales multas a que se cumplieran las nuevas fechas de entrega establecidas en el Otrosí No. 7.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Afirmó que, en todo caso, hizo entrega de la totalidad de las obras dentro de las fechas de entrega establecidas en el Otrosí No. 7, a saber, el 22 de marzo de 2012 las del Reasentamiento de Patilla y el 15 de mayo de 2012 las del Reasentamiento de Chancleta, tal como se demostraría en el proceso.

A la pretensión cuarta dijo que, como consecuencial que era de las anteriores, ésta, como aquellas, resultaba completamente infundada.

Sostuvo, además, que como CONINSA RAMON H., S. A., había cumplido con todas sus obligaciones, no existía razón para que se impusiera condena alguna en su contra y que era CARBONES DEL CERREJON., LIMITED, por el contrario, quien debía ser condenada a pagarle todos los perjuicios que le ocasionó con sus múltiples incumplimientos y con su conducta.

En cuanto a los fundamentos de hecho de la demanda de reconvención, la demandada discurrió del modo que sigue:

En cuanto a las reclamaciones de la contratante por los costos causados por denominadas "primas extra de las pólizas de todo riesgo y cumplimiento", consideró la convocante que no se trataba de un hecho, sino de una afirmación de la reconviniente carente en absoluto de cualquier sustento o soporte.

En segundo lugar, recordó que dichos pagos estaban contractualmente a cargo de CARBONES DEL CERREJÓN, LIMITED, (cláusula 12 del Anexo A del Contrato de Obra), de manera que cualquier pago adicional, si es que lo hubo en la realidad, se produjo por exclusiva decisión de la reconviniente en su calidad de asegurado y beneficiario y en tal orden son de su cargo.

En lo atinente a las "compensaciones que pagó CARBONES DEL CERREJÓN., LIMITED, por concepto de retraso a las familias que habitarían los Reasentamientos de Patilla y Chancleta", al igual que en el numeral anterior, cabía afirmar que no se trata de un hecho, sino de una afirmación general de la reconviniente que, además de vaga, gaseosa y confusa, carecía de soporte.

En todo caso el cobro de estas sumas manifestó CONINSA RAMON H. S. A., era improcedente como quiera que, de haberse efectuado, tuvieron su origen en la mera liberalidad de la cual hacía gala CARBONES DEL CERREJON., LIMITED, en este proceso y no le resultaban imputables, por no tener causa en su conducta contractual.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Sostuvo no ser cierto que dichas compensaciones hubieran tenido lugar con ocasión de ningún "retraso".

Al efecto señaló, que el cuadro que contiene la relación de los pagos efectuados reflejaba que los mismos tuvieron lugar durante los meses de diciembre de 2011 a mayo de 2012, esto es, cuando el Contrato de Obra aún se encontraba en ejecución y por tanto el Contratista estaba dentro de la oportunidad y el término contractualmente previsto para la entrega de las obras, y que las entregó en el término establecido en el Otrosí No. 7, como lo confirmaba el propio cuadro contenido en este hecho.

En cuanto a los honorarios y gastos adicionales pagados por la extensión del Contrato de Interventoría con la firma AB Proyectos, argumentó, de nuevo, era de señalarse que no se trataba de un hecho sino de una afirmación de la contratante, carente por completo de sustento.

En todo caso, resultaba improcedente, según la contratista, el reconocimiento y pago de estos gastos por su parte como quiera que dichos gastos no le eran en modo alguno imputables, puesto que la mayor permanencia en obra tuvo su origen exclusivo en los incumplimientos de la contratante, las constantes modificaciones en los diseños y especificaciones de la obra con la consecuente necesidad de ejecutar mayores cantidades de obra y obras adicionales, y las desmedidas exigencias de la Interventoría.

Destacó, además, que las prórrogas del Contrato No. 02972009 de 11 de diciembre de 2009 fueron el resultado del acuerdo de voluntades entre la sociedad AB Proyectos., S.A. y su contraparte, y no tuvieron como causa "*las prórrogas firmadas con CONINSA*".

De hecho, la duración prevista del Contrato No. 02972009 era de tres (3) años, esto es, una duración que excedió no sólo la vigencia inicial del Contrato de Obra, sino todas sus prórrogas; por lo que resulta absurdo, por decir lo menos, hablar de extensión del Contrato de Interventoría como un hecho imputable a CONINSA RAMON H. S. A., cuando el contrato mismo de Interventoría tenía desde su suscripción una duración que triplicaba la del Contrato de Obra.

Según los otrosíes, expresó la reconvenida, la única extensión al Contrato de Interventoría mismo se produjo como consecuencia de la suspensión de dicho contrato y por el término mismo de la suspensión.

Respecto a los "*mayores costos por sueldos de empleados de Cerrejón asignados al proyecto*" indica que lo señalado en este numeral no es un hecho, sino una afirmación de la reconviniente, general, abstracta, vaga y difusa.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Lo que Cerrejón decidiera pagar o no pagar a sus empleados no incumbía, ni involucraba al Contratista; más aún cuando los mayores tiempos de obra eran imputables a la reconviniente.

En todo caso no existía causa jurídica por la cual CONINSA RAMON H, S. A., tuviera que reconocer y pagar tales costos, si es que estos tuvieron lugar.

En relación con “cualquier otro costo que se pruebe en el proceso” reiteró que no era un hecho, sino la afirmación de la reconviniente, de carácter general y abstracta, y carente de fundamento alguno.

CONINSA RAMON H. S. A., precisa que la comunicación de la Interventoría de fecha 15 de mayo de 2012 no se refería a la totalidad de las obras del Contrato de Obra; sostiene que de la lectura de la comunicación salta a la vista que únicamente se refería a ciertas actividades menores y remates puntuales de las obras del reasentamiento de Chancleta, observaciones que, además sólo podían hacerse una vez las obras hubieran sido concluidas.

En otros términos, afirma CONINSA RAMON H. S. A., la identificación de los detalles, remates y acabados sólo podía tener lugar cuando las obras hubieran concluido y se hubieran recibido, como en efecto ocurrió en este caso, pese a los problemas que tuvo que afrontar el contratista respecto de la injerencia de la Interventoría y a pesar de los incumplimientos de todo orden de la contratante.

En cuanto a la comunicación de 27 de junio de 2012, en la que se mencionan unas actividades menores, los remates y los acabados de las obras del Reasentamiento de Chancleta, confirman que las mismas se habían realizado en los plazos estipulados.

Además, agrega, para infortunio de la convocada, esas actividades menores, remates y acabados señalados en la malhadada misiva ya habían sido ejecutadas por CONINSA RAMON H, S. A., tal como ésta se lo puso de presente detalladamente con la comunicación Pacha-28-06-2012-810, de 28 de junio de 2012.

En cuanto al tema de personal, CONINSA RAMON H. S. A., dijo, por una parte, no ser cierto que en julio de 2012 hubiera retirado el “poco personal” que quedaba para la *“atención de garantías posventa”*.

Las actividades de postventa fueron atendidas en su totalidad durante los meses de marzo a agosto de 2012, tal como consta en las respectivas actas suscritas con los propietarios.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Se anota que de esto sí pudo haber actas puesto que se suscribieron directamente con los habitantes, y no con la contratante que se negaba a su conveniencia a dejar todo rastro escrito del desarrollo del Contrato.

Tampoco es cierto que CONINSA hubiera dejado sin atención "*no conformes*".

La convocante reitera que ejecutó las obras y atendió las garantías postventa como lo admitió la demandante en reconvencción en el hecho 12 de la demanda, y como constaba en distintas comunicaciones y documentos.

Relievó la circunstancia de que CARBONES DEL CERREJON., LIMITED., jamás se quejó o se dolió de que CONINSA RAMON H. S. A., hubiese dejado sin atención, "*no conformes*".

Este le parecía ser un tema que postreramente pretextaba la reconviniendo ante su carencia de argumentos para desvirtuar su mora, sus incumplimientos, sus constantes modificaciones y adiciones de los diseños y especificaciones de la obra, las exigencias desmedidas y perversas de su Interventoría, en general, todo aquello que enredó en extremo la ejecución contractual para la ejecutora del contrato.

Agrega que como las obras ya estaban terminadas en su totalidad para el mes de mayo de 2012, no debía haber "*personal encargado de la terminación de las viviendas*".

Indica que, de lo señalado por la contratante, se desprende que las obras de los reasentamientos de Patilla y Chancleta sí fueron terminadas y recibidas, pues de lo contrario hubiese resultado imposible efectuar el "*traslado de las familias*".

Agregó CONINSA RAMON H. S. A., que el texto del contrato celebrado con la sociedad Vanfer & Cia S. En C., evidencia que éste tenía por objeto el mantenimiento de las obras y no la culminación de las mismas, como lo quiso dar a entender CARBONES DEL CERREJON., LIMITED.; si éste algo confirmaba, era que las obras ya se encontraban terminadas, pues mal podrían realizarse mantenimientos de obras que no estaban concluidas.

La accionante convocante agrega, respecto del hecho 15 de la demanda de reconvencción, **no** ser cierto como lo presentaba la reconviniendo, pues el "Acuerdo Marco" a que se alude en este hecho fue celebrado entre Cerrejón y la junta de acción comunal de Patilla el **día 5 de septiembre de 2016**, es decir, más de 4 años después de la entrega de las obras.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Nótese, expresa la demandada en reconvención que su demandante omitió, quizá por inadvertencia, hacer mención de la fecha del "Acuerdo Marco", con lo que se crea una apariencia de inmediatez entre la entrega de las obras y la supuesta reparación de las mismas, cuando dicho Acuerdo con la Junta de Acción Comunal había sido celebrado hacía pocos meses y en realidad no guardaba relación de ninguna naturaleza con la ejecución, cumplimiento y la duración del Contrato de Obra.

CONINSA RAMON H. S. A., al contestar las excepciones propuestas por CARBONES DEL CERREJON, LIMITED., propuso argumentos enderezados a infirmar las afirmaciones de su contraparte, en torno a los incumplimientos que le imputara, mencionados en la Primera Pretensión de la demanda de reconvención y los fundamentos de las multas impuestas.

En ese particular y en relación con la controversia sobre la imposición de multas, CONINSA RAMON H., S. A., expresó que otro incumplimiento que atribuía a CARBONES DEL CERREJON, LIMITED., consistía en no haberle reembolsado el valor de las multas que injustificadamente le impuso durante e la ejecución del contrato.

A sabiendas, afirma CONINSA RAMON H., S. A., de que el plazo fijado para la entrega de las obras en el otrosí No. 4 era imposible de cumplir, debido a los retrasos originados en los incumplimientos de la contratante y a circunstancias ajenas al contratista, CARBONES DEL CERREJON, LIMITED., le impuso multas por no entrega de las obras dentro de dichas fechas.

Recuerda que mediante el Otrosí No. 7 de 12 de enero de 2012 se ampliaron las fechas de terminación de las obras y se acordó que no se aplicarían multas por la no entrega de las mismas dentro de los plazos establecidos en el Otrosí No. 4 cuatro, si el contratista entregaba las obras dentro de los nuevos plazos acordados.

CONINSA RAMON H, S.A., se ratifica en que entregó las obras dentro del nuevo plazo e invoca para sustentar su argumento, el dictamen rendido por el ingeniero Alfredo Malagón en la respuesta a la pregunta 58, sin embargo, y advirtió que CARBONES DEL CERREJÓN, LIMIIITED., se negó a reembolsarle el valor de las multas impuestas, sin justificación alguna, por la no entrega de las obras dentro de las fechas del Otrosí No. 4.

E ironiza diciendo que, cinco años después, a través de la demanda de reconvención CARBONES DEL CERREJON LIMITED, quiere que se la obligue a pagar retroactivamente multas por la supuesta falta de entrega de las obras dentro de los plazos establecidos

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

en el Otrosí No. 7, lo que sólo busca sustentar la ilegal retención que hizo y sigue haciendo del depósito en garantía, a cuyo pago tiene derecho.

En el escrito de contestación de la demanda de reconvención, el demandado en ésta esgrimió, entre otros argumentos:

En relación con la falta de terminación de las obras en mayo de 2012, la necesidad que tuviera CARBONES DEL CERREJON LIMITED de continuar pagando personal de Interventoría, de su propia administración, y la de contratar a otra compañía para culminar las obras pendientes:

Argumenta que al terminarse las obras CARBONES DEL CERREJON., LIMITED., debía expedir el documento en que constara la terminación y aceptación, de las obras hechas por el contratista, de acuerdo con el numeral 4.6 de la cláusula 4 del contrato de obra.

Según el dictamen del ingeniero Malagón, expresa CONINSA, se acredita que las obras fueron terminadas el 15 de Mayo de 2012, dentro de la oportunidad contractual, y remite a la respuesta del perito a la pregunta 58 del dictamen técnico.

Por ello, CONINSA RAMON H., S. A., en comunicación PACHA-27-06-2012, del 27 de julio de 2012 solicitó a CARBONES DEL CERREJON., LIMITED., que expidiera el certificado mencionado, pero esta empresa se negó a hacerlo pretextando que existían labores pendientes a cargo del contratista, según lo expresó en la comunicación número de SOP-IMIS-077 del 28 de junio de 2012.

Sostiene CONINSA que los pendientes correspondían a labores que ya habían sido ejecutadas por el contratista, o a otras que no formaban parte del objeto del contrato y que, por tanto, no estaban a la sazón a cargo de ella, como el contratista lo puso de presente a CERREJÓN mediante comunicación número PACHA-28-06-2012-810, de 28 de junio de 2012.

En su escrito CONINSA RAMON H. S. A., cita un correo electrónico remitido por la Interventoría el 4 de julio de 2012, en el que señaló que efectivamente las casas fueron entregadas cero detalles.

Continuando en el mismo orden de exposición, CONINSA RAMON H., S. A., sostuvo que tan era cierta la entrega y recibo de las obras que en el mes agosto de 2012 la Interventoría le remitió a CARBONES DEL CERREJON LIMITED las llaves de todas las viviendas del asentamiento Chancleta, lo cual es concordante con numerosas comunicaciones remitidas por la Interventoría y por CARBONES DEL CERREJON.,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

LIMITED., en las que exige el cumplimiento de obligaciones que sólo estaban contempladas después de terminada las obras.

Cita, igualmente, la comunicación de AB Proyectos, en la que Interventoría, el 26 de abril de 2012, le solicitaba, nuevamente, la entrega de los planos as built de las obras construidas en el reasentamiento de Patilla y de la sede educativa; manifiesta la Interventoría que el contratista debería presentar mensualmente una copia magnética y una copia dura de los planos, incluyendo cambios y desviaciones que por construcción, o por diseño, hubieran sufrido modificaciones con respecto a lo originalmente mostrado.

Igualmente le expresa a CARBONES DEL CERREJON., LIMITED., que la presentación mensual de los planos as built era requisito fundamental para la cancelación del acta de pago; destaca el escrito de AB PROYECTOS que, asimismo, a más tardar quince días calendario después de que la obra fuera terminada, debía presentar los planos totales de la obra, incluyendo los cambios y desviaciones, e indicando en el espacio de revisiones del formato, el número de revisión correspondiente, con la frase plano as built.

Prosigue CONINSA RAMON H., S. A., citando otras comunicaciones en las cuales, por ejemplo en la de 13 de julio de 2002, CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, le recuerda el compromiso de entregar el Manual de Mantenimiento y Operación de la Central del Reasentamiento, compromiso que ya estaba vencido y era de vital importancia para ser entregada al Departamento de Responsabilidad Social.

En la comunicación SOP-IMIS-099-2012, de 21 de agosto de 2012, al tiempo que se repite la solicitud de entregar los planos as- Built de Patilla y Chancleta, recuerda que así mismo a más tardar quince (15) días calendario después de que la OBRA fuera terminada, debía presentar los planos totales de la obra, incluyendo los cambios y desviaciones, indicando en el espacio de revisiones del formato, el número de revisión correspondiente, con la frase PLANOS As Built.

Destaca CONINSA que, como lo dijo la convocada en su demanda de reconvenición, fue el otro contratista, la empresa VANFER, contratada para realizar labores de mantenimiento de las obras lo que, a juicio de la convocante, las supuestas deficiencias eran en realidad labores que no tenían por objeto ejecutar la terminación de las obras objeto del contrato CON – 00202410 y al efecto, recurre a las respuestas dadas por el Ingeniero Malagón a las preguntas 64 a 67.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Continua la impugnación a la excepción planteada por CARBONES DEL CERREJON., LIMITED., que teniendo en cuenta que el plazo del contrato celebrado por ésta con VANFER era de 18 meses, a juicio de CONINSA la accionada pretende hacer creer al Tribunal que el nuevo contratista requirió el doble del plazo establecido para la ejecución del contrato de obra, para curar simples “deficiencias” de la obra.

Sí lo que arguye CARBONES DEL CERREJON., LIMITED., fuera cierto, considera CONINSA, que ha debido expedir el Certificado de Aceptación Definitiva y pagar todas las sumas que le adeudaba, descontando el monto de lo que hubiera pagado al otro contratista, el que según comunicación del 15 de enero de 2015, eran \$301.000.000.

La convocante sostiene que la demandada CARBONES DEL CERREJON, LIMITED., no lo hizo así porque con su conducta convertiría el certificado mencionado en el instrumento para justificar y cobrarle a ella todos los gastos de mantenimiento de los Reasentamientos, incluyendo la liberalidades que tuvo para con las comunidades.

Al tratar en el Capítulo V de la contestación a la demanda de reconvención, la demandada replicó a CARBONES DEL CERREJON., LIMITED, en relación con las multas impuestas y cuyo monto la convocante impetra que se le devuelva, que el contrato había sido cumplido por su parte, de donde se desprendía la improcedencia de la aplicación y cobro de las multas y la improcedencia de la pretensión de que se ordenara su pago en la sentencia arbitral.

Alegó también CONINSA RAMON H, S. A., que, en esas condiciones la accionada incurriría en el cobro de no debido y en actuar contra sus propios actos pues, luego de la entrega de la totalidad de las obras, no expresó inconformidad alguna y se abstuvo de insistir en la imposición de las multas que previamente había querido imponer al Contratista, y en la demanda de reconvención pretendía cobrarlas retroactivamente con apoyo en el supuesto incumplimiento en la entrega de las obras en las fechas de entrega previstas; atribuyó a CARBONES DEL CERREJON., LIMITED, comportamiento contrario a la buena fe que debía gobernar las relaciones contractuales, según lo establecido en los artículo 1603 del C.C., y 871 del C. de Co.

Sostuvo que la imposibilidad de entregar las obras en las fechas previstas en el contrato y en el Otrosí No. 4 obedeció a culpa de la contratante consistente la entrega tardía de los diseños, en las reiteradas e incesantes modificaciones de los mismos y de las especificaciones de las obras, que implicaron la ejecución de mayores cantidades de las previstas y de obras adicionales, con las consecuentes afectaciones en la secuencia constructiva; a esos factores agregó las desmedidas exigencias de la Interventoría.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Invoca en su favor el contenido del artículo 1609 del C. C, que consagra la excepción non addimpleti contractus en los casos de incumplimiento de las obligaciones en los contratos bilaterales.

Hizo mérito la demandada en reconvención de la ocurrencia e impacto de las intensas y continuas lluvias caídas a lo largo de la ejecución de las obras, completamente anormales en el lugar del proyecto, que ocasionaron la saturación de materiales y excavaciones, retrasaron las actividades de relleno, dificultaron en extremo el suministro de insumos de las obras por el mal estado de las vías de acceso al sitio del proyecto, implicaron la realización de actividades no previstas, como la utilización de motobombas para recoger el agua alojada en los sitios de la obra, todo lo cual fue registrado por la Interventoría en las bitácoras de obra y en los informes rendidos a la convocada, y encarecieron la realización del proyecto.

Al imputar a CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, intentar imponer unilateralmente multas al contratista, CONINSA RAMON H, S. A., califica de ejercicio abusivo de la accionada de la facultad unilateral de imponer multas, pues se limitó a remitir, dice la replicante a las excepciones propuestas por la contratante, comunicaciones escuetas y carentes de soportes en las que, sin fórmula de juicio notificaba la imposición de multas, sin antes permitir que el contratista expresara sus argumentos y defensas y acompañara las pruebas pertinentes, obrando en contra de la buena fé, pues sabía las verdaderas causas de la afectación de las obras, para, por esta vía, buscar disimular sus incumplimiento, trasladándolos a la contratista.

Adicionalmente, la compañía constructora sostuvo que no existía prueba alguna de los sobrecostos alegados por CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, y había carencia de relación causal entre los sobrecostos pretendidos y su conducta.

Además, expresó que la contratante no podía beneficiarse de su propia conducta dado que los retrasos en la ejecución de las obras y las consecuentes ampliaciones de los plazos eran atribuibles únicamente a la reconviniente.

3.- Consideraciones del Tribunal

Para precisar la situación real que determinó los mayores gastos en que incurrió, según asevera CARBONES DEL CERREJON, LIMITED se requiere examinar, primeramente, si CONINSA incurrió en el retardo culpable en el cumplimiento de la obligación de entregar las obras dentro del plazo pactado y, seguidamente, si hubo o no otros incumplimientos de la contratista que implicaron mayores tiempos de permanencia del personal de la contratante, y la extensión del contrato con la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Interventoría, A.B. PROYECTOS y su permanencia en la de obra, la causa y ocurrencia de costo originados en la prórroga de los seguros, los pagos a las familias de los reasentamientos por la demora en la entrega de las casas, los costos de los contratistas que culminaron las obras no ejecutadas por CONINSA RAMON H., S. A., y que atendieron las garantías de post venta y, en general, cualquier otro incumplimiento atribuible a CONINSA y que la haga responsable del pago de las sumas que indemnicen a CARBONES DEL CERREJON por dichos perjuicios.

Para ese cometido el Tribunal debe examinar:

En relación con la imposición de las multas, si ocurrió el incumplimiento de la contratista en la entrega dentro de los plazos de las obras a su cargo:

1.- El contenido del contrato y del anexo A, en lo que atañe al tiempo previsto para la ejecución de las obras respecto de los plazos y su causalidad.

2.- El régimen contractual que regula las causales y la facultad de imposición de las multas.

3.- Los otrosíes celebrados que modificaron los plazos pactados en el curso de la ejecución del contrato, y las fechas de entrega de las obras.

En relación con las otras pretensiones de la demandante en reconvenciones necesaria examinar:

1. La realidad de la extensión de la duración del contrato y las causas que la determinaron; el plazo pactado para la ejecución de las obras y el plazo pactado para el desarrollo de la Interventoría y la causa de la prórroga de estos servicios.

2.- Las causas de la extensión de los seguros contratados para garantizar el cumplimiento del contrato y los mayores costos de los seguros que debieron pagar originados en la extensión de

3.- Los mayores costos asociados a la mayor permanencia en servicio del personal administrativo de la contratante, para lo cual habrá de verificarse la causa de la mayor permanencia de dicho personal y establecerse quién dio lugar a la extensión del servicio, y verificar las pruebas conducentes y pertinentes a ese efecto.

4.- La causa y ocurrencia de los pagos efectuados a las familias de los reasentamientos para precisar si obedecieron a la demora en la entrega de las casas, a

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

cuyo fin deberá el Tribunal verificar la ocurrencia de la entrega de las obras, examinar la causa, objeto, finalidad y demás aspectos de los acuerdos celebrados al respecto.

5.- Los costos de la vinculación de los contratistas que dice la demandante en reconvencción se generaron para que ejecutaran la terminación adecuada de las obras y las actividades de post venta, cuya verificación requiere examinar el contrato que al efecto celebró CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, con la Sociedad VANFER., S. en C.

3.-Las pruebas aportadas que inciden en la decisión que ha de tomar el Tribunal

Pruebas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones de plazo a cargo de la accionante

Considera este Tribunal que, para resolver la cuestión referente a la imposición de multas y los mayores costos que los incumplimientos de plazo, determinantes de ellos y que menciona la demandada que reconvino a la convocante es menester precisar los alcances que en materia de multas e imposición de sanciones pactaron las partes en el CONTRATO CON – 00242010 el 11de enero de 2011; las previsiones contenidas en el Anexo A del contrato en este aspecto especial; el contenido de los Otrosíes 4 y 7 en materia de plazos prorrogados para la entrega de las obras; la ocurrencia o no del incumplimiento imputable a CONINSA RAMON H. S A., consistente en la falta de entrega de las obras dentro del plazo que considera CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, y que le sirvió de fundamento de las medidas sancionatorias y verificar el cobro efectivo de las multas.

En esa óptica, el Tribunal halla el siguiente acervo probatorio:

- 1.- El Contrato CON 00242010 del 11 de enero de 2011
- 2.- El Anexo A del Contrato,
- 3.- Los Otrosíes 4 y 7
- 4.- Las comunicaciones cruzadas entre las partes sobre esta cuestión entre las partes.
- 5.- Las pruebas periciales:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

- 1.- El dictamen pericial elaborado por el Ing. ALFREDO MALAGON ofrecido por CONINSA al Tribunal.
- 2.- El dictamen pericial rendido por POCH SAVILLE, ofrecido por CARBONES DEL CERREJON, LIMITED.
- 3.- Las controversias sobre los dictámenes periciales.

1. Contenido del contrato:

En la Cláusula 4 del contrato, contentiva de las obligaciones del contratista, estipularon las partes, (Numeral 4.3, Cuad. Pruebas No. 4, pág 1685 y ss.) que, en materia de planos y especificaciones, antes de proceder a la ejecución de la obra, el contratista debería verificar que estuvieran de acuerdo con la ley y, en caso de discrepancia, debería informar de inmediato a la contratante, proponiendo las revisiones necesarias para eliminar dichos conflictos.

Se advirtió y se convino que el contratista se ceñiría a las especificaciones técnicas y planos, o a las modificaciones aprobadas por la contratante.

Según la previsto en el numeral 4.4, de la Cláusula 4 del Contrato, una vez que el CONTRATISTA considerara que había terminado la Obra daría aviso a CERREJON de haberla concluido; dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes al recibo del aviso, CERREJON emitiría el certificado de aceptación definitiva, haciendo constar la terminación y aceptación de la obra, o, por el contrario, comunicaría las deficiencias que debían ser corregidas antes de expedir el CERTIFICADO DE ACEPTACION DEFINITIVA.

En la cláusula 12 del contrato (Numeral 12.2) se previó que al final de cada mes el contratista efectuaría los cálculos necesarios para determinar la cantidad de obra que debían ser pagadas; estos cálculos se someterían a la aprobación de CERREJON; en estas actas se incluían, entre otros rubros, las multas y penas a cargo del contratista.

En la misma cláusula y el mismo numeral se estipuló que el contratista pondría a disposición de CERREJON toda la información y documentación requerida, en especial copias de los recibos de pago a favor del sistema de seguridad social integral, servicio nacional de aprendizaje, Instituto colombiano de bienestar familiar y de compensación familiar por el período del mes anterior, correspondientes a los aportes relativos a las a los trabajadores que utilizara para la ejecución de las obras.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Revisadas y las actas y devueltas por CERREJON al contratista, este prepararía y presentaría la factura correspondiente por el valor aprobado; las actas tendrían carácter provisional en cuanto a calidad y cantidad de obra, y CERREJON podría hacer correcciones o modificaciones a las mismas y retener el valor correspondiente a la parte que no se hubiera ejecutado a su entera satisfacción; ningún certificado, decía el numeral en cita que no fuera el de aceptación definitiva de la totalidad o parte de la obra, podría considerarse como aprobación de la misma.

En la cláusula 13, relativa a seguros, se previó que el contratista y sus subcontratistas deberían contratar y mantener vigentes, además de las coberturas de seguros indicadas en el anexo A Alcance de las Obras- por lo menos el seguro obligatorio SOAT, para los vehículos que fueron utilizados en el desarrollo del contrato.

2.-Contenido del anexo A

En el Anexo A – Alcance de la Obra -, en cuanto a los aspectos que interesan a las pretensiones y excepciones de la demanda de reconvención, se estableció: (vid. Cuad. de Pruebas No. 4, pág. 1708.) **que el Contratista debería obtener, mantener vigentes y suministrar a CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, la garantía de cumplimiento de las ejecución del contrato, cuyo costo sería asumido por la contratante y el trámite ante la aseguradora estaría a cargo de CONINSA RAMON H, S.A., y una póliza para amparar el buen uso del anticipo.**

En el numeral 3 del Anexo A,- Alcance de las obras -respecto de la Interventoría, se previó que por interventor se entendía el personal contratado y asignado por el Administrador Designado de CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, para desempeñar las funciones propias de esa actividad. Su intervención no generaba, en ocasión alguna, responsabilidad de CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, directa o indirectamente relacionada con la obra, ni atenuación o exoneración de las responsabilidades del contratista.

En el numeral 5.8, sobre Condiciones de calidad de la obra, del mismo Anexo A, se precisó que CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, a través de su Interventoría y a costa del contratista, podría objetar cualquier tipo de trabajo que no cumpliera las especificaciones convenidas, o las garantías de calidad establecidas tanto de procedimientos y técnicas; la reiteración de esta situación sería causal terminación del contrato.

En el anexo A, mencionado, numeral 6 (página 1705, cuad. de pruebas No. 4), se indicaron los suministros a cargo del contratista, como materiales, transporte y equipos.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En el numeral 8.0 se precisaron los suministros a cargo de CARBONES DEL CERREJON, LIMITED; entre los cuales estaba el del material de agregado exclusivamente requerido para la ejecución de la obra, y que sería entregado en las plantas de trituración dentro de la mina, operadas por la firma CONCIVILES; el transporte, recepción almacenamiento y manejo adecuado de ese material eran de cargo del contratista.

Según el numeral 9.0, sobre Informes a cargo del Contratista, en el 9.3 Anexo A, (vid. Cuad, pruebas No. 4, fl. 1707), se previó que se llevaría un registro diario de Obra en el libro o bitácora de obra, que contendría toda la información sobre el avance real diario por actividad, horas-hombre directas e indirectas gastadas, el personal utilizado, el estado y cantidad de los equipos empleados, los volúmenes de materiales de construcción recibidos en el sitio de la obra; **las horas de lluvia que se presentaran** y, en general, cualquier problema que hubiera surgido con su respectiva propuesta de solución.

En el numeral 10.0 del Anexo que se menciona, se precisó que el contratista se comprometía a entregar al Administrador Designado de CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, los manuales de operación de equipos instalados y mantenimiento de instalaciones construidas al finalizar el contrato; la contratante revisaría estos documentos y podría solicitar modificaciones hasta su recibo conforme. (vid. Cuad. de pruebas No. 4, fl. 1708.)

Cláusulas sobre multas.

En cuanto concierne a las multas contempladas en el numeral 1.0, y desarrolladas en el numeral 1.1, (cuad. pr. No. 4, fl. 1708), se acordó que la aplicación de la cláusula multas y penas del documento principal, las que se mencionaban en el Anexo A – Alcance de la obra, podrían ser impuestas al contratista en caso de incumplimiento de sus obligaciones.

En el numeral últimamente citado, se determinó que en caso de no cumplirse con el plazo estipulado en el numeral 2, del anexo, PLAZO DEL PROGRAMA DE EJECUCIÓN DE LA OBRA para la ejecución completa y satisfactoria de la obra, carbones del CERREJON podría imponer una multa por cada día de retraso así: atraso de 1 hasta 15 días, \$3,000,000 diarios; atraso entre 16 y hasta 45 días, \$4,000,000 diarios; atrasos mayores de 45 días \$6,000,000 diarios por cada día por encima de 45 hasta un tope de \$1,000.000.000.

En un cuadro visible a folio 1708 del cuaderno de pruebas que se cita, se determina la clase del incumplimiento y la multa procedente, y para el incumplimiento en la

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

ejecución mensual del programa de ejecución de obra acordado en la reunión de iniciación de la misma, comparando la ejecución acumulada contra el plan acumulado al final de cada mes, en los cuales se aportes mensuales se previó una multa de \$500,000 colombianos por cada un 1% de atraso por encima del 5%.

El numeral 16. 0 del Anexo A, regulaba la variación en las cantidades estimadas de obras, y en él se consignó que las cantidades indicadas en el anexo B Condiciones Comerciales -, correspondían a cantidades estimadas; y en manera alguna obligaban a CERREJON. Dichas cantidades podrían aumentar o disminuir durante la ejecución de la obra, y CERREJON no adquiriría obligación alguna para asignar cantidades mínimas de obra; las cantidades de cada rubro realmente ejecutadas y recibidas a satisfacción de CERREJON, se pagarían a los precios unitarios pactados.

Los otrosíes

Atrás el Tribunal ha indicado que el plazo pactado para la ejecución del contrato, fue de 9 meses, los cuales vencían el 31 de octubre de 2011.

El 21 de octubre de 2011, al vencerse el plazo previsto para la entrega de las obras, CONINSA RAMON H., S. A., solicitó un mayor plazo para la finalización de las obligaciones contractuales, el cual se avinieron las partes, y se fijó la fecha de entrega del Reasentamiento de Patilla, para el 31 de Octubre de 2011, y el de Chancleta para el 31 de diciembre de 2011; el Centro Educativo debía entregarse el 30 de noviembre de 2011, también pidió la contratista, según se afirma en los considerandos del citado Otrosí, el reconocimiento de los costos adicionales de alojamiento y alimentación incurridos por el personal traído desde el interior para ejecutar las obras objeto de este contrato.

CERREJON reconoció \$172.500 por los gastos de alojamiento y alimentación del CONTRATISTA para un total de 100 personas, como parte de la ejecución del proyecto de construcción del reasentamiento de Patilla y Chancleta, con los cuales el CONTRATISTA daría cumplimiento a los hitos ya mencionados, cifra que le sería pagada por una sola vez, según se expresó en el texto del Otrosí No. 4, tras su firma.

Se estipuló en dicho documento que si el contratista no cumplía con el primer hito antes señalado, le sería descontado de la siguiente acta de pago un 50% de la totalidad de la suma reconocida según la cláusula primera, es decir \$86.250.000; si incumpliere el segundo hito (Entrega del Centro Educativo), se le descontaría un 20% de la totalidad de la suma fijada en la Cláusula Primera, o sea \$34.500.000 del acta de pago siguiente al incumplimiento del correspondiente hito; en caso de incumplimiento con el tercer

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

hito, se le descontaría un 32% de la totalidad de la suma indicada antes, equivalente a \$51.750.000 del acta de pago siguiente al incumplimiento del correspondiente hito.

En el documento mencionado, las partes acordaron extender la vigencia del Contrato hasta el 31 de diciembre de 2011, para permitir la entrega de los hitos mencionados en el numeral primero anterior del Otrosí. Se acordó que, para efectos de la aplicación de multas por incumplimientos en la entrega de las obras, se entenderían como fechas acordadas las establecidas en el Otrosí, quedando con ello modificada la fecha original de entrega de octubre 20 de 2011.

Ocurrido el vencimiento del plazo acordado en el Otrosí No., 4 sin que las obras hubieran concluido, las partes acordaron, en el llamado Otrosí 7, (celebrado el de 8vid., cuad. pruebas No. 5, fl. 2103), variar las fechas para la entrega de las obras y extender nuevamente el plazo, previas las siguientes consideraciones:

Que mediante el Contrato No. CON-00 24 20 10, se había fijado como fecha de entrega el 31 octubre de 2011 para el reasentamiento de Patilla y diciembre 31 de 2011 para el reasentamiento de Chancleta, según Otrosí No.4

También se incluyó en las consideraciones del Otrosí que se menciona que CONINSA RAMON H. S. A., a través de las comunicaciones Pacha-24-11-531 y PaCha-24-11-538 presentó reclamación a CERREJON solicitando reconocimiento de mayores costos **por impactos en rendimientos de su mano de obra que, en su opinión, habían incidido negativamente en el periodo original de ejecución del proyecto.**

Que la entrega de las obras necesarias no tuvo lugar en las fechas previstas en el Otrosí No.4, situación que impactó el cronograma de entrega de los reasentamientos.

Que las partes modificaron la fecha de vigencia del contrato para el 31 enero de 2012, según lo acordado en el Otrosí No. 6, de 30 de noviembre de 2011, (cuad. Pruebas No., 5, fl. 21012.) con el fin de continuar avanzando en la ejecución del proyecto y poder analizar el reclamo presentado por CONINSA RAMONA H. S.A., pero sin modificar la fecha de entrega de obra, tanto de Patilla, como de Chancleta.

Igualmente, en el Otrosí 7 se afirmó que, mediante comunicación del 5 enero de 2012, número SOP-IPIS-001-201, CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, no estuvo de acuerdo con las solicitudes y reclamos del contratista, pero solicitó soportes para ver analizar algunos de los puntos contenidos en la reclamación, a lo cual la contratista envió la comunicación Pacha-31-01-01-611, en la cual insistía en sus reclamaciones.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Contiene también las consideraciones del Otrosí que se menciona, la afirmación de que la contratista manifestó a CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, la necesidad de extender la fecha de entrega de las obras, hasta marzo 22 de 2012 para finalizar las de Patilla y mayo 15 de 2012 para las de Chancleta, así como la de que, conjuntamente, las partes analizarían el reclamo presentado.

Se manifestó, asimismo, en las consideraciones que precedieron a los acuerdos logrados, que, en virtud del compromiso adquirido por el contratista y con el fin de honrar los acuerdos suscritos por CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, con las comunidades de Patilla y Chancleta la contratante aceptaba extender la vigencia del contrato hasta el 22 de marzo de 2012 para finalizar las obras del reasentamiento Patilla y mayo 15 de 2012 para finalizar las obras de reasentamiento de Chancleta en los términos que se describían en la parte respectiva del acuerdo.

En consecuencia, resolvieron:

Primero extender la vigencia del contrato, fijando como fechas de entrega para el reasentamiento de Patilla, el Centro Educativo y las actividades que de acuerdo con lo previsto en el contrato constituían su objeto, hasta el 22 marzo 2012; para el reasentamiento de Chancleta se fijó hasta el 15 mayo 2000.

En el párrafo Primero del Otrosí 7, las partes acordaron que CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, no aplicaría multas derivadas de la no entrega de las obras en los plazos inicialmente pactados según el Otrosí No. 4 si, y sólo si, el contratista finalizaba la ejecución de las obras de Patilla a más tardar, el 22 marzo de 2012 y las de Chancleta a más tardar en mayo 15 de 2012 en los términos y condiciones señalados en la dicha cláusula de que hacía parte el Párrafo Primero.

Se advirtió también que, si el contratista cumplía la fecha de entrega de Patilla, pero no la de Chancleta, las partes entendían que las multas de Patilla no se aplicarían, sin perjuicio de las que pudieren ser aplicables por Chancleta; de la misma manera si cumplía la fecha de entrega de Chancleta, pero si no cumplía la de Patilla, las partes entendían que las multas de Chancleta no se aplicarían, sin perjuicio de las que pudieran ser aplicables respecto de Patilla.

También se pactó que, si el contratista incumplía cualquiera de las fechas de entrega indicadas, las multas previstas en el contrato se aplicarían a partir de la fecha de entrega pactada en el Otrosí No. 4, esto es, octubre 31 de 2011 para Patilla y diciembre 31 de 2011 para Chancleta.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En un Párrafo Segundo, las partes fijaron nuevamente plazo para revisar la reclamación presentada por CONINSA RAMON H., S A., hasta el 2 marzo de 2012 y, en caso de que, vencido este plazo, no existiera el acuerdo total entre las partes, las diferencias que subsistieran, incluidas las inconformidades de CARBONES DEL CERREJON, LIMITED, respecto de la ejecución del contrato, serían sometidos a uno de los mecanismos alternativos de solución de conflictos establecidos en la ley.

En el otrosí No. 7, se estipuló adicionar al contrato varias obras indicadas y descritas en el Anexo A- Alcance de la Obra y modificar el anexo B- Condiciones Comerciales del Contrato, los cuales no implicaban trabajos adicionales para la obra ya descrita en el contrato, incluyendo descripción unidad y valor unitario, como se presentó en el cuadro elaborado dentro de ese Anexo las obras adicionales, que fueron, entre otras, la ejecución de lavadero fabricado en granito, el sistema de bombeo e impulsión al tanque elevado, la demolición de viga de cimentación del muro de jardinería, la construcción del paso de instalación de gas, la tarima de eventos, el suministro de triturador de 3/4, la construcción de cuneta en concreto, el suministro e instalación de postes de concreto de 10 m. 510 kg incluyendo herramienta, transporte y mano de obra, el suministro e instalación de caja de inspección para el alumbrado público y redes BT de 60 × 60 cm, según especificación técnica; retenidas a tierra para baja tensión.

La descripción de los rubros se encontraba definida en el Anexo al Otrosí.

En los Artículos Tercero del acuerdo el contratista se obligó a actualizar las pólizas previstas en los documentos del contrato, y en el Cuarto se precisó que los demás términos y condiciones del contrato continuaban vigente entre las partes, así como sus otrosíes, no sufrían modificación alguna, incluyendo las fechas de entrega de obra acordadas en el Otrosí No. 4 para el 31 octubre 2011 en el caso del reasentamiento de Patilla y diciembre 31 de 2011 en el caso de Chancleta, sin perjuicio de lo que al respecto las partes habían acordado en la Cláusula Primera de este Otrosí; pactaron, además, que hasta tanto no se tomara una decisión distinta era claro que CERREJON no estaba obligado a realizar reconocimiento alguno por administración durante el periodo extendido por lo cual el contrato quedaba con plena vigencia en todas sus demás estipulaciones y en las acordadas en este Otrosí.

La entrega de las obras

Las partes han expresado sus opuestas opiniones respecto del alcance y vigencia de los Otrosíes números 4 y 7 en relación con la entrega de las obras; CARBONES DEL CERREJON sosteniendo que no hubo terminación de las obras dentro del plazo pactado,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

ni aviso de tal ocurrencia y la existencia de varios pendientes de los que se ha hecho anteriormente mención, así como la ausencia del acta de entrega por terminación de las obras, conforme lo preveía la Cláusula 4.1 del Contrato, y CONINSA RAMON H., S. A., afirmando que hubo entrega de las obras dentro del plazo convenido, lo que deduce del hecho de que se le requirió la entrega de los Manuales de funcionamiento, el pago de la última acta mensual de pago, la entrega de los planos As built, y la entrega de las casas a las comunidades, así como la entrega de las llaves de las vivienda por parte de la Interventoría a CARBONES DEL CERREJON, LIMITED.

La entrega de las viviendas frente al plazo convenido en el Otrosí No. 7.

El Tribunal, después de examinar el texto de los Otrosíes, considera que en el Otrosí 7 se superaron los plazos de entrega de las obras pactados en el Otrosí 4, señalando los nuevos para los meses de marzo y mayo de 2012, superación sujeta a la condición de que para esas últimas fechas se cumpliera con la entrega de las obras en la forma determinada entre las partes; en caso contrario, recobraban vigor y efecto los incumplimientos pretéritos y se causaban las multas impuestas a raíz de los incumplimientos por falta de cumplir con las obligaciones en los plazos estipulados en el Otrosí No. 4.

Por ello, resulta necesario determinar si el contratista cumplió o no con la entrega de las obras en las fechas establecidas en el Otrosí No. 7., punto analizado ya por el Tribunal al estudiar la petición de reembolso de multas incoada por CONINSA en donde se concluye que – en el punto exclusivo de la entrega en el término pactado – está probado que el asentamiento de PATILLA no se produjo en la fecha pactada en el citado OTROSÍ 7, mientras que la entrega de CHANCLETA sí se produjo en dicho término.

En su dictamen de parte, POCH SAVILLS expuso:

Preguntado el perito de POCH SAVILLS (Pág. 101 de su dictamen.) sobre la fecha en la cual CONINSA RAMON H., S. A., dio aviso de haber concluido las obras el perito consideró que existía un acta de entrega y recibo de obra del 23 marzo 2012 para el reasentamiento de Patilla, sin la firma de las partes y que en esa acta se hacía referencia a un listado de pendientes que hacía parte integral de la misma entre los cuales se encontraba un registro fotográfico y descripción de los siguientes pendientes:

Cerramiento: falta de instalación de módulos de los quiebres y tubería superior, faltaba la instalación del portón de acceso lateral; en cuanto al comedor faltaba la instalación de canaletas, cableados accesorios, iluminación, tubería de techo y tablero de las

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

instalaciones eléctricas; las dilataciones en el piso los detalles de baberos en el mesón de cocina y lavadero, falta, además, despejar las gárgolas para descargas de aguas de lluvias del corredor entre biblioteca y comedor; en la cancha polideportiva le faltaba el cableado, la iluminación y la limpieza y tapa de los registros de las instalaciones eléctricas, señalización y marcos; en la biblioteca faltaba la totalidad de la parte eléctrica (Ductería y cableado para toma corrientes e iluminación), y la conexión del Aire Acondicionado a la manejadora.

Agregó I, E y C., que con fecha 15 de mayo de 2012, se comunicó por Interventoría los pendientes para el Reasentamiento de Chancleta, acompañado del registro del fotográfico; y concluyó que no podía establecerse la fecha en la cual las obra fueron entregadas al Cerrejón, pues el acta de entrega y recibo de las mismas del 23 de marzo de 2012 carecía de firmas. (Vid. Pág. 37 del informe de controversia al dictamen de POCH SAVILLS citado antes.)

Enfatizó en que, de la información recibida, no constaba que se hubiera dado aviso al CERREJON de haberse concluido las obras, ni tampoco se evidenció la existencia de un certificado de aceptación definitiva y que, en tales circunstancias, no podía establecerse la fecha en la cual las obras fueron entregadas.

Consideraciones del Tribunal

Vista la comunicación que respecto de este asunto emitió la Interventoría, como se indica en otra parte de este documento, la terminación de las obras fue avisada, y su entrega efectuada, una vez terminadas, pues a folio 0472 del Cuad. de pruebas No. 6, encuentra el Tribunal un oficio emanado de la Interventoría, que lleva el No. CE-31231-416-PCH, de fecha 27 de abril de 2012, en el cual AB PROYECTOS., S. A., expresa que, "de acuerdo con el acta de entrega de las edificaciones de Patilla del pasado 23 de marzo de 2012, la cual presentó listado de pendientes que se constituyeron como parte integral del documento, la Interventoría AB Proyectos S.A. se permite comunicarle que dentro de los compromisos adquiridos en esta acta por CONINSA RAMON H. S. A., para una aceptación satisfactoria por parte de CARBONES DEL CERREJON LIMITED, se encuentra la terminación definitiva de todos los detalles no conformes para el pasado lunes 26 de abril de 2012.

El texto de la nota anterior indica que hubo entrega de las obras en la fecha del 23 de marzo de 2012, o sea, dentro del tiempo en que la CONTRATISTA podía hacerla, a términos del Otrosí No. 7.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

De la afirmación del Interventoría se establece que respecto de esa entrega la Interventoría "presentó una lista de pendientes que se constituyeron como parte integral del documento" y que ello determinaba que para una aceptación satisfactoria, se encontraba la terminación definitiva de todos los detalles no conformes, para el pasado lunes 26, según lo dice la comunicación que se cita.

La manifestación de la Interventoría implica que estuvo avisada de la terminación de las obras, pues que, no de otro modo se explicaría que le estuviera solicitando a CONINSA RAMON H., S.A., el 26 de abril de 2012, la terminación definitiva de todos los detalles no conformes, según observaciones hechas con ocasión de la entrega de las obras el 23 de marzo anterior.

A partir de esa documental se establece, sin mayor esfuerzo, que las obras fueron entregadas el 23 de marzo de 2012 como lo indica la Interventoría.

Precisa el Tribunal que era a CERREJON a quien le correspondía, dentro de los veinte días siguientes al recibo del aviso, emitir el certificado de aceptación definitiva, surtidos los trámites previos que se establecieron en el contrato, arriba mencionados.

Sin embargo, teniendo en cuenta los trabajos y obras pendientes de ejecutar, no puede decirse que el contratista hubiera cumplido debidamente con la obligación a su cargo, que conllevaba la conclusión de las obras cuya ejecución se había comprometido a realizar la convocante.

Las actividades que en los llamados pendientes por la Interventoría no se habían cumplido, y que se acaban de señalar antes, impedían tener por concluidas las obras, pues dichos pendientes no eran simples remates de afinamiento final o de detalles impidieran el uso de las viviendas, de la biblioteca y del polideportivo.

Lo dicho conduce a aseverar que la llamada entrega de las obras que la actora afirma haber ocurrido, en relación con el asentamiento de PATILLA, no lo fue estrictamente hablando, pues lo que no se había ejecutado eran faltantes de tal entidad que impedían el uso normal de las viviendas y el aprovechamiento de los servicios comunes, como la biblioteca, el encerramiento del predio, en comedor, entre otras obras no ejecutadas los cableados accesorios, iluminación, tubería de techo y tablero de las instalaciones eléctricas; la solución de las dilataciones en el piso, el despeje de las gárgolas para descargas de aguas de lluvias del corredor entre biblioteca y comedor; en la cancha polideportiva el cableado, la iluminación y la limpieza y tapa de los registros de las instalaciones eléctricas, señalización y marcos; en la biblioteca totalidad de la parte

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

eléctrica (Ductería y cableado para toma corrientes e iluminación), y la conexión del Aire Acondicionado a la manejadora.

Tales obras no hacían aptos los inmuebles por carencia de conexiones eléctricas, los tableros de instalaciones eléctricas, y demás que se acaban de mencionar, para el uso a que estaban destinados y el cabal cumplimiento de esa obligación en este punto no puede clasificarse en la categoría de pendientes, remates o detalles, que se refieren a aspecto verdaderamente menores para que se consideren que la obra ha sido entregada en su integridad y en condiciones aptas para su utilización.

Está probado en autos, como lo sostienen tanto la demandante, como la convocada, que hubo una entrega de las obras del asentamiento de Patilla, el 23 de marzo de 2012, mencionada en el documento o acta de entrega no suscrita por las partes y en la cual se dejaron las observaciones que se han señalado.

El perito ingeniería y Ecología Consultoría., S.A. S., ratifica que el acta mencionada no estaba firmada, sin hacer mención de las observaciones que, respecto de las obras entregadas, había formulado la Interventoría y de la constancia que en igual sentido hiciera CERREJON en el oficio que cita a continuación, que contiene el requerimiento de CERREJON a CONINSA para que procediera a la entrega por de los planos as built.

Del hecho de que CERREJON (oficio CE-21231-PCH- de 26 de abril hubiera reiterado a CONINSA la solicitud de entrega de los planos as built, de acuerdo con lo previsto en el numeral.5.1 del Anexo A del contrato, y de que de acuerdo con dicho Anexo, los planos totales de la obra debían presentarse por el contratista a más tardar quince (15.) días calendario después de que la obra fuera terminada, el perito INGENIERIA, Y ECOLOGIA CONSULTORIA, S. A. A., infiere que las obras de Patilla fueron entregadas el 23 de marzo de 2012.

Podría, hipotéticamente, la invocada solicitud, ser indicativa de la terminación de las obras del proyecto, entre ellas las de Patilla, si se hubiera formulado dentro de los quince (15) días calendario subsiguientes a la fecha de pactada para la entrega de las Obras de Patilla, pues los quince días anteriores al 26 de abril indicarían que las obras se habrían terminado el 1º de abril, pero no el 23 de marzo, como era convenido.

No tiene incidencia esta consideración en cuanto a dar por demostrado lo que se pretende, porque los quince días mencionados no podrían contarse sino a partir del 15 de mayo de 2012, hacia atrás.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

El apoyo que para demostrar la ocurrencia de la entrega de las obras en la fecha que sostiene CONINSA, y cree hallarlo en el contenido de la última acta de pago suscrita por las partes, cae ante la circunstancia de que dicha acta se refiere, según oficio de CERREJON No. SOP-IMIS.119-2012, del 29 de septiembre de 2012, a trabajos ejecutados por CONINSA en la etapa final del obras ejecutadas entre el 1º de mayo y el 15 de mayo de 2012, entre las cuales se incluiría las de PATILLA, pero que implicaría que se realizaron por fuera del plazo previsto para ese tramo en el Otrosí No. 7.

Como el perito afirma que con posterioridad al Acta de Pago No. 18 no se observaba que las parte hubieran suscrito algún acta para el recibo de otras obra, en su experiencia, sostuvo el perito, debería existir un acta posterior en la que constara el recibo y pago de las obras pendientes: no se discute la entrega de las obras el 15 de mayo de 2012, sino si la entrega a cabalidad de las obras de Patilla estaba cumplidas para el 22 de marzo en 2012; destaca el Tribunal que, respecto de ellas, tampoco obra la demostración de su ejecución que hubiera dado lugar, según la experiencia del perito a un acta de recibo y pago de las pendientes.

Tampoco demuestra le ocurrencia del cumplimiento de la obligación referida a la entrega oportuna de las obras de Patilla, el hecho de que en el acta 18 mencionada terminó de descontarse el saldo pendiente por amortizar del anticipo, lo que sucedía cuando ya se habían terminado y recibido las obras.

No atina el dictamen pericial que se comenta que lo sucedido en cuanto a finalización de los descuentos por concepto de amortización, probaría que las obras se habrían terminado el 15 de mayo, según lo expresado en el Acta 18, pero no que las de Patilla hubieran culminado en debida forma el 23 de maro de 2012.

Similares razonamientos proceden en cuanto al hecho de tomar como punto de referencia para establecer el cumplimiento de la entrega debidamente hecha de las obras de Patilla el 23 de mayo de 2012, la fecha en que debía haber ocurrido la desmovilización del personal vinculado a la obra.

Lo verificado permite establecer que, tal y como se concluyó al estudiar las peticiones de la demanda principal, las obras de Patilla no fueron entregadas totalmente concluidas dentro del plazo de que disponía CONNINSA para hacerlo, y por ese motivo las multas impuestas en relación con el incumplimiento de la obligación de entregar de las obras de Patilla, se acomoda a las regulaciones contractuales y genera los efectos previsto en el Otrosí No 7, arriba mencionado.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Respecto de las otras multas que, por otros motivos distintos de los incumplimientos de plazo le fueron impuestas a la contratista, advierte el Tribunal que no se solicitó su devolución, ni respecto de ellas se alegó falta de causa o indebida imposición.

Por lo tanto el Tribunal, rechazará las peticiones de la demanda de reconvención "I con relación a las multas" salvo en lo relativo a la entrega del asentamiento de PATILLA en el término pactado en el OTROSÍ No 7., razón por la cual sólo se accederá parcialmente a hacer la declaración impetrada en el numeral tercero de este capítulo, lo cual no comporta realizar ningún tipo de reconocimiento económico a favor de CERREJÓN, puesto que, de acuerdo con lo resuelto al estudiar la demanda principal el Tribunal condenará a la CONVOCADA al reembolso de la multa cobrada por la entrega tardía del asentamiento de CHANCLETA.

Advierte el Tribunal en este punto que el incumplimiento de CONINSA en relación con la entrega del asentamiento de PATILLA por el cual se estima que la no restitución de la multa en la proporción correspondiente a dicho asentamiento es correcta conforme con lo acordado en el OTROSÍ No 7, es simplemente un incumplimiento objetivo en relación con un término fijado que hace efectiva una condición suspensiva impuesta en el Otrosí No 7, para mantener o revocar multas que habían sido aplicadas con anterioridad. El análisis que lleva a esta conclusión se circunscribe a ese pacto y a la determinación objetiva de la entrega en ese plazo. Esta conclusión no afecta en modo alguno las consideraciones del Tribunal relativas al incumplimiento grave y determinante de CERREJÓN en la etapa contractual transcurrida a partir de la suscripción del otrosí 4, con base en la cual se condenó a dicha parte al pago del valor pactado como administración hasta la finalización de la ejecución de las obras.

Ahora bien, según la pericia contable el monto de las sumas impuestas como multas originadas en la falta de entrega oportuna de las obras de, asciende a la cantidad de \$805.000.000, la cual, según la pericia contable y financiera no fue ni contabilizada ni facturada.

Sin embargo, estando demostrado que, las multas que impuso CERREJON a CONINSA cubrían la sanción del incumplimiento de la obligación de entregar todas las obras en los plazos estipulados en el Otrosí No. 7, y que la fracción de obra no entregada oportunamente fue la de Patilla, cuya entrega estaba prevista para el 22 de marzo de 2012, y se determinó que ocurrió el 14 de mayo de 2012, así se impone declararlo en la parte resolutive de este laudo, y consecuentemente declarar que las otras multas no son procedentes, según los términos pactados en el Otrosí No. 7, como se ha precisado, y que al imponerlas CERREJON incumplió el contrato y las estipulaciones del este Otrosí.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Por lo mismo, las multas que por la suma de OCHOCIENTOS CINCO MILLONES DE PESOS (\$805.000.000), se impusieron carecen de validez a la luz del Contrato y los demás documentos que se han citado, razón por la cual se rechazará la segunda y cuarta pretensión del capítulo I de las pretensiones de la demanda de reconvenición.

5.- En relación con las otras pretensiones de la demandante en reconvenición es necesario examinar:

La realidad de la extensión de la duración del contrato y las causas que la determinaron; el plazo pactado para la ejecución de las obras y el plazo pactado para el desarrollo de la Interventoría y la causa de la prórroga de estos servicios, el contenido del contrato Celebrado con la sociedad VANFER., S. en C., su causa, su objeto, su duración y el costo que le pudo generar o no a la contratante, la ocurrencia o no de la entrega de las obras y las fechas de su correncia, las causa de las prórrogas de las pólizas y, si ocurrieron.

a.- La prolongación de los servicios de la interventoría y sus causas.

Pretensión de pagos a cargo de la convocante por el costo de la mayor permanencia en obra de la Interventoría.

En relación con la pretensión de CERREJON para que se declare que CONINSA RAMON H. S.A., debe asumir y pagarle todos los costos en que tuvo que incurrir CARBONES DEL CERREJON LIMITED, por mayores tiempo de obra, tales como ampliación del plazo del contrato de interventoría, con los consecuentes costos por su mayor permanencia al frente de la obra, el Tribunal considera que si tal obligación se le impusiera, ello supondría que el contratista incumplió la obligación de entregar oportunamente las obras, a cuya consecuencia obedecería la mayor permanencia de la Interventoría en la obra y, además, que el perdón de las multas, no habría tenido lugar, pese a haber, finalmente satisfecho en el plazo pactado, sus obligaciones.

Si el contratista hubiera incumplido su compromiso final, se le habrían impuesto y hechas efectivas las multas y, por tanto, el retardo que las generaba habría sido considerado existente y sería lógico imponerle el pago de los costos consecuenciales a su incumplimiento.

Pero, con la excepción de la entrega de Patilla, como sucedió lo contrario, los retardos desaparecieron jurídicamente parcialmente, y con ello, el soporte de las multas; no sería, entonces, lógica consecuencia, en este escenario, exigirle a CONINSA que, a pesar de haber cumplido, en la condición mencionada antes, con la entrega dentro del

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

plazo y habersele condonado las sanciones, responsabilizarla de los costos por mayor permanencia de la Interventoría en la obra.

El dictamen pericial y sus deducciones y cálculos, fundados en la consideración del incumplimiento y ocurrencia de la demora de la contratista en la entrega de las casas de los reasentamientos, desde el punto de vista contable pueden ser correctos, pero su soporte carece de sustento fáctico, la ocurrencia de la demora, que el sistema contable no demuestra por sí mismo.

Tales razones y las consideraciones expuestas al resolver las pretensiones de la demanda principal de acuerdo con las cuales las partes incurrieron en incumplimientos mutuos en la primera parte del contrato siendo evidente que en la segunda parte (a partir del otrosí No 4), fue CERREJÓN quien incumplió de manera grave sus compromisos contractuales, conducen al Tribunal a denegar la pretensión que formulara la convocada.

En cuanto al impacto del incumplimiento en la entrega de las obras de Patilla sobre el costo del personal administrativo y otros eventualmente impactados por esa ocurrencia, además de estar determinado que lo que se trata aquí es del incumplimiento de un plazo objetivo que hace efectiva una condición suspensiva y no del incumplimiento general de una obligación contractual, no obra prueba que permita especificar en qué magnitud incidió en la mayor permanencia en obra del personal de Cerrejón, ni el quantum de ese costo, o la proporción de su incidencia en los costos administrativos, lo que conlleva que el Tribunal carezca de las cifras exactas que permitieran fulminar una condena en concreto por esa causa, en consecuencia se abstendrá de formular condena por este concepto a la convocada.

b.- Pretensión del pago por CONINSA de los costos adicionales causados por la extensión de las garantías.

En lo que atañe a la pretensión de que se condene a CONINSA a pagar el monto de las primas de los seguros causadas por las prórrogas de los plazos de cobertura y de amparo del cumplimiento del contrato, asociadas a la extensión de la duración temporal del contrato-, el Tribunal, en razón de la coherencia necesaria de las decisiones arbitrales, de una parte y, de otra, consecuente con las demás decisiones a que las pruebas lo conducen, juzga que las mismas razones que determinaron la exoneración del pago de las multas impuestas a la convocante, y a superar, consecuentemente los incumplimientos de la contratista en materia de plazos, implica que con similares fundamentos se declare que los costos en materia de los aseguramientos, no pueden serle cargados a CONINSA RAMON H., S. A., porque

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

habiéndose extendidos los plazos y condonándose las multas, como se acordó, tales decisiones se proyectan con parecidos efectos sobre la imputación de los costos reclamados en materia de seguros, como consecuencia refleja de la amnistía de los sanciones.

Relativamente a los mayores costos de los seguros que debió pagar CERREJON por la extensión de las garantías de cumplimiento del contrato asociados a la demora en la entrega de Patilla, adicionalmente no está probado dentro de los autos, ni el Tribunal dispone de medios probatorios que le permitieran, en qué proporción pudo tener incidencia en ellos el incumplimiento en la entrega de Patilla por parte de CONINSA, RAMON., S. A., por no hallarse demostrada la proporción o el quantum que de esos costos pudieran atribuirse o responsabilizarse a CONINSA por razón de su incumplimiento.

c.- Pretensión de condenar a CONINSA al pago de los costos administrativos por el personal mantenido en las obras.

Sobre la pretensión formulada en la demanda de reconvención tendiente a que CONINSA sea condenada al pago de costos administrativos del personal asignado al proyecto, entiende el Tribunal que esa suma se fundaría en la implícita consideración de la persistencia de la mora culpable en la entrega de las obras por parte de CONINSA y este es un presupuesto desvirtuado en las consideraciones de la demanda principal, donde se concluyó que el incumplimiento posterior a la suscripción del otrosí No 4 era imputable con mayor gravedad y determinación al CERREJÓN.

Dicho fundamento no se aviene tampoco con el alcance que tuvo la condonación de las multas, salvo en la parte concerniente al incumplimiento de CONINSA en relación con el plazo de entrega de PATILLA, pues ello exigiría admitir que los retardos en los plazos anteriores a las estipulaciones del otrosí 7, superados en este acuerdo, no lo fueron y, por tanto que los costos adicionales por la mayor permanencia de personal administrativo al servicio de CERREJON, serían de cargo de CONINSA, quien debería pagarlos. Y ello evidentemente no es así.

En cuanto al impacto que la demora en la entrega de las obras de Patilla hubiera podido tener sobre los costos de personal administrativo que utilizó CERREJON, aquí también se enfrenta con la circunstancia adicional de que del peritazgo de JEGA ACCOUNTING HOUSE, LTDA, no permite verificar el porcentaje que sobre esos gastos pudo tener la mencionada tardanza, lo que impide aplicar definir una condena con bases ciertas y precisas por esa causa.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

d.- Pretensión de condenar a CONINSA al pago de las sumas reconocidas por CERREJON a VANFER S. EN C. por concepto de servicios prestados para la terminación de las obras no ejecutadas, servicios de post venta y otras actividades

De acuerdo con lo expresado por el perito

"64. Con base en la documentación puesta a su conocimiento, sírvase indicar cuál fue el objeto del contrato celebrado entre CERREJÓN y la empresa VANFER Y CIA S. en C.

La cláusula 1 del Contrato de Servicios No. 12382011 celebrado entre Carbones del Cerrejón Limited e Inversiones y Construcciones Vanfer y Cía. S. en C. que fue puesto en mi conocimiento, establece:

"Cláusula 1- Objeto del presente Contrato es el descrito en el Anexo A – Alcance de los Servicios el cual hace parte integrante del mismo y en adelante se denominará los Servicios".

Adicionalmente, el numeral 1.0 - Objeto del Contrato del Anexo A del Contrato de Servicios No. 12382011 señala:

"1.0 OBJETO DEL CONTRATO

El CONTRATISTA se obliga dentro de los términos y condiciones, que se indican más adelante en el presente documento y bajo su plena responsabilidad y dirección técnica al MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES Y OBRAS MENORES EN LOS REASENTAMIENTOS DE PATILLA, CHANCLETA Y ROCHE que incluye la mejora continua de sus facilidades de vivienda e infraestructura, para lo cual deberá utilizar toda la mano de obra necesaria y proporcionar todas las herramientas, equipos, trabajo, transporte, supervisión, servicios técnicos y profesionales, instalaciones, servicios generales, materiales, suministros y artículos, salvo los exceptuados expresamente en otras partes de este documento, incluyendo todas las actividades indispensables, inherentes y accesorias a dicho objeto, en las instalaciones que para el efecto lo determine por su propia cuenta en el municipio de Barracas o en áreas aledañas, todo lo cual se llamará en adelante los SERVICIOS".

Por su parte, el numeral 3.1. del Anexo A del Contrato de Servicios No. 12382011 dispone:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

"3.1. ACTIVIDADES A DESARROLLAR EN MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES Y OBRAS MENORES

Para el cumplimiento del objeto del Contrato, el CONTRATISTA deberá prestar los siguientes tipos de SERVICIOS:

- *Mantenimiento Preventivo a las instalaciones por medio de órdenes de servicio de acuerdo con los resultados obtenidos en las inspecciones programadas con CERREJÓN y realizadas por el CONTRATISTA con anterioridad.*
- *Mantenimiento Correctivo de las instalaciones por medios de Órdenes de Servicio, atendiendo las solicitudes y reportes de daños, deterioros, desperfectos entregados por los clientes a través del Centro de Atención (Call Center) del CONTRATISTA y previamente autorizados por el Administrador Designado de CERREJÓN. Estos reportes pueden ser por vía telefónica, electrónicamente (e mail), personal o radio.*
- *Obras Menores solicitadas por los usuarios y canalizadas a través de Órdenes de Servicio en el Centro de Atención (Call Center) del CONTRATISTA, previo estimativo de cantidades para cuantificar el valor de las Obras aprobadas por el Administrador Designado de CERREJÓN (...)"*

De acuerdo con lo anterior, el objeto del Contrato de Servicios No. 12382011 celebrado entre Cerrejón y Vanfer y Cía. S. en C. fue el mantenimiento preventivo así como el mantenimiento correctivo y obras menores que fueran solicitadas por los habitantes (usuarios) de los reasentamientos de Patilla, Chancleta y Roche y que fueran aprobadas por parte del Administrador Designado de Cerrejón. (se destaca)

Observo además que el Contrato de Servicios No. 12382011 no se refiere sólo a los reasentamientos de Patilla y Chancleta sino que incluye las obras del Reasentamiento de Roche el cual no fue construido por CONINSA en desarrollo del Contrato de Obra No. 00242010.

"65. Sírvase indicar si las labores de mantenimiento y de reparación de daños de las obras ejecutadas hacen parte de un Contrato de Obra como el celebrado entre CERREJÓN y CONINSA.

No, las labores de mantenimiento y reparación de daños con posterioridad a la entrega de las obras no hacen parte de los contratos de construcción como el celebrado entre Cerrejón y Coninsa, que culminan con la entrega de las obras en

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

buen estado de funcionamiento. En el objeto del Contrato de Obra, descrito en el Anexo A del Contrato, no se menciona el mantenimiento de las obras ejecutadas.

"67. Teniendo en cuenta su respuesta a las preguntas anteriores, sírvase indicar si el contrato celebrado entre Cerrejón y la empresa VANFER tenía por objeto la terminación de obras que fueron dejadas inconclusas por CONINSA en desarrollo del Contrato de Obra No. 00242010.

Revisado el objeto del Contrato de Servicios No. 12382011 que fue puesto a mi disposición, así como el objeto del Contrato de Obra No. 00242010, tal como lo indiqué anteriormente, resulta para mí evidente que el objeto del Contrato celebrado entre Cerrejón y Vanfer y Cía. S. en C. no era la terminación de ningún tipo de obras; dado que, de acuerdo con lo señalado en la cláusula 1 de este Contrato y en los numerales 1.0. y 3.1. del Anexo A del mismo, Vanfer y Cía. S. en C. únicamente tenía a su cargo labores de mantenimiento preventivo, correctivo y obras menores que fueran solicitadas por los usuarios de los reasentamientos de Patilla, Chancleta y Roche a través de un Call Center que debía estar a disposición de las comunidades, siempre que, además, dichas obras menores fueran aprobadas por el Administrador Delegado de Cerrejón.

Así las cosas, encuentro que el Contrato de Servicios No. 12382011 no se refiere a la terminación de las obras faltantes u obras pendientes de ejecución o inconclusas por parte de CONINSA, lo cual guarda coherencia con mis respuestas anteriores en el sentido de que las obras de construcción de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta fueron entregados en su totalidad por parte de CONINSA, empresa que, además, atendió las reclamaciones postventa que le formularon tanto Cerrejón como la Interventoría, de manera tal que, en mi concepto, mal podría existir un contrato para terminar las supuestas obras inconclusas.

En el dictamen de JEGA ACCOUNTING HOUSE, LTDA., se señaló en \$1.453.604.235 el monto pagado por CERREJON a VANFER & CIA S. EN C., por **los servicios de mantenimiento de instalaciones y obras menores**, según reza textualmente el contrato No. 12382011 de 2 de agosto de 2012, y no se indica, ni de otro modo se ha demostrado, que el contrato citado tenía por objeto culminar obras a cargo de la accionante, pues tal finalidad difiere del compromiso de mantenimiento de instalaciones y obras menores, según se desprende del texto contractual.

En cuanto al alcance del dictamen sobre el monto de las sumas pagadas a la en comandataria, dado que el contratista CONINSA, al fin y al cabo entregó las obras dentro del plazo establecido en forma global para los dos asentamientos, y que en el

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

dicho contrato celebrado con VANFER & CIA S. EN C, no se trata de la ejecución de obras no terminadas por parte de CONINSA RAMON H., S.A., no ve el Tribunal cómo pudiera condenarse a la accionada en reconvenición a la condena que en esta demanda se impetra, incluidas las actividades de post venta, que tampoco estaban contempladas en el objeto del contrato celebrado con la sociedad mencionada.

Por lo anterior, esta pretensión será negada en la parte resolutive de este laudo.

e.- Pretensión del pago a cargo de CONINSA de las sumas reconocidas a las familias de los reasentamientos por la demora en la entrega de las casas y a la sociedad VANFER & CIA., S. EN C., por la ejecución de terminación de obras no ejecutadas por CONINSA, RAMON H, S. A.

En cuanto a la específica solicitud de que se condene a CONINSA a pagar las sumas que CERREJON reconoció a las familias de los reasentamientos por la demora en la entrega de las casas, se considera:

En primer término de la conclusión a la que ha llegado el Tribunal en el sentido de que las obras fueron finalmente entregadas, con la salvedad que se ha indicado, conduce a desechar el fundamento de la pretensión, que estriba en la entrega tardía o la demora en la entrega de las casas, al menos en su integridad y teniendo en cuenta el cumplimiento de todas las obligaciones del contrato y el grave incumplimiento de CERREJÓN en la última parte del mismo, dado que no se ha establecido dentro de las pruebas procesalmente existente, cuál pudo ser el impacto de la falta de entrega de las obras de Patilla, que tampoco impidió finalmente la entrega de las viviendas a los usuarios comunitarios, como se infiere de las pruebas existentes en el plenario y se demuestra con el hecho probado de la entrega de las obras todas el 15 de mayo de 2012.

Por otra parte, el Tribunal verifica que el acuerdo celebrado entre CERREJON y las Comunidades de Roche, Patilla y Chancleta, el 5 de septiembre de 2016, o sea cuatro años después de haberse tramitado la entrega de las obras objeto del proyecto de los Reasentamientos de Patilla y Chancleta, tuvo por fundamento, según en él se afirma, el interés de CERREJON en que las viviendas entregadas a las familias reasentadas de Patilla contaran con las condiciones óptimas de habitabilidad, para lo cual se habían construido.

En el documento se hace mérito de que CERREJON de forma conjunta con la Junta de Acción Comunal de la comunidad se había construido, un pre acuerdo para implementar acciones que permitieran cerrar de forma definitiva la obligación a cargo de CERREJON.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Entre los acuerdos que contiene el documento (vid. Cuad. Prueba No. 8, folio 067), se indica que en el segundo semestre de 2015 se realizó un ejercicio que comprendía la evaluación realizada por la Corporación Roche entre abril y junio de 2015, que culminó con la entrega de tres carpetas que compilaban las evaluaciones de 94 viviendas construidas en Roche, Patilla y Chancleta (letra numeral a), del numeral 1 del Acuerdo.).

El cuadro de actividades generales concertados con la mesa y ajustado, según valores comerciales de la región, a todo costo, que se contiene en el documento, incluye las actividades objeto de la intervención, tales como cambiar láminas de cubierta, alinear estructura de cubierta existentes, si lo ameritaban; pintar con esmalte la estructura existente de cubierta, la cara interior de la lámina de cubierta; impermeabilizar piso de cubierta con manto edil, reubicar lavadero, según diseño, cambiar cerrojos dañados en ventanas, resanar fisura en muro y piso, reparar grietas en muros con hierro de refuerzo, reparar grietas en pisos con hierro de refuerzo aplica pintura general a todas la vivienda interior, cambiar enchape de pisos y muros fisurados, reemplazar estufas, ajustar y anclar cubierta según especificaciones Eternit, sellar juntas de ventanas con silicona, reparar y ajustar puertas de madera, hacer mantenimiento de lavadero existente, reemplazar muros de cerramiento de cocina por mampostería y otra actividades incluidas en el presupuesto de las viviendas.

Se indicó en el documento que se cita (fl. 68, ibídem.) que la reparación de los daños identificados en las viviendas se haría por una sola vez, y que cada reparación posterior sería por cuenta de cada familia.

Se acordó también que se firmaría un acuerdo particular entre CERREJON y cada una de las familias de Patilla que, entre otras cosas, contendría la autorización a CERREJON para entregar en FIDUCIA los recursos a la Junta de Acción Comunal destinados a las reparaciones, la cual actuaba en representación de las comunidades y era la única autorizada para entenderse con CERREJON, tanto para el manejo del acuerdo, como para la ejecución de los recursos entregados.

También se suscribió entre CERREJON y los propietarios de las viviendas identificadas, CERREJON un contrato de transacción, - suscritos entre septiembre y diciembre de 2016-, sobre la base de un contrato de cesión de posesión de lote, compraventa de mejoras y transacción, hecha por parte de los ocupantes de ese inmueble, a cambio de lo cual la familia recibió la vivienda que en cada caso se identificaba, ubicada en el reasentamiento de Patilla.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Como se infiere del examen de la prueba documental citada, visible a folio 0067 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 8, los convenios con la comunidad de Patilla no precisan que las obras que CERREJON se comprometía a financiar en el asentamiento de Patilla obedecieran a la necesidad de terminar las viviendas no ejecutadas por la convocante, ni a defectos en la construcción de las viviendas hechas por CONINSA, ni a la ejecución de servicios de post venta, de modo que ésta estuviera obligada a acudir en auxilio de la contratante, quien, en caso dado, disponía, además, de los recursos contemplados en el C.C.

A folio 478 del cuaderno de pruebas No. 6, aparece un oficio proveniente de JAIRO VERGARA y dirigido A WILSON TORRES, ambos empleados de CERREJON, en el cual el primero le informa el consolidado de pagos hechos por CERREJON, por concepto de las compensaciones pagadas a los reasentados por la demora en la entrega de las obra que alcanza a un valor de \$137.655.000; cifra similar a la que por dicho concepto encontró el perito de JEGA ACCOUNTING HOUSE, LTDA, en su dictamen. (vid. Fl 21 de ese trabajo.)

Las consideraciones anteriores y la comprobación de que las causas, finalidades y alcance de los acuerdos celebrado entre CERREJON y las comunidades indican que ellas fueron distintas de las que tuvo CERREJON para solicitar las declaraciones y condenas dentro de su demanda de reconvención, demuestran que no es procedente acceder a tales solicitudes en contra de CONINSA, dada la ausencia de demostración de las causas que la convocada esgrimió como soporte de las condenas pedidas contra la contratista.

Frente a tales circunstancias, el Tribunal habrá de denegar la pretensión relacionada con la condena al pago de los servicios de post venta, pues las pruebas arrimadas al plenario demuestran que esa no fue la causa de los mencionados pagos.

En cuanto a la pretensión de CERREJON de condenar a CONINSA al pago de las costas y agencias en derecho, no ha lugar y así se decidirá en la parte resolutive conforme a las consideraciones hechas al respecto.

XVI. LAS EXCEPCIONES.

Las excepciones formuladas por CERREJÓN frente a las pretensiones de la demanda principal

1.- Inexistencia de incumplimiento del contrato CON-00242010 por parte de CERREJON:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Al resolver las pretensiones de la demanda se concluyó que CERREJÓN incumplió con las obligaciones contractuales a su cargo razón por la cual esta excepción será negada.

2.- Inexistencia de enriquecimiento sin causa.

Al analizar las pretensiones de la demanda se concluyó que el enriquecimiento sin causa no podía proponerse en relación con obligaciones nacidas de un contrato, razón por la cual se dispondrá estarse a lo dispuesto al resolver dicha pretensión.

3.- Inexistencia de abuso de la posición dominante en el contrato, imputada por CONINSA a CERREJON.

El Tribunal también se pronunció sobre la pretensión de la CONVOCANTE dirigida a solicitar que se declarara el abuso de la posición de dominio y concluyó que igualmente se trataba de una petición improcedente, sin que en la excepción se afirma un hecho nuevo que la enerve y que requiera de un pronunciamiento adicional, razón por la cual se dispondrá estarse a lo allí dispuesto.

4.- Inexistencia de circunstancias imprevisibles.

El Tribunal negó esta pretensión a partir de la consideración conforme con la cual en los contratos de derecho privado las partes no tienen derecho a solicitar el restablecimiento del equilibrio de la ecuación financiera del contrato. Así mismo negó los perjuicios pedidos por la ocurrencia de un período de lluvias de características excepcionales. En la excepción no se afirma un hecho nuevo que la enerve y que requiera de un pronunciamiento adicional, razón por la cual se resolverá estarse a lo allí dispuesto.

5.- No exigibilidad de la devolución de las sumas retenidas por CERREJON a título de garantía pactada en el contrato.

En rigor CERREJÓN no formula una excepción afirmando un hecho nuevo que enerve a pretensión de la demanda, sino que se limita a oponerse a ella. El tribunal accedió a declarar esta pretensión de la demanda y expuso las razones que justifican tal decisión, refiriéndose de manera expresa a la posición de CERREJÓN en este punto. Por tal razón se dispondrá a estarse a lo allí resuelto.

6.- Excepción de contrato no cumplido.

Se itera que, al resolver las pretensiones de la demanda se concluyó que, en la primera parte del contrato, las dos partes incurrieron en incumplimientos de similar gravedad,

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

mientras que en la segunda parte del contrato (a partir del Otrosí No 4) se concluyó que los incumplimientos graves y determinantes de la prolongación de su duración son imputables a CERREJÓN. Por esta razón se dispondrá estarse a lo allí resuelto.

7.- Excepción de ausencia de buena fe en las reclamaciones de CONINSA. Falta de seriedad de ellas. Inexistencia o falta de causa de las sumas que se reclaman.

La afirmación de acuerdo con la cual la presentación de diversas reclamaciones y el incremento cuantitativo de una a otra no permite enervar las pretensiones de la demanda. Al Juez del contrato le corresponde analizar las prensiones incluidas en la demanda sin que de ninguna manera esté vinculado en su decisión por reclamaciones anteriores de la convocante. Por tal razón esta excepción será rechazada.

8.- Excepción de ir en contra de sus propios actos.

La no formulación de reclamaciones en el desarrollo del contrato tampoco enerva las pretensiones de la demanda principal; el Contratista no está obligado por ninguna disposición legal a reclamar en el contrato como presupuesto para impetrar pretensiones en la demanda. Por esta razón esta excepción será rechazada.

9.- Excepción de inexistencia en la contabilidad de CERREJON de las facturas 254149 y 254199 y, en subsidio, la de caducidad de la acción cambiaria.

Esta petición fue resuelta por el Tribunal al pronunciarse sobre la demanda principal; no se alega ningún hecho nuevo que pueda enervarla y requiera de un pronunciamiento adicional, razón por la cual también se dispondrá estarse a lo allí decidido.

10.- Excepción de pago.

Al resolver las pretensiones de la demanda principal el Tribunal se pronunció en relación con la forma de remuneración del contrato y con el efecto relativo al pago de los precios unitarios pactados en el contrato. Esta consideración fue una de las que sustentó el rechazo de la petición de mayores costos indirectos.

Del mismo modo al resolver las pretensiones de pago de las facturas 19 y 20 el Tribunal analizó las pruebas relativas al pago de las obras ejecutadas y no canceladas en las actas mensuales y determinó el saldo correspondiente.

Por esta razón se dispondrá a estarse a lo allí resuelto.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

11.- Excepción de transacciones parciales.

El Tribunal al analizar las pretensiones de la demanda se refirió a los efectos del otrosí No 4 y concluyó que en dicho las partes habían solucionado las dificultades surgidas entre ella hasta ese momento en el contrato. La advertencia acerca de que el pago para transporte de personal que allí se plasma se hace por una sola vez no puede considerarse como una transacción en el sentido de considerar que las partes renunciaron a formular reclamaciones por incumplimientos del contrato, o regularon de alguna manera como serían solucionados los conflictos que podrían surgir por tal razón. El único significado de esta manifestación consiste en considerar que CERREJON asumió, por una sola vez, una obligación que no estaba pactada en el contrato como obligación a su cargo; por esta razón mencionado Otrosí no puede considerarse como una transacción en los términos planteados en la excepción, la cual será entonces denegada.

Correjón afirma en la segunda parte de la excepción que <<en el otrosí # 6 las partes acordaron que “no se practicará reconocimiento alguno por administración durante el período extendido”, acuerdo que se desconoce al pretender el pago de costos de administración exigidos con posterioridad a dicha transacción>>.

Lo anterior en realidad no es cierto y la lectura del otrosí No 6 permite deducir, por el contrario que las partes no habían llegado a ningún tipo de acuerdo por lo cual simplemente plasmaron en el mismo su voluntad de continuar intentando conciliar directamente sus diferencias.

En lo pertinente se señala en este otrosí:

<<Las partes acuerdan analizar, durante el mes de enero de 2012, la solicitud de reconocimiento de mayores costos y de ampliación de la fecha de entrega del proyecto... y cualquier resultado deberá ser formalizado a través en un acuerdo de transacción firmado por las partes...>>

<<...Hasta tanto no se tome una decisión distinta se mantienen las fechas antes mencionadas como las oficiales para la entrega de la obra en lo que corresponde a la aplicación las cláusulas contractuales acordadas y no se practicará reconocimiento alguno por administración durante el período extendido...>>

Esta manifestación, en vez de suponer que las partes habían llegado a un acuerdo sobre si debían o no pagarse este reconocimiento evidencia lo contrario, razón por la cual no puede hablarse de transacción.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Por lo expuesto esta excepción será negada.

12.- Excepción de conocimiento previo y concreto de la zona, de su entorno social y laboral y las condiciones en que se ejecutaría el contrato.

El argumento expuesto en la excepción fue utilizado para oponerse a las pretensiones de la demanda y fue estudiado por el Tribunal al realizar su análisis y tener como advertidos y asumidos por CONINSA los riesgos puestos de presente en el periodo precontractual y las estipulaciones del contrato. Mas que una excepción, se trata de un medio de defensa de CERREJON. Por esta razón se dispondrá estarse a lo dispuesto al resolver las pretensiones demanda.

13.- Excepción referente a que CONINSA no puede beneficiarse de su incuria y deficiente estudio de la oferta y ejecución del contrato.

En esta excepción no se expresan hechos nuevos que enerven las pretensiones de la demanda. Se afirma que el Contratista conocía los riesgos que asumía y que desde el principio incurrió en incumplimiento, que son manifestaciones para fundar la oposición a las pretensiones de la demanda a las cuales se refirió el Tribunal al resolverlas. Por esta razón se dispondrá a estarse a lo allí resuelto.

14.- Excepción referente a que CERREJON no está obligada a reconocer suma alguna a CONINSA por los mayores costos, debido a que tuvieron como causa la propia conducta de CONINSA.

En esta excepción no se expresan hechos nuevos que enerven las pretensiones de la demanda. Se afirma que el Contratista generó por su propia culpa los daños que está reclamando y ello corresponde a manifestaciones para fundar la oposición a las pretensiones de la demanda a las cuales se refirió el Tribunal al resolverlas. Por esta razón se dispondrá a estarse a lo allí resuelto.

XVII. Las excepciones de CONINSA frente a las pretensiones de la demanda de reconvención

En la medida en que las pretensiones de la demanda de reconvención serán rechazadas, el Tribunal no se pronunciará sobre las excepciones perentorias formuladas contra ellas por la CONVOCANTE, punto en el que se acoge lo indicado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 11 de junio de 2001, en la cual sobre el particular consideró:

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

"(...) la excepción de mérito es una herramienta defensiva con que cuenta el demandado para desmerecer el derecho que en principio le cabe al demandante; su función es cercenarle los efectos. Apunta, pues, a impedir que el derecho acabe ejercitándose (...) A la verdad, la naturaleza de la excepción indica que no tiene más diana que la pretensión misma; su protagonismo supone, por regla general, un derecho en el adversario, acabado en su formación, para así poder lanzarse contra él a fin de debilitar su eficacia o, lo que es lo mismo, de hacerlo cesar en sus efectos; la subsidiariedad de la excepción es, pues, manifiesta, como que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho; de lo contrario, se queda literalmente sin contendor (...) Por modo que, de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad (...) De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido "y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen" (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830)".

En cuanto a la excepción denominada "desconocimiento de los actos propios" (No 7), la cual se refiere al pacto realizado en el otosí No 7 relativo al no cobro de las multas si se cumplían los plazos de entrega de PATILLA y CHANCLETA, el Tribunal se pronunció sobre este particular al resolver la pretensión de CONINSA por lo que se dispondrá estarse a lo allí dispuesto.

XVIII. Los intereses sobre las condenas.

En la pretensión décima segunda de la demanda principal CONINSA pide que << las condenas de que tratan las anteriores pretensiones se paguen debidamente actualizadas e incluyan los intereses bancarios corrientes y los intereses moratorios a que tiene derecho **CONINSA RAMÓN H.** de acuerdo con la ley y el Contrato de Obra>>; en la pretensión décimo quinta solicita <<que se ordene a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** reconocer a **CONINSA RAMÓN H. S.A.** sobre las sumas de la condena que se imponga intereses moratorios a partir de la ejecutoria del laudo arbitral en los términos de ley>>

El Tribunal condenará a CERREJÓN al pago de interese moratorios comerciales en relación con todas las condenas pecuniarias que se refieren al cumplimiento de obligaciones contractuales en la medida en que se trata de obligaciones pactadas entre

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

comerciantes, exigibles desde el momento en que se cumplieron las condiciones pactadas en el contrato. Desde ese momento y hasta la fecha del laudo se liquidarán tales intereses. Únicamente en relación con la pretensión relativa al reembolso de la multa que se estima como una obligación establecida solo en el laudo, se dispondrá a pagar intereses moratorios a partir de su ejecutoria.

Sobre este particular se acoge la doctrina jurisprudencial expuesta por el Consejo de Estado que sobre la particular señala:

“La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado había sostenido reiteradamente que cuando no se ha fijado un plazo convencional para el pago de las cuentas de cobro, derivadas de la ejecución parcial de obra, la Administración está en el deber de cancelarlas dentro de los treinta (30) días siguientes a su radicación, en aplicación de lo prescrito por el artículo 885 del Código de Comercio y de no hacerlo incurría en mora. No resulta apropiado interpretar que dicho artículo tiene el alcance de constituir automáticamente en mora al deudor y de contera, establecer el derecho del acreedor de exigir intereses moratorios que no constituye cosa diferente a la reclamación de perjuicios. El texto normativo transcrito (art 1608 c.c.) consagra como regla general (numeral 3) para la constitución en mora la del requerimiento judicial que el acreedor debe promover en relación con el deudor, **al tiempo que establece dos eventos especiales, excepcionales a esa regla general, en los cuales la constitución en mora opera de manera diferente, así: El primero de ellos ocurre por el vencimiento del plazo que ha sido estipulado desde el momento de la celebración del contrato, diez interpellat pro homine, es decir, que el deudor y el acreedor conocen desde el nacimiento de la obligación la fecha límite de su cumplimiento, pero si vencido el plazo no ha sido satisfecha por el deudor, la mora opera automáticamente, a menos que por disposición legal se exija que además del vencimiento del plazo pactado, el deudor sea requerido para que quede constituido en mora.** El segundo se refiere a los casos en los cuales, por razón del contenido o naturaleza misma de la obligación se tiene que ella únicamente ha debido ser ejecutada dentro de un plazo que el deudor dejó pasar sin haberla cumplido, por lo tanto, no resulta viable hacerlo después, razón por la cual no habría lugar a requerimiento encaminado a que se cumpla tal obligación. **En el marco de este contexto normativo, resulta claro que únicamente en estos dos eventos excepcionales, previstos expresamente en la ley civil, la**

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

constitución en mora del deudor opera de manera automática por la ocurrencia del supuesto fáctico, a la vez que la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora concurren de manera simultánea; en los demás, la exigibilidad de la obligación siempre precederá a la mora en cuanto que esta última solo se dará por reconvencción del acreedor, adelantada ante el juez. Este criterio se reafirma con lo preceptuado por el artículo 1615 del Código Civil a cuyo tenor la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor se ha constituido en mora, si la obligación es positiva. Como corolario de lo anterior, debe precisarse que como el artículo 885 del Código de Comercio se encuentra regulando lo pertinente a obligaciones dinerarias no sometidas a plazo, es decir, aquellas denominadas puras y simples, tal disposición estableció un término referido exclusivamente a la exigibilidad de los intereses correspondientes, esto es los de índole remuneratoria, cuestión a la cual habrá lugar un mes después de presentada la cuenta de cobro, sin que la exigibilidad de tales intereses pueda entenderse en relación con los moratorios puesto que para tener derecho a estos la ley exige, como presupuesto, que el deudor se encuentre constituido en mora, mediante requerimiento judicial. Esta regulación del Estatuto Procesal (inciso 2º del artículo 90 del C. de P.C) permite tener a la notificación del auto admisorio de la demanda como el requerimiento judicial que debe ser efectuado por el acreedor y de esta manera lograr que el deudor quede constituido en mora y así resulte procedente el reclamo de los perjuicios causados por el incumplimiento de la prestación.”⁵⁸

XIX. La aplicación del artículo 267 del CGP

El apoderado de CONINSA solicita la aplicación del artículo 267 del Código General del Proceso, el cual dispone lo siguiente:

“Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, o en la diligencia en que ella se ordenó, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; **si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del**

⁵⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-26-000-1994-09845-01(14854)

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor. En la misma forma se procederá cuando no habiendo formulado oposición, la parte deje de exhibir el documento, salvo que dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha señalada para la diligencia pruebe, siquiera sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale.

“Cuando es un tercero quien se opone a la exhibición o la rehúsa sin causa justificada, el juez le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).

“Los terceros no están obligados a exhibir documentos de su propiedad exclusiva, cuando gocen de resera legal o la exhibición les cause perjuicio.”

A partir de lo ocurrido el proceso el Tribunal evidencia la falta de diligencia y atención del señor representante legal de CERREJÓN en atender las órdenes del tribunal relativas a suministrar la documentación contractual solicitada por CONINSA. La lealtad procesal y el deber de colaboración suponen una actitud mucho más diligente de parte del representante legal de una persona jurídica a la cual se le imparte esta orden; suponen indagar por la documentación y remitirla de manera ordenada al Tribunal para poder verificar qué se está mandando y qué falta por mandar. Tal conducta resulta concordante con la advertencia hecha por el Tribunal con base en la cual se ha concluido que la convocada no ejecutó *de buena fe* las obligaciones contractuales a su cargo. Sin embargo, no pueden disponerse las consecuencias pedidas por CONINSA de darle efectos probatorios a la conducta omisiva del a convocada porque los hechos que se pretendían probar en efecto fueron acreditados con otras pruebas en el curso del proceso y a partir de ellas el Tribunal ha tomado las resoluciones del presente laudo.

X. El juramento estimatorio

Atendidas las pretensiones planteadas por CONINSA en su demanda y aquellas formuladas por CERREJÓN en su demanda de reconvención, junto con las excepciones de mérito presentadas por las partes para enervar las pretensiones antes mencionadas, en menester del Tribunal pronunciarse sobre el juramento estimatorio presentado por la convocante y objetado por la convocada y sobre aquel presentado por la convocada en su demanda de reconvención, que a su vez fuera también objetado, para lo cual tiene

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

en cuenta el artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por la ley 1743 de 2014, que señala:

"Artículo 206. Juramento estimatorio.

Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de La Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o 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 sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

Al pronunciarse sobre el artículo 206 antes transcrito, la Corte Constitucional, señaló:

"Al aplicar los parámetros dados en la Sentencia C-662 de 2004, empleados también en la Sentencia C-227 de 2009, para establecer si la norma demandada preveía una sanción excesiva o desproporcionada, la Corte pudo establecer que la finalidad de desestimar la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias es acorde con el ordenamiento constitucional; que esta norma es potencialmente adecuada para cumplir dicha finalidad; y que sólo en uno de los escenarios hipotéticos planteados -en el de que la causa de no satisfacer la carga de la prueba 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-, la sanción resulta excesiva o desproporcionada frente al principio de la buena fe y a los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso.

(...)

Si bien el legislador goza de una amplia libertad para configurar los procedimientos, no puede prever sanciones para una persona, a partir de un resultado, como el de que se nieguen las pretensiones por no haber demostrado los perjuicios, cuya causa sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado¹. (Subraya el Tribunal)

De esta manera, el Tribunal encuentra que únicamente podrá imponerse la citada sanción cuando la parte que sería acreedora de tales sanciones hubiere desplegado un comportamiento negligente en el transcurso del proceso, lo que no ha sucedido en este trámite.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

En lo que respecta a CONINSA, el Tribunal observa que prosperaron parcialmente sus pretensiones. De esta manera, no se encuentra que la convocante se halle inmersa en las hipótesis del artículo antes citado.

Con relación a CARBONES, este Tribunal encuentra que dicha parte desarrolló sus actuaciones con apego a los mayores estándares de diligencia durante la actuación procesal, atendió con respeto y profesionalismo sus deberes procesales y prestó toda su colaboración para que el trámite arbitral se adelantara adecuadamente. En igual sentido, CONINSA presentó sus argumentos con convicción plena, se esforzó en allegar las pruebas que consideró pertinentes para la toma de la decisión por parte del Tribunal y, adicionalmente, facilitó el desarrollo del trámite presentando argumentos jurídicos respetables, a pesar de no haber sido compartidos en su integridad por este panel.

Por lo anterior, el Tribunal encuentra que, a pesar de no haber prosperado sus pretensiones, su conducta procesal fue respetable y diligente, con lo cual, resultaría desproporcionada la imposición de sanción alguna a su cargo.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal no impondrá la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso.

XI. Costas y agencias en derecho

En materia de costas y agencias en derecho, el Código General del Proceso, en su artículo 365, señala lo siguiente:

"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

(...) 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 el presente caso, para el Tribunal, si bien es cierto que prosperaron parcialmente la demanda principal y la de reconvención, no es menos cierto que las partes han actuado dentro del presente proceso ceñidas al principio de transparencia y lealtad procesal, cada cual en la defensa de su posición jurídica, sin que se les pueda hacer reproche alguno, y por ende, al sufragar en forma igualitaria los gastos que implicó el proceso, se considera que no resulta jurídicamente atendible imponer condena en costas a ninguna de las partes, de conformidad con lo previsto en el artículo 365-5 del Código General

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

del Proceso, norma que permite al juez abstenerse de condenar en costas en caso de que prospere parcialmente la demanda.

XII. Parte resolutive

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral integrado para resolver las diferencias surgidas entre **CONINSA RAMON H. S.A.** y **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: Declárase que entre **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** y **CONINSA RAMÓN H. S.A.**, se suscribió el Contrato de Obra No. CON-00242010 bajo la modalidad de precios unitarios.

SEGUNDO: Declárase que tanto **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** como **CONINSA RAMÓN H. S.A.** incumplieron las obligaciones contractuales a su cargo relativas a la ejecución del contrato, estableciendo que, a partir de la suscripción del Otrosí No 4, la cual tuvo lugar el 21 de octubre de 2011, los incumplimientos más graves y determinantes para que la obra no pudiera terminarse en el plazo previsto, son imputables a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED**, quien incumplió también en esta etapa las obligaciones de obrar de buena fe en la ejecución del Contrato, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Condénase a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** a pagar a **CONINSA RAMÓN H. S.A.** los costos de administración pactados en el Contrato desde el mes de noviembre de 2011 hasta el 15 de mayo de 2012, cuyo valor asciende a DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES OCHENTA Y CUATRO MIL CIEN PESOS (\$2.331.084.100) más los intereses comerciales moratorios causados desde las fechas en que tales sumas se habrían causado conforme con lo previsto en el contrato, los cuales ascienden a la suma de CUATRO MIL TRECISCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$4.347.611.718).

CUARTO: Deniégase la petición de perjuicios formulada por **CONINSA RAMÓN H. S.A.** en relación con los mayores costos directos e indirectos, distintos de los decretados en la resolución precedente, solicitados en la pretensión cuarta de la demanda, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

QUINTO: Deniégase la pretensión quinta de la demanda en la cual se pide declarar que el personal adicional que debió ser contratado por **CONINSA RAMÓN H. S.A.** generó un incremento en los costos directos e indirectos del Contrato el cual no ha sido pagado a **CONINSA RAMÓN H. S.A.**, conforme a la expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: Deniégase la pretensión sexta de la demanda, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Deniégase la pretensión séptima de la demanda, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO: Deniégase la pretensión octava de la demanda, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: Condénase a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** al pago de la mora sobre las facturas Nos. 247575, 248088, 248300, 248301, 248929, 250031, 250163, 250321, 251312, 251481, 251591, 252311 y 2528 condena que asciende a la suma CIENTO CUARENTA MILLONES VEINTISIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE (\$140.027.977) más los intereses moratorios causados hasta la fecha del laudo por CIENTO SETENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (\$176.876.736), conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO: Condénase a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** al pago parcial de las facturas correspondientes a las Actas de Pago 19 y 20, cuyo capital asciende a la suma de DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS OCHOCIENTOS CINCO PESOS (\$233.238.685) más los intereses moratorios causados hasta la fecha del laudo por TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TRECE MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$387.213.685), conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO PRIMERO: Condénase a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** a restituir la suma de DIECISEIS MILLONES SEISCIENTOS VEINTIOCHO MIL CUATROCIENTOS PESOS (\$16.628.400,00) que corresponde al valor de la multa impuesta por la entrega tardía del asentamiento de Chanqueta, más los intereses moratorios que se causen sobre esta suma de dinero desde la ejecutoria del presente laudo. Deniegase la misma pretensión en relación con el asentamiento de Patilla, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO SEGUNDO: Condénase a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** a la restitución del depósito en garantía por valor de DOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$2.371.624.887) más los intereses moratorios causados hasta la fecha del laudo por TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SIETE MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS (\$3.346.807.693).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

DÉCIMO TERCERO: Condénase a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** al pago de la suma de CIENTO SETENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$172.500.000) correspondientes al valor acordado en el otrosí No 4 más los intereses moratorios causados hasta la fecha del laudo por TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$336.918.672).

DÉCIMO CUARTO: Las sumas correspondientes a las condenas generan intereses moratorios comerciales a partir de la ejecutoria del laudo.

DÉCIMO QUINTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda principal, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO SEXTO: En relación con las excepciones propuestas por **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** al contestar la demanda principal, el Tribunal, conforme con lo expuesto en la parte motiva, rechaza las propuestas en los numerales 1, 7, 8 y 11; y dispone estarse a lo dispuesto al resolver las pretensiones de la demanda en relación con las excepciones 2, 3, 4, 5, 6, 9, 10, 12, 13 y 14.

DÉCIMO SÉPTIMO: No prospera la pretensión Primera de la demanda de reconvencción (capítulo I con relación a multas) salvo en relación con el término para la entrega del asentamiento de PATILLA pactada en el otrosí No 7, punto en el que el Tribunal declarará que **CONINSA RAMON H. S.A.** incumplió dicha obligación, al resolver la tercera pretensión de este mismo capítulo.

DÉCIMO OCTAVO: De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, no prospera la pretensión segunda, ni la pretensión cuarta de la demanda de reconvencción (capítulo I con relación a multas) relativas a la imposición de multas en el contrato por valor de OCHOCIENTOS CINCO MILLONES DE PESOS (\$805'000.000).

DÉCIMO NOVENO: De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva, prospera parcialmente la pretensión tercera de la demanda de reconvencción (capítulo I con relación a multas) y el Tribunal declara que **CONINSA RAMON H. S.A.** incumplió la condición pactada en el otrosí No 7 del 6 de febrero de 2012, de manera parcial y en relación con la entrega de las obras correspondientes al asentamiento de PATILLA.

VIGÉSIMO: Conforme con lo expuesto en la parte motiva, no prospera ninguna de las pretensiones del capítulo II de la demanda de reconvencción (con relación a mayores permanencias y los trabajos no ejecutados).

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

VIGÉSIMO PRIMERO: De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva el Tribunal no se pronunciará sobre las excepciones de **CONINSA RAMÓN H S.A.** contra la demanda de reconvencción; solo lo hará frente a la excepción No 7 relativa a las multas cuyo pago se reguló en el otrosí No 7 con el único objeto de señalar que debe estarse a lo resuelto sobre esta pretensión en la demanda principal.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Deniéguese la condena en costas, tanto en relación con las pretensiones de la demanda principal, como en relación con las pretensiones de la demanda de reconvencción.

VIGÉSIMO TERCERO: Disponer que **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** efectúe el pago de los valores adeudados a **CONINSA RAMÓN H. S.A.** dentro de los diez días hábiles siguientes a la ejecutoria del presente laudo arbitral.

VIGÉSIMO CUARTO: Abstenerse de decretar la sanción prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, de conformidad con lo señalado en la parte motiva del presente laudo arbitral.

VIGÉSIMO QUINTO: En firme el presente laudo arbitral se causa el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, más el IVA correspondiente, de conformidad con las normas tributarias vigentes en el momento de su causación. El Presidente procederá a pagarlos a la ejecutoria del laudo o de la providencia que lo aclare, corrija o complemente, a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal y a devolver a las partes el remanente que no hubiere sido utilizado. De conformidad con lo dispuesto en la ley 1743 de 2014, descontar del pago final de los honorarios de los árbitros y de la secretaria el valor correspondiente a la contribución especial arbitral y consignarla a la orden del Consejo Superior de la Judicatura.

VIGÉSIMO SEXTO: Disponer que, por Secretaría, se expidan copias auténticas que presten mérito ejecutivo de este laudo con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Ordenar que, en los términos del artículo 47 de la Ley 1563 de 2012, se haga entrega por Secretaría del expediente completo del trámite arbitral, incluyendo el original del Laudo Arbitral, para su archivo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**TRIBUNAL ARBITRAL
DE
CONINSA RAMON H. S.A.
Vs
CARBONES DEL CERREJON LIMITED**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Este laudo arbitral se notificó en audiencia.

**MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Árbitro Presidente**

**HERNÁN G. ALDANA DUQUE
Árbitro**

**WEINER ARIZA MORENO
Árbitro**

**SANDRA RODRÍGUEZ MORA
Secretaria**