

Tribunal Arbitral
MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.
Vs.
OLEODUCTO CENTRAL S.A. OCENSA
LAUDO

Bogotá, 10 de septiembre de 2019

El Tribunal Arbitral procede a dictar laudo para resolver las diferencias entre MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. y OLEODUCTO CENTRAL S.A. OCENSA, proceso en el cual intervino BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. como llamada en garantía por MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.

En adelante, el Tribunal se podrá referir a las partes simplemente como MASSY, OCENSA y BERKLEY.

I. ANTECEDENTES

1. EL PACTO ARBITRAL Y LA COMPETENCIA

El pacto arbitral con base en el cual se convocó el presente proceso está contenido en la cláusula trigésima primera del Contrato EPC 3801903 suscrito entre Wood Group PSN Colombia S.A. (hoy Massy Energy Colombia S.A.S.) y Oleoducto Central S.A. OCENSA, del siguiente tenor:

"CLÁUSULA TRIGÉSIMA PRIMERA: CLÁUSULA COMPROMISORIA.
Toda controversia o diferencia que tenga origen en este contrato, incluyendo su existencia, validez y oponibilidad, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con las siguientes reglas:

a. El tribunal estará integrado por 3 árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso de que las partes no pudieren llegar a un acuerdo

respecto de la designación de los árbitros, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la presentación de la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, éstos serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes.

b. El Tribunal decidirá en Derecho”.

En lo pertinente al llamamiento en garantía formulado por MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. a BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., el numeral 10 del contrato de seguros vertido en la Póliza de Responsabilidad Civil Errores u Omisiones No. 1889 traída al proceso expresa:

"10. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1. Todas las controversias que surjan y que resulten o tengan conexión con esta Póliza, incluida cualquier cuestión relativa a su formación, existencia, validez o terminación se resolverá por un Tribunal de Arbitramento, que se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con las siguientes reglas:

1.1 El tribunal estará integrado por 3 árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso de que no fuere posible, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes.

1.2 El Tribunal decidirá en Derecho”.

El Tribunal, en audiencia del 18 de julio de 2018, declaró su competencia para resolver la controversia, sin objeción de las partes.

2. RESUMEN DEL TRÁMITE GENERAL DEL PROCESO

La convocatoria al presente tribunal arbitral fue radicada el 24 de junio de 2016 y se admitió mediante providencia dictada en la audiencia de instalación, el 21 de diciembre de 2016.

Surtidas las notificaciones pertinentes, OCENSA contestó la demanda el 10 de marzo de 2017 y, además, presentó demanda de reconvención. La demanda de reconvención inicialmente fue inadmitida, decisión contra la cual la Convocada interpuso recurso de reposición, que fue rechazado. La demanda de reconvención, subsanada, fue admitida mediante auto dictado el 8 de mayo de 2017.

MASSY contestó la demanda de reconvención el 8 de junio de 2017, al tiempo que llamó en garantía a BERKLEY. El llamamiento en garantía fue inicialmente inadmitido y, luego de la correspondiente subsanación, se admitió mediante providencia dictada el 4 de julio de 2017.

El 25 de agosto de 2017, BERKLEY contestó el llamamiento en garantía y la demanda de reconvención.

El Tribunal concedió el plazo previsto en la ley para aportar o solicitar pruebas en relación con las objeciones a los juramentos estimatorios y ordenó correr traslado de las excepciones propuestas en las contestaciones de las demandas y del llamamiento en garantía, a través de auto del 1 de septiembre de 2017.

MASSY y OCENSA solicitaron pruebas adicionales a través de memoriales radicados el 12 de septiembre de 2017.

El 28 de septiembre de 2017, MASSY presentó reforma de la demanda, así como también OCENSA reformó la demanda de reconvención a través de escrito recibido el 29 del mismo mes. Las dos reformas fueron admitidas mediante auto dictado el 10 de octubre de 2017.

OCENSA interpuso recurso de reposición en contra de la admisión de la reforma de la demanda presentada por MASSY, que fue negado.

MASSY contestó la reforma de la demanda de reconvención el 26 de octubre de 2017 y reiteró el llamamiento en garantía a BERKLEY. La llamada en garantía contestó la reforma de la demanda de reconvención el 30 de octubre de 2017 y la reiteración del llamamiento en garantía el 4 de diciembre de 2017. OCENSA contestó la reforma de la demanda el 21 de noviembre de 2017.

El Tribunal concedió el plazo previsto en la ley para aportar o solicitar pruebas en relación con las objeciones a los juramentos estimatorios y ordenó correr traslado de las excepciones propuestas en las contestaciones de las reformas de las demandas y de la reiteración del llamamiento en garantía, a través de auto del 7 de diciembre de 2017.

MASSY y OCENSA solicitaron pruebas adicionales a través de memoriales radicados el 18 de diciembre de 2017.

El 4 de abril de 2018 se dio inicio a la audiencia de conciliación, en la cual las partes presentaron un acuerdo que fue sometido a concepto del representante del ministerio público. El concepto en mención fue recibido el 30 de abril siguiente, y se opuso a la aprobación del acuerdo.

El 6 de junio de 2018, en audiencia, el Tribunal decidió no aprobar el acuerdo conciliatorio y dio fin a la audiencia de conciliación.

La primera audiencia de trámite se llevó a cabo el 18 de julio de 2018 y en ella el Tribunal se declaró competente para resolver la controversia, decisión que fue recurrida parcialmente por OCENSA, por considerar que se configuraba caducidad en relación con determinadas pretensiones de la reforma de la demanda de MASSY. El Tribunal confirmó la providencia.

En la audiencia del 18 de julio de 2018 se abrió el proceso a pruebas.

Las alegaciones de las partes se oyeron el 15 de mayo de 2019, lo mismo que el concepto del ministerio público.

3. PRUEBAS RECAUDADAS

Se tuvieron en cuenta los documentos aportados por las partes en las debidas oportunidades procesales, los recibidos mediante exhibición de documentos a cargo de MASSY, OCENSA y TIPIEL S.A., y los recibidos por petición vía oficios dirigidos a OCENSA y ERNST & YOUNG AUDIT S.A.S.

Se recibieron dictámenes periciales elaborados por Carlos Alberto Bohórquez Betancourt y Alonso Fernando Castellanos Rueda (aportados por MASSY), y por Dennis Armando Rincón Alfonso (designado por el Tribunal a petición de OCENSA). Los peritos, además, fueron interrogados en audiencia.

Se recibieron los testimonios de Jorge Augusto Espitia Caicedo (con ratificación de documentos), Rubén Darío Rico González, Sergio Alexander Villarreal Carvajal, Ever Antonio Mora Martínez, Gloria Marcela Ortega Díaz, Olga Lucía Pinzón Sosa, Oscar Leonardo Gómez Forero, Walter Gastelbondo Barragán, César Darío Rivera Mendoza (con ratificación de documentos), Francisco Javier Matiz Chica, Lilian de la Torre Ballesteros y Efraín Amaya Vanegas.

Se practicaron interrogatorios a la representante de MASSY y a la representante de BERKLEY, y se solicitó al representante de OCENSA rendir informe escrito bajo juramento, en los términos del artículo 195 del C.G.P.

Las partes expresaron su conformidad con las pruebas recaudadas en audiencia del 12 de febrero de 2019.

4. AUDIENCIA DE ALEGATOS

El 15 de mayo de 2019 se realizó la audiencia de alegatos, en la cual los apoderados de las partes y el agente del ministerio público hicieron sus respectivas exposiciones de manera oral y aportaron resúmenes escritos.

5. DURACIÓN DEL PROCESO

La primera audiencia de trámite terminó el 18 de julio de 2018.

El proceso estuvo suspendido durante las siguientes fechas:

- Desde el 19 de julio hasta el 1 de agosto de 2018, ambas fechas incluidas (Auto No. 32 del 18 de julio de 2018).
- Desde el 31 de agosto de 2018 hasta el 16 de septiembre de 2018, ambas fechas incluidas (Auto No. 49 del 30 de agosto de 2018).
- Desde el 30 de noviembre de 2018 hasta el 21 de enero de 2019, ambas fechas incluidas (Auto No. 71 del 30 de noviembre de 2018).
- Desde el 31 de enero de 2019 hasta el 11 de febrero de 2019, ambas fechas incluidas. (Auto No. 78 del 30 de enero de 2019).
- Desde el 13 de febrero de 2019 hasta el 30 de abril de 2019, ambas fechas incluidas. (Auto No. 80 del 12 de febrero de 2019).

A solicitud de los apoderados de las partes, facultados expresamente para ello en los respectivos poderes, se prorrogó el término del proceso por tres meses, mediante Auto No. 80 dictado el 12 de febrero de 2019. En dicha providencia se señaló el 1 de octubre de 2019 como término máximo del proceso, sin perjuicio de las suspensiones que se decretaran con posterioridad al auto.

En consecuencia, el laudo se dicta dentro del plazo legal.

6. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

6.1. LA DEMANDA

La demanda reformada contiene las siguientes pretensiones:

"PRIMERA PRINCIPAL (se reproduce de la demanda inicial).- *Que se declare que entre **OCENSA** y **WOOD GROUP PSN COLOMBIA S.A. - hoy MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.-**, se celebró, el 21 de marzo de 2014, el Contrato No. 3801903, cuyo objeto era la "Ingeniería, Compras, Construcción, Precomisionamiento, Comisionamiento y Puesta en Marcha de las Modificaciones a los Sistemas de Bombeo y Sistemas Complementarios del Proyecto de Ampliación de Capacidad: Delta 35"*

SEGUNDA PRINCIPAL (nueva).- *Que se declare que **OCENSA** incurrió en abuso del derecho y de su posición dominante y/o desatendió los deberes que impone la buena fe objetiva, en la celebración y ejecución del Contrato No. 3801903, cuyo objeto lo constituyó la "Ingeniería, Compras, Construcción, Precomisionamiento, Comisionamiento y Puesta en Marcha de las Modificaciones a los Sistemas de Bombeo y Sistemas Complementarios del Proyecto de Ampliación de Capacidad: Delta 35".*

TERCERA PRINCIPAL (nueva).- *Que se declare que la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, que limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta, es abusiva en cuanto **OCENSA** determinó a través del pliego de condiciones y mediante el cuadro de ofrecimiento económico, con el carácter de inmodificables, las cantidades que servirían de base para establecer el valor de la oferta.*

CUARTA PRINCIPAL (nueva).- *Que se declare que la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, que limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta, es abusiva en cuanto establece un tope cuantitativo a la responsabilidad contractual de la Entidad Estatal Contratante al limitarla al monto máximo equivalente al 15% del valor total estimado de la oferta en torno a la reparación de los perjuicios ocasionados por la inejecución de la obligación de pagar el precio del Contrato.*

QUINTA PRINCIPAL (nueva).- *Que se declare la nulidad de la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta.*

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- *Que se declare que mediante los acuerdos adoptados con posterioridad a la suscripción del Contrato EPC 3801903 y/ o en virtud de la conducta contractual observada conjuntamente durante la ejecución de dicho Contrato, las Partes dejaron sin efectos la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del citado Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta.*

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- *Que se declare que la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta, debe interpretarse en el sentido de que para la aplicación de esa limitación, el valor estimado de la oferta debe ajustarse a la realidad con las cantidades que efectivamente se determinaron en la ingeniería de detalle que fue elaborada por la Contratista y aprobada por la Entidad Estatal Contratante y/ o elaborada directamente por la Contratante y no con base en las cantidades incluidas en el cuadro de ofrecimiento*

económico, en cuanto estas cantidades fueron estimadas por la Contratante con fundamento en una ingeniería básica que ni siquiera era la definitiva.

De esa manera, las cantidades ciertas a ejecutar que se hubieren establecido en la ingeniería de detalle final, deberán multiplicarse por los precios unitarios ofrecidos en la propuesta y el producto de dicha operación se tendrá entonces como el valor total estimado de la oferta en relación con el cual se aplicará el convenido límite del 15%.

TERCERA SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- *Que se disponga la no aplicación de la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta.*

CUARTA SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- *Que se declare que la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta, debe interpretarse en contra de la Parte que la extendió.*

QUINTA SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- *Que se declare que es ineficaz, en el sentido genérico de la expresión, la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta.*

SEXTA PRINCIPAL (se reproduce de la demanda inicial).- *Que se declare que el valor del Contrato No. 3801903 corresponde a la suma de CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES CUARENTA MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO PESOS (COP \$ 45.331.040.425), discriminado de la siguiente forma:*

Descripción	Valor
Suma global fija Ingeniería	2.997.017.184
Suma global fija compras	5.095.111.818
Suma global fija Construcción	37.238.911.423
Total Suma global fija final (No incluye Otrosí No. 1)	\$45.331.040.425

SÉPTIMA PRINCIPAL (se reproduce de la demanda inicial).- Que se declare que **OCENSA** incumplió el Contrato EPC No. 3801903, al negarse a pagarle a **MASSY ENERGY** la totalidad de la remuneración a la que tenía derecho de acuerdo con el valor del contrato, en razón de las obras contratadas y efectivamente ejecutadas, sumados el valor de los alcances sobrevinientes y los reconocimientos económicos a su favor.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA PRINCIPAL (nueva).- Que se declare que **OCENSA** incumplió el Contrato EPC No. 3801903, al que se hace referencia en las pretensiones anteriores, al negarse a pagar a **MASSY ENERGY** la totalidad de la remuneración a la que tenía derecho de acuerdo con el valor de ese Contrato.

OCTAVA PRINCIPAL (nueva).- Que se condene a **OCENSA** a indemnizar a **MASSY ENERGY**, de manera integral y plena, los perjuicios derivados de su incumplimiento respecto de la obligación de pagar el precio del Contrato al que hacen referencia las pretensiones anteriores.

NOVENA PRINCIPAL (nueva).- Que se declare que por causas ajenas a **MASSY ENERGY** se rompió el equilibrio económico del Contrato EPC No. 3801903.

DÉCIMA PRINCIPAL (nueva).- Que se disponga el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato EPC No. 3801903 mediante el reconocimiento y pago, a favor de **MASSY ENERGY** y a cargo de

OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA-, de todas las sumas de dinero a que tiene derecho aquella por razón de la ejecución de sus obligaciones contractuales.

DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL (nueva).- Que se condene a **OCENSA** a pagar a **MASSY ENERGY** la suma adeudada por el valor de las obras acordadas y efectivamente ejecutadas, sumados el valor de los alcances sobrevinientes y los reconocimientos económicos a su favor, de acuerdo con el contrato No. 3801903, y/o por concepto del restablecimiento del equilibrio económico correspondiente, como mínimo, a DOCE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CIENTO VEINTINUEVE PESOS M/L (\$12.985.982.129) o la cuantía que resulte demostrada en el proceso.

DÉCIMA SEGUNDA PRINCIPAL (nueva).- Que se condene a **OCENSA** a pagar a **MASSY ENERGY** el valor de los intereses moratorios que se causen sobre la suma de DOCE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CIENTO VEINTINUEVE PESOS M/ L (\$12.985.982.129) o sobre el monto que sea decretado por el Tribunal, a la tasa máxima permitida por la ley, desde la notificación del auto admisorio de la demanda y hasta la fecha de expedición del laudo arbitral.

DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL (nueva).- Que se declare que **OCENSA** incumplió el Otrosí N° 1 al Contrato No. 3801903, cuyo objeto era la "Ingeniería, Compras, Construcción, Precomisionamiento, Comisionamiento y Puesta en Marcha de las Modificaciones a los Sistemas de Bombeo y Sistemas Complementarios del Proyecto de Ampliación de Capacidad: Delta 35", por razón de no haber pagado la suma de DOCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS (\$273,257,142 '), o la que se demuestre en el proceso, que adeuda con cargo al mismo, como consecuencia de no haber permitido a **MASSY ENERGY** facturar dicho valor.

DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL (nueva).- Que se condene a **OCENSA** a pagar a **MASSY ENERGY** el saldo insoluto del Otrosí N° 1, esto es la suma de *DOCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS* (\$273,257,142 °°), o la que se demuestre en el proceso.

DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- Que se condene a **OCENSA** a pagar a **MASSY ENERGY** los correspondientes intereses de mora sobre el valor insoluto que sea declarado por el Tribunal respecto del Otrosí No. 1, a la tasa máxima permitida por la ley, desde la oportunidad en que LA CONVOCANTE estuvo en posibilidad de presentar la factura respectiva.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- Que se condene a **OCENSA** a pagar a **MASSY ENERGY** los correspondientes intereses de mora sobre el valor insoluto que sea declarado por el Tribunal respecto del Otrosí No. 1, a la tasa máxima permitida por la ley, desde la notificación del auto admisorio de la reforma de la demanda y hasta la fecha de expedición del laudo arbitral.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- Que se condene a **OCENSA** a pagar a **MASSY ENERGY** los correspondientes intereses moratorios sobre el valor insoluto que sea declarado por el Tribunal respecto del Otrosí No. 1, a la tasa máxima permitida por la ley.

DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL (Se reproduce de la demanda inicial).- Que se condene a **OCENSA** a pagar los intereses moratorios que se causen en relación con las condenas impuestas a su cargo en el Laudo que ponga fin al presente proceso a la máxima tasa legalmente permitida, desde la fecha de su ejecutoria y hasta su pago efectivo.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL (nueva).- Que se ordene a **OCENSA** dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin al proceso de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437).

DÉCIMA SÉPTIMA (Se reproduce de la demanda inicial).- Que se condene a **OCENSA** a pagar a favor de **MASSY ENERGY** las costas del proceso arbitral, incluyendo agencias en derecho”.

El siguiente es el resumen de los hechos expuestos en la reforma de la demanda presentada por MASSY.

En enero de 2014, OCENSA invitó a posibles interesados en participar en la licitación No. 3000006552 para contratar la ingeniería, compras, construcción, precomisionamiento, comisionamiento y puesta en marcha de las modificaciones a los sistemas de bombeo y sistemas complementarios del proyecto de ampliación de capacidad “Delta 35” (en adelante, el Proyecto).

OCENSA desarrolló la ingeniería básica de los sistemas a intervenir y la ingeniería de detalle civil y mecánica de las bombas rebooster de El Porvenir y la bomba principal de Caucasia.

En la etapa precontractual, dentro de la fase de solicitudes de aclaraciones y modificaciones por parte de los interesados, se modificaron los pliegos de condiciones, la minuta del contrato y demás documentos de la licitación. Dentro de los cambios, se reformó la letra b. del aparte 4 del numeral 2.4. de los pliegos, de manera que “se modificó el proceso de contratación, pues, en razón de aquella reforma, se dejó completamente establecido que los oferentes estaban sujetos a los cálculos realizados por **OCENSA** en cuanto a los ítems, actividades y cantidades de la propuesta, que la propia Entidad Estatal Contratante había establecido con base en la ingeniería básica elaborada por ella misma”, mientras que antes de la reforma el texto

contemplaba la estimación "por el Oferente" de ítems y cantidades tentativas en compras y construcción. Como resultado, los oferentes solo podían establecer los precios unitarios, pues los ítems, actividades y cantidades estaban previamente determinados en el cuadro de ofrecimiento económico y eran inmodificables. Este cambio eliminó el fundamento de la limitación que existía para ajustar el precio del contrato aumentándolo hasta en máximo el 15% del valor estimado en la propuesta del contratista.

Uno de los oferentes (TECHINT) fue descalificado por variar las cantidades del cuadro de ofrecimiento económico.

En ese contexto, "**OCENSA** *asumió las consecuencias de las desviaciones y mayores ítems, cantidades y actividades incluidas por ella misma en el Pliego de Condiciones*".

Con posterioridad a la firma del contrato surgieron cantidades o ítems nuevos no previstos por OCENSA en el Cuadro de Ofrecimiento Económico entregado en el pliego de condiciones del proceso de selección, cantidades e ítems que fueron establecidos en las distintas actas de cierre.

Para MASSY, el límite del 15% hubiera resultado razonable si al elaborar el Cuadro de Ofrecimiento Económico OCENSA hubiere llevado el proyecto a un grado de maduración consistente con dicha estimación. Sin embargo, OCENSA ni siquiera tenía completa la ingeniería básica al momento de elaborar el Cuadro de Ofrecimiento Económico y la modificó durante el procedimiento de selección del contratista y con posterioridad a la celebración del contrato.

Los oferentes advirtieron a OCENSA el desequilibrio que generaría el límite del 15%, pero esto no fue tenido en cuenta por la Convocada. OCENSA impuso el límite "*a sabiendas de que la mencionada limitación carecía de justificación y atentaba contra el equilibrio contractual, dadas las deficiencias del cuadro de ofrecimiento económico, diseñado a partir de su propia e incompleta ingeniería básica*".

A OCENSA le tomó dos años elaborar la ingeniería básica suministrada en el pliego de condiciones. Los oferentes no tuvieron la posibilidad, en el término concedido por OCENSA para presentar propuestas, de revisar esa ingeniería básica, ni tenían posibilidad de prever todos los aspectos para formular una propuesta completa, a partir de la ingeniería básica entregada, dado que las cantidades a ejecutar eran inmodificables.

Por tratarse de obras en instalaciones existentes, no era posible, con base en la ingeniería básica entregada por OCENSA, calcular las posibles desviaciones y que éstas superarían el 35% de lo presupuestado.

WOOD GROUP PSN COLOMBIA S.A. (hoy MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.) presentó oferta por \$33.167.615.406. Este valor *"fue reajustado posteriormente, en dos ocasiones, de conformidad con los hitos de reajuste anunciados en el pliego de condiciones y señalados en la Cláusula Quinta de la minuta del contrato entregada a los interesados dentro de los documentos del proceso de licitación"*.

El 21 de marzo de 2014 se suscribió el Contrato EPC No. 3801903.

De acuerdo con el numeral 3.1. de las Especificaciones Técnicas, la ingeniería de detalle de las disciplinas civil y mecánica de la bomba rebooster de El Porvenir y de la bomba principal de Caucasia sería entregada por OCENSA dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la firma del acta de inicio del contrato. El acta de inicio de firmó con ocho días de retraso, el 7 de abril de 2014.

El Contrato No. 3801903 se alejó del esquema tradicional que la industria utiliza para este tipo de acuerdos (ingeniería, procura y construcción -EPC por sus siglas en inglés-), pues los ítems y cantidades iniciales fueron fijados exclusivamente por OCENSA y ésta tomó parte activa en la elaboración de la ingeniería de detalle y, en general, participó en la ejecución del contrato directamente o a través de la interventoría.

MASSY tuvo que financiar la ejecución del contrato con sus propios recursos, por la dificultad de tramitar el anticipo que OCENSA se comprometió a entregar y la imposibilidad de facturar buena parte de las obras, dadas las dificultades y exigencias no contempladas en el contrato que OCENSA impuso al momento de cierre de libros.

Según la cláusula quinta del contrato, las variaciones que se presentaran durante su ejecución como resultado del desarrollo de la ingeniería de detalle daban lugar a ajustar el precio mediante el "Procedimiento de Apertura de Libros" para establecer la Suma Global Fija Final. La firma interventora (SGS-ETSA) envió el documento denominado "Procedimiento de Apertura de Libros" el 5 de junio de 2014.

En el documento en mención se señala, entre otras cosas, que la elaboración de los estimados de cantidades con base en los diseños detallados era un ejercicio conjunto entre las partes, OCENSA supervisaría el desarrollo de la ingeniería de detalle y establecería mejoras a la ingeniería básica durante el proceso de la ingeniería de detalle y estaría involucrada, cuando se requiriera, en las decisiones de diseño.

El 15 de julio de 2014, MASSY envió a la interventoría la convocatoria a la apertura del primer ajuste para la determinación de la Suma Global Fija. El 21 de julio siguiente se firmó el acta de apertura de libros para la bomba rebooster de El Porvenir y la bomba principal de Caucasia.

El 9 de septiembre de 2014 fue suscrito el Otrosí No 1 al Contrato No. 3801903, a través del cual se modificaron las cláusulas relativas a su objeto, plazo y valor.

El 16 de octubre de 2014 se dio inicio a la segunda apertura de libros. *"Como fundamento de lo anterior, se señaló que, verificado el informe semanal No. 29, la ingeniería de La Belleza se encontraba en 96.37% y la ingeniería total del proyecto se encontraba en 90.10%..."*.

La bomba rebooster de El Provenir y la bomba principal de Caucasia fueron las unidades que presentaron mayor variación en ítems y cantidades y ocasionaron el aumento más significativo del valor del contrato.

La ingeniería de detalle desarrollada por MASSY permitió que en algunas estaciones y unidades funcionales disminuyeran los ítems y cantidades inicialmente proyectadas.

El 24 de octubre de 2014, mediante actas, tuvo lugar el cierre de libros de la especialidad civil de la bomba rebooster de El Porvenir y la especialidad civil de la bomba principal de Caucasia. En las actas se plasmaron como conclusiones, entre otras, que MASSY presentó las cantidades finales que fueron revisadas y avaladas por el Grupo de Aseguramiento de Ingeniería, que fueron identificados los ítems nuevos no incluidos en el Cuadro de Ofrecimiento Económico y que MASSY presentó a consideración de OCENSA los APU (Análisis de Precios Unitarios) de los ítems nuevos que fueron revisados por la interventoría y aprobados por OCENSA.

En relación con los valores se señaló: *"A partir de las cantidades finales derivadas de la ingeniería de detalle y los precios unitarios del Contrato, se definió la Suma Global Fija establecida por las Partes para la disciplina civil de la unidad Rebooster de la Estación El Porvenir en la suma de DOS MIL DOSCIENTOS DOCE MILLONES TRECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL VEINTE PESOS (\$2.212'356.020), Costo Directo"*; *"A partir de las cantidades finales derivadas de la ingeniería de detalle y los precios unitarios del Contrato, se definió la Suma Global Fija establecida por las partes de la especialidad civil de la Bomba Principal de la Estación El Porvenir (sic) [se refiere a Caucasia] en la suma de DOS MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SETENTA Y UN PESOS (\$2.625'557.505), Costo Directo"* y *"De conformidad con lo establecido en la Cláusula Quinta del Contrato, esta Suma Global Fija Final establecida por las Partes para estas disciplinas y especialidades no sufrirá variación o ajuste alguno, independientemente de las cantidades de*

materiales o equipos finalmente comprados o la cantidad de actividades construidas para el cabal cumplimiento del contrato”.

El 19 de noviembre de 2014, mediante actas, tuvo lugar el cierre de libros de la especialidad mecánica y tubería de la bomba rebooster de El Porvenir y de la especialidad mecánica y tubería de la bomba principal de Caucasia. En estas actas se plasmaron conclusiones similares a las anotadas en las citadas previamente, lo mismo que se definió como Suma Global Fija \$3.448.862.965 (costo directo) para la especialidad mecánica y tubería de la bomba rebooster de El Porvenir, y \$4.200.461.348 (costo directo) para la especialidad mecánica y tubería de la bomba principal de Caucasia.

Mediante actas del 3 y 4 de diciembre de 2014 las partes adelantaron el proceso de cierre de libros de las especialidades Instrumentación y Eléctrica de la bomba rebooster de El Porvenir y de la bomba principal de Caucasia. En estas actas también se plasmaron conclusiones similares a las anotadas anteriormente, lo mismo que se definieron valores de costo directo de la Suma Global Fija así: \$299.318.667, para la especialidad Instrumentación de la bomba rebooster de El Porvenir; \$276.513.750, para la especialidad Eléctrica de la bomba rebooster de El Porvenir; \$308.094.492, para la especialidad Eléctrica de la bomba principal de Caucasia; y \$130.445.746 para la especialidad Instrumentación de la bomba principal de Caucasia.

Según la reforma de la demanda, *“Con el Cierre de Libros atinente a la Primera Apertura de Libros, el precio del Contrato ya alcanzaba variaciones por un monto de SEIS MIL QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS (\$6,579,953,610), equivalente al 19.8% del valor inicial del Contrato”,* y *“A pesar de que ya era conocido por las Partes que se había alcanzado una variación superior al 15% del valor inicial del Contrato, conjuntamente y sin observaciones o advertencias al respecto por parte de **OCENSA**, se continuó con el procedimiento del Cierre de Libros relacionado con la Segunda Apertura de Libros”.*

Para MASSY, en el procedimiento de cierre de libros relacionado con la Segunda Apertura de Libros, las partes determinaron cantidades de obras y compras superiores a las indicadas en el Cuadro de Ofrecimiento Económico y convinieron los precios unitarios para aquellos ítems que ni siquiera fueron previstos en el referido cuadro. Hubo *"acuerdo entre las Partes en torno a los resultados consignados en las actas de cierre de libros"*, según se desprende de apartes anotados en las mismas, como los referentes a la aprobación por OCENSA de los APU de ítems nuevos, y la definición en ellas de la Suma Global Fija Final de cada especialidad, que remplazaron las sumas globales fijas establecidas en el contrato.

Mediante actas del 16, 17 y 23 de diciembre de 2014, las partes adelantaron el cierre de libros de las unidades funcionales Patín de DRA de La Belleza, Motores de Cusiana, Patín DRA de Caucasia, bomba principal de Coveñas, bomba booster de El Porvenir, Optimización Piping de Coveñas, Transformadores de Cusiana, Medición de Cusiana, Medición de Vasconia y Patín DRA de Vasconia, referentes a la segunda apertura de libros. En las respectivas actas se plasmaron conclusiones similares a las anotadas en las previamente mencionadas actas de cierre de libros.

En relación con los valores de estas especialidades, se mencionó que incluían *"(i) ajustes de la ingeniería a los requerimientos del terreno; (ii) obras adicionales; (iii) alcance complementario realizado por **MASSY ENERGY** para estas unidades funcionales, incluidos Costos indirectos y la utilidad antes de IVA"*. Los valores de Suma Global Fija Final establecidos fueron: \$659.322.261, para la Unidad Funcional Patín DRA La Belleza; \$501.312.223, para la Unidad Funcional Motores de Cusiana; \$454.068.159, para la Unidad Funcional Patín DRA de Caucasia; \$11.119.261.452, para la bomba principal de Coveñas; \$2.290.028.364, para la bomba booster de El Porvenir; \$418.438.558, para la Unidad Funcional Optimización Piping de Coveñas; \$1.201.996.462, para la Unidad Funcional Transformadores de Cusiana; \$54.500.457, para la Unidad Funcional de Medición de Cusiana; \$90.068.468, para la Unidad Funcional de Medición de Vasconia; y \$555.476.474, para la Unidad Funcional Patín DRA de Vasconia.

Para MASSY, *"De acuerdo con los ítems, actividades, cantidades y valores resultantes del desarrollo de la ingeniería de detalle y el consenso al que se arribó sobre estos en las actas que se suscribieron por los representantes autorizados por las Partes, en seguimiento del procedimiento establecido en la Cláusula Quinta del Contrato y el documento titulado "Procedimiento de Apertura de Libros", **MASSY ENERGY**, durante la ejecución del Contrato, realizó obras cuyo valor real sobrepasó aquel de las sumas inicial y provisionalmente establecidas"*. Los ítems, cantidades y actividades nuevas consignadas en las actas de cierre de libros no debían ser previstos e incluidos por MASSY en su propuesta.

MASSY facturó a OCENSA el valor de diez actas de avance de construcción con fundamento en las Sumas Globales Finales acordadas en las actas mencionadas y OCENSA no tuvo reparo u observación a los valores cobrados.

La demandante argumenta que *"Las variaciones en los ítems, cantidades y actividades y los nuevos alcances o alcances sobrevinientes, esto es, circunstancias no imputables a **MASSY ENERGY**, condujeron a que la ejecución de los trabajos contratados se extendiera más allá del plazo inicialmente pactado, a lo que debe agregarse el impacto que generó el retraso de **OCENSA** en el cumplimiento de algunas de sus obligaciones, tales como el suministro de la ingeniería de detalle a su cargo, así como otras circunstancias ajenas al control de **MASSY ENERGY** que se presentaron durante la ejecución del contrato"*.

El 5 de enero de 2015 se firmó el Acta de Finalización del Contrato, en la cual se declaró que existían *"pendientes menores"* y se estableció un plazo para que MASSY terminara tales actividades, cuyo vencimiento era el 29 de enero de 2015, bajo una serie de condicionamientos. Las obras menores fueron desarrolladas en abril de 2015.

OCENSA no impuso multas a MASSY ni dio por terminado unilateralmente el contrato por incumplimiento, cumplimiento defectuoso o retardo, o se dio alguna de las causales para ello.

Mediante comunicación del 19 de marzo de 2015, OCENSA señaló que el valor de las actas superaba el 90% del valor del contrato, frente a lo cual la única observación que realizó fue que no se cumplía con la retención del diez por ciento (10%) del valor del Contrato, establecida en la Cláusula Sexta, pero no hizo pronunciamiento sobre la Suma Global Fija Final establecida en las actas de cierre de libros o advirtió que esa suma no sería reconocida, máxime cuando las Actas de Obra 10 y 11 se habían liquidado de conformidad con el procedimiento establecido.

MASSY solicitó a OCENSA, a través de comunicación radicada el 27 de abril de 2015, reconocer la suma de \$46.034.298.846 como valor del contrato (sin incluir el Otrosí No. 1). OCENSA respondió esta solicitud el 22 de junio de 2015 y dijo que se encontraba *"en desacuerdo con casi la totalidad de los conceptos descritos"*, sin exponer fundamento alguno respecto de sus diferencias. Según MASSY, *"A pesar de que desde el mes de diciembre de 2014 se acordaron conjuntamente los valores referentes a las actividades de Construcción y se habían facturado un buen número de actividades con fundamento en dichas cifras, sorpresiva e inopinadamente **OCENSA** cambió su postura, vulnerando así la confianza que había generado en **MASSY ENERGY** con su comportamiento anterior"*.

Mediante actas del 23 de junio de 2015, las partes adelantaron el proceso del cierre de libros de compras para todas las unidades funcionales y especialidades. En las actas se plasmaron, entre otras conclusiones, *"Que **MASSY ENERGY** presentó las cantidades instaladas de las Unidades Funcionales y Especialidades ejecutadas, derivadas de los planos Red Line elaborados por **MASSY ENERGY**, cantidades que fueron revisadas y avaladas por la Interventoría. Esta revisión incluyó las cantidades de ítems nuevos instalados"* y *"Que **MASSY ENERGY** presentó a consideración de **OCENSA** los precios de los ítems nuevos de las Unidades Funcionales y*

*Especialidades Ejecutadas, los cuales fueron revisados por la Interventoría y previo concepto favorable de la interventoría respecto a la necesidad, pertinencia y proporcionalidad de los ítems nuevos, fueron aprobados por **OCENSA**".*

MASSY anotó, con referencia a las compras, que "En relación con los valores derivados de los planos Red Line, se señaló que incluyen: (i) ajustes de la ingeniería a los requerimientos del terreno; (ii) obras adicionales; (iii) alcance complementario realizado por **MASSY ENERGY** para estas Unidades Funcionales y Especialidades, incluidos Costos indirectos y la utilidad antes de IVA".

La Suma Global Fija Final de compras se estableció en \$5.095.111.818, que comprende todas las unidades funcionales y especialidades.

La demandante alega que "De manera completamente extraña al tipo contractual perfeccionado —contrato EPC —, **OCENSA** exigió a **MASSY ENERGY** para la consolidación de las sumas definidas en las actas de cierre de libros, que demostrara, mediante los planos RED LINE, que los ítems y cantidades correspondían a los efectivamente ejecutados en obra". Esto generó la expectativa de que el resultado de dicha comprobación sería pagado.

Terminado el cierre de libros se evidenció que la variación más importante entre la ingeniería básica y de detalle se presentó en las especialidades a cargo de OCENSA (bomba rebooster de El Porvenir y bomba principal de Caucasia), que fue \$6.579.953.610, lo cual equivale a un mayor valor cercano al 51% comparado con lo estimado al presentar la oferta (\$9.171.532.788) y se reflejó en un aumento del 20% del valor inicial del contrato. "Si se hubieran incorporado en el cuadro de ofrecimiento económico las cantidades e ítems que fueron omitidos en dicho cuadro respecto de las especialidades para las cuales **OCENSA** debía preparar la ingeniería de detalle -omisión debida a la incuria de la convocada-, el

margen del 15% hubiera resultado consistente con la evolución de la ejecución contractual”.

La variación del precio inicial del contrato por el aumento de ítems, cantidades y actividades estimados inicialmente por OCENSA fue de un mayor valor de 37%.

Las obras necesarias para la terminación del proyecto fueron cuantificadas conjuntamente por las partes mediante el procedimiento de apertura de libros en \$45.331.040.025.

En informe del 13 de agosto de 2015, la interventoría identificó doce alcances sobrevinientes, no previstos originalmente, que tuvieron que ser ejecutados por MASSY, cuantificados en \$1.720.297.546. Esta cifra ya había sido reconocida en las actas de cierre de libros del valor global.

La interventoría presentó actividades y obras no ejecutadas cuantificadas en \$1.175.471.333,47 en el *“Informe Valorización de Obras No Ejecutadas”*, que debían ser descontados del precio final del contrato. *“Ese señalado valor, a pesar de que inicialmente no fue objeto de pretensión por **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.**, en la demanda que ahora se reforma, sí fue incluido en las pretensiones formuladas por **OCENSA** mediante su Demanda de Reconvención con el propósito de que fuese objeto de un nuevo y, por tanto, doble e indebido descuento en contra de **MASSY ENERGY**”.*

En el documento titulado *“Informe Solicitud Reconocimiento Económico”*, la interventoría recomendó hacer un reconocimiento a MASSY por \$36.291.297, *“valor que incluye ‘exclusivamente los costos directos involucrados en la paralización de acuerdo a lo establecido en la cláusula vigésima del contrato”*”.

Entre OCENSA y MASSY se acordó realizar un descuento sobre el valor final del contrato de \$1.212.183.333. *“Este acuerdo fue desconocido por **OCENSA**, y a pesar de que su reconocimiento no fue pretendido por **MASSY***

ENERGY en la demanda inicial, **OCENSA** -dando curso a su proverbial deslealtad-, formuló pretensión para que le fuera reconocido nuevamente, ahora como descuento de las condenas que le sean impuestas”.

OCENSA pagó a MASSY facturas por \$32.381.349.593, y se niega a reconocer lo adeudado por ítems y cantidades de obra ejecutadas de acuerdo con la Suma Global Fija Final definida conjuntamente en cumplimiento del “Procedimiento de Apertura de Libros”.

Las obras objeto del Otrosí No. 1 suscrito el 9 de septiembre de 2014 fueron ejecutadas por MASSY. Se pudo facturar \$3.245.614.008 y OCENSA adeuda \$273.257.142.

6.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

OCENSA se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Según expuso, en el contrato quedó estipulado lo siguiente con respecto a qué valores adicionales serían reconocidos:

"i) Se reconocerían las obras contempladas en la ingeniería básica y que efectivamente fueron identificadas en la ingeniería de detalle.

(ii) Se reconocerían los ítems no previstos e imposibles de prever desde la ingeniería básica y que fueran identificados conforme a la ingeniería de detalle.

(iii) No se reconocerían los ítems que debieron ser previstos e incluidos por el contratista en su oferta económica, de acuerdo con la ingeniería básica y que se identificaron en la ingeniería de detalle como necesarios para la ejecución del Contrato. Estos bajo ninguna circunstancia serían incluidos dentro del mecanismo de reajuste y, por ende, no habría lugar a un reconocimiento económico sobre los mismos.

(iv) No se reconocerían los valores adicionales que superaran el 15% de la Suma Global Estimada por el contratista en su oferta económica. Dicho porcentaje fue producto de la distribución de riesgos planteada por Ocesa desde la invitación a ofertar y fue libremente aceptada por Massy.

(v) Si las Partes encontraban la necesidad de realizar obras adicionales al objeto del Contrato, expresamente se pactó la necesidad de firmar un otrosí”.

Dentro de los argumentos de la oposición a las pretensiones, OCENSA afirmó que *“Al parecer lo que sucedió fue que Massy presentó su Oferta con el fin de ganarle a sus competidores, sabiendo que no había considerado valores y riesgos que estaba llamada a considerar, con la convicción de que podría desconocer a lo acordado en Contrato, para reclamar judicialmente sumas adicionales a las que había ofertado”*. Para OCENSA, es desconcertante que MASSY alegue que ofertó un precio que no incluía todos los riesgos que asumía, lo cual es muestra de su propia negligencia. Según OCENSA, *“Esto constituye un calculado proceder de mala fe que debe ser rechazado por el Honorable Tribunal”*.

OCENSA contestó los hechos de la demanda como se resume a continuación.

OCENSA envió invitaciones a posibles interesados en participar en la Solicitud Privada de Oferta SPO-3000006552 relativa al Proyecto Delta 35, cuya estructuración inició en el año 2012.

De acuerdo con las Especificaciones Técnicas del Proyecto (numerales 3.1. y 7.3.) y el numeral 6 de la cláusula segunda del contrato, MASSY era responsable de la ingeniería y tenía que revisar las ingenierías básica y de detalle entregadas por OCENSA, de manera que el hecho de que éstas fueran entregadas a los oferentes no los exoneraba de su rol de verificación y complementación, lo cual quedaría plasmado en la Suma Global Estimada de sus ofertas.

Durante el proceso competitivo se modificaron algunos términos de los pliegos de condiciones, muestra de la disposición de OCENSA para ello ante las solicitudes de los posibles oferentes. La modificación relacionada con la posibilidad o no de alterar los ítems, actividades y cantidades del Cuadro de Ofrecimiento Económico mencionada en la demanda por MASSY "*buscó aclarar el alcance de las propuestas que debían presentar los Oferentes*" y no incluía "actividades".

Las condiciones de contratación fueron claras en cuanto a que las cantidades que se debían tener como referencia en las propuestas eran tentativas y podrían aumentar o disminuir según el desarrollo de la ingeniería de detalle. En ningún caso los ítems nuevos deberían confundirse con costos que debieron preverse en la propuesta y la diferencia entre el valor estimado y el valor final del contrato no podía superar en el 15% el total estimado de la oferta.

La Convocada precisó que "*En relación con la calificación de "Entidad Estatal" que realiza la Demandante, desde ya me permito señalar que, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, al ser Ocensa una entidad pública con participación del Estado superior al 50%, que desarrolla actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, su actividad contractual se rige por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales*".

Según OCENSA, los posibles oferentes no solo tenían que proponer un precio sino debían estudiar toda la documentación entregada con la ingeniería básica, las Especificaciones Técnicas y demás documentos del proceso competitivo, para ofrecer precios que cubrieran los costos, sabiendo que la desviación del precio final no podía superar el 15%. Los oferentes no perdieron autonomía en la elaboración de la propuesta por la modificación del pliego de condiciones y, al contrario, OCENSA fue clara en que las propuestas debían incluir todos los valores que se consideraran necesarios

por el oferente, pues no se pagaría más de lo previsto en la cláusula quinta del contrato, esto es, sin modificar el límite del 15%.

En relación con la descalificación de Techint, OCENSA precisó que *"La oferta de Techint fue considerada "inadmisibile por modificación del cuadro de ofrecimiento económico"*".

OCENSA negó que hubiera asumido las consecuencias de las desviaciones y mayores ítems, cantidades y actividades; se indicó que solo se asumirían ajustes hasta el 15% del valor estimado de la oferta, lo cual fue puntualizado reiteradamente al responder las solicitudes de aclaración y modificación en el proceso competitivo. La previsión de ítems y cantidades no es predicable de OCENSA sino de MASSY.

Según la contestación, no es cierto que en las actas de cierre se hubieran establecido mayores cantidades respecto al Cuadro de Ofrecimiento Económico, para implicar que se pagarían o que ello significara voluntad de OCENSA de modificar el contrato.

Frente a la alegación de MASSY consistente en que OCENSA no tenía la ingeniería básica completa al momento de elaborar el Cuadro de Ofrecimiento Económico, la Convocada reiteró el deber que tenía el contratista de revisar dicha ingeniería, pues era el responsable de lograr el objeto contratado. Cualquier ajuste a la ingeniería básica realizado en el curso del procedimiento de selección del contratista (conocido por MASSY según lo confiesa) o con posterioridad a la celebración del contrato, debe ser entendido como el normal desarrollo de este tipo de procedimientos y contratos y *"si Massy hubiera considerado relevantes las supuestas modificaciones a la ingeniería básica, que según su dicho ocurrieron desde el proceso de selección, bien hubiera podido abstenerse de presentar su Oferta"* pero, al contrario, presentó propuesta, en actitud que contrasta con su reciente posición que pretende desconocer lo acordado.

No es cierto que los oferentes hubieran reclamado por desequilibrio causado por el límite del 15% al ajuste del precio. OCENSA siempre invitó a los oferentes a considerar en su oferta todos los aspectos que requerían, dada la información que habían recibido y asumiendo la existencia del límite mencionado. El límite del 15% fue introducido como un mecanismo de distribución de riesgos, *"Ocensa quiso establecer criterios para reconocer un ajuste del precio por variaciones y cantidades efectivamente requeridas, pero a la vez imponer un límite a su responsabilidad para que los contratistas no presentaran ofertas artificialmente bajas"*.

Si MASSY consideraba que había desequilibrio y, aun así, presentó oferta, ello denotaría mala fe, *"intentando burlar los parámetros de selección del contratista, con el único objetivo de ganarse el Contrato, a sabiendas de que posteriormente exigiría a Ocensa pagos que sabía que no estaban previstos en el Contrato"*. Para OCENSA, MASSY presentó una propuesta *"artificialmente baja para ganar el Contrato"*.

Según OCENSA, MASSY confiesa su pleno entendimiento sobre el límite del 15% al afirmar en los hechos de la demanda, entre otras cosas, que existía *"una advertencia clara de que ese límite del 15% afectaría negativamente al Contratista (...)"*, pero de manera inconsistente con su actuar anterior, lo trata de desconocer.

Para OCENSA, un experto del nivel de los oferentes invitados estaba en capacidad de cumplir los términos del proceso competitivo y presentar una oferta comprensiva, como lo hicieron los demás participantes. Es incomprensible que MASSY hubiera realizado oferta sin salvedad alguna, si consideraba que no era posible presentar propuesta en los términos solicitados. Si MASSY realmente consideraba que no contaba con la información necesaria, pero, aun así, presentó propuesta, sería evidencia de su mala fe.

Por otro lado, si MASSY estima que no tuvo tiempo suficiente para revisar la ingeniería básica en la etapa precontractual, debió abstenerse de

presentar oferta y de declarar en el contrato que había evaluado y analizado los aspectos indispensables para garantizar el cumplimiento del contrato.

OCENSA negó que el Contrato No. 3801903 se hubiera alejado del esquema tradicional utilizado en la industria. Se trató de un contrato EPC en el que MASSY era el único responsable de la ingeniería de detalle, la construcción y la gestión del proyecto. El hecho de que OCENSA hubiera entregado la ingeniería de detalle de la bomba rebooster de El Porvenir y de la bomba principal de Caucasia, por ser ruta crítica del proyecto, no desnaturaliza el contrato. MASSY tenía la obligación de verificar las ingenierías y hacer las modificaciones y actualizaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con el numeral 3.1. de las Especificaciones Técnicas y la cláusula segunda (numeral 6) del contrato. OCENSA participó en la ejecución del contrato en la medida en que cumplió las obligaciones que le correspondían, pero no ejecutó labores asignadas a MASSY.

La Convocada afirma que si MASSY tuvo que recurrir a financiación para ejecutar el proyecto fue por incumplimiento de los requisitos para entregar el anticipo. En todo caso, en el numeral 1 de la cláusula sexta se estableció que el pago del anticipo no era requisito para iniciar los trabajos. OCENSA no introdujo dificultades o exigencias no contempladas en el contrato al momento del cierre de libros, pues dentro del proceso competitivo y en el contrato se previó cómo funcionaría el proceso de cierre de libros. OCENSA consideró, además, que los hechos expuestos por MASSY relacionados con el anticipo no tienen ninguna relación con el objeto de la demanda.

OCENSA puso de presente que la firma del Otrosí No. 1 se dio dando cumplimiento a lo previsto en el numeral 15 de la cláusula sexta del contrato, según la cual cualquier cambio de su alcance debía someterse a la evaluación y concepto técnico de "*Ocensa/Interventoría*" y debería constar por escrito en un otrosí.

En relación con el mayor aumento de ítems, cantidades y valor que, de acuerdo con MASSY, habrían representado las bombas rebooster de El

Porvenir y principal de Caucasia, OCENSA negó que las especialidades civil y mecánica hubieran sido las de mayor variación. Citó como ejemplos la especialidad eléctrica de la bomba booster de El Porvenir (variación "*superior al 372%*") y la especialidad tubería de la bomba principal de Coveñas ("*superior al 880%*"). En cuanto al ahorro que alega MASSY, derivado de la disminución de ítems y cantidades consecuencia del desarrollo de la ingeniería de detalle a su cargo, OCENSA expresó que la disminución no se debió al interés de MASSY de ahorrar sino a que aquellos no se necesitaban. Además, OCENSA solicitó apreciar como confesión de MASSY el hecho de que las variaciones entre la ingeniería básica y la de detalle hacen parte del desarrollo de todo contrato EPC.

Sobre las actas de cierre de libros, OCENSA se remitió al contenido de las mismas y puso de presente que al suscribirlas no se realizó un análisis sobre si los ítems nuevos y los APU de dichos ítems debían ser reconocidos dentro del mecanismo de ajuste pactado en la Cláusula Quinta del Contrato. Dicho análisis se surtiría durante el proceso de liquidación del Contrato y el reajuste sobre la Suma Global Estimada tenía un techo del 15% sobre el valor estimado de la Oferta, además de que no se reconocería el valor de ítems nuevos que debieron ser previstos en la elaboración de la Oferta por parte de Massy. Según OCENSA, las sumas globales fijas mencionadas en las actas no corresponden al valor final resultante del reajuste pactado en la cláusula quinta del contrato, pues para determinar si dicha cifra en realidad podía ser reconocida al contratista se debía analizar si los ítems en ella contenidos debieron ser previstos o no por Massy al momento de formular su Oferta, de acuerdo con la ingeniería básica, lo cual no fue objeto de verificación al momento de suscripción de las actas mencionadas por la demandante.

La Convocada precisó que en el capítulo 6 del "Procedimiento de Apertura de Libros" se estableció que mediante la "*primera apertura*" se abrirían los libros de "*la totalidad de la ingeniería de detalle civil y mecánica para 1. La bomba Re-Booster y 2. La Bomba principal de Caucasia*" y no de otras

especialidades no susceptibles de reajuste con el mencionado procedimiento.

La Convocada negó que las partes hubieran reconocido que se superó el límite del 15%, *"Massy nunca lo alegó durante el proceso y las Partes no hicieron un corte de cuentas para establecerlo, por cuanto no habían analizado si dichos valores correspondían o no a los valores que podrían incluirse dentro del mecanismo de reajuste. No es cierto que no se hubieran hecho observaciones y advertencias a Massy. La Interventoría realizó múltiples observaciones a la ejecución del Contrato, al proceso de apertura de libros y a los avances de obra"*.

Para OCENSA, MASSY quiere darle a las *"supuestas 'actas de cierre'"* una naturaleza y un efecto que les es ajeno, pues no implican un reconocimiento por parte de OCENSA de las supuestas mayores cantidades, una modificación de la suma global estimada o un consenso posterior a la firma del contrato. OCENSA insistió en que *"para efectos de que pudiera efectuarse un reajuste a la Suma Global Estimada, era necesario determinar si los nuevos ítems a los que se refería Massy debieron ser previstos e incluidos en su Oferta, de acuerdo con la ingeniería básica, pues estos en ningún caso serían sometidos al mecanismo de reajuste, y, por ende, no habría lugar a un reconocimiento económico sobre los mismos. Es decir que única y exclusivamente después de surtida la verificación en mención, se tendría certeza sobre la Suma Global final del Contrato"*. Las obras adicionales y no previstas tenían que acordarse en un otrosí, según el numeral 15 de la cláusula segunda del contrato.

Por otro lado, en los informes de avance de obra enviados por MASSY, en los que se incluía información relacionada con las obras adicionales o *"Valor Adiciones al Contrato"*, no se mencionaron obras que implicaran valores a sumar al contrato.

OCENSA negó que los pagos parciales de facturas se hubieran hecho por la definición de nuevas sumas globales fijas en las actas. De acuerdo con el

numeral 6.2. de la cláusula sexta del contrato, los pagos parciales se realizaban según el avance de los entregables, compras y obras recibidas. Los pagos parciales se hacían para dar liquidez a MASSY y se computarían a la Suma Global Fija. Adicionalmente, los pagos mensuales no implicaban aceptación de la calidad o recibo de las obras, según el parágrafo segundo del numeral segundo de la cláusula sexta del contrato.

En relación con el plazo del contrato, OCENSA expresó que *"Massy incumplió y retrasó el cumplimiento de sus obligaciones contractuales por circunstancias que le son plenamente atribuibles. A la luz del Contrato, única y exclusivamente Massy debía verificar la ingeniería y cerrar cualquier brecha que pudiere llegar a presentarse entre ingenierías, para ejecutar el Contrato íntegramente"*. Cuando terminó el plazo previsto en el contrato MASSY no había finalizado las obras y fue necesario concederle tiempo adicional para hacerlo. Adicionalmente, MASSY no realizó la totalidad de obras objeto del contrato y ello debe dar lugar a deducir los valores correspondientes.

OCENSA considera que hubo incumplimientos por parte de MASSY y la requirió en numerosas ocasiones para que cumpliera sus obligaciones, a pesar de que no impuso multas ni dio por terminado unilateralmente el contrato.

Sobre la comunicación del 19 de marzo de 2015 a la cual se refiere la demanda, *"[e]n relación con el porcentaje de retención como garantía, Ocesa simplemente indicó que había pagado un valor superior al 90% del Contrato, incluyendo la "incertidumbre", es decir, el valor del ajuste máximo del precio del Contrato, razón por la cual no se autorizarían pagos parciales adicionales, hasta que se realizara la liquidación"* y no debía haber pronunciamiento sobre la Suma Global Fija Final, porque lo que estaba revisando OCENSA era la entrega por MASSY de la información que debía acompañar las actas.

En relación con las cartas del 27 de abril y 22 de junio de 2015, OCENSA se opuso a lo que de ellas concluye MASSY en el sentido de que hubo un cambio de postura de OCENSA sorpresivo e inopinado. El hecho de haber realizado pagos parciales no implicaba aceptar un cambio en el contrato o el reconocimiento de sumas no previstas en el mismo, de acuerdo con lo previsto en el párrafo del numeral 6.2. de la cláusula sexta.

Sobre las actas de cierre de libros de compras, OCENSA se remitió al contenido de las mismas y reiteró que *"(i) al momento de la suscripción de las actas, el análisis sobre si los ítems nuevos y los APU de dichos ítems serían reconocidos mediante el mecanismo de reajuste pactado en la Cláusula Quinta del Contrato, aún no había tenido lugar y, (ii) todo ajuste sobre la Suma Global Estimada tenía un techo del 15% sobre el valor estimado de la Oferta"*.

La Convocada precisó que *"En las Actas de Administración de Contratos quedó consignado que la Interventoría revisó la necesidad, pertinencia y proporcionalidad de los ítems nuevos, más no estudió si los mismos debieron ser previstos por Massy en su Oferta. Ello, por cuanto la Interventoría de ninguna manera tenía la facultad de cambiar el alcance del Contrato, lo cual quedó plenamente reconocido en la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato"* (la demandada alude a los párrafos primero y segundo de esta cláusula).

Según OCENSA, no es cierto que en las actas se hubiera modificado la suma global estimada de compras y las mismas no se refieren a una "Suma Global Final".

La demandada reiteró que *"de acuerdo con la Cláusula Quinta del Contrato, para efectos de que pudiera efectuarse un reajuste a la Suma Global Fija, era necesario determinar si los nuevos ítems a los que se refería Massy debieron ser previstos e incluidos en su Oferta, de acuerdo con la ingeniería básica, pues estos en ningún caso serían sometidos al mecanismo de reajuste, y, por ende, no habría lugar a un reconocimiento económico sobre"*

los mismos. Es decir que única y exclusivamente después de surtida la verificación en mención, se tendría certeza sobre la suma final del Contrato”.

Según lo dicho en la contestación, *“No es extraño que en el marco de un Contrato EPC, Ocesa haya solicitado que Massy demostrara, mediante los planos RED LINE, qué ítems y cantidades había efectivamente ejecutado, pues dicha información era la mínima necesaria para poder analizar la procedencia del reconocimiento de dichos valores”,* ni con ello se generó expectativa de pago del resultado de esa comprobación sino, al contrario, *“la propia Demandante se quejaba de la incertidumbre sobre el pago de dichos valores y del hecho que tuviera que soportar la ejecución”* y *“precisamente la razón para exigir soportes se fundamentaba en la necesidad de analizar el alcance del Contrato frente a los mismos”.*

En relación con la variación entre la ingeniería básica y de detalle en las especialidades a cargo de OCENSA, la Convocada expresó que *“Massy, en su calidad de experto en la prestación de servicios de infraestructura petrolera, debió analizar la información que le fue entregada desde el momento en el que fue invitada a ofertar, a efectos de que dicha sociedad cerrara, con base en la ingeniería básica, cualquier brecha que pudiera tener lugar. El hecho que Ocesa adelantara la ingeniería de detalle no implicaba que las cargas y responsabilidades del Contrato se modificaran”.* Se aludió a la responsabilidad de MASSY según lo establecido en el numeral 2.4. del pliego de condiciones, el numeral 7.3. de las Especificaciones Técnicas y el numeral 6 de la cláusula segunda del contrato. La entrega de la ingeniería básica y de parte de la ingeniería de detalle a los oferentes, *“de ninguna manera liberaba a estos últimos del rol activo que debían desempeñar en la verificación y complementación de dichas ingenierías, la cual quedaría plasmada en la Suma Global Estimada de sus Ofertas”.*

OCENSA negó que con el cierre de libros atinente a la Primera Apertura de Libros el precio del contrato alcanzara una variación de \$6,579,953,610, equivalente al 19.8% del valor inicial, según lo afirmado en la reforma de la demanda de MASSY, y resaltó que esta suma es diferente a la que había

planteado en la demanda inicial. Según OCENSA, la variación entre la ingeniería básica y de detalle en la bomba rebooster de El Porvenir y la bomba principal de Caucasia no fue la cifra presentada en la demanda y *"Llama la atención que los cálculos de Massy respecto del porcentaje al que equivaldrían las variaciones haya sufrido un cambio tan drástico, pues sin un respaldo aritmético explícito, se redujo de 70% (hecho 49 de la demanda inicial) a 51%, hecho 102 de la Reforma. Esto reconfirma la falta de sustento de los cálculos realizados por Massy"*.

OCENSA agregó: *"En todo caso, se resalta que lo relevante para efecto de determinar la legitimidad de las pretensiones es que la ingeniería de detalle desarrollada por Ocesa no determinó el valor de la Oferta presentada. Antes de celebrar el Contrato Massy tenía la obligación de analizar la ingeniería de detalle y con fundamento en ella estructurar la propuesta de acuerdo con su experiencia, incluyendo todos los aspectos que se consideraran relevantes para adelantar satisfactoriamente el proyecto. Por ello, dado que la ingeniería de detalle no determinó el valor de la propuesta, la Demandante no puede trasladar la responsabilidad ni el riesgo de desviación a Ocesa"*.

La sola variación de la ingeniería realizada por MASSY para la bomba principal de Coveñas fue de \$5.742.146.912, que corresponde a más del 17% del valor de la Suma Global Estimada, es decir, la sola variación de la ingeniería en una estación realizada por MASSY superó el límite de ajuste del valor del Contrato.

Por otro lado, OCENSA expuso que el cálculo de la diferencia entre el valor inicialmente estimado y el pretendido por MASSY en la demanda no debe incluir el componente "AU", pues los precios unitarios establecidos en la oferta debían incluir todos los costos directos e indirectos, lo que implica que el "AU" ya se encuentra incluido dentro de dicho precio unitario.

En relación con los "alcances sobrevinientes", OCENSA respondió que *"en caso de que se traten de obras que tuvieron que ser ejecutadas por la*

Convocante para lograr los objetivos y el correcto funcionamiento de las obras del Proyecto' Ocesa no debe reconocer valores por este tipo de obras por cuanto en el Contrato se acordó que Ocesa no reconocería ningún ajuste o valor adicional por ítems que debieron ser previstos por el Contratista y no fueron incluidos en la propuesta". Por otro lado, reiteró que "es falso que las Actas Administración de Contratos tuvieran el alcance que la Demandante pretende darles, pues no definían la Suma Global Fija del Contrato ni implicaban la adición o modificación al Contrato". También anotó que las desviaciones y cambios indicados por MASSY son "absolutamente normales en el desarrollo de este tipo de contratos" y, en todo caso, cualquier cambio debía someterse a evaluación y concepto técnico de "Ocesa/Interventoría" y hacer parte de un otrosí.

Sobre el "*Informe Valorización de Obras No Ejecutadas*", OCENSA solicita apreciar como confesión lo manifestado por MASSY en el sentido de no haber realizado todas las obras, y negó que pretenda un doble descuento en el precio pues no se ha practicado ningún descuento por la imposibilidad de liquidar el contrato.

OCENSA considera que MASSY pretende evadir su responsabilidad en relación con la pérdida de capacidad de la estación Coveñas por fallas de diseño e ingeniería de detalle, lo cual está vinculado al descuento por \$1.212.183.333 al que se refirió la reforma de la demanda. De nuevo, no se pretende un doble descuento, pues tal descuento no ha tenido lugar por imposibilidad de liquidar el contrato.

OCENSA ha pagado "*hasta el 90% del valor del Contrato, incluido el 15% de reajuste de la suma estimada de la Oferta*" y no adeuda lo reclamado por MASSY.

En cuanto a los hechos relacionados con el pago del saldo pendiente del Otrosí No. 1, OCENSA expresó que no eran hechos sino afirmaciones subjetivas o carentes de sustento fáctico y jurídico que no estaba en

obligación de contestar y, en todo caso, se remitió a lo dicho en relación con el porcentaje de retención como garantía.

OCENSA propuso las excepciones que denominó "*Massy violó el principio según el cual 'Contrato es Ley para las Partes'*", "*Ocensa cumplió con todas y cada una de sus obligaciones contractuales*", "*La estipulación del 15% contenida en la Cláusula Quinta del Contrato obedece a una distribución de riesgos resultante de la sana planeación del Contrato*", "*Massy omitió dar aplicación al principio de planeación*", "*Mala fe precontractual de Massy por presentar una Oferta que sabía que no podría cumplir*", "*Mala fe de Massy a la finalización del Contrato*", "*Mediante su Reforma, Massy se encuentra contradiciendo sus propios actos*", "*La estipulación del penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato no es abusiva*", "*La estipulación del penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato tiene plenos efectos*", "*Ocensa no incurrió en abuso del derecho*", "*No se cumplen los presupuestos de la posición dominante respecto de Ocensa*", "*Notoria ausencia del enriquecimiento sin causa alegado por Massy*", "*La Reforma de Massy atenta contra el principio de transparencia de los demás Oferentes que se presentaron para la adjudicación del Contrato*", "*La Reforma de Massy atenta contra el principio de igualdad de los demás Oferentes que se presentaron para la adjudicación del Contrato*", "*Inexistencia de fundamento para reconocer obras adicionales en la Demanda*", "*Inexistencia de perjuicios alegados por Massy*", "*Improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios*", "*Ausencia de presupuesto para la declaración de la excepción de Contrato no cumplido*" y "*Compensación*".

6.3. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

En la demanda de reconvencción reformada se formularon las siguientes pretensiones:

"PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

1. Que se declare que en el Pliego de Condiciones entregado a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** en el marco del Proceso Competitivo, **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA** informó para efectos de elaboración de la propuesta que no se reconocerían, como ajuste de la Suma Global Estimada los ítems nuevos identificados en la ingeniería de detalle que debieron ser previstos e incluidos por el CONTRATISTA en su Propuesta.

2. Que se declare que en el Pliego de Condiciones entregado a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** en el marco del Proceso Competitivo, **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA** informó a los oferentes para efectos de elaboración de la propuesta que la Suma Global Fija del Contrato no superaría un ajuste del 15% del valor total estimado de la oferta.

3. Que se declare que en la etapa de preguntas y respuestas dentro del Proceso Competitivo, **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA** reiteró en varias ocasiones a los oferentes que el ajuste de la Suma Global Fija del Contrato no superaría el 15% del valor total estimado de la oferta.

4. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** presentó una propuesta en el Proceso Competitivo por un valor total, incluidos todos los costos directos e indirectos requeridos para la correcta prestación del servicio, de treinta y tres mil ciento sesenta y siete millones trescientos doce mil cuatrocientos treinta y tres pesos (\$33.167.312.433).

5. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** no presentó excepciones relacionadas con el límite de 15% de ajuste sobre la Suma Global Estimada en la propuesta presentada en el Proceso Competitivo.

6. Que se declare que en la propuesta presentada en el Proceso Competitivo **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** no presentó excepciones relacionadas con el no reconocimiento de ítems nuevos

identificados en la ingeniería de detalle que debieron ser previstos e incluidos por el CONTRATISTA en su propuesta.

7. *Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** no solicitó a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA**, ajuste alguno respecto de las condiciones en que se calcularía el valor del Contrato antes de su celebración.*

8. *Que se declare que el 21 de marzo de 2014, **OLEODUCTO CENTRAL S.A. OCENSA** y **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** celebraron el Contrato, bajo la modalidad de E.P.C. (Engineering, Procurement, and Construction) y por valor de Suma Global Fija.*

9. *Que se declare que el contenido del Contrato reflejó el contenido del Pliego de Condiciones del Proceso Competitivo.*

10. *Que se declare que el contenido del Contrato reflejó las respuestas de **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA** a las solicitudes de aclaración y modificación del Pliego de Condiciones del Proceso Competitivo.*

11. *Que se declare que, de acuerdo con la Cláusula Quinta del Contrato, las partes acordaron que no se reconocerían como ítems nuevos para efectos del ajuste de la Suma Global Estimada, las actividades o costos que debieron (sic) identificados en la ingeniería de detalle que debieron ser previstos e incluidos por el CONTRATISTA en su Propuesta.*

12. *Que se declare que, de acuerdo con la Cláusula Quinta del Contrato, **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA** no tiene que pagar a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** como ítems nuevos identificados en la ingeniería de detalle, las actividades o costos que debieron ser previstos e incluidos en la Propuesta.*

13. Que se declare que, en la Cláusula Quinta del Contrato, las Partes acordaron que el valor de la Suma Global Fija del Contrato que resultara de las sesiones de ajuste, no podría superar el 15% del valor total estimado de la oferta.

14. Que se declare que, en la Cláusula Quinta del Contrato, las Partes acordaron un mecanismo de distribución del riesgo de variación del costo de las obras objeto del Contrato en el que **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA limitó** su responsabilidad al 15% del valor estimado en la oferta de **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.**

15. Que se declare que las actas que se suscribieron durante la ejecución del Contrato no modificaron el límite del 15% de ajuste del valor estimado en la oferta.

16. Que se declare que con posterioridad a la terminación de las obras objeto del Contrato **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** desconoció el contenido de la Cláusula Quinta del Contrato al solicitar el pago de valores que superan el 15% del valor estimado en la oferta de **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.**

17. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** incumplió el Contrato, al no cumplir con el cronograma de obras pactado entre las Partes.

18. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** incumplió el Contrato al no terminar las obras objeto del mismo dentro del plazo acordado entre las Partes.

19. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** incumplió el Contrato al ejecutar obras en la Estación Coveñas con una calidad inferior a la requerida en el Contrato.

20. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** incumplió el Contrato al ejecutar obras en la Estación Coveñas con una calidad inferior a la requerida en el Contrato.

20.1 En subsidio de la pretensión anterior: que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** ejecutó obras en la Estación Coveñas con una calidad inferior a la requerida en el Contrato.

21. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** incumplió el Contrato al no ejecutar la totalidad de las obras que se encontraban en el alcance del Contrato.

21.1 En subsidio de la pretensión anterior: que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** no ejecutó la totalidad de las obras que se encontraban en el alcance del Contrato.

22. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** no fue diligente en la elaboración de la oferta que presentó dentro del Proceso Competitivo, al no analizar toda la información que requería para presentar una oferta ajustada a las necesidades del proyecto.

23. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** desconoció las características del Proceso Competitivo y presentó una oferta desconociendo la estructura del Contrato propuesta.

24. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** desconoció las características del Proceso Competitivo y presentó una oferta sin prever las actividades o costos que debió haber tenido en cuenta de acuerdo con los términos del Proceso Competitivo.

PRETENSIONES DECLARATIVAS CONSECUENCIALES

1. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de una o algunas de las pretensiones comprendidas entre la primera y vigésima

*cuarta pretensión declarativa, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** actuó de mala fe al elaborar y presentar la Oferta dentro del Proceso Competitivo sin analizar toda la información que requería para presentar una oferta ajustada a las necesidades del proyecto.*

*2. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de una o algunas de las pretensiones comprendidas entre la primera y vigésima cuarta pretensión declarativa, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** actuó de mala fe al elaborar y presentar la Oferta dentro del Proceso Competitivo fijando un precio artificialmente bajo para ganar la adjudicación del Contrato.*

*3. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de una o algunas de las pretensiones comprendidas entre la primera y vigésima cuarta pretensión declarativa, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** actuó de mala fe al presentar un precio artificialmente bajo en la Oferta dentro del Proceso Competitivo con la idea de reclamar valores adicionales a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA** con posterioridad a la ejecución de las obras.*

*4. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de una o algunas de las pretensiones comprendidas entre la primera y vigésima cuarta pretensión declarativa, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** actuó de mala fe al solicitar el desconocimiento del límite del 15% de ajuste de la Suma Global Estimada pactada por las Partes en el Contrato.*

*5. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de una o algunas de las pretensiones comprendidas entre la primera y vigésima cuarta pretensión declarativa, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** actuó de mala fe al presentar una propuesta con un precio artificialmente bajo para que el Contrato le fuera adjudicado y obtener un beneficio económico que no fue acordado entre las partes.*

6. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las pretensiones declarativas principales, se declare que **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA** no está obligado a pagar a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** como Valor del Contrato una suma mayor a la Suma Global Estimada en la Oferta.

6.1. En subsidio de la pretensión anterior, que: como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las pretensiones declarativas principales se declare que **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA** no debe pagar a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** por concepto de la ejecución de las obras objeto del Contrato valores que superen el 15% del valor estimado en la Oferta.

7. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las pretensiones décima octava o décima novena, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** debe pagar la totalidad de los perjuicios derivados por el atraso en el cronograma de las obras objeto del Contrato, incluyendo daño emergente, que asciende a la suma de no menos de novecientos veintitrés millones novecientos setenta y nueve mil seiscientos cincuenta y dos pesos (COP\$ 923.979.652) o a la que se pruebe en el proceso.

8. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de la pretensión vigésima, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** tiene que pagar a OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA los ajustes por calidad en obras de la Estación Coveñas, correspondientes a un valor de no menos de mil doscientos doce millones ciento ochenta y tres mil trescientos treinta y cuatro pesos (COP\$ 1.212.183.334), o la suma que se pruebe en el proceso.

8.1. En subsidio de la pretensión anterior: que se declare que OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA tiene derecho a descontar de la Suma Global Fija el valor de no menos de mil doscientos doce millones

ciento ochenta y tres mil trescientos treinta y cuatro pesos (COP\$ 1.212.183.334), o la suma que se pruebe en el proceso, correspondiente a la menor calidad de obras realizada por MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.

*9. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de la pretensión vigésima primera, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** tiene que pagar a OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA los perjuicios causados por obras no ejecutadas, los cuales ascienden a la suma de no menos de mil setecientos dos millones ochenta y dos mil cuatrocientos noventa y un pesos (COP\$1.702.082.491), o la suma que se pruebe en el proceso.*

*9.1. En subsidio de la pretensión anterior: se declare que **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA** tiene derecho a descontar de la Suma Global Fija el valor correspondiente a las obras no ejecutadas por MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., que se encontraban dentro del alcance del Contrato.*

*10. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de cualquiera de las pretensiones declarativas consecuenciales primera a quinta, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** tiene que pagar a OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA los perjuicios causados por suscribir y ejecutar el Contrato de mala fe.*

*9.1. (sic) En subsidio de la pretensión anterior: se declare que **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA** tiene derecho a descontar de la Suma Global Fija el valor correspondiente a los perjuicios que le ocasionó **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** por suscribir y ejecutar el Contrato de mala fe.*

*11. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** se encuentra obligada a reconocer y pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. –OCENSA**, intereses moratorios a la máxima tasa de mora permitida por*

la ley sobre las condenas que se le impongan, desde la fecha en que se generaron cada una de las obligaciones, o la que el Honorable Tribunal considere, hasta la fecha de su pago efectivo.

*10.1. (sic) Que en subsidio de la pretensión anterior: se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** se encuentra obligada a reconocer y pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, intereses comerciales sobre las condenas que se le impongan, desde la fecha en que se generaron cada una de las obligaciones, o la que el Honorable Tribunal considere, y hasta la fecha de su pago efectivo.*

*10.2. (sic) Que, en subsidio de la pretensión anterior: se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** se encuentra obligada a reconocer y pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, la actualización monetaria, utilizando para el efecto, el Índice de Precios al Consumidor (IPC) o el índice de actualización que el Honorable Tribunal considere aplicable sobre las condenas que se impongan, desde la fecha en la que se generaron cada una de las obligaciones, o la que el Honorable Tribunal considere, y hasta la fecha de su pago efectivo y sobre estas sumas calcular intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida.*

PRETENSIONES DE CONDENA

*1. Que se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, el daño emergente ocasionado por el atraso en el cronograma de las obras objeto del Contrato, perjuicio que asciende a la suma de no menos de novecientos veintitrés millones novecientos setenta y nueve mil seiscientos cincuenta y dos pesos (COP\$ 923.979.652).*

*2. Que se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, los ajustes por calidad en obras de la Estación Coveñas, correspondientes a un valor de no menos de mil doscientos doce millones ciento ochenta y tres mil trescientos*

treinta y cuatro pesos (COP\$ 1.212.183.334), o la suma que se pruebe en el proceso.

3. Que se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, el valor de las obras no ejecutadas, los cuales ascienden a la suma de no menos de mil setecientos dos millones ochenta y dos mil cuatrocientos noventa y un pesos (COP\$1.702.082.491), o la suma que se pruebe en el proceso.

4. Que se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, los perjuicios causados por suscribir y ejecutar el Contrato de mala fe.

5. Que se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, intereses moratorios a la máxima tasa de mora permitida por la ley sobre las condenas que se le impongan, desde la fecha en que se generaron cada una de las obligaciones, o la que el Honorable Tribunal considere, hasta la fecha de su pago efectivo.

5.1. **PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINTA:** Que se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, intereses comerciales sobre las condenas que se le impongan, desde la fecha en que se generaron cada una de las obligaciones, o la que el Honorable Tribunal considere, y hasta la fecha de su pago efectivo.

5.2. **SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRETENSIÓN:** Que, en subsidio de la pretensión anterior, se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, la actualización monetaria, utilizando para el efecto, el Índice de Precios al Consumidor (IPC) o el índice de actualización que el Honorable Tribunal considere aplicable sobre las condenas que se impongan, desde la fecha en la que se generaron cada

una de las obligaciones, o la que el Honorable Tribunal considere, y hasta la fecha de su pago efectivo y sobre estas sumas calcular intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida.

6. *Que se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** al pago de costas y agencias en derecho del proceso”.*

Los hechos expuestos por OCENSA como soporte de sus pretensiones se pueden resumir como se expone a continuación.

Previa una descripción de la creación de OCENSA y el oleoducto, se precisa que *"Actualmente, Ocesa es una sociedad de economía mixta, con participación estatal superior al 50% de su capital social"*.

El proyecto Delta 35 fue concebido en el primer semestre del año 2012 y su propósito principal fue aumentar la confiabilidad del oleoducto y viabilizar el transporte adicional de 35.000 barriles de petróleo por día.

OCENSA inició un proceso competitivo al que invitó a diferentes compañías a ofertar un contrato de EPC a Suma Global Fija. Quien fuera seleccionado en el proceso competitivo se obligaría a ejecutar la ingeniería de detalle, compras, construcción, precomisionamiento, comisionamiento y puesta en marcha de las modificaciones a varios sistemas.

Mediante comunicación del 8 de enero de 2014, OCENSA invitó a MASSY a hacer parte del proceso competitivo, le entregó las Especificaciones Técnicas y el Pliego de Condiciones y la convocó a una reunión para atender inquietudes.

De la lectura del numeral 2.4. del Pliego de Condiciones se desprende que la oferta económica debía tener en cuenta que:

"(i) El valor del Contrato correspondería a una Suma Global Fija, compuesta por dos conceptos: (i) Ingeniería y (ii) Compras y Construcción.

(ii) El valor a ofertar por Ingeniería debía contemplar: "todos los costos directos e indirectos en que deba incurrir el Oferente para realizar todos los estudios, documentos de ingeniería, planos y demás actividades, **necesarias para cerrar las posibles brechas de la ingeniería entregada por OCENSA y para desarrollar la ingeniería de detalle que permita construir, precomisionar, comisionar y poner en servicio todos los equipos, sistema y unidades funcionales que hagan parte del alcance del contrato en cada una de las estaciones**, según lo indicado en las Especificaciones Técnicas, el anexo Directrices para la Ingeniería y los demás documentos del presente proceso. (Énfasis añadido).

(iii) Para el valor correspondiente a Compras y Construcción, el oferente debía presentar una Suma Global Estimada, resultante de multiplicar los ítems y cantidades -que, según su experiencia en este tipo de proyectos, se derivaran de la ingeniería básica entregada por Ocensa- por los precios unitarios establecidos por el oferente.

Se informó que estas cantidades eran estimadas y que podían aumentar o disminuir, de acuerdo con la ingeniería de detalle que se realizaría durante la ejecución del Contrato. El oferente debía incluir en su estimación todos los riesgos y costos que se pudieran presentar.

Así, el mecanismo definido en el Pliego de Condiciones para ajustar la Suma Global Estimada y determinar la Suma Global Fija era el siguiente:

- Se realizarían solo dos ajustes: el primero, cuando se tuviera la ingeniería de detalle para Bomba Rebooster de El Porvenir y de la Bomba principal de Caucasia. El segundo, cuando la ingeniería de

detalle para las demás obras alcanzara un desarrollo de, al menos, el 80%.

- *Como se mencionó con anterioridad, los ajustes correspondían a las diferencias existentes entre la ingeniería básica y la de detalle, que podían ser mayores o menores.*

Si las obras o compras identificadas en la ingeniería de detalle correspondían a las de la ingeniería básica, únicamente se multiplicaban las cantidades por los valores unitarios definidos por el oferente en su oferta.

De identificarse obras o compras adicionales necesarias para la ejecución del contrato que no pudieran ser previstas desde la ingeniería básica, se aplicaría un mecanismo de cotización de precios para establecer el valor del ítem nuevo.

(iv) Respecto del procedimiento de determinación de la Suma Global Fija para Compras y Construcción, el Pliego de Condiciones fue claro en establecer los valores adicionales que serían reconocidos en el valor definitivo del Contrato (Suma Global Fija), según se explica a continuación:

- *Se reconocen: Las obras contempladas en la ingeniería básica, que efectivamente fueron identificadas en la ingeniería de detalle.*

*"La Suma Global Estimada de la propuesta del CONTRATISTA, basada en los ítems y cantidades tentativas y estimadas con base en la ingeniería básica y los precios unitarios fijos establecidos por EL CONTRATISTA en su propuesta, será ajustada durante la ejecución del contrato, con base en las cantidades definitivas establecidas por EL CONTRATISTA en su ingeniería de detalle, cuando ésta alcance el 80% de ejecución, para pasar de una Suma Global Estimada a una Suma Global Fija **mediante la***

determinación de: las cantidades definitivas y reales determinadas por EL CONTRATISTA, de materiales a comprar y las cantidades de obras a ejecutar, y estableciendo el valor y cantidad de los ítems no previstos inicialmente y que sean necesarios para el desarrollo del objeto contratado conforme se determine en la ingeniería de detalle. Esto no implicará la revisión, actualización ni ajuste de los precios unitarios presentados por el oferente seleccionado en su oferta y que den origen a la celebración del contrato, precios en los cuales se encuentran incluidos todos los costos directos e indirectos a que tendrá derecho el oferente seleccionado por la ejecución y cumplimiento de todas las obligaciones del contrato, incluyendo pero no limitándose a los conceptos enunciados en estos pliegos de condiciones." (Énfasis añadido).

- **Se reconocen:** Los ítems no previstos e imposibles de prever desde la ingeniería básica, que fueron identificados en la ingeniería de detalle.

"La Suma Global Estimada de la propuesta del CONTRATISTA, basada en los ítems y cantidades tentativas y estimadas con base en la ingeniería básica y los precios unitarios fijos establecidos por EL CONTRATISTA en su propuesta, será ajustada durante la ejecución del contrato, con base en las cantidades definitivas establecidas por EL CONTRATISTA en su ingeniería de detalle, cuando ésta alcance el 80% de ejecución, para pasar de una Suma Global Estimada a una Suma Global Fija mediante la determinación de: las cantidades definitivas y reales determinadas por EL CONTRATISTA, de materiales a comprar y las cantidades de obras a ejecutar, y **estableciendo el valor y cantidad de los ítems no previstos inicialmente y que sean necesarios para el desarrollo del objeto contratado conforme se determine en la ingeniería de detalle.** Esto no implicará la revisión, actualización ni ajuste de los precios unitarios presentados por el

oferente seleccionado en su oferta y que den origen a la celebración del contrato, precios en los cuales se encuentran incluidos todos los costos directos e indirectos a que tendrá derecho el oferente seleccionado por la ejecución y cumplimiento de todas las obligaciones del contrato, incluyendo pero no limitándose a los conceptos enunciados en estos pliegos de condiciones." (Énfasis añadido).

- No se reconocen: Los ítems que debían ser previstos e incluidos por el contratista en su Oferta de acuerdo con la ingeniería básica, que fueron identificados en la ingeniería de detalle como necesarios para la ejecución del Contrato. Estos, bajo ninguna circunstancia, serían sometidos al mecanismo de reajuste, sin lugar a un reconocimiento económico sobre los mismos¹.

"Los ítems nuevos en ningún caso corresponderán a actividades o costos que debieron ser previstos e incluidos por el CONTRATISTA en su propuesta, sino únicamente ítems que surjan por el desarrollo de la ingeniería de detalle." (Énfasis añadido).

¹ "Al contestar el hecho 15 de la Demanda, Massy afirmó que "En cualquier caso se destaca que la afirmación de **OCENSA**, incluida en el ordinal (iii) del hecho, en el sentido de que 'el oferente debería presentar una suma global estimada, que resultaba de multiplicar los ítems **y cantidades** que, según su experiencia en este tipo de proyectos, se derivaban de la ingeniería básica entregada por Ocesa, por los precios unitarios establecidos por el mismo oferente', se desconoce por completo la imposibilidad establecida perentoriamente por esa misma Entidad, según la cual ningún oferente podía modificar las cantidades señaladas en el cuadro de ofrecimiento económico, establecida en el ordinal 4 del numeral 2.4 del pliego de condiciones; (...)"

Sin embargo, más adelante Massy reconoció que la oferta no solamente consistía en los componentes expresos del cuadro de ofrecimiento económico, sino que implicaba un contenido implícito, ligado a los componentes expresamente listados. Esto, al confesar que "para los ítems nuevos, esto es los no previstos en el cuadro de ofrecimiento económico **—expresamente o de forma implícita al estar comprendido dentro de las obras o compras allí detalladas—** (...)" (Énfasis añadido)".

(v) *Adicionalmente, en los Pliegos de Condiciones se estipuló que los valores reconocibles no podían superar el 15% de la Suma Global Estimada por el contratista en su oferta económica².*

*"Cada sesión de ajuste, será registrada en acta donde quedarán los precios y cantidades acordados y la Suma Global Fija establecida, la cual en total **no podrá superar el 15% del valor total estimado de la oferta.**" (Énfasis añadido).*

La ingeniería básica fue entregada conjuntamente con las especificaciones técnicas del proyecto, motivo por el cual MASSY tuvo tiempo suficiente para analizar y estudiar la ingeniería.

En reunión del 13 de enero de 2014 se aclararon dudas de los participantes en el proceso competitivo y en el Acta de Respuestas a Solicitudes de Aclaración No. 2 del 14 de enero de 2014 constan respuestas de OCENSA a preguntas de los oferentes, dentro de las cuales se destaca la siguiente:

"Pregunta: ¿Cuál va a ser el procedimiento a seguir en caso que con posterioridad a la segunda reunión de ajuste de cantidades el valor del proyecto supere en más de un 15% el valor total estimado de la oferta?

*Respuesta: **El 15% de techo** para la estrategia de libro abierto definida para este proceso, **es sobre el valor de la oferta** estructurada por el Oferente, razón por la cual **el Oferente debe considerar todos los aspectos necesarios dentro de su experiencia dada la ingeniería básica en el estado que se ha entregado.**" (Énfasis añadido)".*

² "Al contestar el hecho 15, Massy confesó haber entendido desde el primer momento la existencia y aplicabilidad del límite del 15% de variación entre la Suma Global Estimada y la Suma Global Fija, al indicar que "Consonante con la previsión inicial del pliego de condiciones, conforme a la cual EL CONTRATISTA sería el encargado de estimar las cantidades de obra y suministros que servirían de base a la oferta, en los documentos contractuales se estableció que en el acuerdo para la estimación de la **Suma Global Fija** las partes no deberían superar el 15% del valor estimado en la oferta.""

En actas de respuestas a solicitudes de aclaración posteriores a la anterior, constan respuestas de OCENSA a las preguntas de los participantes en el proceso competitivo, dentro de las cuales se encuentran otras relativas al límite del 15% como "techo" sobre el valor de la oferta, razón por la cual el oferente debía *"considerar todos los aspectos necesarios dentro de su experiencia dada la ingeniería básica en el estado que se ha entregado"*.

En otra respuesta se aclaró que *"No obstante haber realizado Ocesa la ingeniería básica, el alcance del contrato contempla la obligación del contratista de verificar la ingeniería entregada con el fin de proceder a la ingeniería de detalle, en especial teniendo en cuenta que se trata de un esquema EPC (Engineer, Procurement and Construction), y por lo tanto, de no lograrse el objeto contratado ello será responsabilidad del contratista"*.

Dentro del proceso de preguntas y respuestas se introdujo el otorgamiento de un anticipo al contratista.

El valor de la propuesta de MASSY, incluidos todos los costos directos e indirectos, fue \$33.167.312.433.

En la propuesta, MASSY únicamente realizó tres solicitudes de *"excepción a los términos"* donde manifestó que, en caso ser seleccionados como contratistas y antes de la firma del Contrato, requería una negociación para llegar a un acuerdo en relación con:

"i. La inclusión de una cláusula de exclusión de responsabilidad para el contratista por lucro cesante y,

ii. Que se incluyera una cláusula en virtud de la cual, en caso de que Ocesa terminara anticipadamente el Contrato de manera unilateral, pagaría al contratista: a) los servicios ejecutados hasta la fecha de terminación; b) los compromisos que el contratista haya adquirido con sus proveedores y subcontratistas para la ejecución del contrato y c) los costos de desmovilización.

iii. Que en caso de reducción del alcance mayor a un 10% del valor total del Contrato o de adjudicación parcial, el porcentaje de costo indirecto debería ser recalculado con el fin de mantener las exigencias de equipo mínimo contractual”.

Es decir, *“Massy no tuvo ningún reparo en aceptar que:*

“- No se le reconocería el pago de ítems que correspondieran a obras, actividades o costos que debían haber sido previstas por el contratista en la revisión de la ingeniería básica y que resultaran necesarias para la ingeniería de detalle.

- Sólo se le reconocería el pago de una desviación máxima del 15% del valor del Contrato, teniendo como referencia la Suma Global Estimada”.

Los resultados de la evaluación de las ofertas se consignaron en el informe del 10 de marzo de 2014, y fueron:

“Evaluación técnica

1. Consorcio Ismocol – Inelectra:	83.83
2. Consorcio Morelco – Schrader:	No cumplió mínimo de 75/100
3. Soenergy:	No cumplió mínimo de 75/100
4. Techint:	87.50
5. Massy:	78.56

Evaluación económica

1. Consorcio Ismocol – Inelectra:	48.484.338.665
2. Consorcio Morelco – Schrader:	37.914.229.542
3. Soenergy:	40.422.476.507

4. Techint:	32.396.657.137 (<i>inadmisible</i>)
5. Massy:	33.167.312.433 (<i>100 puntos</i>)”

El 14 de marzo de 2014 se realizó una reunión de negociación con MASSY, en la cual, entre otras cosas, se concluyó que *"WG confirma que tiene claro en qué etapa se realizará la entrega del procedimiento de coordinación para la apertura de libros, ya que esto fue mencionado en el periodo de observaciones y aclaraciones a los pliegos"*.

Mediante comunicación del 21 de marzo de 2014, OCENSA informó a MASSY la aceptación de su oferta y el mismo día se firmó el contrato.

El 7 de abril de 2014 las partes suscribieron el acta de inicio del contrato y el 5 de junio la interventoría envió a MASSY el procedimiento de apertura de libros.

En el procedimiento de apertura de libros se reiteró el límite del 15% para el ajuste a la Suma Global Estimada.

La modalidad de contrato fue EPC, es decir, *"Massy tenía la responsabilidad absoluta de realizar diseños, revisar los diseños o ingeniería existentes, realizar el precomisionamiento y comisionamiento, ejecutar labores de construcción y todas aquellas necesarias para cumplir el objeto del Contrato en su calidad de experto profesional en la materia y de epecista (Contratista en contratos EPCs)"*.

La Interventoría, mediante comunicación SGS-WG-3801903-BOG-028-C, realizó un análisis del grado de avance reportado por el contratista con corte 24 de junio de 2014, en el cual se anotan porcentajes de avance real inferiores a los programados. La interventoría pidió a MASSY implementar un plan de choque para corregir el atraso, lo cual fue reiterado, según consta en comunicación del 27 de julio de 2014, así como se reiteró el incumplimiento de MASSY por la desviación al programa detallado de trabajo

(PDT) mediante comunicación del 14 de octubre de 2014. En noviembre de 2014 se identificó una desviación aproximada de 41.86% y así se comunicó en carta del 10 de ese mes. En esa época se evidenció que el subcontratista de MASSY había desvinculado aproximadamente 30% del personal operativo en campo. Mediante comunicación del 19 de noviembre de 2014 dirigida al gerente general de MASSY se advirtió la situación.

El 9 de septiembre de 2014 las partes suscribieron el Otrosí No. 1 con el objeto de incluir las actividades correspondientes al plan de culminación obras complementarias Proyecto Delta 35 en Cusiana, el Porvenir y Coveñas, de los sistemas Alivio y adecuación DRA. En consideración al retraso, se acordó como nuevo plazo de terminación del contrato el 31 de diciembre de 2014.

MASSY desarrolló obras objeto del contrato hasta abril de 2015.

En relación con la Estación Coveñas, Ocesa y la Interventoría identificaron que las obras realizadas por Massy no cumplían con los estándares de funcionalidad y de calidad exigidos en el Contrato, específicamente, las obras realizadas por Massy a las líneas de succión de la BPC 42050 de la Estación Coveñas. El valor de los ajustes requeridos por este motivo es \$1.212.183.334.

MASSY también incumplió el Contrato al no haber ejecutado obras requeridas para cumplir con el objeto del mismo, cuyo valor es \$1.702.082.491. OCENSA sufrió perjuicios pues *"estas obras tuvieron que ser realizadas con otro presupuesto, cuando correspondían al precio y alcance del Contrato"*.

El 27 de abril de 2015, MASSY, *"actuando en pleno desconocimiento de lo pactado por las Partes en el Contrato y, por ende, actuando de mala fe"*, envió una carta a OCENSA en la cual solicitó reconocer como valor del contrato \$46.034.298.846. MASSY actuó de mala fe, pues *"después de haberse comprometido a ejecutar un contrato en modalidad EPC y con una*

Suma Global Estimada que solo podía ser ajustada en un 15%, desconoció esta situación y, al finalizar el Contrato, pidió el reconocimiento (sic) una cifra abrupta, que va en contra (sic) el postulado de buena fe con el que deben ser ejecutados todos los contratos”.

OCENSA respondió a lo anterior mediante comunicación del 23 de junio de 2015, en la que informó que se encontraba en desacuerdo con las cifras presentadas por MASSY.

El 22 de septiembre de 2015, MASSY presentó reclamación formal contra OCENSA, que justificó en que el límite del 15% sobre el valor estimado de la oferta no fue un aspecto que durante la ejecución del Contrato hubiera sido objeto de advertencia.

La mala fe de MASSY se agrava por la presentación de la presente demanda arbitral. *“Las pretensiones expuestas en la demanda solo buscan burlar el alcance del acuerdo que hubo entre las partes al fijar un límite al ajuste del valor de la Suma Global Estimada”.*

En la demanda, MASSY alegó que la información entregada no era suficiente para elaborar una oferta comprensiva y que el tiempo concedido tampoco era suficiente. Lo anterior implica que MASSY no tuvo en cuenta toda la información que normalmente habría tenido en cuenta para elaborar una oferta como la pedida por OCENSA y que no realizó todos los análisis y estudios que debió realizar para presentar la oferta. Aun así, MASSY presentó una oferta que, entonces, sabía que no se ajustaba a los requerimientos de la propuesta solicitada.

MASSY sabía que la propuesta que presentó consideraba un escenario de costos, cantidades e ítems para el desarrollo del proyecto que se distanciaría en gran medida de las necesidades reales del tipo de obra objeto de contratación y presentó una oferta económica inferior a la de los demás oferentes.

"El hecho que Massy, sin contar con la información requerida presentara una oferta inferior a la de los demás oferentes, indica una de dos cosas: (i) que Massy presentó una oferta artificialmente baja con fin de que el Contrato le fuera adjudicado con el objetivo de cobrar después mediante un proceso judicial valores adicionales o, (ii) Massy asumió el riesgo de comprometerse a ejecutar el contrato, bajo el precio de la oferta realizada contando que Ocesa únicamente reconocería un 15% de ajuste". En cualquier escenario, MASSY no puede aducir que OCENSA incumplió el contrato.

Si Massy presentó una oferta económica sin tener los elementos técnicos necesarios para estructurarla, entonces únicamente habría presentado una cifra que le permitiera ganar el proceso competitivo, para después tratar de obtener un beneficio económico al que no tiene derecho.

La negligencia y mala fe de MASSY es tal que todas las construcciones y compras que superaron la Suma Global Estimada obedecieron a ítems que podían ser previstos desde la ingeniería básica y, por consiguiente, OCENSA no debe reconocer.

6.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

6.4.1. CONTESTACIÓN POR PARTE DE MASSY

MASSY se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvencción, a excepción de *"las identificadas como Pretensiones 4 y 8, incluidas en el GRUPO N°. 1 DE PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES, que dicen referencia al valor de la propuesta constitutiva de la Suma Global Estimada y de la celebración del Contrato³".* Precisó que la Suma Global Fija no era el valor resultante de la propuesta (salvo el rubro de ingeniería) sino la determinada mediante el procedimiento de apertura de libros, sobre la base

³ *"El pronunciamiento sobre la Pretensión Octava Declarativa Principal, incluye aclaraciones y precisiones".*

de comprobar las cantidades e ítems nuevos resultantes de la ingeniería de detalle.

La contestación a los hechos de la demanda de reconvención se hizo con base en los argumentos que se exponen a continuación.

Es cierto que el propósito principal del proyecto Delta 35 era aumentar la confiabilidad del sistema, de lo cual da cuenta el documento DEL 35-GGG-PRU-653 denominado "informe final de la ingeniería básica" en sus numerales 2 y 3. *"Se advierte, por ejemplo, que en el numeral 3 se expresa que en las estaciones Cusiana, El Porvenir, Caucasia y Coveñas, intervenidas por **MASSY**, 'el esquema de operación cambia de tres bombas operando y una en stand by, a uno con tres bombas operando y dos en stand by'. (Pág. 5)".* El objetivo no era aumentar la capacidad operativa, ni el proyecto haría viable transporte adicional.

La invitación de OCENSA fue para formular oferta con una Suma Global "Estimada" para compras y construcción, y una suma "Fija" exclusivamente para la ingeniería de detalle en la parte que le correspondía al contratista. MASSY no pretende *"cosa alguna por concepto de la elaboración de la ingeniería de detalle que le correspondía elaborar"*. La Suma Global Estimada se ajustaría mediante el procedimiento de cierre de libros. La Suma Global Fija convenida por las partes según el procedimiento de ajuste, en adelante no sería objeto de variación *"con independencia de cuáles fueran las cantidades que finalmente resultaren de la ejecución de los trabajos"*.

Parte de la ingeniería de detalle quedó a cargo de OCENSA (las especialidades civil y mecánica de la bomba Rebooster de la Estación El Porvenir y de la bomba principal de la estación Caucasia). OCENSA retardó 51 días la entrega de la ingeniería de detalle a su cargo.

Parte importante de las compras corría a cargo de OCENSA, pero MASSY tuvo que comprar buena parte de esos suministros y otros que no fueron previstos en el Cuadro de Ofrecimiento Económico.

MASSY se ajustó a las cantidades de obra indicadas en el Cuadro de Ofrecimiento Económico, que eran inmodificables. La documentación entregada por OCENSA no permitía prever que la ingeniería básica *"resultaría tan desfasada -tal como finalmente resultó-, entre otras razones por no haber considerado la verdadera configuración de las instalaciones ya construidas, a consecuencia de la falta de investigación de las verdaderas condiciones y del estado de sus propias dependencias, y a su descuido en la elaboración del cuadro de ofrecimiento económico"*.

OCENSA pretendió cubrir su incuria mediante una estipulación que, por afectar los mínimos contractuales, tiene objeto ilícito. En el procedimiento del cierre de libros OCENSA abandonó la aplicación de ese límite del 15% y convino el precio definitivo del contrato.

Afirmar, como lo hace OCENSA en la demanda de reconvención, que el oferente debería presentar una suma global estimada, que resultaba de multiplicar los ítems y cantidades que, según su experiencia en este tipo de proyectos, se derivaban de la ingeniería básica entregada por OcenSA, por los precios unitarios establecidos por el mismo oferente, *"desconoce por completo la imposibilidad establecida perentoriamente por esa misma Entidad, según la cual ningún oferente podía modificar las cantidades señaladas en el cuadro de ofrecimiento económico"*. Tampoco es cierto que MASSY hubiera tenido tiempo suficiente para estudiar la ingeniería, ni forma de prever que esta y el Cuadro de Ofrecimiento Económico resultarían *"desbordados"*.

Dado que las cantidades incluidas en el Cuadro de Ofrecimiento Económico no podían ser modificadas, los ítems nuevos no podían ser previstos en la oferta y, por tal razón, deben ser reconocidos sin limitación alguna.

Consonante con la previsión inicial del pliego de condiciones conforme a la cual el contratista sería el encargado de estimar las cantidades de obra y suministros que servirían de base a la oferta, en los documentos contractuales se estableció que en el acuerdo para la estimación de la Suma Global Fija las partes no deberían superar el 15% del valor estimado en la oferta.

Corregidas las especificaciones técnicas y por ende la minuta de contrato en el sentido de establecer que el Cuadro de Ofrecimiento Económico era inmodificable, por obvias razones se descargó al oferente del cometido de estimar cantidades y así perdió todo sentido la limitación del quince por ciento (15%).

OCENSA, desconociendo el carácter definitivo de la Suma Global Fija, procedió a descontar las menores cantidades de obra resultantes.

La propuesta de MASSY *"resultó consonante con el presupuesto elaborado por **OCENSA**, visible dentro del informe técnico (folio 74 cuaderno demanda de reconvención), con una variación de tan sólo el 4% respecto del presupuesto revisado y menos del 2% respecto del presupuesto original de **OCENSA**". "Por tal razón la imputación de mala fe por una supuesta formulación de una oferta artificialmente baja que de manera irresponsable e insultante ha realizado en contra de **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.**, la hoy Demandante en Reconvención, carece por completo de sustento".*

De las respuestas de OCENSA a las preguntas de los participantes en el proceso competitivo se desprende que *"los cuadros de cantidades para la preparación de la oferta -determinadas enteramente por **OCENSA**- eran inmodificables por los oferentes; y tales cantidades debieron ser establecidas por la empresa contratante 'dada la ingeniería básica en el estado en que se ha entregado'",* y según consta en el acta de solicitudes de aclaración número 17 (referencia 3), *"Ocensa informa que las cantidades estimadas son producto de la ingeniería y son correctas".*

En el acta de solicitudes de aclaración número 10 (referencia 5) se registró: *"Las cantidades del cuadro ofrecimiento económico no tienen en cuenta el desperdicio y para la propuesta no se deben contemplar, dado que las cantidades establecidas en este se cerrarán con la apertura de libros"*.

Al ejecutar el contrato y surtir el procedimiento de cierre de libros *"las partes abandonaron el ya inaplicable límite del 15%, que de otra parte resultaba ya de suyo abusivo"* al punto de convenir la Suma Global Fija en \$45.331.040.425. Si la estipulación en cuestión hubiera permanecido vigente, habría resultado *"ineficaz en el sentido genérico de la expresión"* y *"si se forzara una interpretación que guardara alguna mínima simetría contractual, la limitación aludida no puede sino establecerse a partir de considerar como valor del contrato el fijado a partir de las cantidades finales establecidas en el cierre de libros"*.

Es cierto que en el proceso competitivo se introdujo el anticipo, pero en la ejecución del contrato *"los requisitos establecidos para su pago fueron tan difíciles de cumplir al interior de la Convocada, que finalmente **MASSY** accedió a acoger la recomendación formulada por los funcionarios operativos de **OCENSA**, para que renunciara a cobrar el anticipo a cambio de recibir el pago de una parte de las compras antes de la entrega del suministro (comunicación WG-OC-3801903-0017-C), lo cual finalmente tampoco se cumplió y **MASSY** terminó financiando en buena parte el proyecto"*.

Es cierto que MASSY debía *"revisar la ingeniería básica para efectos de definir la ingeniería de detalle en la parte de esta que le correspondía realizar"*, pero la respuesta de OCENSA a una de las preguntas de los participantes en el proceso competitivo en el sentido de que el alcance del contrato contempla la obligación del contratista de verificar la ingeniería entregada con el fin de proceder a la ingeniería de detalle, no tiene efecto sobre la preparación de la oferta en lo que corresponde a cantidades indicadas en el Cuadro de Ofrecimiento Económico, que eran inmodificables.

MASSY aceptó que en la propuesta había formulado tres solicitudes de excepción a los términos del contrato, una de ellas atinente a su valor, y que el 14 de marzo de 2014 se había realizado una reunión de negociación, pero precisó que la transcripción contenida en la demanda de reconvención de las conclusiones a las que se llegó en la misma no es textual.

En relación con las obligaciones que correspondían a MASSY, la Convocante precisó que *"según consta en la página 6 de las Especificaciones Técnicas entregadas en el proceso de formulación de ofertas 'Ocensa **desarrolló** (en tiempo pasado) la Ingeniería Básica de los sistemas a intervenir en cada estación **y la ingeniería de detalle (Civil y Mecánica) de la Bomba Re Booster de El Porvenir y de la Bomba Principal de Caucasia'**".*

En las especificaciones técnicas también se mencionó que los materiales y equipos de larga entrega *"**fueron adquiridos** (en tiempo pasado)"* por OCENSA y serían entregados al contratista para su instalación.

No obstante, la ingeniería de detalle se entregó con atraso de dos meses y varios materiales tuvieron que ser adquiridos por MASSY.

MASSY afirma haber ejecutado el contrato *"con ajuste a las exigencias de la lex artis ad hoc"*, a pesar de la deficiente ingeniería básica elaborada por OCENSA, la demora en la entrega de la ingeniería de detalle a cargo de la misma, el incremento súbito en las compras de bienes críticos, el retardo en la entrega de materiales y equipos, la omisión en declarar en la fase de oferta algunos acuerdos celebrados con las comunidades, la falta de pago del anticipo y la sorpresa negativa a pagar los precios convenidos en el procedimiento de apertura y cierre de libros. Tan destacada fue la gestión de MASSY, que OCENSA la felicitó *"por los hitos logrados"*, mediante comunicación del 28 de enero de 2015.

Como respuesta a los requerimientos de la interventoría en el sentido de implementar un plan de choque, MASSY envió la comunicación G-INT-3801903-0106-C del 8 de julio del 2014, en la cual *"se hizo un recuento de*

*los principales acontecimientos que no resultaban imputables a **MASSY**, y que hasta aquel instante habían desfasado el proyecto*". Solo hasta el 31 de diciembre de 2014 (fecha de vencimiento del plazo contractual) la interventoría remitió sus comentarios al respecto. En todo caso, es irrelevante la alegación de retraso, pues el plazo del contrato iba hasta el 7 de diciembre de 2014 y luego se extendió hasta el 31 del mismo mes. Al momento de vencimiento del plazo MASSY *"había dado cumplimiento sustancial al contrato"*.

OCENSA se ha negado a pagar el valor completo del Otrosí No. 1. La suscripción del otrosí implica un voto de confianza en la gestión de MASSY que deja sin piso el incumplimiento que predica OCENSA. No es cierto que la ampliación del plazo pactada en el Otrosí hubiera sido por las causas que señala OCENSA en la demanda de reconvención.

MASSY envió comunicaciones a la interventoría en las cuales mostró que debido a hechos imprevistos y ajenos *"se había impactado el avance normal del proyecto"*, por lo cual se proponía modificar los PDT de El Porvenir, Caucasia y Coveñas. Desde el 28 de abril de 2014 se empezaron a documentar estas circunstancias. La desviación en Cusiana que menciona la demanda de reconvención se debió al retraso en la entrega de motores por OCENSA.

Los atrasos que pudieran haberse presentado en el proyecto estaban directamente determinados por el incumplimiento y/o retardo en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de OCENSA y en otras circunstancias no imputables a MASSY y, en cualquier caso, a 31 de diciembre de 2014 existía un *"cumplimiento sustancial del proyecto"*, lo cual confirma el acta de recibo final suscrita el 5 de enero de 2015.

MASSY solo retiró personal en la medida en que fueron terminadas actividades.

La comunicación del 19 de noviembre de 2014 dirigida al gerente general de MASSY fue respondida mediante carta del 27 del mismo mes, en la cual se resumieron *"las principales razones que no permitieron terminar las obras contratadas en la fecha inicialmente establecida; situaciones que fueron notificadas oportunamente a OCENSA y que por lo tanto han sido conocidos (sic) por ustedes previamente"*. Entre estas razones se encuentran la no entrega oportuna de la ingeniería de detalle, *"importantes diferencias descubiertas durante la construcción, que no fueron advertidas en la ingeniería básica y mucho menos fueron tenidas en cuenta para la estimación del tiempo requerido para la construcción"* y que también derivaron en aumento de las cantidades de obra realmente ejecutadas en comparación con las cantidades estimadas informadas por OCENSA en la etapa precontractual, compromisos de gestión social adquiridos con la comunidad, retardo en entrega de materiales a cargo de OCENSA (MASSY compró, a solicitud de OCENSA, materiales que no se había obligado a adquirir), exclusión por parte de OCENSA de materiales de origen asiático, obstaculización por parte de la interventoría que *"todo el tiempo ha estado desviando la atención de los recursos de MASSY en dirección diferente a la del éxito del objeto fundamental del proyecto"*, y distintos acontecimientos no imputables a MASSY reportados en los informes diarios.

Al 5 de enero de 2015 había algunas obras menores pendientes *"que corresponden a un porcentaje mínimo en construcción respecto al contrato"*, según el acta de recibo final de esa fecha. Las obras pendientes no impedían la utilización de la infraestructura, ni comprometían su capacidad.

Lo concerniente a la tubería de succión de la BPC 42050 de la Estación Coveñas *"fue técnicamente solventado por las Partes, mediante la aceptación por parte de **OCENSA** de la solución técnica sugerida por **MASSY**, a consecuencia de lo cual se cerró el tema"*. La bomba BPC-42050 y su tubería de succión fueron entregadas en condiciones de adecuada utilización. OCENSA, al elaborar la ingeniería básica, no advirtió la existencia de interferencias en el trazado de la línea que se desprendían de la conformación previa de las instalaciones de la estación de su propiedad. El

valor de \$1.212.183.334 fue el que las Partes establecieron a los efectos de ejecutar las obras descritas en la solución técnica, pero no es cierto que se tratara de defectos de calidad. Las obras fueron invariablemente ejecutadas con ajuste a los planos aprobados por OCENSA y, en lo que corresponde a la construcción de la línea de succión de la bomba BPC-42050 de la estación de COVEÑAS, sin censura alguna por parte de la interventoría durante el desarrollo de dicha obra.

MASSY no dejó de ejecutar obras requeridas para cumplir el objeto del contrato. Las obras a las cuales alude la demanda de OCENSA, por valor de \$1.702.082.491 (cifra establecida unilateralmente por la interventoría), fueron consideradas innecesarias por las partes. El acta del 5 de enero de 2015 da cuenta del cumplimiento sustancial del contrato. No es cierto que OCENSA *"hubiere sufrido perjuicio alguno por el hecho de convenir que algunas obras no serían realizadas por el Contratista, máxime cuando nada ha pagado por la ejecución de las mismas, como tampoco pagó por las efectivamente realizadas (...)* Es obvio que el descuento del valor de las denominadas **"OBRAS NO EJECUTADAS"** solo podría eventualmente discutirse si OCENSA se aviniera a pagar la **Suma Global Fija** convenida en el cierre de libros, pero lo que resulta insospechado es pretender descontarlas de lo que no se ha pagado. En síntesis, **OCENSA** no paga y además manifiesta tener derecho a un descuento".

MASSY niega haber actuado de mala fe al reclamar el valor del contrato a OCENSA y reitera que fue una suma concertada entre las partes con ajuste al procedimiento de cierre de libros. El valor pretendido por MASSY es el resultado de haber determinado en las actas de cierre de libros las cantidades finales resultantes de la ingeniería de detalle junto con los precios unitarios ofrecidos; y los precios y cantidades resultantes de dicha ingeniería, cuando se tratara de ítems que OCENSA no incluyó en el Cuadro de Ofrecimiento Económico.

La presentación de la demanda arbitral no constituye mala fe y corresponde al legítimo ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia.

De acuerdo con el dictamen pericial elaborado por Carlos A. Bohórquez, el grado de maduración del proyecto no permitía justificar el límite del 15%, aspecto que MASSY no podía determinar al preparar su oferta, dado que en ese momento no existían razones para dudar de la correcta elaboración de la ingeniería básica por parte de OCENSA. El dictamen también demuestra que el tiempo para la preparación de la oferta no hacía posible rehacer o verificar la ingeniería básica.

La oferta de MASSY *"fue elaborada con toda diligencia, a punto de que lo que **MASSY** podía calcular, esto es sus precios unitarios, han permanecido inalterados"*. La oferta de MASSY previó lo que era dado prever, no era la más económica y resultó muy cercana al presupuesto de OCENSA.

MASSY afirmó que no le constaba que las cantidades reales del proyecto se hubieren podido prever desde la ingeniería básica, pero, si así fuera, entonces OCENSA debió haberlo hecho al elaborar el Cuadro de Ofrecimiento Económico.

MASSY propuso excepciones como se transcribe a continuación:

"EXCEPCIONES PRINCIPALES:

- **PRIMERA:** LA QUE DERIVA EN LA INEFICACIA (GENÉRICA) - INCLUIDA, PERO SIN LIMITARSE A LA NULIDAD ABSOLUTA. NULIDAD RELATIVA-, O INAPLICACIÓN DE LA CLÁUSULA QUINTA.
- **SEGUNDA:** ABANDONO -POR APLICACIÓN PRÁCTICA- DEL LÍMITE DEL 15% QUE SE ENCONTRABA INCLUIDO EN LOS DOCUMENTOS ACOMPAÑADOS CON LA INVITACIÓN A PROPONER (MUTUO DISENSO RESPECTO DE DICHO LÍMITE).

- **TERCERA:** INTERPRETACIÓN INADECUADA POR PARTE DE **OCENSA** DE LA CLÁUSULA QUINTA EN PUNTO DEL ALCANCE INICIAL DEL LÍMITE DEL 15%.

- **CUARTA:** LA QUE DERIVA DE LA MODIFICACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES PARA ESTABLECER QUE LAS CANTIDADES DEL CUADRO DE OFRECIMIENTO ECONÓMICO ELABORADO POR **OCENSA** RESULTABAN INMODIFICABLES PARA **MASSY** EN LA PREPARACIÓN DE SU PROPUESTA Y QUE, EN CONSECUENCIA, NO ERA POSIBLE PREVER EN LA MISMA MAYORES CANTIDADES DE OBRA O ÍTEMS NUEVOS.

- **QUINTA:** OBLIGATORIEDAD DE LO CONVENIDO POR LAS PARTES EN DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE CIERRE DE LIBROS SURTIDO PARA LOS EFECTOS DE DETERMINAR LA SUMA GLOBAL FIJA.

- **SEXTA:** BUENA FE DE **MASSY** EN LA PREPARACIÓN DE SU PROPUESTA POR HABERLA AJUSTADO A LAS CONDICIONES REALES DEL PROCESO DE SELECCIÓN CONTRACTUAL.

- **SÉPTIMA:** LA QUE DERIVA DE LA FORMULACIÓN DE TRES 'SOLICITUDES DE MODIFICACIÓN A LA MINUTA DE CONTRATO Y DE SU RECHAZO POR PARTE DE **OCENSA**, LO CUAL EVIDENCIA LA POSICIÓN DOMINANTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE EN LA DEFINICIÓN DE LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO.

- **OCTAVA:** CUMPLIMIENTO SUSTANCIAL DE **MASSY** EN LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS A SU CARGO.

- **NOVENA:** LA QUE DERIVA DE HABERSE CELEBRADO UN ACUERDO ENTRE LAS PARTES RESPECTO DE LAS OBRAS QUE NO SERÍAN EJECUTADAS POR **MASSY**.

- **DÉCIMA:** LA QUE DERIVA DE HABERSE CONSTRUIDO LA TUBERÍA DE SUCCIÓN DE LA BOMBA INSTALADA EN LA ESTACIÓN COVEÑAS CON

ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y BAJO LA REVISIÓN Y APROBACIÓN DE OCENSA.

- **DÉCIMA PRIMERA:** BUENA FE EN LA FORMULACIÓN DE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA POR **MASSY**.
- **DÉCIMA SEGUNDA:** LA QUE DERIVA DE LA EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS AJENAS AL CONTROL DE **MASSY** QUE AFECTARON EL RITMO DE LOS TRABAJOS.
- **DÉCIMA TERCERA:** LA QUE DERIVA DE LA INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, Y ESPECIALMENTE DE LA AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN Y DE PERJUICIOS SUPUESTAMENTE DERIVADOS DEL ALEGADO INCUMPLIMIENTO DE LA FECHA DE ENTREGA DE LAS OBRAS.
- **DECIMA CUARTA:** INEXIGIBILIDAD DE LA SUPUESTA OBLIGACIÓN DE PAGAR LOS DENOMINADOS AJUSTES DE CALIDAD.
- **DECIMA QUINTA:** INEXIGIBILIDAD DE LA SUPUESTA OBLIGACIÓN DE PAGAR LAS DENOMINADAS OBRAS NO EJECUTADAS.
- **DECIMA SEXTA:** INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES COMERCIALES O MORATORIOS.
- **DECIMA SÉPTIMA:** INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR CORRECCIÓN MONETARIA.

EXCEPCIONES SUBSIDIARIAS

- **PRIMERA:** Excepción de contrato no cumplido.
- **SEGUNDA:** Compensación.

- **TERCERA:** *Limitación contractual a la responsabilidad del contratista*”.

6.4.2. CONTESTACIÓN POR PARTE DE BERKLEY

BERKLEY se opuso a la totalidad de pretensiones de la demanda de reconvención y manifestó que no le constaban los hechos por ser ajenos a la aseguradora.

Propuso las excepciones de mérito que denominó *"INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL"*, *"EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO"*, *"VIOLACIÓN DE OCENSA A LOS ACTOS PROPIOS"*, *"COMPENSACIÓN"* y *"EXCEPCIÓN GENÉRICA"*.

6.5. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. llamó en garantía a BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. en virtud de la *"PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVICIOS PROFESIONALES MISCELÁNEOS"* No. 1889, expedida el 30 de septiembre de 2016, de la cual la Convocante es tomadora y asegurada.

Las pretensiones del llamamiento en garantía son las siguientes:

"PRIMERA PRINCIPAL.- DECLÁRESE la existencia del Contrato de Seguros celebrado entre BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., y MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., cuyos términos y condiciones, tales como asegurado, cobertura, monto asegurado, interés, vigencia y deducible, objeto del seguro, entre otros, se encuentran plasmados en la "PÓLIZA SEGURO DE RESP. CIVIL ERRORES U OMISIONES" 1889 "RESPONSABILIDAD CIVIL SERVICIOS PROFESIONALES MISCELANEOS".

SEGUNDA PRINCIPAL.- DECLÁRESE la configuración del siniestro por razón de la ocurrencia de los riesgos amparados mediante la referida "PÓLIZA SEGURO DE RESP. CIVIL ERRORES U OMISIONES" 1889 "RESPONSABILIDAD CIVIL SERVICIOS PROFESIONALES MISCELANEOS", con la siguiente distinción: i) respecto de los GASTOS DE DEFENSA el siniestro se tiene configurado con la sola presentación de la Demanda de Reconvención ahora reformada, en cuanto se trata de la primera Reclamación presentada por **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA-** contra **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.**, y ii) respecto de las sumas reclamadas a mi poderdante por **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA-** el siniestro únicamente podrá tenerse como configurado en caso de que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.**, resultara condenada como consecuencia de las pretensiones formuladas en su contra mediante la Demanda de Reconvención y su Reforma.

TERCERA PRINCIPAL.- DECLÁRESE que la causal de exclusión contenida en la letra A) del numeral 3 de la citada Póliza 1889, según la cual la cobertura del contrato de seguro no ampara "CUALQUIER RESPONSABILIDAD REAL O PRESUNTA ASUMIDA POR EL ASEGURADO BAJO CUALQUIER CONTRATO ...", debe interpretarse y entenderse en el sentido de que tal exclusión se refiere, única y exclusivamente, a aquella RESPONSABILIDAD que después de haberse consumado el respectivo riesgo o producido el daño (siniestro) por causa de la actividad profesional del Asegurado, hubiere sido aceptada o asumida por dicho Asegurado, sin contar para ello con el consentimiento previo de la Aseguradora.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL.- DECLÁRESE la nulidad de la estipulación contenida en la letra A) del numeral 3 de la Póliza de Seguro 1889.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL.- DECLÁRESE el carácter abusivo de la causal de exclusión consagrada en la letra A) del numeral 3 de la citada Póliza 1889, en cuanto se

*entienda que la misma excluye de la cobertura del Seguro de Responsabilidad Civil Profesional, Errores u Omisiones, la responsabilidad que asuma el Asegurado por las obligaciones propias de los contratos en cuya celebración intervenga como Parte y, por tanto, **DISPÓNGASE** su no aplicación.*

TERCERA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL. DECLÁRESE *el carácter abusivo de la causal de exclusión consagrada en la letra A) del numeral 3 de la citada Póliza 1889, en cuanto se entienda que la misma excluye de la cobertura del Seguro de Responsabilidad Civil Profesional, Errores u Omisiones, la responsabilidad que asuma el Asegurado por las obligaciones propias de los contratos en cuya celebración intervenga como Parte y, por tanto, **DISPÓNGASE** su ineficacia.*

CUARTA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL.- DECLÁRESE *el carácter abusivo de la causal de exclusión consagrada en la letra A) del numeral 3 de la citada Póliza 1889, en cuanto se entienda que la misma excluye de la cobertura del Seguro de Responsabilidad Civil Profesional, Errores u Omisiones, la responsabilidad que asuma el Asegurado por las obligaciones propias de los contratos en cuya celebración intervenga como Parte y, por tanto, **DISPÓNGASE** su anulabilidad.*

CUARTA PRINCIPAL.- DECLÁRESE *que el contenido de la letra C) del numeral "2. DEFINICIONES" de la referida Póliza 1889 en cuanto, al definir el alcance de la expresión "Gastos de Defensa" señala "Sin embargo, Gastos de Defensa no incluye remuneración de ningún tipo debida al (o gastos internos incurridos por el) Asegurado", debe interpretarse y entenderse en el sentido de que tal exclusión o limitación se refiere, única y exclusivamente, a los Gastos que por causas anteriores a la formulación de la correspondiente Reclamación o Demanda le deban o le adeuden Terceros al Asegurado y aquellos que correspondan o se generan por el pago de salarios de su personal*

interno, pero de ningún modo comprende ni se extiende a los Gastos de Defensa en que el Asegurado deba incurrir para hacerle frente a la Reclamación o Demanda formulada en su contra por razón y/o con ocasión del desarrollo de sus actividades profesionales como son los honorarios profesionales de Abogado, gastos periciales, honorarios de peritos, obtención y aportación de documentos, etc.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL.- DECLÁRESE *la nulidad parcial del contenido de la letra C) del numeral "2. DEFINICIONES" de la referida Póliza 1889 en cuanto, al definir el alcance de la expresión "Gastos de Defensa" señala: "Sin embargo, Gastos de Defensa no incluye remuneración de ningún tipo debida al (o gastos internos incurridos por el) Asegurado".*

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL. DECLÁRESE *el carácter abusivo de la estipulación contenida en la letra C) del numeral "2. DEFINICIONES" de la referida Póliza 1889 en cuanto, al definir el alcance de la expresión "Gastos de Defensa" señala: "Sin embargo, Gastos de Defensa no incluye remuneración de ningún tipo debida al (o gastos internos incurridos por el) Asegurado" y, por tanto, **DISPÓNGASE** su no aplicación.*

TERCERA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL. DECLÁRESE *el carácter abusivo de la estipulación contenida en la letra C) del numeral "2. DEFINICIONES" de la referida Póliza 1889 en cuanto, al definir el alcance de la expresión "Gastos de Defensa" señala: "Sin embargo, Gastos de Defensa no incluye remuneración de ningún tipo debida al (o gastos internos incurridos por el) Asegurado" y, por tanto, **DISPÓNGASE** su ineficacia.*

CUARTA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL. DECLÁRESE *el carácter abusivo de la estipulación contenida en la letra C) del numeral "2. DEFINICIONES" de la referida Póliza 1889 en cuanto, al definir el alcance de la expresión "Gastos de Defensa" señala: "Sin embargo,*

*Gastos de Defensa no incluye remuneración de ningún tipo debida al (o gastos internos incurridos por el) Asegurado" y, por tanto, **DISPÓNGASE** su anulabilidad.*

QUINTA PRINCIPAL.- CONDÉNESE a BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., a reembolsar a favor de **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.,** previo descuento del deducible aplicable y hasta por el monto máximo asegurado, la totalidad de las sumas que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.,** resulte condenada a pagarle a **OCENSA** mediante el mismo Laudo que resuelva la Reforma a la Demanda de Reconvención.

SEXTA PRINCIPAL.- CONDÉNESE a BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., a indemnizar a favor de **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.,** en exceso del deducible, los daños y los gastos de defensa en que incurrió para hacerle frente a la Demanda de Reconvención y su Reforma, formuladas en su contra por **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA-.**

SÉPTIMA PRINCIPAL.- DISPÓNGASE que **BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.,** cuenta con tres (3) días para efectuar, de manera efectiva, el pago de las sumas de dinero que deba reembolsarle a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.,** y a partir del vencimiento de ese término adeudará intereses moratorios a la máxima tasa comercial autorizada por la ley.

OCTAVA PRINCIPAL.- ORDÉNESE que las sumas de dinero que **BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.,** deba pagarle y/o reembolsarle a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.,** devengarán intereses a la tasa máxima comercial autorizada por la ley, desde la ejecutoria del Laudo y hasta su pago efectivo.

NOVENA PRINCIPAL.- CONDÉNESE a BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., a pagar las costas, incluidas las agencias en derecho, a favor de MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.

DÉCIMA PRINCIPAL.- ORDÉNESE la expedición y entrega a favor de MASSY ENERGY COLOMBIA S.A., de un ejemplar auténtico del Laudo arbitral con constancia de (i) EJECUTORIA, (ii) de ser una PRIMERA COPIA y (iii) de PRESTAR MÉRITO EJECUTIVO".

Los hechos en los cuales se sustentó el llamamiento en garantía se resumen a continuación.

MASSY y OCENSA suscribieron el Contrato EPC No. 3801903 el 21 de marzo de 2014, producto del proceso competitivo iniciado por OCENSA para el desarrollo del Proyecto Delta 35 cuyo objeto comprendía el desarrollo de ingeniería de detalle, compras, construcción, montaje, adecuación, precomisionamiento, comisionamiento y puesta en marcha.

En el presente litigio, OCENSA formuló demanda de reconvención el 10 de marzo de 2017, sin que previamente hubiera comunicado a MASSY que la consideraba deudora de suma alguna derivada de supuestos incumplimientos al contrato EPC No. 3801903, por lo cual se trata de una primera reclamación. La demanda fue corregida el 27 de abril de 2017.

El 10 de mayo de 2017 fue notificada la admisión de la demanda de reconvención.

El 30 de septiembre de 2016, BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., en condición de aseguradora, y MASSY ENERGY COLOMBIA S.A., en calidad de tomadora, celebraron el "*contrato de SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVICIOS PROFESIONALES MISCELANEOS que dio lugar a la expedición de la Póliza No. 1889*".

La vigencia de dicha Póliza 1889 se convino entre el 3 de octubre de 2016 y el 3 de octubre de 2017. Sin embargo, las mismas partes acordaron también, de manera expresa, la *"Base de Cobertura: Claims Made con retroactividad al 03 de Octubre de 2014"*.

En las definiciones se dispuso que *"B. Reclamación significa toda demanda o proceso, ya sea civil, comercial o arbitral en contra del Asegurado, para obtener la reparación de un daño patrimonial. Así como cualquier notificación o requerimiento escrito en contra del Asegurado que pretenda la declaración de su responsabilidad por un Daño causado en la ejecución de Servicios Profesionales. Las anteriores se considerarán Reclamaciones siempre y cuando estén relacionadas con un Daño y/o Gastos de Defensa cubiertos bajo la presente póliza"*.

La demanda de reconvención (la reclamación) y su admisión tuvieron lugar dentro del plazo de vigencia de la póliza. La ejecución del contrato entre OCENSA y MASSY y, en particular, las circunstancias aludidas en la demanda de reconvención, ocurrieron durante la vigencia de la póliza durante el plazo convenido para la retroactividad *"Claims Made"*.

El 26 de mayo de 2017, MASSY, a través del intermediario de seguros, presentó aviso del siniestro a BERKLEY.

OCENSA reformó la demanda de reconvención el 29 de septiembre de 2017, reforma que fue admitida el 10 de octubre siguiente.

6.6. CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

BERKLEY se opuso a las pretensiones del llamamiento en garantía, excepto la primera, relativa a la existencia del contrato de seguro, y la décima, referente a la entrega de copia auténtica del laudo, a las cuales se allanó.

Los hechos fueron contestados según se resume a continuación.

BERKLEY aceptó la existencia de la póliza de seguro y las fechas dentro de las cuales estuvo vigente, indicadas por MASSY en el escrito de llamamiento en garantía, con la precisión de que terminó el 3 de octubre de 2017. La aseguradora aceptó que la demanda de reconvención y su admisión se produjeron durante la vigencia de la póliza, así como los hechos materia de la demanda de reconvención dentro del período de retroactividad.

BERKLEY expresó que no le constaba que, previamente a la presentación de la demanda de reconvención en este proceso, OCENSA no le hubiera presentado ninguna reclamación a MASSY por los hechos objeto de la demanda.

La aseguradora reconoció que MASSY presentó aviso del siniestro el 26 de mayo de 2017.

BERKLEY propuso las excepciones de mérito que denominó "*FALTA DE COBERTURA: LOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR OCENSA NO ESTÁN CUBIERTOS POR EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL CELEBRADO POR BERKLEY Y MASSY*", "*FALTA DE COBERTURA. OCURRENCIA DE UNA EXCLUSIÓN: INOBSERVANCIA DE DISPOSICIONES LEGALES Y ORDENES DE AUTORIDAD, DE NORMAS TÉCNICAS Y ESTIPULACIONES CONTRACTUALES*", "*FALTA DE COBERTURA. BERKLEY NO ESTÁ OBLIGADA A ASUMIR LOS GASTOS DE DEFENSA*", "*EL CONTRATO DE SEGURO CELEBRADO POR BERKLEY Y MASSY OPERA EN EXCESO DE CUALQUIER OTRO SEGURO MEDIANTE EL CUAL SE PUEDA OBTENER LA INDEMNIZACIÓN*", "*DEDUCIBLE*" y "*LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO*".

II. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Una de las exigencias al juzgador para proferir sentencia de fondo es la de verificar la debida configuración de los presupuestos procesales requeridos para ello, por medio de los cuales se garantiza la vigencia del postulado constitucional del debido proceso, y el acato de los principios atinentes a la legalidad en la actuación, fundantes ambos de la función jurisdiccional como expresión soberana del Estado.

Así pues, el Tribunal al ocuparse de dicho examen habrá de constatar que las condiciones de procedimiento necesarias para el estudio y decisión de fondo de las controversias sometidas a su conocimiento, se encuentren reunidas, para lo cual corrobora en este caso que:

- (i)** La demanda mediante la cual se promovió el presente trámite arbitral, así como su reforma, reunió los requisitos de forma señalados en la Ley; lo mismo puede predicarse de la demanda de reconvención y de su reforma;
- (ii)** La parte convocante y la parte convocada son personas jurídicas, plenamente capaces, que han concurrido a este proceso por medio de sus representantes legales debidamente facultados para ello, y sus apoderados fueron formalmente reconocidos para su actuación durante esta causa arbitral;
- (iii)** El procedimiento y trámites seguidos por el Tribunal Arbitral se ajustaron a los mandatos legales, sin haber advertido causal alguna de nulidad que viciara la actuación surtida, amén de que las partes en diferentes oportunidades fueron interrogadas acerca de la necesidad de alertar respecto de cualquier atisbo de afectación del trámite arbitral, frente a lo cual manifestaron su conformidad con el desarrollo del

proceso, sin haber puesto de presente ninguna situación adversa al debido curso del trámite;

(iv) El Tribunal Arbitral se encuentra en término para proferir el presente Laudo;

(v) La competencia del Tribunal fue definida en la primera audiencia de trámite, mediante decisión recurrida parcialmente por la Convocada, y confirmada por el Tribunal Arbitral, quien dispuso entonces, y a propósito de la inconformidad de la recurrente relacionada con la solicitud para que fuere decidido *ab initio* lo relativo a la caducidad de varias pretensiones de la demanda, que dicha petición sería resuelta una vez se surtiera *"la etapa probatoria del proceso, de suerte que permitiera al Tribunal resolver integralmente todo lo referente a la temática de la caducidad en el correspondiente laudo"*⁴.

Por lo expuesto en antecedencia, el Tribunal habrá de resolver entonces sobre el único aspecto que le impediría proferir una decisión de fondo, circunscrito a la figura de la caducidad, cuyo análisis, estudio y pronunciamiento emprende a continuación:

1.1. PRONUNCIAMIENTO PREVIO

En desarrollo de la etapa conciliatoria del proceso, las Partes sometieron a consideración de este Tribunal un acuerdo que resultó **no aprobado**, con sustento en los argumentos que fueron expuestos en el pronunciamiento que recogió el auto No. 25, proferido dentro de la presente causa arbitral, el día 6 de junio de 2018.

⁴ Auto No. 30 de fecha 18 de julio de 2018, Acta No 22 de la misma fecha.

De los argumentos a que se hizo alusión entonces, el Tribunal encuentra necesario para preservar la coherencia de su análisis, traer a colación la siguiente síntesis de los mismos:

- (i)** El Contrato EPC 3801903 fue suscrito el 21 de marzo de 2014, con un plazo de ejecución de ocho meses. Por medio del Otrosí No. 1, suscrito el 9 de septiembre del 2014, se extendió el plazo de ejecución del contrato hasta el 31 de diciembre de 2014. El término de liquidación del Contrato se convino en cuatro (4) meses contados a partir del vencimiento del plazo del contrato⁵.
- (ii)** El 25 de noviembre de 2014 se suscribió el Otrosí No. 2 al Contrato, relativo a la modificación de la razón social de la Convocante.
- (iii)** El 5 de enero de 2015 fue suscrita el "*Acta de Recibo Final de los Servicios/Obras*"⁶, mediante la cual se declararon culminadas el 31 de enero de 2014, las actividades contractuales en la Estación La Belleza y la Estación Vasconia, se recibieron y declararon parcialmente finalizadas las actividades en las Estaciones Cusiana, El Porvenir, Caucasia y Coveñas, y se dejó constancia de la existencia de obras pendientes por ejecutar que "*corresponden a un porcentaje mínimo en construcción respecto al contrato (3.52%)*"⁷. En el acta en comento, se estableció además el 29 de enero de 2015, como última fecha para el recibo de todos pendientes.
- (iv)** Según lo manifestado en el hecho 42 de la demanda inicial de MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. (hecho No. 92 de su reforma), en el mes de abril de 2015 fueron ejecutadas las últimas obras pendientes. Por su parte, la demanda de reconvención de OCENSA (hecho 81 de la demanda de reconvención y 84 de su reforma) también da cuenta de

⁵ Cláusula Cuarta del Contrato EPC 3801903.

⁶ Folio 388 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷ *Ídem*.

la realización de obras por MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. hasta abril de 2015.

- (v) El término de liquidación pactado fue de cuatro meses, de manera que, partiendo del 31 de diciembre de 2014 como plazo del contrato según el Otrosí No. 1, dicho término para liquidarlo de común acuerdo finalizaba el día 30 de abril de 2015. Así pues, el plazo de dos años para presentar la demanda, pasados los dos meses de que trata el artículo 164 del CPACA, numeral 2, literal j), ordinal quinto, empezó a correr el 1º de julio de 2015, y se extendió hasta el 1º de julio de 2017.
- (vi) La demanda que dio origen al proceso fue presentada por MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. el 24 de junio de 2016, y su reforma el 28 de septiembre de 2017. Por su parte, la demanda de reconvención fue radicada el 10 de marzo de 2017, y su reforma el 29 de septiembre del mismo año.
- (vii) En el precitado auto No. 25 de 6 de junio de 2018, el Tribunal citó la Sentencia T-790 de 2010 de la Corte Constitucional, en relación con la interrupción de la prescripción, ante un evento de reforma de la demanda, que resulta aplicable también a la figura de la caducidad, de acuerdo con la doctrina recogida en reiterada jurisprudencia por el Consejo de Estado. De la cita en comento se destacan los siguientes apartes:

*"No obstante, una interpretación sistemática del ordenamiento civil permite concluir que, así como la prescripción extintiva regulada en el Código Civil se refiere **a la extinción de una pretensión en concreto, debe también concluirse que la prescripción se interrumpe en la medida en que efectivamente la demanda contenga dicha pretensión específica respecto de la cual está corriendo el término para su extinción.** (...)*

El Consejo de Estado también se ha pronunciado sobre el punto. Así, por ejemplo, en la sentencia del 17 de agosto de 2005 de la Sección Tercera, esta Corporación consideró:

*"De fundamental importancia resulta la constatación que la demanda se haya formulado antes de que se consolide el fenómeno de la caducidad, cuya ocurrencia inhibe la posibilidad de acceder a la jurisdicción contenciosa administrativa en busca de que se decida en relación con algunas pretensiones. Este requisito debe estar **satisfecho también cuando por la vía de la reforma de la demanda se adicionan demandantes, demandados o pretensiones, por cuanto otros demandantes solo podrán intervenir a formular sus propias pretensiones mientras que el término para ejercer su propia acción no haya vencido; o la demanda no se podrá dirigir contra otro demandado cuando el término para intentar la acción en su contra haya caducado; o no se podrán incluir nuevas pretensiones si el término para intentar la acción a través de la cual pueden ser reclamadas ya ha vencido, esto es ya ha operado el fenómeno de la caducidad**"⁸*

(viii) Anotado lo anterior se dijo entonces que si el plazo de caducidad se cumplió el 1º de julio de 2017 –en los términos del artículo 164 del CPACA, numeral 2, literal j), ordinal quinto–, las pretensiones de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. radicada el 28 de septiembre de 2017, en cuanto incorporen aspectos no planteados en la demanda inicial, **habrían** sido formuladas después de caducada la acción. Lo mismo se predica de la reforma de la demanda de reconvención, presentada el 29 de septiembre siguiente, después de vencido el plazo de caducidad.

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera, providencia del 17 de agosto de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

- (ix) Ahora bien, las partes mencionaron entonces que las obras del contrato culminaron en abril de 2015 (sin especificar el día), lo cual **eventualmente** daría lugar a extender el plazo de caducidad hasta octubre de 2017, según la misma regla del artículo 164 del CPACA, que se ha sido mencionada, con lo cual la reforma de la demanda se habría presentado oportunamente. Sin embargo, se consignó también en esa oportunidad la valoración de este juzgador según la cual nada demostrativo de una modificación conductual del plazo contractual fue convenido por las partes, menos aun cuando toda modificación, según estipulación del mismo contrato, debía estar revestida de formalidad escrita.
- (x) Por otro lado, en la pretensión quinta de la reforma de la demanda, MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. solicitó que se declarara la nulidad del penúltimo inciso de la cláusula quinta del Contrato. Así las cosas, para atender esta petición resulta necesario aplicar el artículo 164 del CPACA, de conformidad con el cual, el plazo de dos años para demandar la nulidad absoluta o relativa del contrato, incluso de manera parcial, se cuenta desde el día siguiente al de perfeccionamiento del mismo, que en el presente caso fue -sin hesitación alguna- el 21 de marzo de 2014, lo que significa que el término para deprecar la pretendida nulidad venció el 22 de marzo de 2016, mucho antes de la iniciación del presente proceso.

Como quiera entonces que el Tribunal refirió la resolución de la temática atinente a la caducidad para el momento del laudo, ambas partes se pronunciaron particularmente frente a la misma en sus alegaciones de conclusión, pese a que ninguna de ellas invocó la Caducidad como excepción, ora con ocasión de la demanda principal, ora con ocasión de la demanda de reconvención.

1.2. POSICIÓN DE LAS PARTES FRENTE A LA CADUCIDAD EN LA PRESENTE CAUSA ARBITRAL

1.2.1. Oleoducto Central S.A. – OCENSA

En opinión de OCENSA, el Tribunal deberá desestimar varias de las pretensiones de MASSY en su Reforma de la Demanda, por cuanto sobre ellas operó el fenómeno de la caducidad.

Al efecto, el apoderado de OCENSA destacó lo siguiente:

- (i) El origen de la presente controversia se encuentra en el Contrato celebrado el 21 de marzo de 2014.*
- (ii) De acuerdo con la Cláusula Cuarta del Contrato, el término de duración de las Obras sería de ocho (8) meses contados a partir de la firma del Acta de Inicio, y el plazo de liquidación del contrato sería de cuatro (4) meses a partir de la finalización del plazo de ejecución de las Obras.*
- (iii) El Acta de Inicio de las Obras fue suscrita por las Partes el 7 de abril de 2014, por lo cual el término que Massy tenía para ejecutar las obras vencía, inicialmente, el 7 de diciembre de 2014.*
- (iv) Mediante Otrosí No. 1, las Partes extendieron el término de duración de las Obras hasta el 31 de diciembre de 2014.*
- (v) A partir de lo anterior, las Partes también extendieron el término para la liquidación del Contrato hasta el 30 de abril de 2015.*
- (vi) Como ocurre con toda entidad pública, los contratos que Ocensa celebra son contratos estatales y, además, a Ocensa le son aplicables*

las reglas de caducidad de la acción, consagradas en el artículo 164 del CPACA.

(vii) *La aplicación de dichas reglas de caducidad dependerá de la naturaleza del contrato específico y del contenido de la pretensión específica, por cuanto el artículo 164 del CPACA contiene un sinnúmero de hipótesis a partir de las cuales variaría la fecha de inicio del término de caducidad correspondiente.*

(viii) *Tratándose de contratos estatales, como lo es este Contrato, las reglas de caducidad se encuentran previstas en el literal j. del numeral 2 del artículo 164 del CPACA. (...)*

En adición a lo anterior, manifestó el apoderado de OCENSA en su alegación, que el literal j del artículo 164 del CPACA contiene una hipótesis general, una aplicable a la caducidad cuando se trate de pretensiones que versen sobre la nulidad absoluta y relativa de un contrato estatal, y unas reglas especiales que deben ser aplicadas en el caso concreto.

En desarrollo de esta postura, señaló que el término máximo de caducidad de cualquier pretensión derivada del Contrato objeto de controversia, vencía el 1º de julio de 2017, en aplicación de lo dispuesto en el numeral v) del literal j. del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, antes mencionado.

Agregó además en las mencionadas alegaciones, que MASSY presentó reforma a la demanda principal el día 28 de septiembre de 2017, habiendo incluido pretensiones que no se encontraban consignadas en la demanda inicial.

Con ocasión de la inclusión de nuevas pretensiones en la reforma de la demanda mediante la cual se promovió el presente arbitraje, consideró el apoderado de OCENSA que resulta aplicable la doctrina recogida en la Sentencia de Unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 25

de mayo de 2016 (Exp. No. 40077), a propósito de lo cual cita el siguiente aparte de la *ratio decidendi*:

"En este punto, no se puede perder de vista que de conformidad con la unificación que se efectúa en esta providencia según los razonamientos pertinentes, la presentación de ciertas pretensiones no interrumpe el término de caducidad objetivamente establecido que se computa hasta su finalización, de manera que el hecho de que un demandante manifieste ciertas solicitudes en tiempo no lo posibilita a que posteriormente, cuando caduque su derecho de acción, manifieste otras peticiones sobre las cuales guardó silencio durante el interregno en el que ese derecho le estaba habilitado, de lo que se sigue que el requisito de caducidad de la acción deba verificarse tanto al momento de presentación de la demanda como al instante en el que la misma se adicione, sin importar que se intenten agregar nuevos demandantes, demandados u objetos de discusión" (Se subraya y se resalta).

También advirtió el apoderado de OCENSA que: *"Contrastando estos lineamientos del Consejo de Estado con el caso concreto, se tiene que, en su Reforma de la Demanda, Massy incluyó nuevos objetos del litigio, por cuanto el objeto inicial de sus pretensiones (que solo se relacionaba con un improcedente incumplimiento contractual, abuso del derecho, carácter abusivo, ineficacia, y la ejecución de obras por parte de Massy que no han sido remuneradas), fue totalmente modificado por Massy al incluir pretensiones relacionadas con: (i) La interpretación de cláusulas contractuales; (ii) La nulidad de cláusulas contractuales; (iii) La modificación expresa o tácita de los términos del Contrato; y (iv) El rompimiento del equilibrio económico del Contrato, entre otras."*

Finalmente, precisó la Convocada que las pretensiones formuladas en su demanda de reconvención y su reforma fueron presentadas en tiempo, pues - contrastando estos lineamientos del Consejo de Estado con el caso concreto- se tiene que en esta última no se integraron por OCENSA nuevos demandantes ni demandados, ni se incluyó un nuevo objeto del litigio,

motivo por el cual no operó caducidad alguna al respecto de las pretensiones contenidas en la mencionada reforma.

1.2.2. Massy Energy Colombia S.A.S. – MASSY

En su alegación, la Convocante empieza por afirmar que:

- (i)** El Contrato traído a este arbitraje, pese a que a su celebración concurrió una entidad estatal como es OCENSA, no se encuentra sometido al Estatuto de Contratación Estatal por virtud de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 80 de 1993;
- (ii)** En la hipótesis de que OCENSA en la conformación de su capital social tuviera participación mayoritaria del Estado, el Contrato citado está sometido al derecho privado, de conformidad con lo dispuesto en su cláusula trigésima, coherente ello con lo establecido en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 de 2011;
- (iii)** El Principio de Consensualidad consagrado en el artículo 874 del Código de Comercio, resulta aplicable entonces al Contrato de marras.
- (iv)** La Convocante ejerció oportunamente la acción mediante la cual promovió este arbitraje, toda vez que *“realmente finalizó la ejecución del tantas veces citado contrato EPC 3801903, esto en agosto 19 de 2015, fecha en la cual Massy remitió a la interventoría el Informe Final Técnico”*, y desde allí se contabilizan los términos de caducidad, de acuerdo con el artículo 164 del CPACA.
- (v)** Varios medios de prueba acreditan la terminación del contrato en la fecha antes anotada.

- (vi) Con apoyo en diferentes elementos probatorios y jurisprudencias que cita *in extenso*, manifiesta la convocante “que fue voluntad inequívoca y consiente”⁹ de las partes “sin protesta, queja, reclamo, ni reserva de ninguna de ellas”¹⁰ la de “llevar, extender, prolongar, prorrogar, fijar, establecer, y/o convenir”¹¹ el término de ejecución del Contrato hasta que se logró “la finalización de todas las obligaciones y actividades en agosto 19 de 2015”¹²;
- (vii) *La acción se ejercita en el momento mismo de la presentación de la demanda y que dicho acto es suficiente para evitar las consecuencias del acaecimiento de la caducidad de la acción. De ahí que sea también claro que la **acción** se relaciona con la **caducidad** y no con la **prescripción de los derechos** en los que se fundan las pretensiones, figuras estas cuyas diferencias han sido ya puestas de presente;*
- (viii) **Resultan patentes las diferencias existentes entre el derecho de acción y la pretensión** y, en consecuencia, entre **la caducidad y la prescripción**, resulta muy importante resaltar que la acción tiene un momento preciso en el que se ejercita y que su mero ejercicio vale la pena para impedir la **caducidad**, de manera concluyente y definitiva. En efecto, **la presentación de la demanda, que se da por una sola vez en el proceso**, basta para poner en movimiento todo el aparato jurisdiccional del Estado sin que pueda operar, en circunstancias normales, caducidad alguna”.;
- (ix) La Demanda que **MASSY** formuló en contra de **OCENSA** comportó el ejercicio de su Derecho de Acción, sin que pueda sostenerse en modo alguno que con la formulación de su Reforma a la

⁹ Alegatos.

¹⁰ Alegatos.

¹¹ Alegatos

¹² Alegatos de conclusión.

*Demanda, **MASSY** hubiere procedido, recién, a ejercer dicho Derecho de Acción, por lo cual no hay lugar a suponer, siquiera, la posibilidad de que hubiere podido operar el fenómeno de la CADUCIDAD en relación con la aludida Reforma a la Demanda”.*

- (x) **Con la reforma de la demanda no se modificó de manera sustancial, dramática o categórica la Demanda inicial a través de la cual **MASSY** ejerció su Derecho de Acción, en relación con el medio de control judicial de controversias contractuales, y menos podría predicarse que mediante tal Reforma **MASSY** hubiere procedido a ejercer una Acción completamente nueva o diferente, toda vez que el proceso ya existía desde antes”;**
- (xi) La reforma de la demanda no puede examinarse a la luz de una institución como la caducidad, para “por esa vía deducir un nuevo e inexistente ejercicio del mismo derecho de acción”¹³, pues se puso en movimiento el aparato jurisdiccional del estado desde la presentación de demanda;
- (xii) En virtud de lo dispuesto por el artículo 141 del CPACA “en todos los casos en que haya controversias contractuales y una de las partes del contrato acuda al juez, habrá ejercido una sola y única acción”.
- (xiii) Respecto de la declaratoria de nulidad formulada como pretensión quinta principal de la demanda, relacionada en el penúltimo inciso de la cláusula quinta del Contrato varias veces citado, el Tribunal está obligado a estudiar su validez con preponderancia a los aspectos de la caducidad por mandato del artículo 1742 del Código Civil;

¹³ Alegatos

- (xiv)** *La excepción de nulidad del Contrato no tiene límite temporal;*
- (xv)** *La eventual caducidad afectaría la pretensión de nulidad, pero no la excepción de nulidad, toda vez que esta última no cuenta con un límite temporal máximo para su reconocimiento, precisamente como excepción;*
- (xvi)** *El juez por mandato del artículo 282 del Código General del Proceso, debe reconocer oficiosamente aquellas excepciones cuyos sustentos facticos se encuentran probados, y ello aplicaría, para el caso de la cláusula quinta del Contrato materia de este arbitraje, pues se encuentran "suficientemente acreditados los vicios de abuso e ilicitud, que afectan gravemente la validez de dicha cláusula";*
- (xvii)** *La nulidad de la precitada cláusula quinta deviene de su imposición por la entidad convocada al predisponer su texto, unido ello a la configuración del abuso cometido con dicha cláusula, derivado del incumplimiento de los deberes de corrección, transparencia, claridad honestidad y lealtad e información por parte de Ocesa, todo lo cual fue conocido por Massy durante el transcurso del proceso.*
- (xviii)** *La caducidad en cualquier caso no podrá contarse desde la celebración del contrato, por aplicación del principio nadie está obligado a lo imposible, reconocido legal y jurisprudencialmente.*

1.2.3. Posición del Ministerio Público

El Ministerio Público *"solicita al honorable Tribunal respetuosamente, declarar la ocurrencia de la caducidad del medio de control para el presente caso, en lo atinente a la pretensión quinta de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., dirigida a la declaratoria de nulidad de una estipulación contractual, que tiene un plazo de caducidad especial*

previsto en el inciso segundo del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, de acuerdo con las consideraciones dadas por los Honorables Árbitros en Acta 20 del 6 de junio de 2018, al momento de analizar la propuesta conciliatoria presentada por las partes, conciliación que fuera declarada fracasada en esa oportunidad”.

1.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LA CADUCIDAD

1.3.1. Naturaleza de las Partes

Durante el transcurso del proceso quedó plenamente probada la naturaleza privada de la Convocante, así como la condición de entidad pública de la Convocada.

El artículo 97 de la Ley 489 de 1998 establece que las sociedades de economía mixta son aquellas de carácter comercial cuyo capital social se compone de aportes estatales y privados, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

En concordancia con lo anterior, y a efectos de determinar su propio ámbito de aplicación, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA (Ley 1437 de 2011) y el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), previeron que las sociedades de economía mixta tendrán la condición de entidades públicas, siempre que la participación accionaria del Estado fuere igual o superior al 50%.

La evidencia documental que reposa en el expediente permite concluir, sin lugar a reparos que: **(i)** Oleoducto Central S.A.- OCENSA es, desde la fecha

de suscripción del contrato con MASSY, una sociedad de economía mixta¹⁴ que en la actualidad se encuentra controlada indirectamente por Ecopetrol S.A.¹⁵; (ii) Cenit Transporte y Logística de Hidrocarburos S.A.S.¹⁶ es la propietaria del 72.6479938% de las acciones suscritas de OCENSA, de suerte que resulta ser el accionista mayoritario de esta última.

Las anteriores circunstancias se comprueban también al examinar el certificado de existencia y representación legal de OCENSA, expedido el 17 de agosto de 2018, y que obra en el expediente a folio 281, que revela una situación de control por parte de Ecopetrol, como matriz, con relación a OCENSA, configurada de manera indirecta a través de la sociedad Cenit Transporte y Logística de Hidrocarburos S.A.S.

Así las cosas, la condición de entidad pública de la Convocada resulta incuestionable, circunstancia que ambas partes reconocen en sus respectivos escritos de alegaciones finales¹⁷.

Ahora bien, el carácter público de la Convocada no es cuestión trivial, pues dicho carácter involucra varios aspectos a saber: **(i)** En primer término, y en razón al criterio orgánico dispuesto en la Ley¹⁸, reiterado por el Consejo de Estado en múltiples providencias¹⁹, el contrato traído a este arbitraje

¹⁴ Certificaciones de Composición accionaria expedidas el 15 de agosto de 2018 y el 21 de noviembre de 2018 por la Secretaría General de OCENSA, que obran en el expediente en los folios 271 y 530 del Cuaderno de Pruebas No. 2, y certificaciones expedidas por la revisoría fiscal Ernst & Young Audit S.A.S. (folios 400, 533 y 534 *ibid.*).

¹⁵ Reverso del folio 16 del Cuaderno Anexos de la demanda de reconvención del Expediente y folios 271 y 530 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

¹⁶ Certificados expedidos por Ernst & Young Audit S.A.S., documentos que obran en los folios 400, 533 y 534 del Cuaderno de Pruebas No. 2, y certificaciones expedidas por la Secretaría General de OCENSA (folios 271 y 530 del Cuaderno de Pruebas No. 2).

¹⁷ Hecho número 8 de la reforma de la demanda de reconvención de OCENSA y página 5 de sus alegatos de conclusión; página 45 de la reforma de la demanda de MASSY y página 9 de sus alegatos de conclusión.

¹⁸ Artículos 1, 2 y 32, Ley 80 de 1993.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Auto de 20 de agosto de 1998. Exp. 14.202. C. P. JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ. Esta posición ha sido expuesta en otros pronunciamientos, entre los cuales se encuentra la sentencia de 20 de abril de 2005, Exp: 14519; Auto de 7 de octubre de 2004. Exp. 2675. Consejo de

resulta ser un contrato estatal; **(ii)** En segundo lugar –y habida cuenta del actividad comercial que desarrolla la Convocada, en competencia con el sector privado²⁰–, el régimen legal del citado Contrato es de derecho privado²¹; **(iii)** finalmente –y en razón a la regulación expresa del artículo 104 del CPACA–, la normatividad procesal aplicable para la resolución de conflictos con origen en los contratos estatales, cualquiera que sea su régimen, es la dispuesta en el CPACA.

Es precisamente lo anotado en antecedencia lo que nos conduce al estudio y aplicación del régimen de caducidad, contemplados en el artículo 164 del ordenamiento normativo antes citado.

De otra parte, ha de mencionarse que no existe debate alguno respecto de la calidad de sociedad comercial de derecho privado de la Convocante.

1.3.2. La Caducidad

La caducidad está suficientemente entendida en el ámbito jurídico universal como un modo de extinción de ciertos derechos (incluido el de acción), en razón de la omisión de su ejercicio idóneo dentro del plazo perentorio y de

Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección A. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Bogotá D.C., mayo nueve (09) de dos mil doce (2012). Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. Bogotá D.C., 20 de febrero de 2017. Rad. 58151.

²⁰ Artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado Ley 1474 de 2011, Artículo 97 de Ley 489 de 1998.

²¹ Auto de Unificación de **fecha 1° de agosto de 2019**. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Sala Plena. CP: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS: *“En cuanto desarrolla actividades comerciales en el marco de mercado regulado, según lo dispone el artículo 14 de la ley 1150 de 2007, se rige por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales y sus contratos se rigen por las disposiciones del derecho privado previstas principalmente en los Códigos Civil y de Comercio y por las especiales que le sean aplicables, interpretadas a la luz de los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal contemplados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política”*.

orden público²², previamente fijado por la ley²³, de suerte que “*los plazos de caducidad determinan de antemano el lapso de vigencia del derecho, potestad o acción, los cuales, en este orden de ideas, nacen con un inevitable término de expiración a costas*”²⁴.

Ahora bien, como quiera que el derecho de acción se materializa en el ejercicio de la formulación de una pretensión concreta al órgano jurisdiccional correspondiente, para que sea valorada dentro del marco de una controversia, el Tribunal encuentra necesario diferenciar el concepto propio de *acción*, de aquel denominado *pretensión*.

Frente a la noción de *acción*, ha de señalarse que tanto la jurisprudencia como la doctrina han considerado que se trata un derecho **único o unitario**, independiente, público, subjetivo, individual y abstracto, en cabeza de todos *los sujetos derecho*²⁵, cuyo ejercicio activa la función pública de administrar justicia a cargo del Estado. En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de afirmar que por medio del derecho de acción –entendido este como la facultad de hacer operar la función jurisdiccional del Estado–, se garantiza el ejercicio del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, contemplado en el artículo 229 de la Constitución Política de Colombia²⁶.

De otro lado, la *pretensión*, como noción en concreto, se refiere a la solicitud específica y particular que un sujeto de derecho formula al Estado,

²² Auto del Consejo de Estado, Sección Tercera, 21 de febrero de 2018. RAD: 1344. CP: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS.

²³ Página 18 del laudo expedido por el Tribunal Arbitral de Telmex Colombia S.A. y UNE EPM Telecomunicaciones S.A. - UNE EPM TELCO s.a. Vs. División mayor del futbol colombiano – Dimayor proferido el día 8 de noviembre de 2018.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de fecha 23 de septiembre de 2002. Exp. 6054

²⁵ Hernando Devis Echandía. “Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Teoría General del Proceso”, editorial ABC, Bogotá D.C., Colombia, 1972 y “Nociones Generales de Derecho Procesal Civil”, editorial Aguilar, Madrid, España, 1966. Jaime Azula Camacho. “Curso de Teoría General del Proceso”, Editorial Librería Jurídica Wilches, Bogotá D.C., Colombia, 1986.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de marzo de 2008, exp. 15845, Ruth Floreira Buriticá y otros, C.P. RAMIRO SAAVEDRA BECERRA.

representado por el sistema de administración jurisdiccional, con miras a hacer efectiva su garantía de acceso a la justicia, en cuanto dicha petición se refiera a la solución de una controversia concreta. En palabras del profesor Devis Echandía se refirió a esta noción, como sigue: *"Cuando contemplamos la demanda en su entidad propia, aparece inevitable la pretensión como el fin concreto que el demandante persigue, es decir, las declaraciones que pretende se hagan en la sentencia. Desde este punto de vista puede hablarse de pretensión en un sentido lato, tanto en los procesos contenciosos como en los voluntarios. (...) En sentido restrictivo, la noción de pretensión está vinculada a la demanda contenciosa, como declaración de voluntad del demandante para que se sujete o vincule al demandado en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos concretos mediante una sentencia."*²⁷, o más sencillamente, lo que se pide al ente jurisdiccional.

En este punto resulta conveniente citar también al profesor López Blanco, quien en el Tomo I, de su obra *Procedimiento Civil*,²⁸ señala a este respecto: *"(...) diremos que por ella (**la acción**) entendemos el derecho público, fundamental y subjetivo que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una **pretensión** mediante un **proceso**."* Seguidamente, agrega: *"(...) tenemos que una cosa es el derecho de pedir al Estado (acción), otra totalmente diferente la pretensión concreta que se formula, y otro el medio por el cual se busca la efectividad de la pretensión (**el proceso**)"*²⁹.

Efectuadas las anteriores acotaciones, advierte el Tribunal – con sustento en la doctrina y la jurisprudencia antes citada - que del **carácter unitario** propio del derecho de acción, surge la imposibilidad de *dividirlo, clasificarlo*

²⁷ Hernando Devis Echandía (1963) Compendio de derecho procesal civil, parte general. Bogotá: Ed. Temis

²⁸ Hernán Fabio López, Código General del Proceso, Parte General, DUPRE Editores, Bogotá Colombia, 2016. Pág. 317.

²⁹ *Ídem*.

*o desagregarlo, impedimento que no se predica de la pretensión*³⁰. En efecto, la ley clasifica las pretensiones según los derechos subjetivos cuyo reconocimiento se persigue, y particularmente el CPACA agrupa a aquellas de acuerdo con los denominados medios de control, que no son otra cosa que *"mecanismos de acceso a la justicia para ser usados según el evento que produce el interés sustancial y particular para demandar"*³¹.

Asimismo, concluye este Tribunal que, en ejercicio del derecho *unitario* de acción, se hace posible acceder a la administración de justicia para reclamar la satisfacción de una o varias pretensiones, las cuales pueden ser formuladas *"en una demanda que dé inicio a un solo proceso"*, o *"ser manifestadas en libelos introductorios diferentes, que incoen procedimientos jurisdiccionales distintos"*³², siempre que el referido derecho de acción no se hubiere extinguido. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia sostengan que cada una de las pretensiones son independientes y autónomas entre sí, y deberán obtener pronunciamiento de fondo del órgano judicial competente, siempre que su formulación se encuentre amparada en el ejercicio oportuno del derecho de acción.

Con el objeto de salvaguardar principios de derecho de tanta trascendencia tales como la seguridad jurídica y la buena fe, así como de otorgar certidumbre a las relaciones jurídicas y conjurar la existencia de obligaciones irredimibles³³, es que el ejercicio del derecho constitucional de acción ha sido regulado por el legislador, de manera tal que se encuentra limitado, entre otros aspectos, en cuanto al momento en que se puede incoar. Este límite temporal se enmarca en la figura jurídica de la *caducidad*, instituto en virtud del cual el referido derecho de acceder a la jurisdicción,

³⁰ *Ibidem*. Pág. 318.

³¹ Consejo de Estado. Auto de unificación de fecha 25 de mayo de 2019.

³² Consejo de Estado. Auto de unificación de fecha 25 de mayo de 2019.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de fecha 28 de abril de 2011. Ref. 2005-0054.01. MP: WILLIAM NAMÉN VARGAS.

fenece cuando no se invoca en el plazo objetivamente determinado por la ley para ello.

Ahora bien, la caducidad del derecho de acción no implica en manera alguna la imposibilidad de volver a acceder a los *órganos jurisdiccionales*, pero si conlleva a que ocurrida ella, el sujeto de derecho se encuentre inhibido para formular ante la jurisdicción **las pretensiones particulares que pueden haber surgido de un acontecimiento concreto**³⁴, respecto del cual se consumó el término de caducidad. Por el contrario, las pretensiones vinculadas a acontecimientos respecto de los cuales no se haya consumado el término de caducidad, o respecto de las cuales ni siquiera haya empezado a contabilizarse dicho término, pueden ser materia del derecho de acción sin la cortapisa de la institución a que se ha hecho mención.

Acaecido el fenómeno de la caducidad de la acción se extingue dicho derecho, sin que exista en nuestro ordenamiento jurídico mecanismo idóneo para revertir esta situación y revivirlo. Así pues, es obligación legal del juez competente verificar en cada caso, y frente a cada pretensión, la ocurrencia del fenómeno de la caducidad.

En razón de lo anterior, no es jurídicamente aceptable afirmar que la simple presentación del libelo introductorio tiene por virtud interrumpir o hacer inoperante la caducidad de la acción respecto de todas las pretensiones que pueden haber surgido de un acontecimiento concreto, pues respecto de cada una de ellas habrá de establecerse el limitante temporal de su formulación, precisamente para que obre con rigor el efecto de la mentada institución,

³⁴ Auto Unificación 25 de mayo de 2016: “Con observancia de lo expuesto, resulta evidente que la caducidad de la acción no versa sobre el derecho único, individual, abstracto y fundamental de acceder a la administración de justicia -ver párrafos 12.1 y 12.2-, como si a quien le caduca tal prerrogativa no pudiera volver a acceder a la misma en ningún momento, interpretación que podría provenir del mal uso a nivel legal del término acción y que cercenaría ese derecho personalísimo y subjetivo injustificadamente, sino que tiene que ver con la imposibilidad de utilizarlo frente a las diferentes pretensiones en específico que puedan ser manifestadas en respuesta a la ocurrencia de un acontecimiento y en uso de los diferentes medios de control establecidos para que el administrado persiga la finalidad que éstos contemplan, lapso cuya contabilización, como se advirtió, usualmente comienza cuando acaece dicha circunstancia de la cual se deriva el mismo interés particular de accionar.”

toda vez que una postura distinta haría nugatorio el principio de la seguridad jurídica, cuya preservación pretende concretamente aquella institución.

De ahí que las siguientes palabras del Consejo de Estado, consignadas en el Auto de Unificación Jurisprudencial de fecha 25 de mayo de 2016, mediante el cual se unificó la jurisprudencia en relación con “*la necesidad de verificar el fenómeno procesal de la caducidad respecto de todas **las nuevas pretensiones** que se eleven en ejercicio del derecho de acción, cuando ello suceda en el marco de la presentación de un escrito de adición de una demanda inicialmente interpuesta.(...)”*, resultan de trascendental relevancia para resolver la controversia a que se refiere este proceso arbitral:

*“(...) realmente no **hay una diferencia entre el individuo que no demandó en ningún momento y el sujeto que sí lo hizo, pero que sólo expuso parcialmente las peticiones que estaba legitimado para elevar,** puesto que a los dos les habría fenecido la oportunidad objetiva que tenían para accionar y por consiguiente, para formular ante la justicia las solicitudes que desearan en ejercicio de ese derecho”*.

Ahora bien, para el Tribunal la preponderancia del derecho de acceso a la justicia lo lleva a afirmar que frente a escenarios como el de las reformas de la demanda principal y de reconvención ocurridas en este proceso, las pretensiones que hubieren sido introducidas en libelo inicial no pueden quedar afectadas por la caducidad, cuando ellas hayan sido reproducidas en los escritos de adición y reforma, bien con modificaciones, adiciones, o modulaciones, pues sólo la formulación de una pretensión relativa a una temática totalmente ignorada en el capítulo de pretensiones de la demanda inicial libelo inicial, podría estar afectada por el fenómeno de la caducidad,

con independencia absoluta de la nominación de “nueva” que hubiere podido atribuírsele en el escrito respectivo³⁵.

1.3.3. Medio de Control de Controversias Contractuales invocado por las Partes

Habida cuenta de la naturaleza jurídica de OCENSA, así como del carácter contractual de la controversia objeto de este trámite, se impone afirmar que la “acción” mediante la cual se promovió el presente proceso arbitral correspondió al ejercicio del medio de control de controversias contractuales, consagrado en el artículo 141 del CPACA.

En adición a lo anterior, a partir de los hechos narrados en la demanda principal y en la de reconvención, se desprende que se trata de una controversia contractual respecto de un negocio jurídico que requería de liquidación –pues así lo acordaron las partes³⁶–, pero que dicha liquidación no ocurrió de manera bilateral, ni unilateralmente por parte de la Convocada.

Ahora bien, el plazo procesal para ejercer el citado medio de control se encuentra regulado en el artículo 164, aparte j. del CPACA, y fue determinado por el Legislador en función de diferentes supuestos fácticos y jurídicos. En particular, para este asunto resultan aplicables los siguientes:

"ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

³⁵ Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera - Subsección A, de fecha 19 de abril 2018, CP: MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO.

³⁶ Contrato EPC. Cláusula Cuarta: Plazo.- “(...) con posterioridad al vencimiento del plazo de ejecución del contrato, las partes dispondrán de hasta cuatro (4) meses, para liquidarlo”

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

j) En **las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años** que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la **nulidad absoluta o relativa del contrato**, el término para **demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento**. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

(...)

v) **En los que requieran de liquidación** y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga; (...)."

Por lo expuesto, y en aplicación estricta de la Ley, el Tribunal aplicará el término de caducidad de los dos años desde la fecha de perfeccionamiento del Contrato, para las pretensiones de nulidad, y para las demás pretensiones, el término de caducidad de los dos años se contabilizará desde el vencimiento de los dos meses siguientes al fenecimiento del plazo contractual pactado para la liquidación del Contrato³⁷, que excede en cuatro meses el prevenido como fecha de su terminación.

³⁷ Consejo de Estado Sección Tercera, 8 de febrero de 2017, CP: MARTHA NUBIA VELÁSQUEZ RICO. Rad: 00549: "De acuerdo con el artículo 164 del CPACA, en el mismo ejemplo anterior el término de dos meses para la

1.3.4. La terminación del Contrato como referente del cómputo del término de caducidad

Del examen de las pruebas arrojadas al expediente puede afirmarse sin dubitación alguna, que el contrato del cual emana la controversia fue suscrito el día 21 de marzo del 2014, con plazo de ejecución de 8 meses, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula cuarta del mismo³⁸. Mediante otrosí suscrito el día 9 de septiembre de 2014³⁹, las partes convinieron en modificar el objeto, valor y plazo del Contrato, habiendo llevado este último hasta el día 31 de diciembre de 2014. Un segundo otrosí fue suscrito el día 25 de noviembre de 2014⁴⁰, mediante el cual se puso de presente la modificación de la razón social de la Convocante, quien en adelante se denominaría Massy Energy Colombia S.A.S.

El Acta suscrita por ambas partes el 5 de enero de 2015, fue denominada por ellas "**Acta de recibo final de los servicios /obras**"⁴¹, y se consignó dentro de la misma la manifestación según la cual "*las partes se reúnen en la fecha con el propósito de suscribir la presente acta de finalización de trabajos con pendientes.*", y donde de manera expresa manifestaron:

"3. Declaración de Finalización:

*Las **partes declaran finalizadas** las actividades objeto del contrato en la Estación La Belleza el 6 de noviembre de 2014 y la Estación Vasconia el 30 de diciembre; se reciben y declaran parcialmente finalizadas las actividades de las Estaciones Cusiana, El Porvenir,*

liquidación unilateral cuenta "a partir del vencimiento del plazo" de cuatro meses (liquidación bilateral) (...)", Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, 30 de octubre de 2013, CP: DANILO ROJAS BETANCOURTH. Rad: 27195.

³⁸ Folio 316 -reverso- Cuaderno de Pruebas No. 1.

³⁹ Folio 357 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁴⁰ Folio 368 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁴¹ Folio 388 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

*Caucasia y Coveñas el 31 de diciembre de 2014, existiendo obras pendientes de ejecutar las cuales se relacionan en los Anexos Nos. 1A y 1B para El Porvenir, 2A y 2B para Cusiana, 3 para Caucasia y 4A y 4B para Coveñas. **y que corresponden a un porcentaje mínimo en construcción respecto al contrato (3.52%).** El cierre de los pendientes descritos en los anexos anteriormente mencionados se hará por Massy antes del día 26 de enero de 2015 en Coveñas y del 24 de enero de 2015 en Caucasia, con la posibilidad de ir hasta el 29 de enero de 2015 para las estaciones de Coveñas y Caucasia; lo anterior, siempre y cuando se cumplan los siguientes condicionamientos:*

- 1. Elaboración de un programa detallado de trabajo para las estaciones de Caucasia y Coveñas al cual se le pueda hacer seguimiento diario.*
- 2. Replanteamiento de la estrategia de los trabajos eléctricos en Coveñas.*

OCENSA declara que se reserva el derecho de terminar en cualquier momento el plazo otorgado para terminar los pendientes de que tratan los anexos 1 a 4, si se evidencia que el programa indicado anteriormente no está siendo cumplido o presenta desviaciones que permita inferir que no se cumplirán los compromisos adquiridos” (resaltado fuera de texto).

De acuerdo con el contenido del acta antes transcrita parcialmente, cuya validez y firmeza no fue nunca cuestionada en el proceso, las partes declararon expresamente la finalización del Contrato, habiendo advertido la existencia aun de un porcentaje **mínimo** de ejecución de obras, así calificado por ellas, relativo al 3.52% de las que fueron objeto del Contrato. Así pues, no existe ninguna otra evidencia documentaria ni testimonial que acredite que las partes revocaron esta declaración expresa de finalización de las obras convenidas para la ejecución mediante el Contrato en cita.

Si bien en el expediente aparece evidencia de la ejecución de las obras que fueron declaradas como pendientes en el acta de 5 de enero de 2015, entre

otras, el "ACTA DE ENTREGA DE ÁREAS UNIDAD PRINCIPAL BPC-42050 ESTACIÓN CAUCASIA PROYECTO DELTA 35" del 29 de abril de 2015⁴², resulta evidente que ninguna de estas manifestaciones restó eficacia tácita o material a la expresa declaración bilateral de finalización de obras, contenida en el acta antes citada.

Para abundar en argumentos respecto de esta apreciación del Tribunal basta con apreciar el contenido del informe mensual de interventoría, correspondiente al mes diciembre de 2014, donde se reitera la fecha de finalización fijada para el 31 de diciembre de 2014, pero donde adicionalmente se menciona que pese al retraso en la ejecución de las obras, la misma interventoría *"sugiere al contratista que durante la etapa de liquidación del contrato finalice los pendientes tipo B mencionados a continuación"*⁴³.

En efecto, la declaración de finalización fue corroborada por todas las comunicaciones que se surtieron a partir del mes de enero de 2015, mediante las cuales se hicieron referencia a la entrega dosieres, devolución de áreas, devolución de materiales, remisión de comprobantes de nómina, revisión de cantidades de compras, cierres de PQR'S, Informe Final de HSE, remisión de soportes del Paz y Salvo de ICA⁴⁴, etc., que de manera inequívoca indican que la fase de ejecución del Contrato estaba vencida, y que las partes se encontraban en una etapa *post* contractual liquidatoria, confirmado ello además por la comunicación de fecha 2 de julio de 2015⁴⁵, remitida por Massy a Ocesa, denominada "Estado actual del listado oficial del cierre de **pendientes menores para la liquidación del contrato**" y la de fecha 13 de agosto de 2015⁴⁶, también remitida por MASSY a OCENSA, y denominada "**Actividades de Liquidación del Contrato**". Oficio ETSA

⁴² Folios 214 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 2.

⁴³ CD Folio 396 Cuaderno de Pruebas No. 2, Segunda Precisión Informe Rep Leg OCENSA y Comp Exh.

⁴⁴ DVD Folio 277 del Cuaderno de Pruebas No. 2, archivo "WG-INT" Pág. 763,

⁴⁵ DVD Folio 277 del Cuaderno de Pruebas No. 2, archivo "WG-OC" Pág. 179.

⁴⁶ DVD Folio 277 del Cuaderno de Pruebas No. 2, archivo "WG-OC" Pág. 228.

OCE 6T OT2 COM 076 – Seguimiento Semana”, en las cuales se invoca expresamente la etapa liquidatoria en la que se encontraba el Contrato para ambos momentos.

La tendencia liquidatoria del contrato, reflejada evidentemente desde enero de 2015, se ejecutó a lo largo de los meses posteriores, habiendo llegado incluso a la remisión a la auditoria de un Informe Técnico Final de fecha de 19 de agosto de 2015, que la parte convocante alega como verdadera fecha de terminación del Contrato, con ostensible desconocimiento de la evidencia probatoria anteriormente reseñada, que desvirtúa de manera categorica tal afirmación, pues comunicaciones como la del 2 de julio de 2015 y la del 13 de agosto 2015, ya hacían referencia a que el contrato se encontraba en fase liquidatoria, y en manera alguna en la de ejecución, como equivocadamente intenta hacerlo parecer la convocante.

No huelga poner de presente además, para encontrar otras razones que soporten la decisión del Tribunal en el sentido de considerar que la fecha de terminación del Contrato fue definida inexorablemente por las partes en el 31 de diciembre de 2014, que analizar la comunicación del 11 de diciembre de 2014, mediante la cual la convocante solicitó al interventor SGS Colombia, *“tramitar la ampliación del plazo del Contrato, ante el eminente vencimiento señalado para el 31 de diciembre del mismo año”*⁴⁷, a lo cual el destinatario respondió el 30 de diciembre del mismo año⁴⁸ con reiteración de la fecha de finalización prevenida en el Contrato, sin que por ello entonces se haya formalizado extensión alguna mediante el otrosí requerido para ello, y del cual se había hecho uso en oportunidad anterior para ese mismo propósito. Así pues, las partes nunca alcanzaron acuerdo alguno sobre la extensión del plazo del Contrato y, por el contrario, la clara respuesta del interventor, que inclusive sugiere la imposición de multas en caso de que llegare a vulnerarse dicho plazo, surge del todo clara para verificar que es

⁴⁷ Folio 334 del DVD Folio 277 Cd Pbs No. 2 Exhibición MASSY/Pruebas/1.Correspondencia/WG-OC.pdf

⁴⁸ Folio 260 del DVD Folio 277 Cd Pbs No. 2 Exhibición MASSY/Pruebas/1.Correspondencia/INT-WG_.pdf

esa fecha la determinante para efectos de establecer el momento de finalización del contrato en mención.

Ahora bien, el incuestionable estado de liquidación en que se encontraba el contrato para el mes de abril del año 2015, lo acredita patentemente la comunicación del 21 de abril del 2015 dirigida a Massy por el director de interventoría y relativa al Contrato traído a este arbitraje, en la cual se insertó la siguiente expresión *"Recordamos que de acuerdo a los términos establecidos en el Contrato de la referencia, el próximo 30 de Abril finaliza la fase de liquidación"*.

Palmaria entonces es la declaración de 5 de enero de 2015, no solo por su tenor literal sino porque una modificación del plazo contractual no habría de perfeccionarse sin haber acudido a la formalidad de un otrosí, exigido por la cláusula trigésima novena del Contrato, a la que ya habían acudido las partes, precisamente con el propósito de extender el plazo originalmente señalado en el 7 de diciembre 2017.

Por otra parte, si bien la tendencia en el derecho privado es admitir que la ejecución práctica de las conductas de las Partes tiene eficacia para alterar las disposiciones contractuales, en los Contratos en que interviene una entidad pública, así estén regulados por el derecho privado, dicha tendencia aun es objeto de suma controversia, pero al margen de ello, en el presente caso, lo que resulta inequívoco es que ninguna actuación conjunta de las partes contravino lo que ellas mismas declararon en el acta del 5 de enero de 2015, al convenir expresamente los términos mediante los cuales reconocieron expresamente finalizadas las obras del contrato, sin perjuicio de los pendientes que allí mismo advirtieron en el porcentaje **mínimo**, así calificado por ellas mismas.

Como corolario de todo lo anterior, el Tribunal reitera lo que plasmó en el auto mediante el cual declaró improbadamente la conciliación, en el sentido de que las obras objeto del contrato finalizaron el 31 de diciembre de 2014, que así lo declararon las partes mediante acta del 5 de enero de 2015, que

ningún comportamiento conjunto de las partes ni tampoco documento alguno quebrantó la declaración de finalización recogida en el acta de 5 enero, y que todos los documentos cursados entre las partes a partir de enero de 2015 dieron cuenta de una fase liquidatoria post contractual, que evidencia precisamente que el contrato había agotado su objeto el 31 de diciembre de 2014.

Con sustento en lo ampliamente expuesto en antecedencia, el Tribunal corrobora que el término de caducidad del medio de controversias contractuales para las pretensiones distintas a las de nulidad de la cláusula quinta, se consumó el **1° de julio de 2017**. En cuanto a la caducidad relativa a la pretendida nulidad del penúltimo inciso de la cláusula quinta del contrato, resulta incuestionable advertir que la misma operó vencidos dos años a partir del día siguiente al perfeccionamiento del contrato -**22 de marzo de 2016**- por tratarse de una circunstancia que ha debido ser denunciada por la parte presuntamente afectada, en acato de las cargas de legalidad, lealtad y buena fe que le eran exigibles.

1.4. PRONUNCIAMIENTO PARTICULAR SOBRE LA CADUCIDAD ESPECÍFICA DE LAS PRETENSIONES FORMULADAS EN LAS REFORMAS A LAS DEMANDAS PRINCIPAL Y LA DE RECONVENCIÓN

En aplicación entonces de la tesis jurídica adoptada por el Tribunal en los apartes precedentes para definir la aplicación de la institución de la caducidad a la controversia traída a este proceso arbitral, a continuación se acometerá el estudio particular de las pretensiones formuladas por las partes en sus reformas, tanto de la demanda principal, como la de reconvención, que resultaron afectadas por la figura en cita, en tanto involucraron temáticas que fueron completamente ignoradas en los libelos originales de ambas partes:

1.4.1. Pretensiones formuladas en la reforma de la demanda de la Convocante, cuya temática no fue abordada en el libelo inicial, y que en consecuencia resultaron afectadas por la caducidad, respecto de ellas:

La pretensión **Quinta Principal**⁴⁹ de la demanda reformada, relativa a la nulidad del penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, **caducó el día 22 de marzo de 2016, como quedó expuesto en antecedencia**, por cuanto dimanaba incuestionable -advertir que la misma operó vencidos dos años a partir del día siguiente al perfeccionamiento del contrato -**22 de marzo de 2016**- por tratarse de una circunstancia que ha debido ser denunciada por la parte presuntamente afectada, en esa oportunidad.

No obstante, el Tribunal abordará de oficio el estudio de la nulidad en cuestión, según se expondrá en apartes posteriores del presente laudo.

En cuanto a la pretensión **Segunda Subsidiaria a la Quinta Principal** relativa a que la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, *"en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta, debe interpretarse en el sentido de que para la aplicación de esa limitación, el valor estimado de la oferta debe ajustarse a la realidad con las cantidades que efectivamente se determinaron en la ingeniería de detalle que fue elaborada por la Contratista y aprobada por la Entidad Estatal Contratante y/ o elaborada directamente por la Contratante y no con base en las cantidades incluidas en el cuadro de ofrecimiento económico, en cuanto estas cantidades fueron estimadas por la Contratante con fundamento en una ingeniería básica que ni siquiera era la definitiva. De esa manera, las cantidades ciertas a ejecutar que se hubieren establecido en la ingeniería*

⁴⁹ Que se declare la nulidad de la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta.

de detalle final, deberán multiplicarse por los precios unitarios ofrecidos en la propuesta y el producto de dicha operación se tendrá entonces como el valor total estimado de la oferta en relación con el cual se aplicará el convenido límite del 15%”, se refiere a una solicitud que en la forma en que se encuentra estructurada en la demanda reformada, también involucra -al practicar el obligado cotejo- una temática que no se encontraba recogida en las pretensiones del libelo original, de suerte que su caducidad emerge diáfananamente.

Ahora, en lo que se refiere a la pretensión **Tercera Subsidiaria a la Quinta Principal por la cual** se solicita se *“disponga la no aplicación de la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta”,* también resulta afectada por la caducidad, toda vez que bajo la misma tesis jurídica que ha venido desarrollando el Tribunal, la solicitud de disponer la *no aplicación* de la estipulación contractual, aparece ausente en el capítulo de pretensiones de la demanda inicial.

En lo atinente a la pretensión **Cuarta Subsidiaria a la Quinta Principal** relativa a la declaración de que *“la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta, debe interpretarse en contra de la Parte que la extendió”,* asimismo resulta afectada por caducidad, habida cuenta que esta solicitud de *interpretación contra proferentem*, no fue recogida por el listado de pretensiones de la demanda inicial.

Las pretensiones **Novena Principal** y **Décima Principal** relativas a *“que se declare que por causas ajenas a **MASSY ENERGY** se rompió el equilibrio económico del Contrato EPC No. 3801903”* y se disponga su restablecimiento *“mediante el reconocimiento y pago a favor de **MASSY ENERGY**, y a cargo de **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA-**, de todas las sumas de dinero a que tiene derecho aquella por razón de la ejecución*

de sus obligaciones contractuales”, igualmente caducaron, por cuanto – en palabras de las mismas pretensiones- el **desequilibrio contractual** a que hacía mención la pretensión segunda de las primeras subsidiarias de la demanda inicial, está referido sólo en cuanto a uno de los mandatos quebrantados como consecuencia del carácter abusivo e ineficaz del penúltimo inciso de la Cláusula Quinta; muy por el contrario, las pretensiones novena y décima de la demanda reformada, involucran solicitudes para que se declare el **desequilibrio económico** del contrato por causas ajenas a Massy, y su consecuente restablecimiento. Así las cosas, se trata de instituciones jurídicas totalmente distintas, lo cual permite reafirmar la declaratoria de caducidad hecha por el Tribunal, con extensión a lo atinente al mismo tema del desequilibrio económico incorporado en la pretensión décima primera principal.

Continuando con el examen de la figura de la caducidad predicada ahora de las pretensiones Décima Tercera Principal, Décima Cuarta Principal, Décima Quinta Principal, Primera Subsidiaria a la Décima Quinta Principal, Segunda Subsidiaria a la Décima Quinta Principal, relativas a que se declare que **OCENSA** incumplió el Otrosí No. 1 al Contrato No. 3801903, y en consecuencia se le condene a pago del saldo insoluto derivado de dicho Otrosí No. 1, junto con sus respectivos intereses moratorios, el Tribunal advierte que se trata en todos estos casos en pretensiones no incluidas en el libelo inicial de la demanda, y por lo tanto su caducidad se vislumbra irrefutable, y así en consecuencia se reconoce y declara.

1.4.2. Pretensiones formuladas en la reforma de la demanda de reconvención de la convocada, cuya temática no fue abordada en el libelo inicial, y que en consecuencia resultaron afectadas por la caducidad, respecto de ellas

En cuanto a las pretensiones 23 y 24 declarativas principales de la reforma de la demanda de reconvención, relativas a que MASSY respectivamente; **(i)** desconoció las características del proceso competitivo y presentó la

oferta desconociendo la estructura del contrato propuesto; y **(ii)** desconoció las características del proceso competitivo y presentó una oferta sin prever las actividades o costos de acuerdo con el mismo proceso, puede predicarse inequívocamente su ausencia en el libelo de reconvención original, de tal suerte que la caducidad de dichas pretensiones deviene irrefutable, y así lo reconoce el Tribunal.

Sin menoscabo de la declaratoria de caducidad de las pretensiones a que se ha hecho referencia, el Tribunal en páginas venideras tendrá que abordar el estudio de algunos temas referidos en ellas, con miras, simplemente, a asegurar la debida integración entre las diferentes materias que comprende el presente laudo.

2. PRONUNCIAMIENTOS PRELIMINARES SOBRE LAS PRUEBAS DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS E INFORME ESCRITO DEL REPRESENTANTE LEGAL DE OCENSA

El Tribunal hace los siguientes pronunciamientos a fin de determinar si son aplicables las consecuencias probatorias y sanciones previstas en los artículos 195, 233, 241 y 267 del C.G.P.

2.1. LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS A CARGO DE MASSY

La documentación objeto de exhibición fue presentada por MASSY los días 30 de agosto, 4 y 31 de octubre de 2018.

Si bien inicialmente hubo pronunciamientos de la Convocada y la Llamada en garantía acerca de documentación que no había sido exhibida, esto fue subsanado mediante la incorporación oportuna de los documentos respectivos al proceso y con posterioridad a la última fecha de entrega no hubo manifestación de dichas partes en el sentido de no haberse obtenido lo pedido.

2.2. LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS A CARGO DE OCENSA

La documentación objeto de exhibición fue recibida los días 21 de agosto, 4 de septiembre y 8 de octubre de 2018.

De acuerdo con el memorial radicado por MASSY el 18 de octubre de 2018, en desarrollo de la prueba de exhibición de documentos a cargo de OCENSA la Convocada no exhibió:

a) Determinados documentos de curvas de características, hojas de datos, diagramas de procesos, características de tuberías y perfil de línea submarina

En el capítulo de solicitud de la prueba de la reforma de la demanda, así como en la contestación de la reforma de la demanda de reconvención, MASSY afirmó que los documentos en cuestión eran necesarios *"para realizar una evaluación de la capacidad del oleoducto de propiedad de OCENSA, antes y después de la ejecución del contrato EPC No. 3801903 celebrado con MASSY"*.

En el memorial del 18 de octubre de 2018, MASSY expresó que tales documentos eran *"imprescindibles para que la firma PROYECTA CONSULTING S.A.S. [a través de dictamen pericial] pueda realizar una evaluación de la capacidad del oleoducto de propiedad de OCENSA, antes, durante y después de la ejecución del contrato EPC No. 3801903 celebrado con MASSY"*.

De acuerdo con lo manifestado por el perito, manifestación que hace suya MASSY en el memorial del 18 de octubre de 2018, la información solicitada permitiría *"demostrar que el proyecto DELTA 35, construido por MASSY ENERGY sustentaba un incremento de confiabilidad y no de capacidad"* (el resaltado es del memorial de MASSY). Lo anterior, agrega MASSY, *"resulta relevante a fin de determinar los efectos precisos que*

derivan de la aplicación de lo dispuesto por el artículo 267 del Código General del Proceso”.

En el mismo sentido se pronunció MASSY en el memorial radicado el 31 de octubre de 2018.

Según el alegato de conclusión de MASSY⁵⁰, la finalidad del Proyecto Delta 35 consistente en el incremento de confiabilidad y no de capacidad fue demostrada a través de los dictámenes elaborados por Carlos A. Bohórquez y Dennis Rincón y *“para que no hubiese lugar a dudas sobre las conclusiones adoptadas en el dictamen al respecto, la sociedad que apodero solicitó oportunamente el decreto de la exhibición a cargo de **OCENSA** respecto de los documentos técnicos requeridos para realizar el estudio correspondiente a la capacidad operativa del Oleoducto mediante un dictamen complementario”*, prueba que fue decretada por el Tribunal. Sin embargo *“**OCENSA** decidió, por sí y ante sí, exhibir de manera incompleta los documentos que le fueron requeridos mediante el decreto de la prueba”* lo cual habría impedido elaborar el dictamen complementario.

De acuerdo con lo anterior, el propósito del dictamen complementario era reafirmar o *“que no hubiese lugar a dudas”* sobre las conclusiones del dictamen elaborado por Carlos A. Bohórquez.

b) Los informes mensuales de la interventoría de abril a julio de 2014

Estos informes no fueron solicitados en los capítulos de la reforma de la demanda y de la contestación de la reforma de la demanda de reconvención en los que se solicitó la prueba de exhibición de documentos, sino que fueron requeridos en el desarrollo de la exhibición mediante Auto No. 53 del 19 de septiembre de 2018.

⁵⁰ Páginas 58 y ss. del capítulo “III. LOS HECHOS PROBADOS”.

c) Algunos anexos del Acta de Liquidación del Contrato No. 3801838 celebrado por OCENSA e INCOPAV S.A. consistentes en: suministro de ambulancia con dotación completa. (Numeral 7.1. del acta de liquidación); prueba hidrostática de tuberías y válvulas. (Numeral 7.3. del acta de liquidación); Tie Ins. (Numeral 7.4. del acta de liquidación); barreras en saco suelo cemento (Numeral 7.5. del acta de liquidación).

En los capítulos de petición de la prueba de la reforma de la demanda y la contestación de la reforma de la demanda de reconvención, MASSY expresó que el propósito de exhibir los contratos distintos del celebrado con MASSY con el objeto de desarrollar el proyecto denominado "Delta 35", así como los documentos donde constara la liquidación de los mismos, las multas, sanciones de cualquier tipo, reclamaciones y las conciliaciones o transacciones que se hubieren celebrado respecto de tales acuerdos, era *"establecer que el aludido proyecto superaba el alcance encomendado a **MASSY**, así como cuáles fueron las labores específicas encomendadas a otros contratistas, su grado y oportunidad de ejecución, y en general si es consistente que **OCENSA** pretenda endilgar a la sociedad que apodero lo que pretende en la reconvención"*.

OCENSA se pronunció sobre la alegada falta de presentación de documentación en la exhibición de documentos en memorial radicado el 31 de octubre de 2018. La Convocada expresó que *"Ocensa sí ha cumplido con las órdenes impartidas por el Honorable Tribunal en cuanto a su exhibición de documentos y, los que Massy echa de menos, simplemente no fueron identificados en la búsqueda de dichos documentos en los archivos de Ocensa"*.

El Tribunal, para decidir, tiene en consideración lo previsto en el artículo 267 del C.G.P., a cuyo tenor:

"ARTÍCULO 267. RENUENCIA Y OPOSICIÓN A LA EXHIBICIÓN. *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 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. (...)"*.

De acuerdo con la norma citada, el efecto de no exhibir un documento consiste en que se tienen por ciertos los hechos que quien pidió la prueba se proponía demostrar o, si aquellos no admiten prueba de confesión, se aprecia la conducta como indicio en contra de quien dejó de exhibir el documento. Para ello, debe ser acreditado que el documento estaba en poder de quien no lo exhibió.

Por otro lado, dado que es requisito que quien solicite la exhibición indique la relación del documento con los hechos que pretende demostrar (artículo 266 del C.G.P.), la aplicación de la consecuencia de dar por demostrados tales hechos presupone que se hubiere cumplido esta carga por parte de quien pidió la exhibición.

En el presente caso, en relación con el requisito de haberse demostrado que los documentos no exhibidos estaban en poder de OCENSA, MASSY se vale de lo afirmado por el perito Carlos Alberto Bohórquez en el sentido de que la información que contendrían los documentos de curvas de características, hojas de datos, diagramas de procesos, características de tuberías y perfil

de línea submarina es necesaria para la operación óptima y segura del oleoducto y su monitoreo.

El Tribunal considera que la afirmación del perito no es suficiente para tener por demostrado que los supuestos documentos no exhibidos estuvieran en poder de OCENSA. Por una parte, no hay señal de que en los documentos estuviera contenida la información presuntamente esencial para la operación y monitoreo del oleoducto, o de que tal información no la pudiera obtener OCENSA de otras fuentes, sin necesidad de contar con los documentos que alega MASSY serían indispensables. Lo afirmado por el perito no se fundamenta en conocimiento que él hubiese tenido previamente de los documentos y su contenido, directamente o por referencias, sino en su concepto de lo que sería indispensable para operar el oleoducto.

Tampoco está acreditado que la demás información no exhibida (algunos informes mensuales -cuya relación con los hechos a probar no quedó establecida- y anexos del acta de liquidación del contrato con INCOPAV S.A.) estuviera en poder de OCENSA.

En consecuencia, no procede, a causa de la presunta ausencia de documentación alegada por MASSY, la consecuencia probatoria prevista en los artículos 233 y 267 del C.G.P., sin perjuicio de que los hechos que se proponía demostrar con los documentos a exhibir (el objetivo del Proyecto Delta 35 y su alcance superior al contrato con MASSY) hubieran sido acreditados por otra vía.

2.3. EL INFORME ESCRITO A CARGO DEL REPRESENTANTE LEGAL DE OCENSA

En el auto de apertura a pruebas dictado el 18 de julio de 2018, a solicitud de BERKLEY y de conformidad con el artículo 195 del C.G.P. se decretó la práctica de un informe escrito a cargo del representante legal de OCENSA.

El 17 de agosto de 2018 fue recibido el informe solicitado, con respecto al cual el Tribunal, a través de auto dictado en audiencia del 21 de agosto siguiente, solicitó hacer algunas precisiones.

OCENSA atendió las precisiones indicadas por el Tribunal el 4 de septiembre de 2018, ante lo cual fue puesto en conocimiento de las partes el informe rendido con sus precisiones, a través de providencia dictada el 17 de septiembre de 2018.

MASSY, a través de memorial radicado el 17 de septiembre de 2018, se pronunció sobre el informe rendido por el representante legal de OCENSA. En este escrito la Convocante pidió aportar documentos adicionales y precisar cierta información relacionada con la fecha de entrega de ingeniería básica y de detalle por OCENSA y los bienes y equipos que no fueron entregados por OCENSA.

El Tribunal, mediante providencia dictada el 19 de septiembre de 2018, consideró que era procedente, de manera oficiosa, solicitar al representante legal de OCENSA complementar el informe con el aporte de los documentos enunciados por MASSY que no hubieran sido aportados en oportunidades anteriores, especificar ciertos puntos de la información dada por OCENSA en relación con las fechas de entrega de ingeniería de detalle, agregar las fechas de entrega de la ingeniería básica e indicar si OCENSA había entregado la totalidad de bienes o equipos que según el contrato debía entregar y su fecha de entrega.

OCENSA dio respuesta al requerimiento del Tribunal el 8 de octubre de 2018, a través de escrito⁵¹ al cual adjuntó nueva documentación, excepto la que afirmó no haber encontrado en sus archivos, y en el cual se pronunció sobre los cuestionamientos formulados de oficio por el Tribunal.

⁵¹ Archivo “Segundo alcance informe Rep. Legal Ocesa” del CD del folio 396 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

Esta respuesta por parte de OCENSA se puso en conocimiento de las demás Partes mediante auto dictado el 10 de octubre de 2018. MASSY se pronunció al respecto a través de memorial radicado el 16 de octubre de 2018. OCENSA hizo lo propio en memorial radicado el 31 de octubre siguiente.

El Tribunal considera que no hubo renuencia de parte del representante legal de OCENSA para atender los varios requerimientos del Tribunal, como quiera que se encuentra respuesta a la información solicitada inicialmente en el auto que decretó la prueba y, posteriormente, la que se pidió especificar de manera oficiosa, información complementada con el aporte de documentos en cuanto se contara con ellos, aunque ello no fuera típico de la prueba de informe prevista en el artículo 195 del C.G.P., ni la transformó en una prueba de exhibición de documentos pues no fue solicitada así ni la decretó el Tribunal de esa manera, lo cual implica que ante la no entrega de cierta documentación por no haber sido encontrada, no había lugar a las indagaciones adicionales propias del trámite de la exhibición (artículo 267 del C.G.P.) para deducir de ello consecuencias en el proceso.

3. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE OCENSA Y WOOD GROUP PSN COLOMBIA (HOY MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.). SU INTERPRETACIÓN GENERAL Y EN ESPECIAL LA DE LA CLÁUSULA QUINTA.

OCENSA envió una invitación a WOOD GROUP, entre otros proveedores, el 8 de enero de 2014, para participar en el proceso competitivo a fin de contratar la INGENIERÍA, COMPRAS, CONSTRUCCIÓN, PRECOMISIONAMIENTO, COMISIONAMIENTO Y PUESTA EN MARCHA DE LAS MODIFICACIONES A LOS SISTEMAS DE BOMBEO Y SISTEMAS COMPLEMENTARIOS DEL PROYECTO DE AMPLIACIÓN DE CAPACIDAD: DELTA 35⁵².

⁵² Ver folios 1 y 2 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Se indicó en la misma invitación que los trabajos se ejecutarían de acuerdo con el contrato que se suscribiera, con las especificaciones técnicas (Anexo 1), con las políticas corporativas de OCENSA y con lo ofrecido en la propuesta que presentara la empresa respectiva, una vez aceptada por LA COMPAÑÍA. También se indicó que en el pliego de condiciones se encontraban los requisitos de presentación de la oferta y un cronograma detallado del proceso de contratación, el cual iniciaría con una reunión conjunta en las oficinas de LA COMPAÑÍA en Bogotá D.C., cuya asistencia era obligatoria, que se desarrollaría el día 10 de enero de 2014 a las 4:00 p.m. y se realizaría con el fin de presentar el alcance de los servicios y atender las inquietudes o aclaraciones de los participantes en el proceso de licitación.

De otro lado, en el Pliego de Condiciones OCENSA indicó que había decidido invitar a diversos proveedores para que le presentaran ofertas en firme e incondicionales. Además, que *"...este proceso no consiste en una oferta de compra o solicitud de ejecución de obras por parte de OLEODUCTO CENTRAL S.A. Se trata de una invitación para recibir ofertas en firme e incondicionales para la ejecución de los servicios y obras con la finalidad de que OLEODUCTO CENTRAL S.A. identifique y evalúe las diferentes alternativas y emita su aceptación parcial o total en relación con una, varias o ninguna de ellas"*.

Surtido el procedimiento fijado por OCENSA, WOOD GROUP PSN COLOMBIA (hoy MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.) presentó el 27 de febrero de 2014⁵³ su propuesta legal y económica, *"de acuerdo con los términos y condiciones previstos en el pliego de condiciones, sus anexos y adendas"*, por un valor total incluyendo utilidad de **\$33.167.615.406**, más IVA por utilidad por un valor de **\$233.815.972**, para un gran total de **\$33.401.431.379**.

Dicha propuesta económica se compendia en un cuadro⁵⁴ que identifica el

⁵³ Ver Folios 107 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵⁴ Ver folio 136 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 1.

valor estimado por cada una de las estaciones a intervenir, estableciendo el costo directo y los costos indirectos, así: para ingeniería 12%, compras 5% y construcción 39%. Además, se discrimina la utilidad sobre los costos directos por 6% y el IVA sobre la utilidad del 16%.

Este cuadro resumen se anexa al de Ofrecimiento económico, el que en una tabla distingue ingeniería, compras y construcción y enlista los trabajos a realizar, la "descripción de entregable", la cantidad y el tipo de documento, y se diligencia el valor unitario y el valor total.

Evaluadas por OCENSA las diferentes propuestas presentadas, finalmente la de WOOD GROUP PSN COLOMBIA (hoy MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.) fue seleccionada, y así le fue hecho saber según comunicación de 21 de marzo de 2014⁵⁵.

El 21 de marzo de 2014, se firmó el contrato No. 3801903⁵⁶ entre OLEODUCTO CENTRAL S.A., actuando como LA COMPAÑÍA, y WOOD GROUP PSN COLOMBIA S.A., como EL CONTRATISTA, con un plazo de ejecución de ocho (8) meses contados a partir de la fecha del acta de inicio de las obras⁵⁷, por un valor total de COP \$33.167.312.433, concretado en la CLÁUSULA QUINTA como una Suma Global Fija, ajustable en dos momentos, y cuyo OBJETO es ejecutar/realizar/llevar a cabo las obras y/o trabajos de INGENIERÍA, COMPRAS, CONSTRUCCIÓN, PRECOMISIONAMIENTO, COMISIONAMIENTO Y PUESTA EN MARCHA DE LAS MODIFICACIONES A LOS SISTEMAS DE BOMBEO Y SISTEMAS COMPLEMENTARIOS DEL PROYECTO DE AMPLIACIÓN DE CAPACIDAD DELTA 35, documento que fue aportado en copia con la demanda presentada por MASSY⁵⁸ y no fue tachado de falso por OCENSA.

⁵⁵ Ver folio 313 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵⁶ Ver folios 314 a 369 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵⁷ Ver Acta de inicio del contrato de fecha 7 de abril de 2014. Fol. 337 Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵⁸ Ver folios 314 a 336 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

De conformidad con el inciso segundo de la CLÁUSULA PRIMERA del contrato, *"Las obras y/o trabajos se ejecutarán de acuerdo con lo previsto en el presente contrato y todos sus anexos, incluyendo las especificaciones técnicas y sus anexos (capítulo 1), las políticas corporativas de LA COMPAÑÍA (capítulo 2) y con lo ofrecido en la propuesta de EL CONTRATISTA, con fecha del día 27 de febrero de 2014 (capítulo 3), documentos que forman parte del presente contrato en lo que no lo contradigan. En caso de discrepancias prevalecerá el contrato, en segundo lugar, las especificaciones técnicas y sus anexos (capítulo 1) y las políticas corporativas de OCENSA (capítulo 2) y por último la oferta del CONTRATISTA (capítulo 3)"*.

Además, según su CLÁUSULA CUATRIGÉSIMA TERCERA, forman parte del mismo contrato los siguientes documentos: (i) Especificaciones técnicas, (ii) Carta de Presentación de la Oferta, (iii) Formulario Resumen de la Oferta, (iv) Cuestionario de Inhabilidades e Incompatibilidades, (v) Formato de declaración de multas y/o sanciones, (vi) Tabla 1. Oferta Económica, (vii) Políticas de OCENSA -Política de asuntos con la comunidad y manejo de aspectos socioeconómicos, -Política Seguridad Industrial, Salud Ocupacional y Medio Ambiente, -Política sobre Lugar de trabajo libre alcohol y drogas, -Política de Derechos Humanos, (viii) Código de Conducta de OCENSA, (ix) Directrices para la ingeniería, -Listado General de Documentos de Ingeniería Básica, -Ingeniería Básica, -MTOs, -Listado de entregables de ingeniería detalle, (x) Plan de movilidad para el transporte, -Rutogramas Seguridad Vial, -Formatos Sugeridos Plan de Movilidad, (xi) Directrices de Precomisionamiento, comisionamiento y puesta en marcha (PCA), -Límites de Precomisionamiento, Comisionamiento, Puesta en marcha, presentación en power point, (xii) Directrices para compras, -Lista de equipos y materiales entregados por OCENSA, -Caracterización especial de equipos o materiales, (xiii) Directrices para Planeación y control, (xiv) Plan de Aseguramiento HSE, -Estándares HSE OCENSA, -Formatos de Trabajo OCENSA, Estándares HSE ECOPETROL, (xv) Plan Ambiental, -Legislación

Ambiental, -Formato para elaboración del PACA, -Matriz de aspectos e impactos, -Formato Entrega de Áreas, -Formato inspección vehículo de residuos, -Formato inventario de fugas, -Formato se seguimiento empresas prestadoras residuos, -Formato seguimiento hallazgos interventoría, -Formato seguimiento ICA, -Lista Chequeo para recibo de Zodme, -Reporte Mensual de Generación de Residuos, -Formato control de captación de agua, -Formato Entrega Residuos Sólido, -Listado de Permisos Ambientales por Estación, -Canteras, -Escombreras, -Rellenos Sanitarios, (xvi) Directrices para la Gestión de Riesgos, -Instructivo PY-IN-007 Plan de gestión de Riesgos, (xvii) Directrices para la Gestión de Calidad, -DEL-PE1-012 Plan de Gestión de Calidad Delta 35, -PY-FT-031 Lista de Seguimiento y Control de Calidad del Proyecto, -EO-FT-005 Acciones correctivas preventivas y de mejora, -GT-GF-006 PREGUNTA TÉCNICA TQ, -GT-FT-007 Formato No conformidad NCR, -OCE-G-1M-110 Compilación del dossier de Ingeniería de detalle, -OCE-G-1M-120 Compilación del dossier de Registro de Construcción, -OCE-G-IM-111, -OCE-G-110-112, -OCE-G-1M-113, (xviii) Estándares Técnicos, -0 - Marco Regulatorio OCENSA (MRO) DO-001, -PM-ST-000 Estándar Desactivación y Abandono de Activo, -PM-ST-001 Estándar Perforación en Caliente de la Línea, -PM-ST-002 Estándar Pruebas Hidrostáticas en Tuberías y Accesorios, -PM-ST-003 Estándar Soldadura de Reparación y Mantenimiento, -PM-ST-003 PM-IN-004 Instructivo Diseño e Instalación de Camisas Metálicas Contenedoras Divididas, -PM-1N-011 Instructivo Especificación e Inspección de Tubería y Componentes, -PM-ST-017 Estándar Ajuste de Uniones Bridadas, -PM-1N-019 Ejecución de Perforación en Caliente de la Línea, -PM-IN-023 Instructivo Ajuste de Uniones Bridadas en Tierra PM-IN-059 Instructivo para la Realización de Excavaciones, -PM-IN-060 Instructivo para el llenado o tapado de Tubería, -OCE-IG-345-002-PR-022 Estándar Reparación de Pintura en Tubería y Accesorios, -Anexo OQ Servicios EPC, y (xix) Campamentos e instalaciones Temporales, -Prescripciones para el diseño de espacios de trabajo en contenedores, -Check List de Requisitos mínimos para iniciar labores en campo.

Igualmente, según su CLÁUSULA TRIGÉSIMA TERCERA sobre "POLÍTICAS DE LA COMPAÑÍA", además de lo previsto en el contrato y, de manera especial, en la cláusula de SEGURIDAD INDUSTRIAL, SALUD OCUPACIONAL, MEDIO AMBIENTE Y PROTECCIÓN DE LAS INSTALACIONES, el CONTRATISTA se compromete a conocer y dar cumplimiento a lo previsto en los anexos denominados "POLÍTICA DE DERECHOS HUMANOS DE OCENSA", "POLÍTICA SOBRE LUGAR DE TRABAJO LIBRE DE ALCOHOL Y DROGAS DE OCENSA", "POLÍTICA DE MANEJO DE ASUNTOS CON LA COMUNIDAD" y EL CÓDIGO DE CONDUCTA DE OCENSA".

Mediante la firma de un OTROSÍ No. 1, el 9 de septiembre de 2014, las partes modificaron el objeto del contrato con el fin de adicionar obras, extender el plazo de ejecución hasta el 31 de diciembre de 2014, y cuyo valor fue señalado en \$3.766.811.144, sin incluir IVA, suma global estimada que será ajustada acorde a desviaciones de +1- 5% sobre el valor global. Este documento igualmente fue aportado en copia con la demanda de MASSY y no fue tachado de falso por OCENSA.

Posteriormente, el 25 de noviembre de 2014, las partes firman un OTROSÍ No. 2, mediante el cual acuerdan actualizar la razón social del CONTRATISTA que aparece en el Contrato, para dejar constancia de la modificación efectuada por él mismo, y registrada en Cámara de Comercio de Bogotá, a través de la cual la razón social del CONTRATISTA cambió de WOOD GROUP PSN COLOMBIA S.A. por la de MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. En consecuencia, se indicó que para todos los efectos contractuales EL CONTRATISTA será MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., documento que igualmente fue aportado en copia por MASSY y no tachado de falso por OCENSA.

Al respecto del citado contrato y sus modificaciones, ninguna de las Partes ha discutido su existencia.

Ahora bien, el citado documento escrito fue titulado por las partes como “Contrato EPC”, modalidad contractual para obras de construcción de infraestructura atípico en la legislación colombiana, y sobre el cual considera el Tribunal pertinente desarrollar en primer lugar una labor de análisis e interpretación, a la luz de sus elementos esenciales, a fin de desentrañar las obligaciones que asumieron las partes para poder solucionar de manera adecuada la controversia planteada, tanto en las pretensiones de las demandas y sus reformas, como en las excepciones propuestas.

En efecto, el contrato EPC se ha venido utilizado en Colombia para obras de infraestructura, tomando como base su configuración y utilización práctica en el ámbito internacional⁵⁹. No puede desconocerse que, con apoyo en el principio de autonomía de la voluntad, las personas naturales y jurídicas pueden realizar diferentes acuerdos contractuales, utilizando las distintas modalidades comúnmente empleadas en la práctica nacional e internacional para este tipo de obras, o integrar varias de éstas o adecuarlas según sus requerimientos, quedando de todas maneras sometidas a los apremios del artículo 1602 del Código Civil⁶⁰.

El contrato EPC, que por sus siglas en inglés significa “Engineering, Procurement and Construction”, en español, ingeniería, procura (compras) y construcción, es una modalidad del contrato “llave en mano”, definido como aquel en el cual una sola persona o entidad llamada contratista, se obliga frente al cliente a cambio de un precio, generalmente Global o Alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado. Sin embargo, lo que realmente permite identificar este tipo de contratos es la aceptación que hace el

⁵⁹ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ MAXIMILIANO, *EL CONTRATO INTERNACIONAL DE CONSTRUCCIÓN: ASPECTOS GENERALES*, Revista e-Mercatoria Volumen 5, Número 1 (2006).

⁶⁰ “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

contratista de asumir la responsabilidad por la realización completa del proyecto⁶¹.

Sobre el precio Global o Alzado, es aquel mediante el cual las partes establecen en el contrato una suma fija o total de dinero como remuneración al contratista. Esta suma se mantiene constante incluso si los costos de construcción resultan ser diferentes a los previstos a la celebración del contrato, a menos que el contrato mismo o la ley aplicable a él ordenen reajustes o la revisión del precio en determinadas circunstancias. Bajo este sistema, el contratista asume la ejecución del contrato por una suma predeterminada de dinero y el titular de los riesgos es el constructor en la medida del alcance de la revisión o el reajuste del precio⁶².

En cuanto al OBJETO del contrato, se determinó en la CLÁUSULA PRIMERA que El CONTRATISTA se obliga para con LA COMPAÑÍA a ejecutar/realizar/llevar a cabo las obras y/o trabajos de INGENIERÍA, COMPRAS, CONSTRUCCIÓN, PRECOMISIONAMIENTO, COMISIONAMIENTO Y PUESTA EN MARCHA DE LAS MODIFICACIONES A LOS SISTEMAS DE BOMBEO Y SISTEMAS COMPLEMENTARIOS DEL PROYECTO DE AMPLIACIÓN DE CAPACIDAD: DELTA 35.

Objeto cuyo alcance fue concretado en las Especificaciones técnicas al indicar que, *"Para cumplir con el ALCANCE del proyecto el CONTRATISTA deberá entregar El Proyecto a OCENSA, puesto en operación, debiendo por tanto asegurar todas las actividades, trabajos, compras, materiales y obras complementarias que se requieran para cumplir con el objeto del Proyecto y su entrega a satisfacción a OCENSA"*⁶³.

⁶¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ AURORA, *LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN "LLAVE EN MANO"*. Número 41, Pág. 174.

⁶² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ MAXIMILIANO, *EL CONTRATO INTERNACIONAL DE CONSTRUCCIÓN: ASPECTOS GENERALES*, Revista e-Mercatoria Volumen 5, Número 1 (2006).

⁶³ Ver Especificaciones técnicas Numeral 3, folio 5 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

El citado documento igualmente establece⁶⁴ que dentro del alcance y obligaciones del CONTRATISTA se incluyen las actividades que se relacionan a continuación, entendiendo que la enunciación no es taxativa ni constituye limitación de las obligaciones del CONTRATISTA, quien se obliga a ejecutar la totalidad de las actividades para garantizar la completa y correcta ejecución del objeto del contrato y la puesta en marcha de las modificaciones a realizar en los siguientes sistemas, en las estaciones de bombeo de: Cusiana (CUS), El Porvenir (EPO), Miraflores (MR)⁶⁵, La Belleza (LB), Vasconia (VAS), Caucasia (CAU) y Coveñas (CVA).

- Bombas principales, Booster y Re-Booster.
- Patines de DRA.
- Sistemas de pre-filtración.
- Medidores de flujo.
- Piping.

Dichas actividades incluyen:

- Ingeniería de detalle.
- Compras de equipos y materiales.
- Construcción, Precomisionamiento, Comisionamiento y Puesta en marcha.

Mediante la firma del OTROSÍ No. 1, el 9 de septiembre de 2014, las Partes modificaron, entre otras, la citada CLÁUSULA PRIMERA relacionada con el OBJETO, así: *"...ampliar el objeto del contrato incluyendo las actividades correspondientes al Plan de culminación obras complementarias Proyecto Delta 35 en CUSIANA, EL PORVENIR y COVEÑAS de los sistemas Alivio, y*

⁶⁴ *Ibidem.*

⁶⁵ En el Acta de Solicitudes de Aclaración No. 2, de fecha 14 de enero de 2014, Punto 5, sobre la Pregunta: "Solicitamos confirmar que dentro del alcance del futuro contratista no se incluyen trabajos en la estación Miraflores.", se respondió: "No hay alcance en la estación Miraflores".

Adecuación DRA, las cuales se desarrollarán en cada una de las estaciones mencionadas, de acuerdo con el siguiente alcance:

"1. CUSIANA: Fecha estimada de finalización 30 de octubre de 2014.

- *Conexión tuberías menores, eléctrico e instrumentación de la Bomba DRA que se encuentra montada, llevando señal al DCS.*

"2. PORVENIR: Fecha estimada de finalización 30 de octubre de 2014.

- *Finalización del Bunker de la válvula de derivación del Oleoducto.*
- *Conexión y pruebas del cabezal de alta (Tie-in's), pintura final.*
- *Montaje, conexión y pruebas de válvulas Danflo con sus tableros.*
- *Montaje, conexión, pruebas de la instrumentación y señal al DCS.*
- *Adecuación de accesos y montaje de plataformas operativas.*
- *Adecuación DRA".*

Las Especificaciones Técnicas también disponen, dentro del **ALCANCE GENERAL DE INGENIERÍA**⁶⁶, que como parte de los estudios del proyecto Delta 35, **OCENSA desarrolló la Ingeniería Básica de los sistemas a intervenir en cada estación y la Ingeniería de Detalle (civil y mecánica) de las Bombas Re-Booster de El Porvenir y de la Bomba Principal de Caucasia.** El CONTRATISTA, deberá verificar dichas ingenierías y tomarlas como base para desarrollar la ingeniería de detalle para las demás disciplinas restantes (procesos, civil, mecánica, tubería, eléctrica e instrumentación y control), considerando la relación de documentos mínimos del anexo "Directrices para la ingeniería" e incluyendo y complementando todos los estudios, documentos de ingeniería, planos y demás actividades necesarias para garantizar la adecuada operación de los sistemas alcance del Proyecto y el cumplimiento del objeto contractual y de toda la normatividad técnica aplicable.

⁶⁶ Ver Especificaciones Técnicas, Punto 3.1., folio 5 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Además, que la ingeniería de detalle de las disciplinas civil y mecánica de la Bomba Re-Booster de El Porvenir y de la Bomba Principal de Caucasia será entregada por OCENSA al CONTRATISTA dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la firma del acta de inicio del contrato, con el fin de que el CONTRATISTA inicie obras de construcción para dichas bombas máximo dentro de los 25 días calendario posteriores a la entrega de esta ingeniería por parte de OCENSA.

En cuanto al **ALCANCE GENERAL DE COMPRAS**⁶⁷, indica que los materiales y equipos requeridos para la puesta en marcha de los sistemas objeto de este proceso se han clasificado en tres grupos:

- **Materiales y equipos de larga entrega:** los cuales por el tiempo de fabricación y su costo son críticos para la ejecución del proyecto. **Estos materiales y equipos fueron adquiridos directamente por OCENSA, serán entregados al CONTRATISTA para su instalación y puesta en funcionamiento** y permanecerán bajo la custodia y responsabilidad de EL CONTRATISTA desde su entrega por parte de OCENSA hasta la entrega del Proyecto por parte de EL CONTRATISTA a OCENSA recibido a satisfacción de ésta. El listado de dichos materiales y equipos hace parte integral del Anexo "Directrices para compras mayores y menores".
- **Materiales y equipos menores: Estos son los materiales y equipos sobre los cuales el CONTRATISTA deberá realizar la gestión de compra,** tal como se establece en el anexo "Directrices para compras mayores y menores".
- **Consumibles y otros materiales:** Esta categoría incluye los demás materiales necesarios para llevar a cabo las obras. Estos materiales no hacen parte del alcance de la gestión de compras descrita en este

⁶⁷ Ver Especificaciones Técnicas, Punto 3.2., folio 6 del Cuaderno de Pruebas No. 1

numeral y por lo tanto deberán ser suministrados por el CONTRATISTA y estar incluidos dentro de los costos de las respectivas actividades de construcción.

Entre estos se encuentran:

- Materiales consumibles.
- Equipos y herramientas propios de las tareas de construcción, instalación o montaje.
- Maquinaria y equipo para izaje de cargas.
- Materiales misceláneos y elementos temporales tales como concreto, pernos, accesorios, perfiles, pintura, etc. y en general cualquier material necesario para la adecuada realización del proyecto.

Sobre el **ALCANCE GENERAL DE CONSTRUCCIÓN**⁶⁸, dispone que EL CONTRATISTA deberá **realizar todas las actividades, instalaciones y obras civiles, mecánicas, eléctricas, de instrumentación y control necesarias para la correcta operación de los sistemas objeto del contrato** y de acuerdo con la ingeniería de detalle previamente desarrollada y aprobada para cada disciplina.

Objeto contractual descrito, que, como se advierte, no solo involucra la obligación esencial de MASSY ENERGY de ejecutar/realizar/llevar a cabo las obras y/o trabajos de ingeniería, compras y construcción mencionadas, sino que además comprende la responsabilidad por la realización completa del proyecto, al obligarse también al Pre-Comisionamiento, Comisionamiento y Puesta en Marcha de las modificaciones a los sistemas de bombeo y sistemas complementarios del proyecto de ampliación de capacidad delta 35⁶⁹.

⁶⁸ Ver Especificaciones Técnicas, Punto 3.3., Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 6.

⁶⁹ Ver Especificaciones Técnicas, Punto 3.3. Alcance General de la Construcción, folio 6 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Conceptos de Pre-Comisionamiento y Comisionamiento, que se refieren al conjunto de actividades de revisión, verificación, documentación y realización de las pruebas y ensayos necesarias para comprobar que todos los sistemas y subsistemas que conforman el proyecto se encuentren correctamente instalados y debidamente probados, actividades que, por supuesto, se encuentran incluidas y hacen parte del alcance general de la construcción según las respectivas especificaciones técnicas del caso.

Responsabilidad integral por los resultados finales de la ingeniería y del Proyecto que armoniza con otras obligaciones específicas del CONTRATISTA que se consignan en la CLÁUSULA SEGUNDA del contrato, como la de *"verificar la ingeniería entregada por LA COMPAÑIA y su consistencia, y efectuar las modificaciones y/o actualizaciones a que haya lugar conforme con lo indicado en las Especificaciones Técnicas y sus anexos, así como, efectuar todas las revisiones en campo que se requieran en virtud de la ejecución de la ingeniería con el fin de garantizar la calidad de la ingeniería del Proyecto, toda vez que será su responsabilidad cualquier omisión en la verificación y/o revisión y toda vez que El CONTRATISTA tiene la responsabilidad integral por los resultados finales de la ingeniería y del Proyecto"*⁷⁰.

Obligaciones del CONTRATISTA en el mismo sentido, que igualmente se consignan en las Especificaciones Técnicas, donde se dispone que, *"Para cumplir con el alcance del Proyecto el CONTRATISTA deberá entregar El Proyecto a OCENSA, puesto en operación, debiendo por tanto asegurar todas las actividades, trabajos, compras, materiales y obras complementarias que se requieran para cumplir con el objeto del Proyecto y su entrega a satisfacción a OCENSA"*⁷¹. Y, *"Asumir bajo su responsabilidad la custodia, calidad, estabilidad y acabado del Proyecto contratado, tal como se define en las Especificaciones Técnicas, y de cada uno de los servicios,*

⁷⁰ Ver contrato Cláusula Segunda, Obligaciones del Contratista, numeral 6.

⁷¹ Ver Especificaciones Técnicas, Punto 3. ALCANCE, folio 5 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

ingenierías, obras y/o trabajos parte del Alcance. En caso que se produzca daño, pérdida o desperfecto del Proyecto, o parte de él o de cualquiera de los servicios, ingenierías, obras y/o trabajos contratados o parte de ellos, salvo que ellos fueran atribuibles a LA COMPAÑÍA, EL CONTRATISTA se obliga a repararlos y/o reponerlos a su costa, de manera que para la entrega definitiva del Proyecto, éste y los servicios, ingenierías, obras y/o trabajos parte del mismo estén en óptimas condiciones y de conformidad con lo pactado”⁷².

La anterior descripción del objeto contractual muestra que se trata de intervenir estaciones de bombeo de petróleo en funcionamiento, con el fin de realizarles paralelamente modificaciones a fin de aumentar la confiabilidad del Oleoducto y viabilizar el transporte adicional de 35.000 barriles por día⁷³.

Igualmente, se deja clara la modalidad contractual EPC, pues el CONTRATISTA se obliga a ejecutar/realizar/llevar a cabo, tanto las obras y/o trabajos de INGENIERÍA, COMPRAS, CONSTRUCCIÓN, a partir de la ingeniería de detalle, como el PRECOMISIONAMIENTO, COMISIONAMIENTO Y PUESTA EN MARCHA del proyecto, es decir, asume la responsabilidad por la realización completa del proyecto.

En efecto, las obligaciones del CONTRATISTA no incluyen los diseños ni la ingeniería básica, -salvo el deber de verificación previsto en el numeral 6 de la cláusula segunda del contrato-, sino que parten de la ingeniería de detalle, sin que se desvirtúe por esta circunstancia la modalidad de contrato EPC, según lo corroboró el testigo JORGE AUGUSTO ESPITIA⁷⁴, Gerente de Proyectos de MASSY, en varios apartes de su testimonio al expresar:

⁷² Ver contrato, Cláusula Segunda, Obligaciones del Contratista, numeral 5, folio 315 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷³ Ver Especificaciones Técnicas, Punto 1, folio 5 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷⁴ Archivo “R 02 08 2018 MASSY ENERGY COLOMBIA SAS Vs OLEODUCTO CENTRAL SA OCENSA (4668)” en el CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

"Cuando Ocesa saca a solicitar cotizaciones para hacer **el EPC que es la ingeniería de detalle, la procura y la construcción**, en ese momento Ocesa ya había desarrollado supuestamente la ingeniería básica"; "En los contratos EPC normal cuando es una facilidad nueva es normal que el contratista EPC y **así es lo que quiere decir: ingeniería, procura y construcción, haga toda la ingeniería de detalle**, eso es lo normal sobre todo cuando es una facilidad nueva, pero cuando es una facilidad existente es mucho más difícil hacer una ingeniería de detalle..."; "Quiero aclarar algo. Nosotros, **Massy Energy, es una empresa de servicios petroleros, los servicios que son alcance de Massy Energy son los contratos EPC que es Ingeniería, Procura y Construcción, estos contratos se ejecutan en una etapa final de la ejecución de un proyecto Nosotros como empresa de servicios lo que vamos es en la última etapa que es la ingeniería de detalle**, nosotros no teníamos dentro de nuestro alcance, ninguna ingeniería básica, **teníamos la ingeniería de detalle, la procura y la construcción**".

En el mismo sentido declaró el testigo RUBÉN DARÍO RICO⁷⁵, funcionario de MASSY:

"... un EPC también es de cierta manera en secuencia, **es un proceso que arranca con la ingeniería de detalle**, digamos que ya con un ya uno inicia con una ingeniería de detalle para construcción o una ingeniería APC aprobada para construcción la toma y con base en esa ingeniería o la información allí planteada en unos MTOs que quiere decir Material Take Off o listados de materiales y todo eso y con base en esa cantidad ya lo que hace es iniciar sus procesos de compras e iniciar sus procesos de construcción, compras que pueden ser bold material que es el material que se instala, o compras de equipos o compras de

⁷⁵ Archivo "R 09.08.18 Rubén Darío Rico" en el CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

*materiales, compras de... **toda una planeación orientada a ejecutar lo que ya es una ingeniería detallada**".*

El objeto contractual descrito indica que, si bien al CONTRATISTA le corresponde ejecutar las obras a partir de la ingeniería de detalle de las estaciones a intervenir, OCENSA desarrolló esta ingeniería respecto de las especialidades civil y mecánica de las Bombas Re-Booster de El Porvenir y Principal de Caucasia⁷⁶, correspondiéndole a MASSY ejecutar las especialidades eléctrica e instrumentación⁷⁷.

Así lo dejó claro OCENSA al responder la demanda reformada de MASSY, al expresar que *"Se pone de presente ante el Honorable Tribunal que, de acuerdo con el Contrato, el reajuste de la Suma Global Estimada de Compras y Construcción durante la Primera Apertura de Libros únicamente tendría lugar en relación con las disciplinas civil y mecánica de la Bomba Rebooster de El Porvenir y la Bomba Principal de Caucasia. Este primer procedimiento no incluía las especialidades instrumentación y eléctrica de la Bomba Rebooster de la Estación del Porvenir, ni la especialidad eléctrica o instrumentación de la estación Caucasia"*⁷⁸.

El objeto así descrito, además, especifica en cuanto a compras, que OCENSA adquirió directamente los materiales y equipos denominados de larga entrega que serían entregados al CONTRATISTA para su instalación y puesta en funcionamiento⁷⁹.

Con fundamento en las citadas particularidades del contrato, en un principio MASSY trató de desconocer la modalidad contractual EPC, cuando afirmó en la reforma de su demanda que *"... desde su concepción inicial, el contrato*

⁷⁶ Ver Especificaciones Técnicas, Punto 3.1. Desarrollo General de la Ingeniería, folio 5 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷⁷ Ver folios 370 a 373 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷⁸ Ver respuesta de OCENSA al hecho 69 y sus subnumerales de la demanda reformada de MASSY ENERGY.

⁷⁹ Ver Especificaciones Técnicas, Punto 3.2. Desarrollo General de las Compras, folio 6 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

No. 3801903 se alejó del esquema tradicional que la industria utiliza para este tipo de acuerdos, pues no sólo los ítems y cantidades iniciales correspondientes a la oferta fueron fijados exclusiva y unilateralmente por **OCENSA**, sino que, además, dicha Compañía tomó parte activa en el desarrollo de la ingeniería de detalle, que tuvo como resultado las cantidades finales y sirvió de base a la fijación conjunta de la Suma Global Fija Final y, en general, participó en la ejecución del contrato, de manera directa y/o por intermedio de la interventoría⁸⁰.

Sin embargo, dicho intento quedó desvirtuado cuando confiesa en otro hecho de la misma reforma que, "... de manera completamente extraña al tipo contractual perfeccionado— contrato EPC —, **OCENSA** exigió a **MASSY ENERGY** para la consolidación de las sumas definidas en las actas de cierre de libros, que demostrara, mediante los planos RED LINE, que los ítems y cantidades correspondían a los efectivamente ejecutados en obra⁸¹.

Modalidad contractual EPC, que igualmente confiesa la representante legal de MASSY, señora NATALIA GÓMEZ PALACIO⁸², quien, al ser interrogada en la audiencia respectiva por el apoderado de OCENSA, segunda pregunta, del siguiente tenor: "Diga cómo es cierto sí o no que a Massy Energy Colombia S.A.S, le fue entregado por Oleoducto Central S.A una minuta del contrato EPC que resultó en la celebración del contrato 3801903 con la carta de invitación a la oferta del 8 de enero del 2014", respondió claramente, "Es cierto".

Contrato EPC convenido que acepta igualmente OCENSA, tal como se desprende de sus afirmaciones al responder la demanda reformada de MASSY así: "**Al hecho No. 49**. No es un hecho, sino una conclusión subjetiva y tergiversada, que rechazo de manera rotunda. Contrario a lo que afirma Massy, **el Contrato celebrado fue un contrato EPC**, donde el

⁸⁰ Ver hecho 4.49 de la reforma de la demanda presentada por MASSY ENERGY.

⁸¹ Ver hecho 4.101 de la reforma de la demanda presentada por MASSY ENERGY.

⁸² Archivo "R 30 08 18" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

contratista era el único responsable de la ingeniería de detalle, la construcción y la gestión del proyecto. No es cierto que el Contrato celebrado se "aleje" de los esquemas utilizados en la industria, sino que es fruto de las necesidades propia de la empresa que contrataba, y el cual incluyó mecanismos dirigidos a evitar sobrecostos ilimitados como los que persigue la Demandante" (el resaltado no es del original).

De lo anterior puede concluir el Tribunal que, pese a las particularidades que presenta el contrato que nos ocupa, la intención de las partes fue la de celebrar un EPC a precio Global, modalidad que igualmente aceptan las partes a lo largo de sus demandas y de las respuestas que dieron a las mismas.

Por ejemplo, al responder el hecho 10 de la reforma de la demanda de reconvención, MASSY afirmó, "**NO ES CIERTO** como está redactado. La invitación era a formular una **Suma Global Estimada** para las compras y la construcción, y **Suma fija** exclusivamente para la ingeniería de detalle, en la parte que correspondería al contratista". Y, "Es del caso resaltar que la determinación del **precio global fijo (no de los precios unitarios)** resultaba consecencial a la aplicación del procedimiento de ajustes establecido en la cláusula Quinta del contrato (Valor)"⁸³ (el resaltado no es del original).

Por su parte, OCENSA aseveró, en la exposición general que hace al responder las pretensiones de demanda reformada de MASSY, que "Después de la evaluación de las ofertas presentadas, la propuesta de Massy resultó elegida para desarrollar el Proyecto Delta 35 y las Partes acordaron que el valor del Contrato correspondería a una Suma Global Fija, compuesta por dos conceptos (i) Ingeniería y (ii) Compras y Construcción".

⁸³ Ver respuesta de MASSY al hecho 10 de la reforma de la demanda presentada por OCENSA.

Al respecto, el Consejo de Estado, retomando las definiciones que sobre las formas de pago del contrato de obra pública a precio global y a precios unitarios consagraba el Decreto 222 de 1883, ha considerado⁸⁴:

"Así, es pertinente anotar que en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 se definió el contrato de obra como aquel que celebran las entidades estatales (art. 2 ibídem) para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago. Sobre este último elemento, interesa destacar que existen diferentes modalidades de pago del valor del contrato de obra: a precio global, a precios unitarios, por administración delegada reembolso de gastos y pago de honorarios y el otorgamiento de concesiones, sistemas de pago que señalaba el artículo 82 del Decreto 222 de 1983. Si bien estas modalidades no fueron previstas de manera expresa por la Ley 80 de 1993, no es óbice para que continúen constituyendo formas de pago en los contratos celebrados por la administración, en tanto en las condiciones generales de la contratación debe esta precisar las condiciones de costo, las obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato (art. 24, ordinal 5, literal c)⁸⁵.

"Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios

⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN B
Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Sentencia de treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre 1999, Exp. 10.929, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato⁸⁶”.

En cuanto al valor del contrato, sin incluir el OTROSÍ No.1, fue fijado en la CLÁUSULA QUINTA en una Suma Global Fija, compuesta por dos valores así:

a) Ingeniería: Suma Global Fija de **DOS MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS VEINTISÉIS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS COLOMBIANOS (\$2.844.621.480)** más el IVA que sea legalmente aplicable, en el cual se encuentran incluidos todos los costos directos e indirectos, salarios, costos, gastos, garantías, impuestos, administración, imprevistos, etc., en que deba incurrir EL CONTRATISTA o que se puedan generar a favor de éste, para una óptima ejecución de los servicios de ingeniería, incluyendo todos los estudios, documentos de ingeniería, planos y demás actividades necesarias para cerrar las posibles brechas de la ingeniería entregada por LA COMPAÑÍA y para desarrollar la ingeniería de detalle que permita construir, pre

⁸⁶ Algunos autores “la llaman contratos por ‘precio unitario’; otros le denominan contratos por “series de precios”. Pero es de advertir que este sistema comprende dos sub-tipos: unidad simple; unidad en el conjunto. En la “unidad de medida simple” el cocontratante se obliga a ir ejecutando partes, unidades o piezas de obra por un precio unitario determinado, sin que se haya establecido el número de partes, unidades o piezas que realizará. En virtud de ello, cada parte, unidad o pieza constituye una obra independiente o separada. (...) El cocontratante cumple su obligación entregando cualquier cantidad de unidades, piezas o partes cuyo precio unitario se convino, pero dentro de cada trabajo, unidad, parte o pieza a efectuar (terraplenamiento, mampostería, asfaltado, etc.), debe entregar el trabajo, parte o pieza, completo, y no sólo parte o porción del mismo (así: todo el terraplén, toda la mampostería, todo el asfaltado, etc.): si se convino la construcción de un determinado camino a tanto por metro, debe entregar el camino completo -desde el punto inicial convenido al terminal-, cuyo costo luego le será pagado a tanto por metro./ En el sub-tipo “unidad en el conjunto”, cada unidad no se considera como una obra independiente; si se tiene en cuenta el conjunto total de la construcción, que resultará integrado por la suma de unidades o partes. Cada una de éstas tiene fijado su precio. El precio de toda la obra es el que resulte de la suma de todas las unidades, piezas o partes, realizadas. Como consecuencia de este tipo de contratación, el cocontratante debe entregar una obra completa, y no una o varias unidades, piezas o partes, de ésta, independientes, como ocurre en el tipo de unidad simple”. Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, edit. Abeledo-Perrot, 1983, Tercera edición, Tomo III –B, Contratos Administrativos, págs. 543 y 54.

comisionar, comisionar y poner en servicio todos los equipos, sistema y unidades funcionales que hagan parte del alcance del contrato en cada una de las estaciones, según lo indicado en las Especificaciones Técnicas, el anexo Directrices para la Ingeniería y los demás documentos del presente contrato.

b) Compras y Construcción: Suma Global Fija de **TREINTA MIL TRESCIENTOS VEINTIDÓS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS COLOMBIANOS (\$30.322.685.593)** más el IVA que sea legalmente aplicable, suma en la cual se encuentran incluidos todos los costos directos e indirectos, los salarios, costos, gastos, garantías, impuestos, administración, imprevistos y utilidades, entre otros, en que deba incurrir **EL CONTRATISTA** para una óptima ejecución de los trabajos, entre ellos, en especial pero sin limitarse a ellos, los siguientes:

Compras: Todos los costos de equipos y materiales, así como los costos asociados a la gestión de compra de los equipos y materiales, incluyendo entre otras, planeación de la adquisición, solicitud de ofertas, evaluación de ofertas, órdenes de compra, recepción, cargue, transporte, descargue, almacenamiento, recepción y entrega para instalación, recopilación y entrega de manuales de fabricación, mantenimiento y operación de equipos adquiridos y elaboración de dossier por cada equipo, según lo indicado en este documento; en las Especificaciones Técnicas, el anexo "Directrices para compras mayores y menores" y los demás documentos del contrato.

Construcción: Todos los costos asociados a la ejecución de las actividades civiles, mecánicas, eléctricas y de instrumentación, las actividades de precomisionamiento, comisionamiento y puesta en marcha de cada unidad funcional objeto del contrato, según lo indicado en este documento, las Especificaciones Técnicas, el anexo "Lineamientos y Procedimientos de Pre-Comisionamiento, Comisionamiento y Puesta en Marcha" y los demás documentos del contrato.

En relación con el citado literal b) compras y construcción, la misma CLAUSULA QUINTA establece que la Suma Global Fija se determinará de la siguiente manera: *“La Suma Global Estimada de la propuesta del **CONTRATISTA**, basada en los Ítems y cantidades tentativas y estimadas con base en la ingeniería básica y los precios unitarios fijos establecidos por **EL CONTRATISTA** en su propuesta, será ajustada con base en las cantidades definitivas establecidas por **EL CONTRATISTA** en su ingeniería de detalle, cuando ésta alcance el 80% de ejecución, para pasar de una Suma Global Estimada a una Suma Global Fija mediante la determinación de: las cantidades definitivas y reales determinadas por **EL CONTRATISTA**, de materiales a comprar y las cantidades de obras a ejecutar, y estableciendo el valor y cantidad de los Ítems no previstos inicialmente y que sean necesarios para el desarrollo del objeto contratado conforme se determine en la ingeniería de detalle. Esto no implica la revisión, actualización ni ajuste de los precios unitarios presentados por **EL CONTRATISTA** en su oferta y que dieron origen a la celebración del contrato, precios en los cuales se encuentran incluidos todos los costos directos e indirectos a que tiene derecho **EL CONTRATISTA** por la ejecución y cumplimiento de todas las obligaciones del presente contrato, incluyendo, pero no limitándose a los conceptos enunciados en los pliegos de condiciones”*.

En efecto, la Suma Global Fija para compras y construcción es estimada y *“será ajustada con base en las cantidades definitivas establecidas por **EL CONTRATISTA** en su ingeniería de detalle, cuando ésta alcance el 80% de ejecución, para pasar de una Suma Global Estimada a una Suma Global Fija”⁸⁷*.

Además, se convienen dos momentos de ajuste, teniendo en cuenta quien ejecutó o le corresponde ejecutar la ingeniería de detalle de las Estaciones a intervenir: **(i)** Ajuste para la ingeniería de detalle -civil y mecánica- de las

⁸⁷ Ver Cláusula Quinta del contrato, literal b) Compras y construcción, folio 317 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Bombas Rebooster de El Porvenir y Principal de Caucasia, ingeniería de detalle que realizó OCENSA y le corresponde entregar a MASSY, y **(ii)** Ajuste para los demás sistemas objeto del contrato, ingeniería que corresponde efectuar a MASSY.

Expresamente se pactó en la CLAUSULA QUINTA lo siguiente:

- **"Primer ajuste:** Una vez **LA COMPAÑÍA** haga entrega al **CONTRATISTA** de la ingeniería de detalle: civil y mecánica de la bomba rebooster de El Porvenir y de la bomba principal de Caucasia, **EL CONTRATISTA** tendrá quince (15) días calendario para su revisión, análisis y emisión de comentarios. En caso de no presentarse solicitud de ajuste por parte del **CONTRATISTA**, debidamente soportada, dentro del plazo establecido, se entenderá que no habrá lugar a ajuste por este concepto. Con base en la solicitud del **CONTRATISTA**, las partes realizarán los ajustes que se encuentren debidamente soportados, en los que se fijarán las cantidades de los Ítems contractuales de compras y construcción y las cantidades de Ítems no previstos en la ingeniería básica. Los precios de los Ítems no previstos se fijarán como se describe más adelante.

*"Una vez determinadas y acordadas las cantidades entre las partes con base en lo establecido en la ingeniería de detalle, estas serán multiplicadas por los precios unitarios de la oferta de **EL CONTRATISTA** o por los precios de Ítems nuevos, según sea el caso, y se establecerá la Suma Global Fija, para las disciplinas civil y mecánica de las dos bombas en los rubros de compras y construcción, la cual en adelante no sufrirá variación o ajuste alguno, independientemente de las cantidades de materiales o equipos finalmente compradas o la cantidad de actividades construidas para el cabal cumplimiento del objeto del contrato".*

- **"Segundo ajuste:** Ajuste respecto de la compra y construcción de los demás sistemas objeto del contrato, el cual se realizará cuando la ingeniería de detalle a desarrollar por **EL CONTRATISTA** haya alcanzado

un desarrollo de al menos el 80%, lo cual implica el cumplimiento de las siguientes premisas:

- El avance de la ingeniería de detallé en revisión A o en revisión 0 previamente aprobadas, se encuentre en un nivel mayor o igual al 80%, calculado sobre la totalidad de los documentos a generar por la ingeniería, y

- Se hayan generado y aprobado los Material take off (MTO) en versión 0 o última versión, de todas las disciplinas y estaciones.

*"Una vez determinadas y acordadas las cantidades entre las partes con base en la ingeniería de detalle desarrollada por **EL CONTRATISTA**, estas serán multiplicadas por los precios unitarios de la oferta de **EL CONTRATISTA** o por los precios de ítems nuevos, según sea el caso, y se establecerá la Suma Global Fija para los demás sistemas objeto del contrato, en los rubros de compras y construcción, la cual en adelante no sufrirá variación o ajuste alguno independientemente de las cantidades de Materiales o equipos finalmente compradas o la cantidad de actividades construidas para el cabal cumplimiento del objeto del contrato".*

El citado momento dispuesto para el segundo ajuste, es decir, "cuando la ingeniería de detalle a desarrollar por **EL CONTRATISTA** haya alcanzado un desarrollo de al menos el 80%"⁸⁸, es aquel en el cual las Partes entendieron que podrían validarse cantidades, hacer cruces y proceder con los temas de construcción, según así lo expresó el testigo WALTER GASTELBONDO en su declaración:

"DR. GUERRA: En el último párrafo del folio 317 se hace referencia a que: "La suma global fija se determinará de la siguiente manera, la suma

⁸⁸ Ver Clausula Quinta del contrato, folio 316 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 1.

global estimada de la propuesta del contratista basada en los ítems y cantidades tentativas y estimadas con base en la ingeniería básica y los precios unitarios fijos establecidos por el contratista en su propuesta será ajustada con base en las cantidades definitivas establecidas por el contratista en su ingeniería de detalle cuando éste alcance el 80% de la ejecución." Qué significa que una ingeniería esté en el 80% de su ejecución?

SR. CASTELBONDO: Una ingeniería de detalle al 80% digamos que se podía pensar en esa ingeniería que yo necesito para construcción, yo necesito para validar cantidades, muchas veces quedan documentos dentro de ese 20% que son documentos menores, documentos de soporte, documentos adicionales que le toma al contratista siempre darle el cierre formal, pero con un 80% de una ingeniería de detalle el contratista puede validar sus temas de cantidades, hacer cruces y proceder con temas de construcción".

Además, para los ajustes, la misma CLÁUSULA QUINTA estableció que, "En caso de que, con base en la ingeniería de detalle, se encuentren ítems inicialmente no previstos en la ingeniería básica, en cualquiera de las sesiones de ajuste, los precios se establecerán de la siguiente forma:

- "Para ítems de compras: **el CONTRATISTA** deberá presentar por lo menos tres (3) cotizaciones actualizadas de proveedores diferentes, previamente evaluadas técnicamente, y de ellas se escogerá la que ofrezca la mejor relación costo beneficio para **LA COMPAÑÍA** en términos de calidad, tiempo de entrega y costo. En caso de no existir en el mercado tres (3) proveedores para el material en revisión, se debe documentar el hecho y en tal caso **LA COMPAÑÍA** podrá aprobar el precio del ítem previa verificación de la documentación remitida por **el CONTRATISTA**. Adicional al precio de la oferta escogida el **CONTRATISTA** deberá indicar de forma desglosada los costos indirectos asociados a la gestión de compra, para ser evaluados y aprobados por **LA COMPAÑÍA**.

- *"Para ítems de construcción: **EL CONTRATISTA** deberá presentar el Análisis de Precio Unitario (APU) del ítem nuevo, manteniendo la estructura y contenido de las actividades según los anexos relacionados en las tablas de "Oferta Económica", como: Documentos de referencia con los respectivos, soportes de costos y una vez revisado por **LA COMPAÑÍA** se fijará el costo del ítem, más el AIU establecido en el contrato con base en la oferta presentada por **EL CONTRATISTA**.*

*Los Ítems nuevos en ningún caso corresponderán a actividades o costos que debieron ser previstos e incluidos por **el CONTRATISTA** en su propuesta, sino únicamente ítems que surjan por el desarrollo de la ingeniería de detalle".*

En efecto, de lo anterior se aprecia que las Partes pactaron como valor del contrato una Suma Global Fija, pero no en términos absolutos sino de manera relativa, en cuanto la señalada para "*compras y construcción*" estaba sujeta a ajustes mediante la determinación de las cantidades de los Ítems contractuales de compras y construcción y de las cantidades de Ítems no previstos en la ingeniería básica, de acuerdo a lo establecido en la ingeniería de detalle, las que se multiplicarán por los precios unitarios de la oferta de **EL CONTRATISTA** o por los precios de Ítems nuevos, según sea el caso, con el fin de pasar de la Suma Global estimada a una Suma Global Fija⁸⁹.

La forma de contratación mediante ajustes a la Suma Global es perfectamente compatible con el contrato EPC a precio Global y por ende no la desvirtúa como MASSY ha pretendido a lo largo del proceso, por cuanto es a través del sistema "*Libro abierto*" u "*open book*", que las Partes finalmente pasan de la Suma Global Estimada de la propuesta del contratista a la Suma Global Fija, convirtiendo el contrato con precio Global estimado

⁸⁹ Ver Clausula Quinta del contrato, literal b) compras y construcción, folio 317 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

en un EPC a precio Global Fijo, tal como se pactó en el presente caso para compras y construcción, *"cuando la ingeniería de detalle a desarrollar por **EL CONTRATISTA** haya alcanzado un desarrollo de al menos el 80%"*.

Ajustes que, según la misma CLÁUSULA QUINTA, incisos finales, no tendrán cambios después de transcurridas las dos sesiones respectivas, salvo en los casos expresamente establecidos en el contrato, ni lo son de manera ilimitada pues no podrán superar el 15% del valor total estimado de la oferta del CONTRATISTA.

El sistema *"Libro abierto"* u *"open book"*, para el presente caso, tiene desarrollo en los términos previstos en el *"Procedimiento de Apertura de libros"*, documento que fue elaborado y revisado por un grupo de personas designadas tanto por OCENSA como por MASSY, junto con la interventoría, sobre el cual el testigo Walter Gastelbondo desconoció la firma que allí aparece como suya, pese a lo cual el documento no fue tachado por ninguna de las partes. Este documento fue aportado al proceso por MASSY para ser tenido como prueba⁹⁰ y le sirve de soporte a varios de los hechos de su demanda⁹¹, el cual tampoco fue desconocido por OCENSA⁹², quien se atuvo a su contenido *"íntegro y literal"*⁹³.

Revisado el citado documento, se aprecia que su objetivo, como su nombre lo indica, es definir el procedimiento para la apertura de libros del contrato suscrito entre OCENSA y la firma WOOD GROUP dentro de la Ejecución del Proyecto DELTA 35 de OCENSA. En cuanto a su alcance, establece que define los participantes, los entregables y las acciones posteriores al acuerdo entre las partes en los dos ajustes previstos para el contrato. Además, indica la manera en la que se acuerdan los detalles entre las partes para llevar a

⁹⁰ Ver folios 349 a 355 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁹¹ Ver hechos 4.55, 4.67.1., 4.69.1., 4.72., 4.75.1. y 4.99.1.

⁹² Ver folios 349 a 356 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁹³ Ver respuesta de OCENSA al hecho 55 y sus "subnumerales" de la reforma de la demanda presentada por MASSY

cabo las aperturas de libros en cuanto mecánica de los ejercicios, tiempos, compromisos, entregables y documentos a suscribir.

El mismo documento especifica que, para cumplir con su objetivo y alcance, se actuará siempre dentro el marco contractual, tomando como referente la CLÁUSULA QUINTA del mismo, con lo cual deja claro que no tiene el propósito, y así debe ser interpretado, de modificar el contrato.

En el citado documento se consagra también que, *“para todos los efectos mencionados en este procedimiento, según lo estipulado en la minuta del contrato, los libros se abrirán únicamente dos veces”* así:

- (i) Primera Apertura:** Se abrirán libros a los 15 días calendario contados a partir de la entrega formal, por parte de OCENSA, de la totalidad de la ingeniería de detalle civil y mecánica de la bomba Re-Booster del Porvenir y la Bomba principal de Caucasia.
- (ii) Segunda apertura:** Se abrirán libros cuando la ingeniería de detalle realizada por el contratista EPC logre un avance del 80% y se tengan emitidos en última versión los MTOs de todas las disciplinas. Estos MTOs deben haber sido aprobados por el equipo de aseguramiento de Ingeniería que OCENSA asignara.

Igualmente, establece los momentos en que se harán los cierres de libros, de la siguiente manera:

- (i)** Para el **Cierre de libro Abierto para la primera apertura** se indicó, que la fecha máxima es de 15 días calendario, contados a partir de la fecha en la cual OCENSA ha hecho entrega de la ingeniería de detalle al contratista EPC para comentarios.
- (ii)** Para el **Cierre de libro Abierto para la segunda apertura** se dispuso, que una vez el contratista se declare listo a través de comunicación formal para la apertura de libros por unidades funcionales, la fecha máxima para el cierre de la especialidad o Unidad

funcional será 15 días, después de haberse celebrado la apertura correspondiente.

- (iii) Se indicó también, que procedían cierres Parciales de la segunda apertura, considerando la modificación en la estrategia de ejecución de la ingeniería por parte del constructor se realizarán aperturas y cierres de libros por unidad funcional y/o especialidad, una vez se cuente con suficiente información aprobada de la ingeniería detallada, **para poder calcular correctamente las cantidades a ejecutar.**

En efecto, armonizando el procedimiento de Libro abierto con la CLÁUSULA QUINTA del contrato, se tiene el siguiente cronograma para la primera apertura y cierre de la primera apertura y el momento del primer ajuste, así:

- Tiempo establecido para la primera apertura de libros, a los 15 días calendario contados a partir de la fecha en la cual OCENSA ha hecho entrega de la **ingeniería de detalle** al contratista EPC.
- Tiempo dispuesto para el cierre de la primera apertura, máximo 15 días calendario, contados a partir de la fecha en la cual OCENSA ha hecho entrega de la **ingeniería de detalle** al contratista EPC para comentarios.
- Según la CLÁUSULA QUINTA del contrato, los comentarios serían una vez LA COMPAÑÍA haga entrega al CONTRATISTA de la **ingeniería de detalle** civil y mecánica de la bomba rebooster de El Porvenir y de la bomba principal de Caucasia, EL CONTRATISTA tendrá quince (15) días calendario para su revisión, análisis y emisión de comentarios.
- Primer ajuste, una vez LA COMPAÑÍA haga entrega al CONTRATISTA de la **ingeniería de detalle** civil y mecánica de la bomba rebooster de El Porvenir y de la bomba principal de Caucasia, EL CONTRATISTA tendrá quince (15) días calendario para su revisión, análisis y emisión de comentarios. En caso de no presentarse solicitud de ajuste por parte del CONTRATISTA, debidamente soportada, dentro del plazo establecido, se entenderá que no habrá lugar a ajuste por este concepto. **Con base en la solicitud del CONTRATISTA, las partes realizarán los ajustes que se encuentren debidamente soportados**, en los que se fijarán

las cantidades de los Ítems contractuales de compras y construcción y las cantidades de Ítems no previstos en la ingeniería básica. Los precios de los Ítems no previstos se fijarán como se describe más adelante.

El cronograma para la segunda apertura y cierre de la segunda apertura y el momento del segundo ajuste era el siguiente:

- Tiempo establecido para la segunda apertura de libros, cuando la **ingeniería de detalle** realizada por el contratista EPC logre un avance del 80% y se tengan emitidos en última versión los MTOs de todas las disciplinas. Estos MTOs deben haber sido aprobados por el equipo de aseguramiento de Ingeniería que OCENSA asignará.
- La fecha máxima para el cierre de la especialidad o Unidad funcional será 15 días, después de haberse celebrado la apertura correspondiente.
- Segundo ajuste, cuando la **ingeniería de detalle** a desarrollar por **EL CONTRATISTA** haya alcanzado un desarrollo de al menos el 80%, lo cual implica el cumplimiento de las siguientes premisas:
 - ✓ El avance de la ingeniería de detallé en revisión A o en revisión 0 previamente aprobadas, se encuentre en un nivel mayor o igual al 80%, calculado sobre la totalidad de los documentos a generar por la ingeniería, y
 - ✓ Se hayan generado y aprobado los Material take off (MTO) en versión 0 o última versión, de todas las disciplinas y estaciones.

De lo anterior se observa que, tanto las Aperturas como los cierres de Libros, e igualmente los momentos de ajuste, se encuentran previstos para ser realizados en la etapa de ingeniería de detalle y no en etapas posteriores -procura (compras), -construcción, -precomisionamiento, -comisionamiento y -puesta en marcha del proyecto-.

El siguiente diagrama es ilustrativo de las etapas del proyecto tal como se encuentra contenido en la Propuesta técnica presentada por MASSY⁹⁴:



La anterior precisión es importante, dado que no es lo mismo proceder a un cierre de Libro y determinar un ajuste en la etapa de ingeniería de detalle, que hacerlo con las cantidades de materiales o equipos finalmente comprados o la cantidad de actividades construidas, caso en el cual el valor del contrato se fijaría por precios unitarios, variando la forma de pago pactada en el contrato, que para este caso lo es a valor Global, con la imposibilidad adicional de determinar y distribuir el riesgo de acuerdo a como fue planeado y establecido en el contrato con un límite del 15% del valor estimado de la oferta del CONTRATISTA.

Cabe recordar, además, que las partes no pactaron sino dos momentos de ajuste, uno para la ingeniería de detalle entregada por OCENSA a MASSY, y otro para la ingeniería de detalle desarrollada por ésta. Igualmente, se pactó otro momento en el que las partes debían pasar la Suma Global estimada por el CONTRATISTA a una Suma Global Fija, en compras y construcción.

Sin embargo, si bien se hizo la primera Apertura el 21 de julio de 2014⁹⁵, y la segunda el 16 de octubre de 2014⁹⁶, se aportaron 8 actas de cierre de la primera y segunda Apertura de Libro por Estación y especialidad⁹⁷ y 10 por Unidad funcional⁹⁸, no obstante lo cual no aparece prueba de que las Partes hubieren atendido en forma rigurosa a cada uno de los dos momentos de

⁹⁴ Ver Punto 4.5.5. EJECUCIÓN O DESARROLLO DEL PROYECTO, folio 240 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁹⁵ Ver folio 356 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁹⁶ Ver folio 360 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁹⁷ Ver folios 364 a 367 y 370 a 373 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁹⁸ Ver folios 377 a 386 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

ajuste, ni acordado pasar la Suma Global Estimada de la propuesta del CONTRATISTA a la Suma Global Fija en compras y construcción, cuando la ingeniería de detalle del **EL CONTRATISTA** hubiere alcanzado al menos el 80% de desarrollo.

Los citados cierres de Libro de la segunda Apertura no se hicieron en la etapa de ingeniería de detalle como se convino en el procedimiento de Libro abierto en cuanto se daría paso al segundo ajuste "*Cuando la ingeniería de detalle a desarrollar por **EL CONTRATISTA** haya alcanzado un desarrollo de al menos el 80%*"⁹⁹, tal como se pactó en el contrato, sino que se hicieron en etapas posteriores con obras ejecutadas¹⁰⁰.

En efecto, según el informe semanal No. 7, presentado por WOOD GROUP a OCENSA, las labores de construcción y compra se iniciaron desde el mes de junio de 2014¹⁰¹, y con posterioridad se hicieron cierres de libro de la segunda Apertura cuando el proyecto tenía por encima del 95% de las actividades de construcción completadas, y "*cierres para compras*" durante el mes de junio de 2015¹⁰², con fundamento en los planos Red Line¹⁰³, que reflejan lo finalmente construido¹⁰⁴.

Cierres para compras que además de efectuarse después de finalizado el contrato, su realización no está prevista en el procedimiento respectivo

⁹⁹ Ver Clausula Quinta del contrato.

¹⁰⁰ En correo electrónico del 16 de octubre de 2014 (folio 361 del Cuaderno de Pruebas No. 1) se informa que la ingeniería ha avanzado en un 90.10%.

¹⁰¹ Ver informe semanal N. 7 del Cuaderno de pruebas N. 2, CD del folio 277 del Cuaderno de Pruebas No. 2, archivo "6. Informes Semanales 1-49", página 22 a 24.

¹⁰² Ver folios 399 a 410 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁰³ Ver comunicación de la Interventoría a MASSY, de fecha 4 de febrero de 2015, que obra a folio 277 del Cuaderno de pruebas No. 2

¹⁰⁴ En el alegato de conclusión de MASSY, pág. 374, pie de pag. 11, se indica que "Según el documento denominado "Procedimiento para el control y codificación de entregables de entregables (sic) de ingeniería" elaborado por Ecopetrol (Código EPC-VIN-G-GEN-PT-004) un plano Red Line es: "*Plano original en físico con inclusión de los cambios en la construcción, trazado a mano, de acuerdo con el código de colores para revisión.*"".

hacerlas de manera independiente, pues lo que se acordó para el cierre de la segunda Apertura es “de la especialidad o unidad funcional”.

Sobre los cierres por fuera de los momentos pactados, declaró el testigo RUBÉN DARÍO RICO¹⁰⁵, Líder de proyectos de MASSY:

“DR. VALL DE RUTÉN: Cuándo se culminó más o menos la primera sesión de ajuste y cuándo se culminó la segunda?” SR. RICO: Estos si fueron hitos importantes porque no sólo recuerdo el cierre de la primera sino las etapas que surgieron, en la primera que se abrió en julio, la parte de la obra civil se cerró a mediados de octubre, o sea de la ingeniería de detalla a cargo de OCENSA tenía la obra civil y la obra mecánica que comprendía tubería y mecánica. Esta parte, la civil, de ambas unidades funcionales se pudo cerrar a mediados de octubre y ya completa se cerró el 19 o 20 de noviembre, el 19 de noviembre se cerró ya completa la primera sesión de ajuste.”.

“DR. VALL DE RUTÉN: Y la segunda? SR. RICO: Y la segunda se cerró una gran parte en principios de diciembre y ya al final el 20 y algo de diciembre, hablo del año 2014.”.

“DR. VALL DE RUTÉN: Ese cierre de las sesiones de ajuste, era lo que permitía determinar cantidades estimadas, pero afinadas ya del proyecto? SR. RICO: Tanto cantidades como ítems que hubieran surgido, que hubieran aparecido producto de la revisión de ingeniería.”.

“DR. VALL DE RUTÉN: Y qué tan avanzado iba el proyecto en noviembre y diciembre de 2014. SR. RICO: Bueno el proyecto llevaba una parte importante completada, casi que en diciembre teníamos por encima del 95% de las actividades completadas.

¹⁰⁵ Archivo “R 09.08.18 Rubén Darío Rico” en el CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

*"DR. VALL DE RUTÉN: Y **el cierre de compras cuándo se pudo culminar?** SR. RICO: Ese sí fue complejo por lo que le explicaba por la cantidad de compras que tuvieron que realizarse previo, debió haberse cerrado **por ahí en el primer trimestre del 2015**, se tenía un dato muy parecido a diciembre pero al final se logra concretar y llegar como al punto de ya, bueno, ya lo que pasó, pasó, y estas son las cantidades y esto fue lo que se instaló".*

Al respecto igualmente declaró el testigo CÉSAR RIVERA¹⁰⁶, director de obra de OCENSA:

*"DR. GUERRA: Una vez finalizado ese procedimiento, usted siente que ese procedimiento se terminó distinto de como estaba planeado al principio del contrato? SR. RIVERA: Sí, si yo me voy a lo que decía el contrato, como les mencionaba al principio, dice: se cierran los libros al 80% del desarrollo de la ingeniería de detalle, en este caso digamos a pesar de que se solicitaba digamos el avance, incluso que Ocesa les comunicaba que se tenía disponible el grupo de ingeniería y digamos el personal ... que fuere requerido para agilizar esa revisión, **finalmente la ingeniería de detalle o el cierre de libros se dio con un avance posterior de la ingeniería, casi que 100 – 100.***

*DR. FAJARDO: Usted participó en las actas de cierre de libros? SR. RIVERA: En las actas de cierre de libros nosotros participamos, digamos, como informados de la cantidad que finalmente se validaba con ingeniería, **como le digo aquí hubo una situación un poco atípica y es que el acta de cierre de libros tenía que haberse hecho con la ingeniería de detalle y no con la construcción real**, por la naturaleza del contrato, entonces usted cierra acta de cantidades de, cierra libros, perdón, con la ingeniería de detalle al 80% que era lo que se establecía, la dinámica o las situaciones que fuesen, fueron llevando*

¹⁰⁶ Archivo "R 19 09 2018 def" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

a que, lo que Massy fue presentando casi que es lo que estaba hecho y ahí se iban cerrando muchos temas de ingeniería, entonces esas cantidades se fueron conociendo en esa medida. DR. FAJARDO: Usted hizo esa cuantificación? SR. RIVERA: No, la cuantificación se da cuando el contratista cierra sus libros, cierto, y esa cuantificación o ese cierre de libros se dio a diferencia de lo establecido en el contrato hasta el final de la obra, de la ejecución de obra por parte de Massy.

"DR. FAJARDO: Usted recuerda o sabe si usted cómo líder del área de construcción de Ocesa, durante todo el proceso de cronología de la apertura y cierre de libros le hubiesen dado instrucción, orden o directriz a Massy de parar las obras por haber excedido a partir de noviembre de 2014 el 15% del valor total del contrato?" Respondió, "SR. RIVERA: **Para la fecha de noviembre ya estaba, digamos prácticamente estábamos en la etapa de precomisionamiento y comisionamiento, es una etapa donde ya no hay obra, ya la obra está ejecutada y ya lo que estamos es en labores, como les digo, de precomisionamiento y comisionamiento. ¿Qué son labores? Pruebas de los equipos, arranque, llenados de línea, solicitudes de ventanas para poder hacer pruebas de equipo,** ya para esa etapa construcción como tal, lo que se tenía era acabado, por esa parte incluso de los acabados que se tenían en el contrato no se finalizaron en su momento, Massy. Entonces estábamos ya en etapa de precomisionamiento y preparándonos para un arranque".

DRA. VARGAS: A ejecutar o ejecutado? SR. RIVERA: **No, a ejecutar con una ingeniera de detalle, no con una ejecución de obra final, entonces digamos cuando uno habla de EPC a libro abierto y era este el caso de este contrato, se estableció dos puntos, uno la apertura, se hace una revisión de la ingeniería de detalle que Ocesa entregó y ahí había una oportunidad de alzar la mano, y otra al cierre que era al 80% de la ingeniería de detalle, no al 80% de la construcción o al 100% de la construcción".**

También declaró ALEXANDER VILLARREAL¹⁰⁷, Especialista de proyectos de MASSY:

"DR. VALL DE RUTÉN: ¿Usted sabe si la metodología de determinación de cantidades fue la misma durante todo el procedimiento de apertura y cierre de libros?"

"SR. VILLARREAL: No, no, no fue la misma porque esta primera apertura de libros se hacía con base en la ingeniería detallada entregada por Ocesa, pero después hubo un cambio dado el estado de las obras, hubo un cambio, incluso acá está ese correo, en noviembre hubo un cambio de la forma en la cual se iban a medir esas cantidades."

"DR. VALL DE RUTÉN: ¿Quién comunicó ese cambio?"

*"SR. VILLARREAL: Ese cambio lo comunicó Ocesa, en reunión lo comunicó, vea, ahora vamos a medir las cantidades así y es con los MTO finales derivados de la ingeniería, o sea, lo que finalmente quedó en listados de materiales **y los cuadros de obra de cantidades derivadas con memorias de cálculo y planos versión aprobado para construcción**, fue un cambio de medición ahí."*

*"DR. VALL DE RUTÉN: **¿O sea sobre cantidades ya construidas, reales?**"*

*"SR. VILLARREAL: **Sobre ya con la mínima incertidumbre en las cantidades.**"*

*"DR. VALL DE RUTÉN: **¿Y en el segundo procedimiento de cierre de libros ya se consignaron cantidades reales?**"*

¹⁰⁷ Archivo "R 10 10 2018 def" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

*"SR. VILLARREAL: **Sí**, cantidades basadas en esta información que teníamos acá que **era ya lo más real de lo que se había construido, sí, en noviembre llevábamos un buen avance en las obras**".*

Los testimonios arriba citados concuerdan en las fechas que aparecen en las respectivas Actas de cierre de Libros de la ingeniería desarrollada por el CONTRATISTA, es decir, diciembre de 2014¹⁰⁸.

De manera que, además de que no aparece probado que las partes hubieren realizado los dos ajustes previstos en el contrato, ni que hubieren pasado la Suma Global Estimada a la Suma Global Fija, en compras y construcción, como se explicará en otro aparte del laudo, los momentos tardíos en que se hicieron los cierres de Libro de la segunda Apertura, tampoco permiten al Tribunal establecer como probado el porcentaje de incertidumbre que presentaba la ingeniería básica en relación con la ingeniería de detalle desarrollada por el CONTRATISTA al 80% de ejecución, según lo pactado en el contrato.

Con claridad así lo declara el testigo WALTER GASTELBONDO¹⁰⁹:

"DR. VALL DE RUTÉN: En este caso específico la diferencia en valores entre las cantidades que derivaban de la ingeniería básica que usted dice que son las del cuadro de ofrecimiento económico y las que arrojó las actas de cierre, es la diferencia entre \$33.000 y \$45.000 millones, le pregunto si esa diferencia en cantidades, qué le explica si usted dice que la ingeniería básica ya determinaba las cantidades?

SR. GASTELBONDO: No, yo ahí no podría asegurarlo, no sé si ese cierre fue con las cantidades de la ingeniería de detalle o con el cierre de obras".

¹⁰⁸ Ver folios 370 a 386 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁰⁹ Archivo "R 13 08 2018 def" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

Por las citadas razones no es posible tener en cuenta los dictámenes periciales aportados al proceso, en lo que tiene que ver con la determinación del porcentaje de desviación que presentó el proyecto, en cuanto toman como referente las actas de cierre de Libros de la segunda Apertura, llevadas a cabo, no en la ingeniería de detalle con el 80% de ejecución, como fue pactado, sino con obras ya ejecutadas y compras ya realizadas como si se tratara de definir el valor del contrato a precios unitarios.

En efecto, como el sentido natural del Sistema "open book" o "Libro abierto", como bien se afirma en el alegato de MASSY, "*usualmente atado al establecimiento de precios globales-*, no es otro que permitir que de manera conjunta el Contratante y el Oferente determinen con la mayor exactitud posible las cantidades de obra **que habrán de ser ejecutadas ...**"¹¹⁰ (negritas no son del original), es por ello que, tanto en el contrato como en el procedimiento de Libro abierto, se dejaron claramente establecidos los dos momentos para los respectivos cierres de Libro y ajustes a la Suma Global, en la etapa de ingeniería de detalle, y no en etapas posteriores con obras ya ejecutadas.

Es justamente dicho sentido natural del sistema Libro abierto, el que permite darle efecto¹¹¹ a lo que las Partes pactaron de manera específica en la CLÁUSULA QUINTA del contrato, que armonizando con las características y disposiciones del contrato EPC a precio Global, dispone que para cada momento de ajuste corresponde a las partes establecer la Suma Global Fija, la cual en adelante "*no sufrirá variación o ajuste alguno, **independientemente de las cantidades de materiales o equipos finalmente comprados o la cantidad de actividades construidas para el cabal cumplimiento del objeto del contrato***"¹¹².

¹¹⁰ Ver página 28.

¹¹¹ Ver Código Civil, artículo 1620.

¹¹² Ver Cláusula Quinta del contrato, folio 317 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Igualmente, se le da efecto al pacto según el cual, a las partes les corresponde pasar la Suma Global Estimada de la propuesta del contratista a una Suma Global Fija, en compras y construcción, fijando *las cantidades definitivas y reales determinadas por **EL CONTRATISTA, de materiales a comprar y las cantidades de obras a ejecutar***, y estableciendo el valor y cantidad de los Ítems no previstos inicialmente y que sean necesarios para el desarrollo del objeto contratado **conforme se determine en la ingeniería de detalle**¹¹³.

Las cláusulas así entendidas también le dan sentido y efecto armónico al último inciso de la CLÁUSULA QUINTA que establece que, "*Transcurridas las dos sesiones de ajuste arriba señaladas no se aceptarán cambios a la suma global fija salvo en los casos expresamente establecidos en el contrato*".

En el mismo sentido, se convino en el Procedimiento de Apertura de libros, cuando para la segunda Apertura se expresó que, "*El objetivo de esta etapa es eliminar la incertidumbre existente en cuanto a la ingeniería básica y al momento de la presentación de la oferta, así mismo se completaran los faltantes del alcance no identificados o alcances opcionales en la lista de entregables establecidos por OCENSA, **de tal manera que se pueda fijar una Suma Global Final con la cual el contratista ejecutará la construcción***"¹¹⁴. (el resaltado no es del original)

En esta dirección declaró RUBEN RICO, Líder de proyectos de MASSY. "SR. RICO: *En el transcurso del proyecto o el proyecto fue concebido con una modalidad digamos que algo distinta, no era una suma global, era un contrato que partía de una suma estimada y a través del desarrollo de las ingenierías de detalle existían dos sesiones de ajuste, en esas dos sesiones de ajuste que se iban dando a medida que avanzaba la ingeniería, lo que*

¹¹³ *Ibidem*, folio 317 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹¹⁴ Folio 353 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 1.

*permitía era tener como un mayor conocimiento **de las cantidades que se iban a ejecutar** y de pronto de **las cantidades que iban a surgir con base en ese desarrollo de esa ingeniería que cada uno asumía o que cada uno tenía por las partes**”¹¹⁵.*

Así las cosas, los momentos para los cierres de Libro y los ajustes previstos en la etapa de ingeniería de detalle, permiten igualmente darle cabal aplicación al pacto que se consagra, tanto en el penúltimo inciso de la CLÁUSULA QUINTA del contrato, como en el procedimiento de Apertura de libros, que establece un límite al valor de los ajustes, en cuanto no podrán pasar del 15% del valor total estimado de la oferta.

En criterio del Tribunal, el pacto referido resulta perfectamente compatible con el contrato a precio Global, porcentaje que además corresponde a la distribución de riesgos previsibles¹¹⁶, según así lo afirmó OCENSA, dándose ello en aplicación del principio de planeación conforme a lo dispuesto en los artículos 4º y 13 de la Ley 1150 de 2007, sin que se encuentre probado en el proceso que la misma haya sido inadecuada, según se explica a continuación.

En efecto, así lo afirmó OCENSA:

“En cumplimiento del principio de planeación, y en el marco del Proceso Competitivo para la adjudicación del Contrato, Ocesa formuló un análisis de distribución de riesgos de conformidad con las mejores prácticas de la industria en la ejecución de este tipo de proyectos, que llevó a mi representada a incluir el 15% consagrado en la Cláusula Quinta del Contrato.”¹¹⁷.

¹¹⁵ Archivo “R 09.08.18 Rubén Darío Rico” en el CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

¹¹⁶ Ver excepciones de fondo propuestas por OCENSA a la reforma de la demanda presentada por MASSY.

¹¹⁷ Ver excepción de fondo “C” propuesta por OCENSA a la reforma de la demanda presentada por MASSY ENERGY

Al responder los hechos de la reforma de la demanda de MASSY, OCENSA también afirmó:

"Al hecho No. 40. No es un hecho, sino una conclusión absolutamente falsa, subjetiva y conveniente que la Convocante formula en su propio beneficio. Contrario a lo afirmado por Massy, Ocensa no impuso el tope de 15% de reajuste establecido en la Cláusula Quinta del Contrato, "aprovechando su poder de negociación" y "a sabiendas de que la misma carecía de justificación y atentaba contra el equilibrio contractual" del futuro contratista. **OCENSA incluyó dentro del valor del Contrato un 15% adicional, cuando pudo no haber incluido ningún porcentaje de reajuste, como un mecanismo de distribución de riesgos que implicaba que, en caso de que la Suma Global Estimada, que en todo caso debía ser lo más precisa posible, se desviara de lo realmente ejecutado, el contratista sería compensado con un mayor valor al inicialmente ofrecido.** Ello, única y exclusivamente respecto de variaciones en las cantidades de las obras contempladas en la ingeniería básica y en los ítems no previstos e imposibles de prever desde la ingeniería básica, que fueran identificados como necesarios en la ingeniería de detalle".

"Lo cierto es que Massy siempre supo que la intención de Ocensa era distribuir el riesgo **de forma que, si se presentaba una variación del costo del Proyecto Delta 35 por encima del 15% del Contrato, el exceso sería asumido por el contratista.** Ello quedó consignado en la invitación a presentar ofertas y en la respuesta a las diferentes solicitudes de aclaración, consignadas en las Actas de Respuesta a Solicitudes de Aclaraciones, en las que se señaló que el límite o techo del ajuste era el 15% y, por ello, sistemáticamente **se le indicó a los Oferentes que debían "considerar todos los aspectos necesarios dentro de su experiencia dada la ingeniería básica**

en el estado" en que se entregó¹¹⁸ (negritas no son del original).

Al respecto declaró JAVIER MATIZ CHICA, director de proyectos de OCENSA:

"DR. PARRA: El doctor Guerra le formuló una pregunta relacionada con la administración de ese porcentaje adicional del 15%, recuerda que usted la respondió y demás, quería preguntar cómo es la administración de ese porcentaje adicional que está contemplado en el contrato, específicamente esa cláusula del 15%, a su juicio, usted como se desempeñó como director de esa fase del proyecto, usted lo aclaró en razón de una pregunta del doctor Sanabria, que es director de fases del proyecto, cuál sería la administración de ese espacio, de ese porcentaje adicional que tiene como espacio el tema de un costo complementario, ¿cómo se administra eso?

*"SR. MATIZ: **Cada fase tiene una incertidumbre**, yo si hago la ampliación de mi casa, sé que más o menos cuesta un determinado valor, pero ojalá le pegara siempre al número, ojalá le diera exactamente con decimales al número que yo obtengo en el presupuesto, pero dependiendo de esa información tan detallada que tenga, las fases van cambiando de incertidumbre, por ejemplo, si hago un proyecto con ingeniería o con una conceptual de fase 1 estoy hablando de casi un 40 o un 50% de desviación, si estoy hablando de una fase 2 estoy hablando de más o menos un 25%, si estoy hablando de fase 3 es un 15% y así...*

*Entonces, el número tiene que ver mucho es con la fase donde me encontraba para llegar y decir, tengo la información suficiente para llegar y decir, **tengo un grado de desviación para que la materialización de los riegos asociados al proyecto**, ejemplo, lo que les decía del hueco, estuvieran ahí dentro de esos riesgos porque*

¹¹⁸ Ver respuesta de OCENSA a la demanda de MASSY, oposición a las pretensiones.

yo llego y digo ahí, me puedo encontrar, estoy entregándole a empresas que saben hacer el trabajo qué es lo que se necesita y cuáles son los riesgos al estar trabajando en un espacio ground field, luego, no creo, con la experiencia que tiene Massy, que pueda llegar y decir, ni tan detalladamente eso debe haber 10 tubos ahí, ni tampoco de llegar y decir, no hay ninguno.

Entonces, pues dependiendo de ese grado de incertidumbre, dependiendo de esos riesgos pues voy a llegar a ese 15% y esa administración va a ser asociado a qué riesgos puedo correr en una estación a otra, en una me puedo subir y en otra me puedo bajar, pero lo que se esperaba es que el contrato completo fuera de un 15%.

"DR. PARRA: En concordancia con su respuesta, ¿existe una matriz de riesgos que tengan que elaborar las partes para eso?"

"SR. MATIZ: Sí señor.

"DR. PARRA: ¿Quién elabora esa matriz de riesgos?"

"SR. MATIZ: La matriz de riesgos para el presupuesto del proyecto la elabora Ocesa, la matriz de riesgos para la ejecución de un contrato pues la debe estar haciendo el contratista.

"DR. PARRA: Esa matriz de riesgos se comparte, hay algún momento donde en la fase preliminar del proyecto existe una especie de conciliación sobre ella o es un material reservado de cada una de las partes?"

"SR. MATIZ: Para el proyecto es reservada de OcenSA porque estamos hablando de todo el proyecto y es casi de donde sale la plata del proyecto" ¹¹⁹.

Lo anterior muestra al Tribunal que el límite del 15% al valor de los posibles ajustes no se estableció de manera caprichosa por parte de OCENSA, sino que para ello utilizó ciertas metodologías o modelos técnicos comúnmente aplicados a la gestión de proyectos, y que además explicó dicho porcentaje a los oferentes como un techo para la estrategia de "*Libro abierto*".

En efecto, el límite del 15% al valor de los ajustes se trató por OCENSA como un riesgo previsible¹²⁰, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007¹²¹, y fue identificado y asignado por esta "*en caso de que la Suma Global Estimada, que en todo caso debía ser lo más precisa posible, se desviara de lo realmente ejecutado, el contratista sería compensado con un mayor valor al inicialmente ofrecido*"¹²².

Así las cosas, el riesgo fue entonces distribuido entre OCENSA y MASSY, en el sentido de que aquella asumía las "*variaciones en las cantidades de las obras contempladas en la ingeniería básica y en los ítems no previstos e imposibles de prever desde la ingeniería básica, que fueran identificados como necesarios en la ingeniería de detalle*"¹²³, hasta un 15% por encima del valor total estimado de la oferta, compensando a MASSY hasta el tope

¹¹⁹ Archivo "R 10 10 2018 def" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

¹²⁰ Ver excepciones de fondo propuestas por OCENSA a la reforma de la demanda presentada por MASSY.

¹²¹ **ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES.** Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

¹²² Ver respuesta de OCENSA al hecho 40 de la reforma de la demanda de MASSY.

¹²³ *Ibidem*.

de dicho porcentaje en caso de producirse el riesgo previsto, pero por otro lado ésta asumía el riesgo del exceso sobre dicho porcentaje.

El pacto contractual antedicho contiene el límite al valor de los ajustes, que al no presentar ninguna ambigüedad, no puede tampoco interpretarse en contra de OCENSA¹²⁴, además por cuanto durante la etapa precontractual, como se muestra con las Actas de aclaración posteriormente citadas, OCENSA la explicó a los posibles oferentes, indicando que se trataba de *“un techo para la estrategia de libro abierto definida para este proceso, es sobre el valor de la oferta estructurada por el Oferente, razón por la cual el Oferente debe considerar todos los aspectos necesarios dentro de su experiencia dada la ingeniería básica en el estado que se ha entregado”*¹²⁵.

De otro lado, MASSY afirma que *“el mencionado límite del 15% de variación hubiera resultado técnicamente razonable si, contrario a lo que finalmente ocurrió, al elaborar el cuadro de ofrecimiento económico OCENSA hubiere llevado el proyecto a un grado de maduración consistente con dicha estimación. Además, que como se vino a establecer y a conocer a posteriori, OCENSA ni siquiera tenía completa la ingeniería básica al momento de elaborar el cuadro de ofrecimiento económico”*, por cuanto *“Durante el curso del procedimiento de selección contractual, **OCENSA** comunicó, a los entonces interesados y potenciales oferentes, varias modificaciones en relación con la ingeniería básica elaborada por esa misma Entidad Estatal”*¹²⁶.

En cuanto a las manifestaciones de la parte convocante en los hechos de la demanda reformada, relacionados con la entrega incompleta y progresiva de la ingeniería básica, que habría podido generar falencias para la

¹²⁴ Ver Código Civil, artículo 1624, inciso 2º. “Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

¹²⁵ Ver Actas de respuestas a las solicitudes de aclaración Nos. 2 y 7, folios 85 y 92 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹²⁶ Ver hecho 4.21.

determinación de la oferta económica a partir de la cual se formó el contrato traído a este arbitraje, el Tribunal aprecia a partir del acervo probatorio recaudado en el proceso, lo siguiente:

1. La ingeniería básica para el proyecto Delta 35 fue encargada por OCENSA a la firma TIPIEL desde el año 2013, de lo cual dan cuenta los sucesivos "contratos marco" ¹²⁷, y los diferentes "transmits" ¹²⁸ que desde esa fecha fueron también progresivamente emitidos.
2. Luego de cursada la invitación a ofertar a los interesados en participar el desarrollo del Proyecto Delta 35, acompañado del pliego de condiciones ¹²⁹, se llevaron a cabo las rondas de preguntas en la cuales no se reveló interrogante alguno de los interesados relacionado con el estado defectuoso o incompleto de la ingeniería básica. Las preguntas relacionadas con la Ingeniería Básica se refirieron solamente a aspectos puntuales sobre la ubicación de información, respondidos oportunamente por OcenSA ¹³⁰.
3. El día 27 de febrero de 2014 Massy presentó propuesta legal y económica para participar en la "solicitud privada de oferta No: SPO 3000006553", y en el aparte segundo de la misma a propósito de los **REQUERIMIENTOS PARA LA EJECUCIÓN EFECTIVA DEL PROYECTO**, se consignó la siguiente manifestación: "*Woodgroup no realizará corroboración de cálculos ni aprobación de la ingeniería conceptual y básica desarrollada para el proyecto. Wood Group tiene previsto realizar una revisión de especialista y emitirá los respectivos comentarios en caso de encontrar algún hallazgo*".

¹²⁷ Pb/CD Fol 275 Cd Pbas No. 2 Complementación Exhibición Tipiel\documentos entregados 28-08-2018

¹²⁸ "DVD Fol 368 Cuad Pbas 2 Comp Exh Tipiel

¹²⁹ Folio 28 del cuaderno de pruebas No.1

¹³⁰ Dvd Folio 277/Cd Pbas No. 2 Exhibición MASSY/pruebas/4. Aclaraciones.

4. No obra en el expediente materialización de la manifestación anterior, con anterioridad al Contrato, es decir, entre el 27 de febrero de 2014 y el 21 de marzo del mismo año, todo lo cual indica que la Convocante se abstuvo de emitir los comentarios anunciados en la oferta, y que por ende ningún hallazgo justificó hacerlos.
5. El contrato suscrito el 21 de marzo de 2014, consagró en la "CLÁUSULA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA" aparte sexto, lo siguiente: *"EL CONTRATISTA debe verificar la ingeniería entregada por LA COMPAÑÍA y su consistencia, y efectuar las modificaciones y/o actualizaciones a que haya lugar conforme con lo indicado en las Especificaciones Técnicas y sus Anexo, así como efectuar todas la revisiones en campo que se requieran en virtud de la ejecución de la ingeniería con el fin de garantizar a calidad en la ingeniería del Proyecto, toda vez que será su responsabilidad cualquier omisión en la verificación y/o revisión y **toda vez que EL CONTRATISTA tiene la responsabilidad integral por los resultados finales de la ingeniería y del PROYECTO**" (subrayado fuera de texto).*
6. Así mismo, la cláusula cuadragésima tercera del contrato al hacer referencia a los anexos que forman parte integral del mismo, relaciona en el aparte 9 el *"listado general de documentos de Ingeniería Básica, e Ingeniería Básica"*.
7. En el Acta de Inicio de Obra de fecha 7 de abril de 2014¹³¹, se dejó expresa constancia de haber entregado al contratista todos los documentos referidos en la cláusula cuadragésima tercera del contrato, entre ellos, los de ingeniería Básica, de acuerdo con lo consignado en el aparte precedente. Ninguna manifestación se incorporó allí sobre la integralidad de dicha ingeniería.

¹³¹ Folio 337 Cp 1, "4. Entrega de documentos por parte de Ocesa: El administrador hace entrega al Contratista de todos los documentos relacionados en la cláusula Cuadragésima Tercera del contrato y estos forman parte integral de este y son de obligatorio cumplimiento en la ejecución del mismo."

8. Varios de los testigos que comparecieron al proceso declararon en relación con la entrega progresiva de apartes de la Ingeniería de Básica, incluso durante la ejecución de la obra, dentro de estos testimonios se resaltan los siguientes:

8.1. Walter Gastelbondo quien respondió a propósito de una pregunta formulada por el apoderado de la Convocada, lo siguiente:

"DR. GUERRA: ¿Algún oferente presentó observaciones, dudas con respecto a esta ingeniería básica?"

SR. GASTELBONDO: Solicitaron aclaraciones asociadas a temas de ubicación de equipos, del tipo de equipos, de las capacidades, llegaron varias preguntas técnicas y se envió respuesta, una de las características que tiene OCENSA es que cuando hace una aclaración esa aclaración es compartida a todos los proponentes por igual para que no exista dificultad entre uno u otro que tenga información diferente.

DR. GUERRA: ¿Alguna de esas preguntas implicó alguna corrección o alguna adición de la ingeniería básica que se entregó?"

SR. GASTELBONDO: No, en realidad la ingeniería desarrollada, la ingeniería entregada, tenía toda la información, no hubo temas de solicitud de adiciones o temas de cambio.

DR. GUERRA: ¿Desde la fecha en que se abrió el proceso de licitación hasta cuando se firmó el contrato, varió la ingeniería básica que OCENSA había entregado?"

SR. GASTELBONDO: Yo podría decir que el 90, 95% de esa ingeniería era la misma, de pronto se dieron algunos temas de cambio durante

la entrega del dossier, pero la documentación base para la construcción, cotización, fue la misma.

DR. GUERRA: Ese 5% de cambios que usted menciona se puso en conocimiento de los oferentes?

SR. GASTELBONDO: Sí claro, se entregó una versión nueva de todo el tema de la ingeniería.”

Frente a algunas preguntas sobre este tema, formuladas por el apoderado de la convocante, el mismo testigo respondió:

“DR. VALL DE RUTÉN: ¿Usted mencionó que la ingeniería básica se modificó durante la etapa de preparación de la oferta y señaló un porcentaje ese sí se acordó de memoria?

SR. GASTELBONDO: Sí.

DR. VALL DE RUTÉN: ¿Usted sabe si la ingeniería básica se modificó después de la firma del contrato o se entregaron versiones actualizadas?

SR. GASTELBONDO: Después de la firma del contrato se entregaron algunos documentos.

DR. VALL DE RUTÉN: ¿De la ingeniería básica todavía?

SR. GASTELBONDO: De la ingeniería básica, pero como le digo eran documentos que no impactaban el tema de los costos”

8.2.El testigo Rubén Darío Rico interrogado sobre el tema en comentario por el apoderado de la convocante, respondió:

“DR. VALL DE RUTÉN: ¿Y la ingeniería básica también se fue modificando durante el período precontractual?

SR. RICO: No, la ingeniería básica la entregó en un paquete en el período precontractual, posteriormente ya en la ejecución entregó otro paquete.

DR. VALL DE RUTÉN: ¿Otra versión?

SR. RICO: Algunos de los documentos tenían revisiones o actualización de revisión, o sea que algunos documentos fueron actualizados, llevados de una revisión a otra.

DR. VALL DE RUTÉN: ¿Esas revisiones quién las hizo?

SR. RICO: Para mí OCENSA, no sé si las hizo Tipiel o las hizo...

DR. VALL DE RUTÉN: ¿Más o menos cuándo se recibió esa ingeniería básica modificada?

SR. RICO: No me acuerdo, eso sí fue próximo.

DR. VALL DE RUTÉN: ¿Pero después del acta de inicio del contrato?

SR. RICO: Sí, posterior al acta de inicio del contrato."

8.3. Por su parte, Jorge Espitia, director del Proyecto por parte de Massy, declaró sobre este mismo aspecto, lo siguiente:

"DR. GUERRA: Cuál fue la conclusión de Massy en la etapa de licitación del contrato sobre la ingeniería que le entregó Ocensa, ¿cómo valoró Massy esa ingeniería básica?

SR. ESPITIA: No, nosotros **no la valoramos, nosotros no teníamos por qué valorar ingeniería, que le íbamos a valorar a una ingeniería básica si no era nuestra responsabilidad.**

DR. GUERRA: ¿Massy encontró algún error o deficiencia en esa ingeniería básica que le entregó Ocesa?

SR. ESPITIA: **No, porque para revisar la ingeniería básica yo tendría que haber hecho otra vez toda la ingeniería, yo no tenía nada que revisarle a la ingeniería básica de Ocesa, no era mi responsabilidad**, lo único que tenía que mirar era cómo esa ingeniería básica era suficiente para yo poder desarrollar la ingeniería de detalle que es diferente a que la ingeniería cumpla su función o no." (Subrayado fuera de texto)

8.4. En el interrogatorio a la representante legal de Massy, a una pregunta del apoderado de la Convocada, sobre la entrega de la ingeniería básica, respondió:

"DR. GUERRA: Muchas gracias. Mi tercera pregunta: Diga cómo es cierto sí o no que dentro del proceso de licitación 3000006552 Oleoducto Central S.A entregó a Massy Energy la ingeniería básica objeto de las obras que iban a ser objeto del contrato 3801903?"

SRA. GÓMEZ: Es cierto que lo entregó, sin embargo, durante el proceso encontramos que había unas desviaciones en lo que había manifestado Ocesa en relación con la ingeniería, en el anexo 1 de ese proceso, Ocesa manifestó que la ingeniería básica y la ingeniería detallada del proyecto, la detallada en lo que le correspondía a las estaciones y a las bombas que ellos nos iban a entregar la ingeniería estaba completa, al final durante el transcurso ya de la ejecución del contrato nos dimos cuenta que esa ingeniería no estaba completa, tanto así que 244 días aproximadamente, haga usted de cuenta como en octubre, Ocesa entregó otra versión de la ingeniería básica."

9. En el Otrosí de 9 de septiembre de 2014, las partes acordaron modificaciones del contrato para incluir dentro de su alcance otras actividades, pero ninguna manifestación hicieron a efectos o impactos

económicos derivados de una entrega tardía de la Ingeniería Básica, como para haber sido tenidos en cuenta entonces, como objeto de nuevas estipulaciones.

10. En "EL ACTA DE LOS RECIBOS DE LOS SERVICIOS/OBRAS" de fecha 5 de enero de 2015, las partes declararon finalizadas las obras en varias de las estaciones, con unos pendientes que ellas mismas calificaron en un porcentaje de 3.52% de la obra total contratada, sin haber hecho reserva o referencia alguna en torno a que la supuesta entrega tardía de la Ingeniería Básica, hubiere generado los pendientes por ejecutar o hubiese tenido un impacto económico en el valor de las obras objeto del Contrato.

De la evidencia probatoria anterior, el Tribunal puede colegir entonces que Massy: (i) no formuló reparo sobre el estado de la ingeniería básica en la fase precontractual; (ii) habiendo manifestado expresamente en su carta de oferta que se reservada en el derecho de revisar el estado de la ingeniería conceptual y básica, y de formular comentarios sobre los respectivos hallazgos, ningún pronunciamiento demostró haber realizado en ese sentido; (iii) el Contrato dispuso como obligación del Contratista la de verificar la ingeniería entregada por Ocesa, y la de responder integralmente por el resultado final de la misma; (iv) ninguna reserva sobre un estado inacabado de la Ingeniería Básica se consignó ni en el acta de inicio de obra, ni en el otrosí No. 1, y tampoco en el acta de recibo final de los servicios/obras; (v) si bien, aparece acreditado en el expediente que en agosto de 2014¹³² se entregó de un nuevo dossier de Ingeniería Básica, tampoco se acreditó en manera alguna el porcentaje de modificación de dicha ingeniería en ese dossier, ni el impacto económico que su entrega en ese momento le hubiere generado al Contratista; (vi) los testimonios antes transcritos son contestes en lo relativo a que Ocesa sí entregó una

¹³² Cd Folio 281 C pbas 2 compl Informe OCENSA/6.3.Ocesa_Informe R
epresentante Lega/Anexo 1/entrega de documentos OCSA A WG

ingeniería básica para la formulación de la oferta económica; (vii) otros testigos afirmaron que se efectuaron entregas de Ingeniería Básica durante la ejecución de la obra, y así lo corroboran algunos documentos aportados al proceso, como el de agosto de 2014, citado en líneas precedentes, sin que nada se haya acreditado en el proceso respecto sobre los porcentajes de modificación de dicha ingeniería, ni a las consecuencias económicas o materiales de tales circunstancias en la ejecución de la obra, (viii) el director del Proyecto por parte de Massy, afirmó en su testimonio no haber valorado la ingeniería básica, con desconocimiento de la carga que le correspondía a aquella de conformidad con las disposiciones del Contrato a las que se refiere el numeral sexto de la cláusula segunda, también transcrito en apartes anteriores, (ix) tampoco parece sugerir ningún impacto económico o material en el desarrollo de la obra derivado de una supuesta entrega tardía de la Ingeniería Básica, el hecho señalado por la representante legal de Massy, quien en su interrogatorio afirmó haber recibido tal ingeniería hasta octubre, luego de seis meses de iniciada la obra, cuando la misma fue efectivamente entregada el 5 de enero siguiente.

Todo lo anterior lleva al Tribunal a concluir entonces que no quedó demostrado en el proceso ningún efecto adverso para MASSY, ni económico ni material, originado en la supuesta entrega tardía de la Ingeniería Básica. Sin embargo, el hecho de haber sido entregada la obra dentro del plazo contractualmente acordado en un alto porcentaje, pone de presente que pese a los reparos de MASSY sobre estado y la entrega diferida de la ingeniería básica, la planeación de la obra se surtió de manera efectiva, evidencia de lo cual es el haber permitido precisamente su culminación dentro de la oportunidad contractualmente prevenida en porcentaje de 96.48%.

En conclusión, no se ha desvirtuado el hecho de que OCENSA hizo una planeación adecuada del Proyecto Delta 35 y de la distribución de riesgos.

Finalmente, en cuanto a la forma de pago del contrato, se encuentra establecida en su CLÁUSULA SEXTA, que armoniza con lo previsto en su

CLÁUSULA TERCERA, respecto de las OBLIGACIONES DE LA COMPAÑÍA, entre ellas, "Pagar, en las condiciones contractuales pactadas, las sumas a que tenga derecho **EL CONTRATISTA**"¹³³.

En efecto, según la CLÁUSULA SEXTA, la forma de pago se estableció en términos generales así:

- (i) **ANTICIPO** del 10% de la Suma Global estimada del contrato, antes de IVA, a favor de la fiducia previamente constituida por **EL CONTRATISTA**, amortizado con cada uno de los pagos parciales.
- (ii) **PAGOS PARCIALES:** Pagos mensuales hasta el noventa por ciento (90%) de la suma global fija del contrato, de acuerdo con las actividades de Ingeniería, Compras y Construcción.

Es obligación del contratista presentar a la compañía la documentación pertinente a los cobros mensuales, con por lo menos diez (10) días calendario de anticipación al cierre de cada mes para su respectiva revisión y aprobación.

- (iii) Un pago final, por el 10% de la suma global fija del contrato, dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de la factura debidamente aprobada y respaldada con los documentos respectivos, entre ellos el acta de liquidación del contrato.

En cuanto al valor del anticipo, no fue pagado por OCENSA según se concluye de la afirmación de MASSY ENERGY al responder la reforma de la demanda de reconvención así: "**AL 26: ES CIERTO** que se pactó la modificación para prever un anticipo a favor del Contratista, pero también es cierto que ya en la fase de ejecución del contrato, los requisitos establecidos para su pago fueron tan difíciles de cumplir al interior de la

¹³³ Ver CLÁUSULA TERCERA numeral 1 del contrato, folio 316 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

*Convocada, que finalmente **MASSY** accedió a acoger la recomendación formulada por los funcionarios operativos de **OCENSA**, para que renunciara a cobrar el anticipo a cambio de recibir el pago de una parte de las compras antes de la entrega del suministro (comunicación WG-OC-3801903-0017-C), lo cual finalmente tampoco se cumplió y **MASSY** terminó financiando en buena parte el proyecto”.*

Sobre los pagos parciales, OCENSA afirma haber pagado hasta el 90% del valor del Contrato, incluido el 15% de reajuste¹³⁴. Sin embargo, no existe en el proceso prueba que demuestre que OCENSA ha realizado pagos en dicho porcentaje.

Por el contrario, de conformidad con el dictamen pericial de ALONSO CASTELLANOS RUEDA¹³⁵, a la Pregunta número 4: *“Sírvese verificar el valor facturado y pagado a Massy por Ocesa en el desarrollo del Contrato”, responde: “Para calcular el valor total facturado y pagado por OCENSA, verificamos las siguientes facturas: • 15991 • 16064 • 16247 • 16302 • 16305 • 16477 • 18063 • 18401 • 18402 • 18403 • 18404 • 18405 • 18407 • 18616”.* Concluyendo, que las facturas pagadas tienen un valor de \$32.381.349.594, sin incluir las facturas pagadas por el Otrosí No. 1¹³⁶.

En la diligencia de contradicción al citado dictamen no se aprecia inconsistencia alguna del perito. En efecto, al ser preguntado por *“DR. GUERRA: Quisiera irme a la página 21 de 44 del dictamen pericial, la tabla que está contenida ahí, tabla A. De acuerdo con la información que usted revisó de las facturas que están totalizadas en esa tabla OCENSA dejó de pagar alguna de ellas a Massy?”.* Respondió, *“SR. CASTELLANOS: No, que*

¹³⁴ Ver respuesta de OCENSA al hecho 112 de la reforma de la demanda presentada por MASSY.

¹³⁵ Cuaderno del Peritaje Financiero elaborado por Alonso Castellanos Rueda, Capitalcorp Julio de 2018, folio 20.

¹³⁶ Ver documentos exhibidos por OCENSA, Facturas Nos. 18295, 18409 y 18843, CD del folio 283 del Cuaderno de Pruebas No. 2, carpeta “3. Otrosí, facturas y acta”.

yo sepa. Me fueron suministradas como pagadas y así fue manifestado por los administradores de Massy. Quiero hacer mención expresa de que para hacer esta revisión nos reunimos con el gerente financiero, el gerente general, el contador de la empresa, gerente jurídica e hicimos una inspección física de los documentos que respaldan esto tanto a nivel de copias impresas como de la contabilidad de la empresa”¹³⁷.

Por lo anterior, el Tribunal ha de atenerse al citado dictamen, concluyendo que OCENSA ha pagado facturas a MASSY ENERGY por valor de \$32.381.349.594, sin incluir el Otrosí No. 1.

4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES

4.1. LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE MASSY

4.1.1. Pretensión Primera

Se formuló así:

“PRIMERA PRINCIPAL (se reproduce de la demanda inicial).- Que se declare que entre OCENSA y WOOD GROUP PSN COLOMBIA S.A. -hoy MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.-, se celebró, el 21 de marzo de 2014, el Contrato No. 3801903, cuyo objeto era la "Ingeniería, Compras, Construcción, Precomisionamiento, Comisionamiento y Puesta en Marcha de las Modificaciones a los Sistemas de Bombeo y Sistemas Complementarios del Proyecto de Ampliación de Capacidad: Delta 35".

De acuerdo con las consideraciones que se han expuesto hasta el momento, está demostrada la celebración del Contrato No. 3801903 fechado el 21 de marzo de 2014, entre OCENSA y WOOD GROUP PSN COLOMBIA S.A. (hoy

¹³⁷ Archivo “12 02 2019 RR” del CD del folio 535 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.), con "**OBJETO: INGENIERÍA, COMPRAS, CONSTRUCCIÓN, PRECOMISIONAMIENTO, COMISIONAMIENTO Y PUESTA EN MARCHA DE LAS MODIFICACIONES A LOS SISTEMAS DE BOMBEO Y SISTEMAS COMPLEMENTARIOS DEL PROYECTO DE AMPLIACIÓN DE CAPACIDAD: DELTA 35**"¹³⁸.

En consecuencia, la pretensión prospera.

4.1.2. Pretensiones Segunda, Tercera y Cuarta Principales

Se formularon así:

"SEGUNDA PRINCIPAL (nueva).- Que se declare que **OCENSA** incurrió en abuso del derecho y de su posición dominante y/o desatendió los deberes que impone la buena fe objetiva, en la celebración y ejecución del Contrato No. 3801903, cuyo objeto lo constituyó la "Ingeniería, Compras, Construcción, Precomisionamiento, Comisionamiento y Puesta en Marcha de las Modificaciones a los Sistemas de Bombeo y Sistemas Complementarios del Proyecto de Ampliación de Capacidad: Delta 35".

"TERCERA PRINCIPAL (nueva).- Que se declare que la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, que limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta, es abusiva en cuanto **OCENSA** determinó a través del pliego de condiciones y mediante el cuadro de ofrecimiento económico, con el carácter de inmodificables, las cantidades que servirían de base para establecer el valor de la oferta".

"CUARTA PRINCIPAL (nueva).- Que se declare que la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No.

¹³⁸ Folios 314 a 336 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 1.

3801903, que limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta, es abusiva en cuanto establece un tope cuantitativo a la responsabilidad contractual de la Entidad Estatal Contratante al limitarla al monto máximo equivalente al 15% del valor total estimado de la oferta en torno a la reparación de los perjuicios ocasionados por la inejecución de la obligación de pagar el precio del Contrato”.

4.1.2.1. Argumentos de las Partes

a) Posición de MASSY:

Las Pretensiones Segunda Principal, Tercera Principal y Cuarta Principal de la Reforma de la Demanda buscan, en síntesis que se declare que Ocesa *“incurrió en abuso del derecho y de su posición dominante y/o desatendió los deberes que impone la buena fe objetiva”* en la celebración y ejecución del Contrato, y en particular que se declare que la estipulación contenida en la Cláusula Quinta del Contrato es abusiva, con base en dos argumentos, a saber: (i) Ocesa -alega Massy- determinó a través del pliego de condiciones y mediante el cuadro de ofrecimiento económico, con el carácter de inmodificables, las cantidades que servirían de base para establecer el valor de la oferta, y (ii) la Cláusula Quinta establece un tope cuantitativo a la responsabilidad contractual de Ocesa al limitarla al monto máximo equivalente al 15% del valor total estimado de la oferta.

Luego de citar diferentes precedentes jurisprudenciales y arbitrales, la Demandante sostiene que la CLÁUSULA QUINTA del Contrato *“que limita al 15% del precio estimado de la oferta los incrementos que podría alcanzar el valor del contrato, resulta evidentemente abusiva comoquiera que no es razonable, ni equitativo, ni lógico y menos conmutativo, que OCENSA pretenda que el precio estimado de la oferta sea el que resulte de aplicar los precios unitarios ofrecidos por MASSY ENERGY a unas cantidades que ella no pudo determinar sino que le fueron impuestas a través del cuadro de ofrecimiento económico, respecto de las cuales no tenía opción alguna*

*de introducir modificaciones o ajustes, circunstancia de irracionalidad y desproporción que se exacerba si se tiene presente que la determinación de esas cantidades inmodificables fue establecida por la propia OCENSA a partir de una ingeniería básica que posteriormente fue modificada por esa propia Entidad (sic) Estatal (sic)*¹³⁹.

En sus alegatos de conclusión, MASSY profundizó en sus argumentos con relación a este problema jurídico y presentó argumentos adicionales¹⁴⁰. Manifestó, en síntesis:

- Que OCENSA *"hizo creer"* a MASSY *"que contaba al momento de enviar los pliegos de condiciones con la ingeniería básica completa, y con la ingeniería de detalle que le correspondía ejecutar, así como que las compras de larga entrega -las cuales corrían a cargo suyo- habían sido ya realizadas"*, y que esta suposición fue, a su juicio, desvirtuada a partir de documentos emanados de TIPIEL.
- Que OCENSA violó *"las exigencias de la buena fe"* al *"haber definido un presupuesto oficial (...) considerablemente inferior al que le sirvió para solicitarle a su propia Junta Directiva la aprobación del proyecto"*. Para sustentar esta afirmación, se basa en el acta de Junta Directiva de OcenSA que fue aportada junto con el dictamen de Dennis Rincón.
- Que *"la posición dominante de OCENSA se hizo evidente en su capacidad de predeterminar el contenido el Contrato – que por tal ha de tenerse como de adhesión-*", lo cual, a su juicio, se refuerza con el hecho de que *"las únicas dos (2) solicitudes de modificación formuladas por MASSY al presentar su oferta, le fueron rechazadas por la Entidad Contratante"*.

¹³⁹ Reforma de la Demanda Principal, págs. 96-97.

¹⁴⁰ Alegatos de Conclusión de Massy, Sección 4.1.

- Que, en el marco de la ejecución del Contrato, OCENSA violó el principio de buena fe *"en cuanto desconoció lo acordado en el procedimiento de Apertura y Cierre de Libros (...) negándose a permitirle a MASSY que pudiera facturar los valores allí determinados por las propias Partes de manera conjunta y con la participación de su interventoría (...), valores que en consecuencia no ha pagado"*.

b) Posición de OCENSA:

OCENSA se opuso a estas pretensiones y alegó las excepciones que denominó *"La estipulación del penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato no es abusiva"*¹⁴¹, *"La estipulación del penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato tiene plenos efectos"*¹⁴² y *"Ocensa no incurrió en abuso del derecho"*¹⁴³.

OCENSA argumenta, en síntesis, que el límite del 15% para reajustar la Suma Global Fija contemplada en la CLÁUSULA QUINTA del Contrato obedece a *"una distribución de riesgos producto de la sana planeación del Proyecto por parte de Ocensa"*¹⁴⁴. Además, que esa fórmula de reajuste *"se estableció teniendo en cuenta un modelo de maduración de proyectos utilizado por Ocensa para el Proyecto Delta 35, resultante de los lineamientos de la AACE International, para administrar la incertidumbre de los costos de proyectos"*¹⁴⁵.

La Convocada también afirma que MASSY no excepcionó en su propuesta la estipulación contenida en la CLÁUSULA QUINTA, ni la discutió con OCENSA en la reunión de negociación que tuvo lugar entre las Partes en marzo de

¹⁴¹ Contestación de la Reforma de la Demanda, pág. 89.

¹⁴² Ibidem. Pág. 91.

¹⁴³ Ibidem.

¹⁴⁴ Contestación de la Reforma de la Demanda, pág. 90.

¹⁴⁵ Ibidem.

2014. *"Massy -afirma la Convocada- únicamente presentó solicitudes y fórmulas de negociación en relación con la inclusión de una cláusula de limitación de responsabilidad para el Contratista por lucro cesante y con una cláusula sobre el reconocimiento de pagos caso de terminación unilateralmente el (sic) Contrato"*¹⁴⁶.

Por otro lado, manifiesta OCENSA que conforme con la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, *"los requisitos o elementos que configuran el abuso del derecho son: a) El ejercicio de un derecho subjetivo mediante una conducta permitida por el ordenamiento jurídico; b) Que ese ejercicio se haga con fines contrarios a los de la norma; c) Que se cause un perjuicio a un tercero"*¹⁴⁷, y que, a su juicio, MASSY no demostró la configuración de esos elementos en este caso.

c) Posición de Berkley:

En la medida que Berkley fue llamada en garantía por Massy frente a las pretensiones de la Reforma de la Demanda de Reconvención, no hizo pronunciamiento particular frente a esta pretensión.

d) Posición del Ministerio Público:

El Ministerio Público considera que la pretensión en cuestión debe ser denegada¹⁴⁸. Para el Ministerio Público, MASSY *"presentó una oferta a Ocesa aceptando libre y espontáneamente las condiciones y riesgos propios del tipo de negocio contenido en el pliego de condiciones y sus documentos anexos, y particularmente, sin reparo alguno ni salvedad frente a la forma como se definió el valor inicial del contrato y menos aun frente a*

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ Contestación de la Reforma de la Demanda, pág. 92.

¹⁴⁸ Concepto del Ministerio Público, pág. 69.

*la forma como se permitiría ajustar dicho valor al momento de la entrega de la ingeniería de detalle en el porcentaje acordado. Tampoco realizó ningún reparo ni dejó salvedad en la oferta frente a la forma de pago del contrato*¹⁴⁹.

*Adicionalmente, "en el respetuoso criterio del Ministerio Público, no cabe interpretación alguna que desconozca la estipulación contractual referida a que los ajustes al valor global fijo del contrato tenían que solicitarse por el contratista y acordarse entre las partes, en la etapa de ingeniería y previamente a las etapas de compras y de construcción"*¹⁵⁰.

4.1.2.2. Consideraciones del Tribunal

El problema jurídico sobre el cual el Tribunal se ocupará en esta sección consiste en determinar si OCENSA incurrió en "abuso del derecho o de posición dominante, y/o desatención de la buena fe objetiva" en la celebración y ejecución del Contrato. Para desarrollarlo, el Tribunal citará la jurisprudencia aplicable a la resolución del problema jurídico, seguidamente hará referencia a la CLÁUSULA QUINTA del Contrato, para luego adentrarse en el análisis de las pruebas que fueron aportadas y practicadas en este proceso.

La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que: "(...) se advierten como características arquetípicas de las cláusulas abusivas –primordialmente-: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un

¹⁴⁹ Ibidem. Págs. 44 y 45.

¹⁵⁰ Ibidem. Pág. 45.

*desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes*¹⁵¹.

El Tribunal aplicará los anteriores parámetros al caso concreto, dado que los mismos han sido reiterados en varias jurisprudencias, a fin de determinar si OCENSA incurrió en abuso del derecho, abuso de posición dominante o desconocimiento de la buena fe objetiva en la celebración y ejecución del Contrato.

De forma introductoria, se divide en el núcleo del presente problema jurídico la CLÁUSULA QUINTA del Contrato, en relación con la cual el Tribunal ya ha hecho algunos pronunciamientos que deben servir de referencia en este acápite. El Tribunal aprecia que, en síntesis, los reproches de MASSY en relación con esta pretensión derivan, bien de la gestación de esta cláusula como parte integral del Contrato, o bien de la aplicación que se le dio a la misma durante su ejecución.

No sobra en este punto hacer nuevamente referencia a la cláusula en cuestión, para recordar sus principales elementos:

- El valor del Contrato se definió en una Suma Global Fija compuesta por dos valores: a. dos mil ochocientos cuarenta y cuatro millones seiscientos veintiséis mil cuatrocientos ochenta pesos (\$2.844.626.480) más IVA por servicios de ingeniería (en adelante la "**Suma de Ingeniería**"); y b. treinta mil trescientos veintidós millones seiscientos ochenta y cinco mil quinientos noventa y tres pesos (\$30.322.685.593) más IVA por compras y construcción (en adelante la "**Suma de Compras y Construcción**").

¹⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de Casación de 2 de febrero de 2001, expediente No. 5670, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. El Tribunal Arbitral toma nota de que esta sentencia es citada por el Consejo de Estado para fundamentar la posición de esa Alta Corte en la sentencia invocada por MASSY en su Demanda en relación con esta pretensión: sentencia de unificación de 28 de abril de 2014, radicación: 200012331000200900199 01 (41.834). C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

- Se estableció que OCENSA reconocería reajustes sobre la suma de compras y construcción.
- La Suma Global Fija se determinaría con base en la Suma Global Estimada contenida en la propuesta del Contratista, y se reajustaría con base en las cantidades definitivas establecidas por el mismo Contratista en su ingeniería de detalle, cuando ésta alcanzara el 80% de ejecución.
- Se pactaron dos momentos de ajuste. En primer lugar, una vez OCENSA entregara al Contratista la ingeniería de detalle civil y mecánica de la bomba rebooster de El Porvenir y de la bomba principal de Caucasia, Massy tenía 15 días calendario para su revisión, análisis y emisión de comentarios. En caso de no presentarse solicitud de ajuste dentro del plazo establecido, se entendería que no habría lugar a ajuste por ese concepto.
- Se acordó que cuando la ingeniería de detalle a ser desarrollada por el Contratista hubiese alcanzado un desarrollo de al menos el 80%, se haría un ajuste respecto de la Suma de Compras y Construcción de "los demás" sistemas objeto del Contrato, es decir, de aquellos distintos a los mencionados en el punto precedente.
- Cada sesión de ajuste sería registrada en acta donde quedarían los precios y cantidades acordados y la Suma Global Fija establecida, la cual en total, según la misma CLÁUSULA QUINTA del Contrato, *"no podrá superar el 15% del valor total estimado de la oferta"*.
- Transcurridas las dos sesiones de ajuste, no se aceptarían cambios a la Suma Global Fija, salvo en los casos expresamente establecidos en el Contrato.

La CLÁUSULA QUINTA, así como las circunstancias que rodearon su negociación, el acuerdo entre las Partes para que hiciese parte del Contrato, y finalmente, la aplicación que la misma tuvo en la fase de ejecución, son

pues, los principales factores que el Tribunal habrá de apreciar para resolver el presente problema jurídico. Así las cosas, se procederá a la aplicación de los parámetros jurisprudenciales arriba reseñados para el caso concreto.

La primera cuestión que habrá de resolver el Tribunal es si la negociación de la CLÁUSULA QUINTA no fue individual, o, de una manera más amplia, si el Contrato puede considerarse un contrato de adhesión¹⁵².

Como se pasa a exponer, el Tribunal encuentra que, contrario a lo afirmado por MASSY, a pesar de que OCENSA haya redactado los términos iniciales del Contrato, ello no implica que el Contrato pueda ser tenido como un contrato de adhesión. En primer lugar, porque MASSY no demostró que existiese una circunstancia objetiva de la cual pudiera inferirse una desigualdad de condiciones entre las Partes, o, en otras palabras, una parte "fuerte" *versus* una parte "débil", como puede ocurrir, a título de ejemplo, en los contratos que celebran los consumidores para acceder a la prestación de servicios públicos.

Por el contrario, en el expediente obra la comunicación de 8 de enero de 2014¹⁵³ dirigida por OCENSA a MASSY (por aquél entonces WOOD GROUP) por medio de la cual le informó la iniciación del proceso licitatorio que finalmente derivó en la celebración del Contrato. En la comunicación se aprecia claramente que OCENSA puso de presente, de entrada, que MASSY tenía plena libertad para decidir o no participar en el proceso licitatorio, lo que es natural en una relación entre empresas donde ninguna depende de manera exclusiva de la otra para el desarrollo de su actividad mercantil ni mucho menos para su supervivencia operacional o económica, lo que de

¹⁵² Sobre el contrato de adhesión, la jurisprudencia ha dicho que: "*Son elementos característicos del contrato de adhesión, a saber: La imposición por una de las partes de la "Ley del Contrato"; el papel pasivo de una de ellas reducido a la simple aceptación o rechazo de la oferta; la existencia de un formulario tipo; la imposibilidad de discutir las estipulaciones y el hecho de que uno de los contratantes ejerce un ascendente económico o moral que lleva a otro a prestar su voluntad, sin discutir*" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de mayo de 1974, también reiterada en varios otros pronunciamientos a partir de entonces).

¹⁵³ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 1 y 2.

suyo implica que MASSY estaba en plena libertad de celebrar o no el Contrato. Al respecto, la comunicación dice: *"En caso de que no esté interesado en participar en el proceso, solicitamos comunicarlo a LA COMPAÑÍA y devolver de inmediato los documentos que le hayan sido entregados con esta invitación"*.

Así mismo, quedó demostrado que aparte de la Convocante, en el proceso licitatorio participaron otros oferentes¹⁵⁴, los cuales, en palabras de OCENSA, son *"compañías (...) reconocidas por su experiencia en el desarrollo de proyectos en el sector energético y en contratación con entidades públicas"*¹⁵⁵. Sobre el particular, se resalta que junto con su propuesta económica, MASSY presentó un "Formato Único Hoja de Vida Persona Jurídica"¹⁵⁶ en el que manifestó que de los últimos tres contratos de prestación de servicios que había celebrado, dos eran por cuantías de 13 mil y 41 mil millones de pesos, respectivamente, que uno superaba los sesenta millones de dólares, y que esos contratos habían sido celebrados con reconocidas empresas del sector de hidrocarburos en Colombia, como lo son Hocol y Equion. Esta es una prueba relevante de cómo MASSY no solo era una empresa con relaciones comerciales diversas que no la hacían dependiente de su contratación con OCENSA, sino que además se presentó a sí misma frente a OCENSA como una compañía experta en este tipo de proyectos, de manera que no le es dado a la Convocante pretender desconocer esas manifestaciones para efectos de aparecer ahora en este proceso como una supuesta parte débil y sujeta a la radical asimetría contractual que normalmente afecta a quienes contratan con empresas que tienen y ejercen posición dominante en un mercado o en una relación contractual específica.

¹⁵⁴ Conforme al "Informe de Evaluación Técnica" de 10 de marzo de 2014 (Cuaderno de Anexos de la Contestación de la Demanda, folios 40 y ss.), participaron las siguientes entidades: (i) Consorcio Ismocol – Inelectra; (ii) Consorcio Morelco – Schrader; (iii) Soenergy; (iv) Techint.

¹⁵⁵ Contestación de la Reforma de la Demanda, pág. 7.

¹⁵⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 128 -reverso-.

Así las cosas, para el Tribunal no está demostrado el supuesto desbalance entre las posiciones de negociación entre las Partes, pues MASSY se presenta como una sociedad experta en las áreas de ingeniería y construcción para las cuales se le invitó a ofertar.

Por otra parte, para el Tribunal está ampliamente demostrado que el Contrato en general y la CLÁUSULA QUINTA en particular fueron negociados por las Partes, y que el hecho de que su texto inicial haya sido propuesto por una de ellas, como normalmente ocurre en las relaciones comerciales, no desvirtúa en sí mismo que pudiera haber (o que haya habido, como en este caso ocurrió), negociaciones al respecto. Ciertamente, el Contrato fue objeto de múltiples solicitudes de aclaración entre el 14 de enero de 2014 y el 26 de febrero de 2014 en las que los participantes del proceso licitatorio plantearon varias inquietudes que fueron respondidas por OCENSA.

Consta documentalmente que OCENSA atendió solicitudes de aclaración que le fueron formuladas por los posibles contratistas, estando MASSY entre ellos. De igual forma, consta documentalmente que de estas solicitudes de aclaración surgieron incluso modificaciones en los términos del Contrato frente a la versión inicialmente propuesta por OCENSA. Por ejemplo, en el Acta de Respuestas a las Solicitudes de Aclaración No. 2¹⁵⁷ consta lo siguiente:

"Pregunta: Considerando la gran cantidad de compras requerida por el proyecto solicitamos contemplar dentro del Contrato un anticipo del 10% para el futuro contratista.

Respuesta: Se acepta en las condiciones indicadas a continuación que se incluirán en Minuta de contrato (...)".

¹⁵⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 84 -reverso- y ss.

Además de las solicitudes de aclaración, MASSY pudo plantear inquietudes o salvedades frente a los términos del Contrato. En efecto, MASSY presentó junto con su oferta económica una solicitud de "excepciones a los términos"¹⁵⁸, relativos al establecimiento de una exclusión de responsabilidad para el Contratista por cierto tipo de daños¹⁵⁹, a reconocimientos económicos en caso de terminación anticipada y a eventos de reducción del alcance mayor a un 10% del valor total del contrato o adjudicación parcial¹⁶⁰. En contraste con la claridad de estas solicitudes, no se aprecia salvedad alguna con relación a los términos de la CLÁUSULA QUINTA, la cual no fue controvertida por MASSY durante la gestación del Contrato, ni al momento de su firma, ni a lo largo del desarrollo de las actividades contractualmente pactadas, según lo probado en el presente proceso.

En línea con lo anterior, las Partes levantaron un "Acta Criterios para Negociación" de 13 de marzo de 2014¹⁶¹ en la que puede leerse:

¹⁵⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 109.

¹⁵⁹ *Ibíd.* La cláusula propuesta por el Contratista preveía: "(...) el CONTRATISTA no será responsable por lucro cesante, perjuicios, daños mediatos, indirectos, punitivos o consecuenciales, incidentales y especiales (pudiendo incluir pero sin limitarse a pérdida de ganancia, pérdida de ingresos, utilidades efectivas o anticipadas, costos de capital, pérdida o diferimiento de producción, pérdida de producto, pérdida de reputación, interrupción del negocio, pérdidas de uso o reclamos por imposibilidad de operar equipos, reclamaciones por interrupción de trabajo o falla en el suministro, costos y gastos incurridos en conexión con los costos operativos de mano de obra, transporte o fuentes de suministros o instalaciones sustitutas, mano de obra empleada en conexión con el retiro y reposición de productos o cualesquiera otras pérdidas o daños incurridos como consecuencia o en conexión con la interrupción del trabajo, en cada caso, independientemente de cómo se produzcan las pérdidas, incluida la culpa o negligencia de cualquiera de las Partes), (sic) que se generen o relacionen con la ejecución, inejecución, ejecución (sic) defectuosa del Contrato. LA COMPAÑÍA defenderá y mantendrá indemne al CONTRATISTA por el lucro cesante, perjuicios, daños indirectos o consecuenciales, incidentales y especiales de los accionistas, socios, afiliadas consorciadas, contratistas de LA COMPAÑÍA, los empleados, directores o agentes de esta, así como aquellos reclamados por terceros con derechos o intereses en la planta o el producto. Solicitamos que se incluya que en caso de terminación anticipada del contrato de manera unilateral por parte de OCENSA este pagará al Contratista: a) los servicios ejecutados hasta la fecha de terminación; b) los compromisos que el Contratista haya adquirido con sus proveedores y subcontratistas para la ejecución del presente contrato y c) los costos de desmovilización".

¹⁶⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 109 -reverso-.

¹⁶¹ Cuaderno de Anexos a la Contestación de la Demanda, folios 604 y 605.

"e. Que en atención a la evaluación de la oferta técnica se encontró que el proponente Wood Group, cumple con los requisitos mínimos requeridos por Ocesa en este campo y que también existe una oportunidad de negociación respecto al plan de manejo social presentado en su oferta.

CON BASE EN LAS ANTERIORES CONSIDERACIONES, SE RESUELVE LO SIGUIENTE:

1. Se resuelve concretar las aclaraciones a la minuta presentada por Wood Group en su propuesta, referentes al límite de responsabilidad en daño emergente y lucro cesante, y que fueron revisadas en la reunión de aclaraciones del 7 de marzo de 2014, en lo correspondiente".

El día siguiente, 14 de marzo de 2014 (7 días antes de la celebración del Contrato), las Partes levantaron un "Acta de Negociación"¹⁶² en la que, luego de dejar constancia sobre los argumentos de las Partes con relación a los puntos de negociación que se venían discutiendo, se dejaron consignados, para lo que es pertinente, los siguientes acuerdos:

"Una vez revisados los argumentos presentados por Ocesa y WG [MASSY] se acuerda lo siguiente:

(...)

2. WG se compromete a tener una respuesta respecto de la exclusión del lucro cesante y la revisión de la minuta, a más tardar el día martes 18 de marzo de 2014.

3. WG confirma que tiene claro en qué etapa se realizará la entrega del procedimiento de coordinación para la apertura de libros, ya que esto fue mencionado en el periodo de observaciones y aclaraciones a los pliegos.

¹⁶² Cuaderno de Anexos a la Contestación de la Demanda, folios 606 a 608.

(...)”.

Las pruebas a las que se viene haciendo referencia son doblemente dicientes ya que evidencian de forma clara que el Contrato fue, en efecto, negociado por las Partes, por lo menos en dos fases concretas. En primer lugar, durante el proceso licitatorio, cuando OCENSA recibió múltiples solicitudes de aclaración de todos los participantes y las respuestas que OCENSA brindó a esas solicitudes dieron incluso para modificar la minuta del Contrato. En segundo lugar, MASSY tuvo la libertad de incluir en su oferta, como en efecto lo hizo, excepciones a los términos sobre los cuales se llevó el proceso licitatorio. Es decir, MASSY tuvo la oportunidad de establecer condiciones que a su juicio hubieran podido ser *sine qua non* para acceder a la celebración del Contrato, y, como se vio, los términos de la CLÁUSULA QUINTA no fueron una de ellas. Finalmente, una vez MASSY fue seleccionada como Contratista, OCENSA abrió una fase de negociación directa e individual con MASSY en la que se discutieron algunos puntos que quedaron pendientes de definición entre las Partes, incluyendo las excepciones que MASSY planteó a los términos sobre los cuales giró el proceso licitatorio dentro de las cuales, se reitera, nada se dijo respecto de la debatida CLÁUSULA QUINTA.

Adicionalmente, las pruebas en cuestión evidencian que MASSY consintió en los términos de la CLÁUSULA QUINTA, con lo cual no puede pretender en sede de este arbitraje desconocer los términos contractuales que ella misma consintió.

En refuerzo de lo anterior, existen varias piezas procesales de las cuales se concluye que MASSY, a pesar de ofrecer sus servicios como un profesional en las áreas objeto de sus servicios, ignoró o al menos no tuvo en cuenta de manera juiciosa los términos del Contrato y la manera como se hizo la asignación de riesgos dentro del mismo, lo cual no puede cubrirse por la vía de reclamar contra lo que ella misma acordó. Es así por ejemplo como en su testimonio, el Señor Jorge Espitia, quien fuera Director del Proyecto Delta 35 por parte de Massy, hizo afirmaciones como “...yo no había visto ese

15%, si lo vi se me pasó y nosotros nunca trabajamos ni oímos en la propuesta, nunca durante la ejecución del trabajo tuvimos en cuenta ningún tipo de esa limitación(sic)...”¹⁶³.

Para cerrar este punto, valga decir que, en gracia de discusión, aún si se tuviese el Contrato como un contrato de adhesión, esa simple circunstancia por sí sola no constituiría un abuso del derecho o de la posición dominante o una violación a la buena fe objetiva -ni, se anticipa, le restaría valor alguno al acto jurídico sobre el cual recae esta disputa-¹⁶⁴.

¹⁶³ Transcripción del testimonio de Jorge Espitia, pág. 87, archivo “R 02 08 2018 MASSY ENERGY COLOMBIA SAS Vs OLEODUCTO CENTRAL SA OCENSA (4668)” en el CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

¹⁶⁴ La jurisprudencia ha establecido al respecto: “5.- *El argumento basilar del cargo, consistente en que el contrato celebrado entre las partes en conflicto es de adhesión y que, por esa sola circunstancia, es ineficaz o inválida únicamente su cláusula decimosegunda (12a.), reguladora de la terminación de dicho pacto, resulta absolutamente inane para obtener los fines indicados y, consecuentemente, para determinar la aniquilación del fallo recurrido, pues ni la doctrina ni la jurisprudencia le han negado a los contratos de adhesión fuerza vinculatoria contractual, sino que por el contrario, los ha encontrado escenarios adecuados para desarrollar ciertos principios de hermenéutica contractual, por cuanto, si bien la desigual posición de las partes en la formación de estos acuerdos, ha originado seria disparidad de criterios sobre su naturaleza jurídica, hasta el punto de que algún sector de la doctrina se ha inclinado por negarle a tales con tratos su carácter contractual, otro, mayoritario, sostiene la llamada teoría contractual de los actos de adhesión, mediante la aducción de una razón apta para absolver toda perplejidad: en definitiva, el contratante débil resulta vinculado sólo por la aceptación que otorga, pudiéndola también rechazar; es decir, “...los contratos de adhesión sí tienen real y efectivamente el carácter de verdaderos contratos. Contratos especiales quizá y que por ese concepto merecen una interpretación particular, pero contratos al fin “porque el individuo conserva la voluntad de no contratar; si contrata es porque quiere. El individuo es libre para no comprometerse pero una vez comprometido, está obligado a respetar su decisión: es el efecto del contrato” (Mazeaud, Derecho Civil, pág. 401, parte I y 104, parte II) [Cas Civ. de 8 de mayo de 1974]. Y sobre dicha base, han estimado los doctrinantes pertenecientes a este segundo grupo que los contratos de adhesión constituyen un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de algunos principios clásicos en la interpretación de los actos jurídicos, entre ellos el consignado en el artículo 1.618 del Código Civil, según el cual, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (XLIV, 678 a 680), lo cual significa que “...cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomos de ambigüedad, tiene que presumirse que esas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquéllos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación. Los jueces tienen amplia facultad para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales, incluso cuando algunas de sus cláusulas aparezcan ante ellos rigurosas o desfavorables para uno solo de los contratantes” (resaltado fuera del texto). (Cas. Civ. de 29 de agosto de 1980).” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de casación de 27 de octubre de 1993. M.P.: Rafael Romero Sierra.*

Siguiendo con la aplicación de los parámetros jurisprudenciales propuestos atrás para la determinación de si se está o no en presencia de una cláusula abusiva, corresponde analizar el segundo de los requisitos, y es el de establecer si se encuentra probado que en este caso OCENSA haya lesionado la buena fe negocial. Como se pasa a exponer, para el Tribunal la respuesta a esta cuestión es negativa.

En efecto, el Tribunal advierte que en múltiples oportunidades en el marco de la fase precontractual OCENSA fue absolutamente claro en presentar a los participantes del proceso licitatorio -incluyendo, por supuesto, a MASSY- las implicaciones de lo establecido en la CLÁUSULA QUINTA. En el Acta de Respuestas a Solicitudes de Aclaración No. 2 de 14 de enero de 2014¹⁶⁵ consta la siguiente respuesta de OCENSA a una de las solicitudes que absolvió:

"Pregunta: ¿Cuál va a ser el procedimiento a seguir en caso que con posterioridad a la segunda reunión de ajuste de cantidades el valor del proyecto supere en más de un 15% el valor total estimado de la oferta?"

[Respuesta] El 15% de techo para la estrategia de libro abierto definida para este proceso, es sobre el valor de la oferta estructurada por el Oferente, razón por la cual el Oferente debe considerar todos los aspectos necesarios dentro de su experiencia dada la ingeniería básica en el estado que se ha entregado."

La respuesta de OCENSA en este sentido es categórica: al establecer que el límite establecido en la CLÁUSULA QUINTA es un "techo", estaba dejando

¹⁶⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 85.

en claro a los participantes que no habría de reconocer valores adicionales que superaran el porcentaje del 15%¹⁶⁶.

La posición anterior fue reiterada en el Acta de Respuesta a Solicitudes de Aclaración No. 7 de "27 de enero de 2014"¹⁶⁷, numeral 2, en la que OCENSA dio la siguiente respuesta:

"Pregunta: Documento Pliego de Condiciones, Sección 2.4.b, (...) ¿Por qué se limita al 15% si en el caso de exceder este porcentaje se estaría castigando al Contratista por algo que no está en su control en el momento de la Oferta?"

Respuesta: El 15% de techo para la estrategia de libro abierto definida para este proceso, es sobre el valor de la oferta estructurada por el Oferente, razón por la cual el Oferente debe considerar todos los aspectos necesarios dentro de su experiencia dada la ingeniería básica en el estado en que se ha entregado".

En otro apartado del mismo documento¹⁶⁸, se aprecia lo siguiente:

"Pregunta: (...) Entendemos que los nuevos ítems, inicialmente no previstos en la ingeniería básica provista por el Cliente, que eventualmente se encuentren con base en ingeniería de detalle a ejecutar, no serán incluidos a los fines de la determinación del cálculo del 15% de viabilidad del monto de la Propuesta permitida por las rondas de ajuste. Les solicitamos confirmar nuestro entendimiento.

Respuesta: No procede el entendimiento. Considerar lo expresamente consignado en los documentos de la solicitud de oferta."

¹⁶⁶ Según la Real Academia de la Lengua Española, una de las acepciones de la palabra "techo" es *Altura o límite máximo a que puede llegar y del que no puede pasar un asunto, una negociación, una evolución, etc.*, ver <https://dle.rae.es/?id=ZIMIMTu> (última visita el 11 de julio de 2019).

¹⁶⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 92.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

También el Acta de solicitudes de aclaración No. 9, de fecha "17 de enero de 2014", Parte Legal, numeral 58, a la pregunta "*PLIEGO DE CONDICIONES, 2.4. CONDICIONES GENERALES PARA PARTICIPAR Y MODELO DE CONTRATO, CLÁUSULA QUINTA: VALOR. - Teniendo en cuenta que el ofrecimiento económico requerido incluye las cantidades que la Compañía ha determinado se deben ofertar por los proponentes, el límite de variación del 15% sobre valor de la suma global ofertada, es un riesgo que le corresponde a la Compañía y no al Contratista al no haber determinado tales cantidades. En este orden de ideas, se solicita eliminar el tope de variación incluido en el pliego de condiciones y en el Contrato. Cada sesión de ajuste será registrada en acta donde quedarán los precios y cantidades acordados y la Suma Global Fija establecida, la cual en total no podrá superar el 15% del valor total estimado de la oferta, salvo se trate de ítems nuevos o trabajos adicionales.*", "Respuesta: Ver respuesta a pregunta 2 Acta N. 7"¹⁶⁹.

Probablemente la expresión más categórica del entendimiento de OCENSA sobre la Cláusula Quinta, comunicada a los eventuales contratistas (incluido MASSY) en la fase precontractual, está consignada en el Acta de Respuestas a Solicitud de Aclaraciones No. 11 de 21 de febrero de 2014¹⁷⁰ en la que puede leerse:

"MINUTA DEL CONTRATO CLÁUSULA QUINTA: VALOR Favor aclarar qué pasa si los ajustes superan el 15% del valor total estimado de la oferta.

Respuesta: No se reconocerán valores superiores".

Todo lo anterior lleva al Tribunal a concluir que, aún si algunos funcionarios de MASSY desconocieron, o no recordaron, o no tuvieron en cuenta el

¹⁶⁹ Ver folios 94 -reverso- a 101 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁷⁰ Cuaderno de Anexos de la Demanda de Reconvención, folio 37.

contenido de la documentación precontractual o contractual a ese respecto, como ya ha quedado establecido, resulta claro que en la proposición y negociación de la CLÁUSULA QUINTA del Contrato, OCENSA no violó la buena fe negocial, puesto que no faltó al deber esencial de brindar información clara y completa sobre ello; porque la cláusula fue incorporada desde la primera versión del Contrato; y porque además, a lo largo de la fase precontractual, OCENSA fue absolutamente clara en presentar a los participantes, incluido a MASSY, su entendimiento del contenido y alcance de la misma. Así las cosas, está demostrado que MASSY consintió libremente en los términos del Contrato, con la CLÁUSULA QUINTA incluida, a sabiendas de las advertencias que durante la fase precontractual hizo OCENSA acerca de los mismos.

Descartado el segundo elemento de los parámetros jurisprudenciales que han venido guiando el razonamiento del Tribunal para la resolución de este problema jurídico, corresponde detenerse en el tercer elemento, y es si la CLÁUSULA QUINTA genera un desequilibrio significativo de cara a los derechos y obligaciones que contraen las partes. Una vez más, como pasa a exponerse, la respuesta a esta cuestión es negativa, sin perjuicio de que previo a entrar a analizar este elemento del *test*, el Tribunal deba realizar una precisión.

Si bien el requisito contemplado en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia es que la cláusula que se señala como abusiva "*genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes*", y sobre él habrá de detenerse el Tribunal, el análisis que se realizará a continuación no implica de ninguna manera que el Tribunal esté analizando o emitiendo consideración alguna respecto de las pretensiones Novena Principal y Décima Principal de la Reforma de la Demanda Principal, dirigidas a que se declare que se rompió el equilibrio económico del Contrato y que se disponga su restablecimiento. Como consta en otra sección de este Laudo, frente a estas pretensiones expiró el término de caducidad de la acción y, por consiguiente, así será declarado en la parte resolutive. Por el contrario, las referencias que se

harán a continuación aluden únicamente al elemento del “desequilibrio significativo” para probar si hubo o no abuso en la CLÁUSULA QUINTA del contrato, para lo cual se sigue en estricto sentido la terminología propuesta por la Corte Suprema de Justicia, y así habrá de entenderse, sin que, se insiste, el Tribunal esté analizando si de manera general se rompió el equilibrio económico del Contrato, como pretendió MASSY que fuese declarado.

Descendiendo, entonces, a este paso del análisis, como comentario preliminar, de forma general se observa que el ordenamiento jurídico contiene múltiples provisiones bajo las cuales es válido para las partes de un contrato establecer cláusulas de limitación de riesgos y responsabilidades. Así, el Código Civil contiene las siguientes normas:

- El Artículo 15 establece que “[p]odrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”.
- Bajo el Artículo 1602 los contratos son “ley para los contratantes, y no puede[n] ser invalidado[s] sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.
- Por su parte, el Artículo 1604 contiene normas generales de responsabilidad y dispone, en su último inciso, “Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes”.

De manera que, como se viene diciendo, estipulaciones como la CLÁUSULA QUINTA del Contrato no son, ni por asomo, una institución extraña al ordenamiento jurídico colombiano. La jurisprudencia así lo ha reconocido. La Corte Constitucional, por ejemplo, ha dicho:

“5.5. Cabe resaltar que en materia contractual, la reparación del daño debe estar orientada también por el principio general según el cual la

víctima tiene derecho a la reparación total de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el afectado. Esta reparación debe comprender tanto los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales. Sin embargo, en materia convencional, este principio general puede estar limitado ya sea por cláusulas legislativas razonables, o por estipulaciones de los contratantes, quienes autónomamente pueden decidir que el responsable se libere total o parcialmente de su obligación frente a la víctima, habida cuenta del interés privado que está inmerso en los derechos de crédito asociados a un contrato. En este sentido, el inciso final del artículo 1616 parcialmente acusado establece que "Las estipulaciones de los contratos podrán modificar estas reglas".

(...)

6.1.3. Según precisa la doctrina "la disposición comentada permite a los contratantes desde antes de la celebración del contrato analizar y evaluar el albur que conlleva su perfeccionamiento, con la posibilidad de limitarlo, extinguirlo o asumirlo, aleas que se refieren a circunstancias exteriores, también a negligencias o imprudencias que pueden hacer al contratante o a sus subordinados culpables". No obstante, si concurre dolo en el contratante incumplido su responsabilidad se extiende a la totalidad de los perjuicios, aún los imprevistos.

Esta observación cobra particular sentido en el sistema jurídico colombiano, comoquiera que, en el marco de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones contractuales, los contratantes pueden acoger o modificar en las estipulaciones los parámetros de responsabilidad previstos en el artículo 1616. Así lo prevé su inciso final: "Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas". Con fundamento en esta cláusula los contratantes pueden prever una

intensificación o reducción de los estándares de responsabilidad del deudor, toda vez que la norma protege intereses privados”¹⁷¹.

En el mismo sentido, el Tribunal resalta que existen precedentes arbitrales en que se ha reconocido la validez de este tipo de cláusulas y se les ha dado aplicación¹⁷²:

“6.4.2. Las Cláusulas Limitativas de Responsabilidad. La ley prevé la posibilidad de que las Partes modifiquen los criterios de determinación de responsabilidad establecidos en el artículo 1616 del Código Civil y que estas establezcan límites cuantitativos a la responsabilidad contractual que a ellas correspondería. Así lo ha reconocido la jurisprudencia nacional desde hace tiempo. En cuanto a lo primero, es decir, a la posibilidad de que las partes modifiquen los criterios de responsabilidad establecidos en el Código Civil, la Corte Constitucional fue muy clara al sostener que “en el marco de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones contractuales, los contratantes pueden acoger o modificar en las estipulaciones los parámetros de responsabilidad previstos en el artículo 1616. Así lo prevé su inciso final: “Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”. Con fundamento en esta cláusula los contratantes pueden prever una intensificación o reducción de los estándares de responsabilidad del deudor, toda vez que la norma protege intereses privados”; en cuanto a lo segundo, es decir, a la posibilidad de que las partes limiten cuantitativamente los perjuicios indemnizables, la Corte Suprema de Justicia, al estudiar una cláusula limitativa de la responsabilidad pactada por una empresa dedicada a la prestación de servicios de seguridad manifestó que “[d]e los textos anteriores se deduce que, tal como lo afirma el recurrente, la compañía

¹⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-1008 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁷² Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá conformado por los árbitros Ernesto Rengifo García (Presidente), Jorge Cubides Camacho y Carlos Gustavo Arrieta Padilla. Laudo arbitral de 14 de septiembre de 2011. Balclin Investments S.L., Altra Inversiones Ltda. Mauricio Camargo Mejía y Darío Durán Echeverri contra Jario Andrés Gutiérrez Robayo, Jimena Gross Mejía, Carlos Andrés Torres Robayo, Nelson Andrés Beltrán Algarra y Monserrat Gross Mejía.

de vigilancia demandada y la Sociedad Tracey y Cía. S.A. expresamente pactaron una limitación cuantitativa para los casos en que por responsabilidad legal atribuida a los vigilantes empleados por la sociedad contratista se presentara un hurto, como el que sucedió; acuerdo de voluntades que liga a las partes contratantes, por cuanto así está estipulado en el cuerpo del contrato suscrito entre ellas y que por serlo resulta ser la ley que rige la relación contractual que con él se originó”.

Todo lo anterior, unido al hecho innegable de que la ilicitud de una determinada disposición contractual debe estar determinada por la ley; que en las normas legales que tratan de la ilicitud en los acuerdos de voluntades (artículos 1517 y siguientes del Código Civil) no hay nada que prohíba una disposición como la contenida en la CLÁUSULA QUINTA del Contrato; y que es consustancial a los contratos de obra, como el que nos ocupa, que se regule la distribución de riesgos entre los contratantes¹⁷³, conduce al Tribunal a recalcar cómo la CLÁUSULA QUINTA, pactada entre contratantes en un plano de igualdad, y que se presumen diligentes y sagaces, no merece *prima facie* reproche alguno por parte del ordenamiento jurídico. Por el contrario, este tipo de cláusulas suelen corresponder a la materialización del ejercicio de la autonomía de la voluntad privada en contratos complejos y de duración como el que ocupa en esta ocasión al Tribunal.

Por si lo anterior fuera poco, incluso en los contratos a riesgo compartido (que no es el caso de los contratos de obra), existen múltiples precedentes (en los que el Tribunal se abstiene de abundar por tratarse de un simple paralelo)¹⁷⁴, donde se ha admitido la limitación de riesgos y

¹⁷³ Al respecto, es claro que los principios y modelos contractuales establecidos para contratos de construcción y EPC por la Federación Internacional de Ingenieros de la Construcción (“FIDIC”), especialmente a través del denominado “Silver Book”, limitan ostensiblemente los riesgos que asume el dueño o encargante de las obras, y que tales principios y modelos contractuales son de muy común utilización en nuestro sistema legal por no ser contrarios a sus disposiciones y fundamentos.

¹⁷⁴ Ello puede verse, por ejemplo, en laudos referentes a contratos de asociación a riesgo compartido para la prestación de servicios de telecomunicaciones, tales como el que resolvió las controversias desatadas entre Nortel y Telecom de abril 20 de 2001, o el de Teleupar contra Angelcom de mayo 18 de 2005, entre otros.

responsabilidades a cargo de alguna de las partes, ante lo cual el Tribunal concluye en refuerzo de todos los anteriores argumentos que, si acordar dichas limitaciones es admisible en contratos donde por definición se comparten los riesgos, más aún resulta ello posible en contratos donde los riesgos no son de suyo compartidos, como son los contratos de obra, y particularmente, los contratos EPC, como el que nos ocupa, en los que, además, la tendencia internacional ha sido la de centrar cada vez más los riesgos en el “epecista” o constructor.

Además de lo anterior, y descendiendo al caso concreto, el Tribunal observa, con base en la evidencia que le ha sido presentada, que la inclusión de esta cláusula en el Contrato responde a criterios técnicos que la sustentan.

En efecto, el Tribunal encuentra ilustración en el dictamen rendido por Dennis Rincón, en el que se indicó que para un proyecto en etapa de definición y planeación, “...*el nivel de certeza es de -10% a +15%...*”¹⁷⁵.

Así mismo, en el dictamen elaborado por Carlos A. Bohórquez, aportado por Massy, se dice al respecto “...*considerar el reajuste del 15% estaba dentro de las buenas prácticas de ingeniería recomendada y corresponde a la capitalización de la experiencia de este tipo de contratos y que permitiría incluir esta diferencia en los imprevistos...*”.

Viendo lo señalado por los dictámenes referidos, aparece con evidencia que, independientemente de las metodologías, fuentes y análisis realizados por cada uno de los peritos, ambos coinciden en concluir que ese 15% está dentro de parámetros razonables y justificables conforme a los niveles de precisión admisibles en este tipo de proyectos, luego mal podría entenderse que la fijación de ese porcentaje resulta en un “desequilibrio significativo”, siguiendo los parámetros jurisprudenciales a los que ya se ha hecho referencia para la definición de cláusulas abusivas. En efecto, el que una

¹⁷⁵ Cuaderno del dictamen de Dennis Rincón, folios 22 y 23.

parte limite su riesgo (que, como ya se vio, no es ilegítimo), y que ese límite se dé bajo criterios que cuentan con soporte técnico para este tipo de proyectos, son argumentos que bastan por sí solos para entender que no existe aquí el pretendido desequilibrio, y que aún si llegare a sostenerse que la sola limitación del riesgo para una de las partes genera un desequilibrio (que no es el caso), este no podría tomarse por significativo si se encuentra dentro de parámetros normales y sustentados con criterios técnicos. A este respecto también, la justicia arbitral ha contemplado que son abusivas las cláusulas que *“...establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente...”*¹⁷⁶ lo cual en su conjunto no ha sido probado en este caso si se ponen en perspectiva el criterio técnico expresado en los referidos dictámenes, y el hecho de haber sido el Contrato ampliamente negociado, y el hecho de haber tomado MASSY sobre sí misma la responsabilidad total de la ingeniería al haber suscrito el contrato con el numeral 6 de la cláusula segunda incluido en él, todo lo cual ya ha quedado establecido.

En igual sentido, tanto la doctrina nacional como la extranjera, en cuanto fuentes auxiliares del derecho, y en ausencia de definición legal del alegado desequilibrio, han sostenido que *“...para su concreción, debe (sic) sopesarse derechos y facultades frente a cargas y obligaciones, de manera que conduzcan al rompimiento de la conmutatividad...”*¹⁷⁷. En relación con este punto de la conmutatividad, vale la pena traer a colación que, en efecto, MASSY alegó en la Reforma de la Demanda Principal que el principio del equilibrio económico (sobre el cual, como ya se anotó, el Tribunal no se pronunciará de manera general por haber caducado el derecho de acción

¹⁷⁶ Cámara de Comercio de Bogotá, laudo arbitral de Punto Celular vs. Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A, febrero 23 de 2007.

¹⁷⁷ Díez Picazo y Ponce de León, Luis – “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I – Introducción, Teoría General del Contrato”. Civitas, Madrid, España, 1992. Citado Suarez Beltrán, Gonzalo, “La Sanción de las Cláusulas Abusivas y su Aplicación al Contrato Estatal: un Vacío Notable” – Disertación para posesionarse como Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

sobre las pretensiones correspondientes) tiene sustento en normas del derecho privado, para lo cual señaló que la conmutatividad implica mantener la equivalencia de las prestaciones durante toda la ejecución del contrato¹⁷⁸. Al respecto, el Tribunal debe precisar que la equivalencia de prestaciones requerida para preservar la conmutatividad no significa la identidad sustancial de las mismas, sino más bien, su aptitud para satisfacer la necesidad de la contraparte a cambio de lo que de ella se recibe, y en consecuencia, siendo claro que un contrato que deja de ser conmutativo se torna en aleatorio, y que lejos estuvo de probarse en el proceso que el contrato que nos ocupa tuviera dicha condición, forzoso es reconocer que el límite del 15% contenido en la CLÁUSULA QUINTA no genera un desequilibrio económico significativo entre las Partes, y así habrá de declararlo el Tribunal.

Así las cosas, se reitera, el límite del 15% no es, a partir de los criterios ya revisados por el Tribunal, caprichoso ni arbitrario, sino que encuentra un claro sustento técnico, que, por lo mismo técnico, no le es dado al Tribunal calificar en cuanto a su idoneidad. La apreciación que al respecto hace este Tribunal se orienta más bien a confirmar que, en efecto, OCENSA no improvisó en la fijación del límite del 15% sino que, por el contrario, tuvo en cuenta elementos de carácter técnico ampliamente presentados a lo largo del proceso, no obstante lo cual también es claro que aún si ello no obedeciera a un criterio técnico probado o hubiere discusiones sobre su idoneidad y suficiencia, eso jurídicamente hace parte de las cosas que las partes pueden libremente estipular, y que aquí en efecto estipularon libremente, como ya se señaló. Por lo demás, no sobra resaltar que la fijación de un límite en el riesgo a cargo de alguna de las partes, o si se quiere, la distribución de riesgos entre ambas, es algo que usualmente se da en consideración al principio de planeación aplicable a este tipo de contratos.

¹⁷⁸ Ver página 75 de la reforma de la Demanda Principal.

Adicional a todo lo anterior, la limitación de ajuste del 15% no puede calificarse como abusiva, si se tiene en cuenta que el valor base para calcular ese 15% adicional era el valor de la oferta estimado por MASSY, de manera que era el mismo proponente (es decir, MASSY) quien fijaba el punto de arranque a partir del cual podía subirse un 15%, y por lo tanto, tenía incidencia directa en la determinación de hasta dónde llegaba el “techo” del precio del contrato.

Hechas las anteriores precisiones, merece en este punto especial mención la parte de las pretensiones de MASSY, entremezclada con su solicitud general de declarar la existencia de una conducta abusiva, en cuanto a que se declare también que OCENSA incurrió en abuso de posición dominante o desconocimiento de la buena fe objetiva en la celebración y ejecución del Contrato.

En cuanto a lo primero, es decir, al abuso de posición dominante, la jurisprudencia en Colombia ha sido prolija en definir las situaciones que podrían dar lugar a la configuración de un fenómeno semejante, resaltando aquellas relacionadas con posibles restricciones a la libertad contractual de alguna de las partes¹⁷⁹, o las asociadas a la existencia de relaciones asimétricas de poder entre los eventuales contratantes (que, de suyo, entrañan la existencia de una parte débil de la relación)¹⁸⁰, o incluso la posible presencia de situaciones de indefensión¹⁸¹, o la contratación en escenarios en los que no hay competidores, nada de lo cual fue alegado en forma consistente a lo largo del proceso y mucho menos probado por MASSY, quien además no podría haberlo hecho puesto que, por el contrario, está plenamente demostrado que en el asunto objeto de la litis se trató de un contrato para cuya celebración MASSY compitió con otros jugadores del mercado, y que su concepción y desarrollo se dieron como una relación

¹⁷⁹ Ver sentencias T-375 de 1997 o T-468 de 2003 de la Corte Constitucional, entre muchas otras.

¹⁸⁰ Ver sentencias T-057 de 1995, T-1165 de 2001 ó T-1118 de 2002 de la Corte Constitucional, entre muchas otras.

¹⁸¹ Ver, por ejemplo, Sentencia T-118 de 2000 de la Corte Constitucional.

negocial entre empresarios que obraron en un plano de igualdad y con plena capacidad negociadora, como ya ha quedado establecido. Como ya se señaló en este laudo, está probado que MASSY era una empresa con relaciones comerciales diversas que no la hacían dependiente de su contratación con OCENSA, lo cual deja sin piso la alegación de una supuesta posición dominante de parte de Ocesa.

En cuanto a lo segundo, esto es, al desconocimiento de la buena fe objetiva, nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado que la misma presupone actuar “...con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia y sin dobleces...”¹⁸², y también se ha dicho que dicha modalidad de la buena fe “...consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la aplicación de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia...”¹⁸³. Ante estas precisiones, es claro que la alegación de MASSY en este aspecto supondría establecer (i) una falta a la honradez y probidad, o más aún, un “doble” en el actuar de OCENSA que no ha quedado demostrado; o (ii) que OCENSA omitió “respetar en su esencia lo pactado”, lo cual carece de sentido cuando precisamente OCENSA ha buscado preservar la disposición contractual que establece el límite del 15% oponiéndose a su eventual desconocimiento; o (iii) que OCENSA no observó claramente el deber de informar, lo cual ya ha sido desvirtuado al advertirse que desde la fase precontractual OCENSA hizo plena claridad sobre la aplicación del límite del 15%; o (iv) que OCENSA no desplegó un comportamiento tendiente a la realización y ejecución del contrato olvidando que la satisfacción del interés del otro (MASSY) dependía de la lealtad y corrección de su propia conducta, lo cual no se encuentra

¹⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de agosto de 2001.

¹⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencias de 24 de agosto de 2016, Consejero Ponente (E) Jaime Orlando Santofimio Gamboa y de 22 de junio de 2011 – Expediente 18836.

probado en el proceso. Finalmente en este punto, está claro también que, siendo la buena fe objetiva una derivación del postulado general de la buena fe, y no estando probada, como ya se vio, una falla de OCENSA en el obrar de buena fe, esta parte de la pretensión tampoco habrá de prosperar.

En virtud de lo anterior, es dado concluir que OCENSA no incurrió en abuso de posición dominante, abuso del derecho o violación del principio de la buena fe objetiva en la celebración del Contrato.

Con base en lo expuesto en esta sección, el Tribunal denegará las Pretensiones SEGUNDA PRINCIPAL, TERCERA PRINCIPAL y CUARTA PRINCIPAL de la reforma de la Demanda.

4.1.3. Pretensión Quinta

Se formuló así:

*"**QUINTA PRINCIPAL** (nueva).- Que se declare la nulidad de la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta".*

4.1.3.1. Argumentos de las Partes

a) Posición de MASSY

El soporte de esta pretensión está alimentado por las alegaciones de hecho y de derecho de MASSY en punto al alegado abuso del derecho o de posición dominante o violación de la buena fe objetiva por parte de OCENSA. Lo anterior fue aclarado por MASSY en sus alegatos de conclusión al afirmar

que, *"la consecuencia natural de la abusividad de una estipulación, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia"*¹⁸⁴ es la nulidad de la misma.

b) Posición de OCENSA

OCENSA se opone a esta pretensión y alega la excepción que titula *"La estipulación del penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato tiene plenos efectos"*¹⁸⁵.

OCENSA argumenta que *"la estipulación en mención no solamente se encuentra ajustada a derecho, sino que su inclusión obedece única y exclusivamente a un examen de razonabilidad, basado en parámetros técnicos y objetivos de la industria, que Ocesa tenía que implementar"*¹⁸⁶.

Agrega que *"llama la atención que Massy no haya sustentado la aplicación de ninguna de las anteriores instituciones jurídicas [refiriéndose en general a la inaplicabilidad, nulidad, ineficacia, o carencia de efectos], sino que se limita a listarlas de (sic) sin listar fundamento jurídico o fáctico que les sirva de respaldo"*¹⁸⁷.

c) Posición de BERKLEY

En la medida que BERKLEY fue llamada en garantía por MASSY frente a las pretensiones de la Reforma de la Demanda de Reconvención, no hizo pronunciamiento particular frente a esta pretensión.

¹⁸⁴ Alegatos de conclusión de Masy. Parte III, pág. 4.

¹⁸⁵ Contestación de la Reforma de la Demanda, pág. 91.

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

d) Posición del ministerio público

El Ministerio Público solicita declarar la ocurrencia de la caducidad frente a esta pretensión, conforme al inciso segundo del literal j) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA¹⁸⁸.

4.1.3.2. Consideraciones del Tribunal

El Tribunal se detendrá en primer lugar sobre la alegación del ministerio público en el sentido de que habría operado la caducidad de la acción frente a esta pretensión.

Sin perjuicio de las consideraciones del Tribunal contenidas en extenso en la sección de Presupuestos Procesales acerca del análisis de la expiración del término de caducidad de algunas pretensiones de la Reforma de la Demanda Principal y de la Reforma de la Demanda de Reconvención, el Tribunal se dirigirá brevemente a la alegación del ministerio público, quien, como se anticipó, considera que respecto de esta pretensión en específico operó la caducidad, con base en lo dispuesto en el Artículo 164(2)(j) del CPACA, que establece:

"La demanda deberá ser presentada:

(...)

En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

j) (...)

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente".

¹⁸⁸ Alegatos de conclusión del Ministerio Público, pág. 30.

Con base en la norma anterior, expiró el término de caducidad de la acción contractual para declarar la nulidad parcial del Contrato, en cuanto, en primer lugar, el mismo fue perfeccionado mediante la suscripción por las Partes del instrumento en el cual está contenido el 21 de marzo de 2014, y la demanda inicial fue presentada el 24 de junio de 2016; y, en segundo lugar, porque el Contrato dejó de estar vigente desde el 1 de enero de 2015.

No obstante, la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia ha establecido que:

"La Sala no puede pasar desapercibidos los vicios que afectan la validez del contrato sin formalidades plenas que surgió (...). A pesar de que la legalidad de la citada orden de prestación de servicios no fue cuestionada en el presente proceso, el artículo 1742 del C.C. contempla la facultad oficiosa del juez para pronunciarse respecto de las nulidades absolutas de los actos jurídicos y de los contratos cuando éstas aparezcan de manifiesto en el mismo, con el fin de garantizar la prevalencia del orden público que debe regir las relaciones jurídicas. Esa misma noción fue acogida por el inciso primero del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, en cuanto consagra la facultad de declarar oficiosamente la nulidad absoluta de los contratos estatales, cuando adolezcan de vicios de tal raigambre. Las causales de nulidad absoluta están concebidas por el ordenamiento jurídico como una sanción que implica privar de eficacia los actos jurídicos y los contratos que se han erigido en contravía de los intereses superiores, por cuya protección propende el orden jurídico, con el fin de proteger al conglomerado social de los efectos adversos que puedan desprenderse de un acto jurídico o un contrato viciado de tales tipos de ilegalidad. La Sala ha precisado en distintas oportunidades que la facultad del juez de declarar de manera oficiosa las nulidades absolutas que sean manifiestas en los actos o contratos no está sometida al régimen de la caducidad, no solo porque resulta evidente que durante el trámite del proceso puede transcurrir el tiempo previsto por el ordenamiento jurídico para que fenezca la oportunidad de alegarlas por

la vía de acción, sino porque la facultad oficiosa difiere ostensiblemente del derecho público subjetivo de acción y los términos de caducidad están concebidos como límites temporales para hacer efectivos ante la jurisdicción, por la vía de acción, los derechos sustanciales; además, el fenecimiento del término de caducidad carece de la virtualidad de sanear los vicios de que adolezcan los actos o contratos”¹⁸⁹.

En otra oportunidad, el Consejo de Estado precisó:

“Ahora, aun cuando la Sala ha sostenido que es posible el pronunciamiento oficioso del juez para declarar la nulidad absoluta del contrato sin consideración al término de caducidad, también precisó que esa posibilidad estaba atada al término de 20 años de prescripción señalado en el artículo 1742 del Código Civil, arriba citado. En ese orden, como el contrato cuestionado en esa oportunidad fue celebrado el 8 de abril de 1999, es claro que para el momento en que se produjo el fallo de esta Corporación ni siquiera había transcurrido el referido término de prescripción y, por consiguiente, estaba habilitada la potestad oficiosa del juez, como en efecto se hizo”¹⁹⁰.

De conformidad con la jurisprudencia citada, aunque el término de caducidad de la acción contemplado en el Artículo 164(2)(j) del CPACA se cumplió, el Tribunal conserva competencia para pronunciarse de oficio sobre la eventual nulidad de la estipulación contractual, ya que aún no ha fenecido el término de prescripción. Dicho lo anterior, el Tribunal entrará a estudiar de fondo el problema jurídico en cuestión.

¹⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 4 de junio de 2015. Rad.: 25000-23-26-000-2000-01497-01(29911). C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz. En el mismo sentido, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 29 de septiembre de 2015. Rad.: 20001-23-31-000-2001-01351-01(33139). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 2 de mayo 2017. Rad.: 19001-23-31-000-2002-00345-01(34225). C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Como se advirtió, el soporte de esta pretensión está interconectado con las alegaciones de MASSY en el sentido que, a su juicio, la CLÁUSULA QUINTA sería abusiva o que OCENSA habría incurrido en abuso de posición dominante, abuso del derecho o violación de la buena fe objetiva. El Tribunal expuso sus consideraciones sobre este problema jurídico en extenso en este laudo, para concluir que no encontró probada esa pretensión de MASSY. Esas consideraciones son aplicables *mutatis mutandis* a esta cuestión.

Apreciadas las actuaciones procesales de la Convocante, el Tribunal concluye que el argumento de MASSY en este punto se limita a indicar -de forma general, y sin realmente precisar el *quid* de la alegación de nulidad- que, a su juicio, la CLÁUSULA QUINTA es violatoria de dos normas. En primer lugar, el Artículo 95 de la Constitución, que establece que "[s]on deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios". En segundo lugar, el Artículo 830 del Código de Comercio, bajo el cual "[e]l que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause".

Pues bien, aplicando *mutatis mutandis* las consideraciones expuestas en detalle en otras secciones de este laudo relacionadas con posibles abusos incurridos por Ocesa, el Tribunal encuentra que la CLÁUSULA QUINTA del Contrato no está viciada de nulidad absoluta, pues no contraría las dos disposiciones normativas a las que se viene haciendo referencia, en cuanto, como en esos otros apartes del laudo se menciona, OCENSA no incurrió en abuso del derecho o de posición dominante ni en desatención de la buena fe objetiva en la celebración y ejecución del Contrato. Además, el Tribunal ha concluido que las cláusulas de limitación de responsabilidad tienen plena validez bajo el ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que MASSY no demostró los supuestos de hecho y de derecho sobre los que soporta esta pretensión, y en ese orden de ideas, habrá de denegarla.

De conformidad con lo expuesto en esta sección, se denegará por caducidad la pretensión QUINTA PRINCIPAL de la Reforma de la Demanda Principal,

sin perjuicio de lo cual, el Tribunal no encuentra probado motivo alguno para declarar de oficio la nulidad de la CLÁUSULA QUINTA del Contrato, y se declarará probada la excepción de Ocenca de *"La estipulación del penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato tiene plenos efectos"*.

4.1.4. Pretensión Primera Subsidiaria de la Pretensión Quinta Principal

Se formuló así:

"PRIMERA SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- *Que se declare que mediante los acuerdos adoptados con posterioridad a la suscripción del Contrato EPC 3801903 y/o en virtud de la conducta contractual observada conjuntamente durante la ejecución de dicho Contrato, las Partes dejaron sin efectos la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del citado Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta.*

4.1.4.1. Argumentos de las partes

a) La posición de MASSY

Afirmó MASSY que, *"Con posterioridad al perfeccionamiento del Contrato y durante su ejecución surgieron incrementos de cantidades o ítems nuevos no previstos por **OCENSA** en el cuadro de ofrecimiento económico elaborado por esa misma Entidad Estatal Contratante e incluido en el respectivo Pliego de Condiciones"*, los cuales fueron establecidos en las distintas actas de cierre¹⁹¹.

¹⁹¹ Ver hechos 4.14 y 4.15 de la reforma de la demanda presentada por MASSY ENERGY.

Refiriéndose MASSY en su demanda, al valor de su propuesta de TREINTA Y TRES MIL CIENTO SESENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL CUATROCIENTOS SEIS PESOS (\$33.167.615.406) sostuvo que, *"El mencionado valor estimado fue reajustado posteriormente, en dos ocasiones, de conformidad con los hitos de reajuste anunciados en el pliego de condiciones y señalados en la Cláusula Quinta de la minuta del contrato entregada a los interesados dentro de los documentos del proceso de licitación"*¹⁹².

De otro lado, al responder la demanda de reconvención presentada por OCENSA, expresó directa y enfáticamente que, *"Debe reiterarse que al haber convenido las Partes la **Suma Global Fija** sin aplicar límite alguno, el señalado 15% quedó de hecho abandonado, superado o derogado por voluntad y aplicación práctica que esas mismas Partes le imprimieron al Contrato y por la suscripción que ellas realizaron respecto de las actas de cierre, lo cual hizo que dicho límite resultara inaplicable para el desarrollo y la ejecución del Contrato"*¹⁹³.

Además aseveró que *"Tan es claro que así lo entendieron las propias Partes, que en el desarrollo del procedimiento de cierre de libros -en sus dos momentos- tuvieron por superada la limitación, y **procedieron a convenir POR ESCRITO, sin atender el tope del señalado QUINCE POR CIENTO (15%),** las cantidades finales de obra y de compras, tanto para los ítems previstos en la ingeniería básica, como para los ítems nuevos; y además los precios que serían aplicables a estos últimos"*, y que *"Prueba de ello es que en las actas respectivas se indicó que los valores resultantes de establecer cantidades y precios -sin la limitación del 15%- servirían como base para elaborar la facturación"*¹⁹⁴ (el resaltado no es del original).

¹⁹² Ver hecho 4.43 y 4.40. de la reforma de la demanda presentada por MASSY ENERGY.

¹⁹³ Ver respuesta al hecho 15 y en el mismo sentido a los hechos 17, 23, 33, 39, 53 y 58, entre otros, de la demanda de reconvención.

¹⁹⁴ Ver respuesta de MASSY ENERGY al hecho 15 de la reforma a la demanda de reconvención presentada por OCENSA.

Además, que *"Con el Cierre de Libros atinente a la Primera Apertura de Libros, el precio del Contrato ya alcanzaba variaciones por un monto de SEIS MIL QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS DIEZ PESOS (\$6.579.953.610), equivalente al 19.8% del valor inicial del Contrato". "A pesar de que ya era conocido por las Partes que se había alcanzado una variación superior al 15% del valor inicial del Contrato, conjuntamente y sin observaciones o advertencias al respecto por parte de **OCENSA**, se continuó con el procedimiento del Cierre de Libros relacionado con la Segunda Apertura de Libros"*.

En relación con lo sucedido en las actas de cierre de libros afirmó la existencia de acuerdo entre las Partes en torno a los resultados consignados en las mismas, lo que se desprenden de forma inequívoca de las notas impuestas sobre ellas en cuanto, *"MASSY ENERGY presentó a consideración de Ocesa los APU de los ítems nuevos de la especialidad los cuales fueron revisados por la interventoría SGSETSA y previo concepto favorable de la interventoría respecto a la necesidad, pertinencia y proporcionalidad de los ítems nuevos, fueron aprobados por Ocesa"*¹⁹⁵.

Así como que, *"En las actas de cierre las partes definieron Sumas Globales Fijas FINALES, que reemplazaron las Sumas Globales Fijas establecidas en el Contrato"*¹⁹⁶.

Después de citar el resultado de las actas de cierre por unidades funcionales, concluyó que, *"De acuerdo con los ítems, actividades, cantidades y valores resultantes del desarrollo de la ingeniería de detalle y el consenso al que se arribó sobre estos en las actas que se suscribieron **por los representantes autorizados por las Partes**, en seguimiento del procedimiento establecido*

¹⁹⁵ Ver hecho 4.73 de la reforma de la demanda presentada por MASSY ENERGY.

¹⁹⁶ Ver hecho 4.74. de la reforma de la demanda presentada por MASSY ENERGY.

en la Cláusula Quinta del Contrato y el documento titulado "Procedimiento de Apertura de Libros", **MASSY ENERGY**, durante la ejecución del Contrato, realizó obras cuyo valor real sobrepasó aquel de las sumas inicial y provisionalmente establecidas"¹⁹⁷.

Además, que "De conformidad con la referida Cláusula Quinta, los ítems, las cantidades y las actividades nuevas, consignadas en las actas de cierre de libros, en ningún caso correspondieron a actividades o costos que debieron ser previstos e incluidos por el **CONTRATISTA** en su propuesta"¹⁹⁸. Y, "Con fundamento en el procedimiento adelantado conjuntamente, las Partes acordaron y validaron ítems, actividades, cantidades y valores que condujeron a que se superara en más de un 15% el precio inicial del Contrato"¹⁹⁹.

También le endilga MASSY a OCENSA el no presentar reparo u observación alguna a los montos de los cobros hechos mediante la facturación que se presentó. Al respecto expreso que, "Con fundamento en las Sumas Globales Fijas Finales acordadas en las actas mencionadas, correspondiente a cada Especialidad y Unidad Funcional, **MASSY ENERGY** facturó a **OCENSA**, para pagos parciales, el valor de diez (10) actas de avance de construcción, sin que La Compañía presentara reparo u observación alguna a los montos de estos cobros"²⁰⁰.

Aseveró que, "De manera completamente extraña al tipo contractual perfeccionado— contrato EPC —, **OCENSA** exigió a **MASSY ENERGY** para la consolidación de las sumas definidas en las actas de cierre de libros, que demostrara, mediante los planos RED LINE, que los ítems y cantidades

¹⁹⁷ Ver hecho 4.76. de la reforma de la demanda presentada por MASSY ENERGY.

¹⁹⁸ Ver hecho 4.77. de la reforma de la demanda presentada por MASSY ENERGY.

¹⁹⁹ Ver hecho 4.79. de la reforma de la demanda presentada por MASSY ENERGY.

²⁰⁰ Ver hechos 4.76. a 4.82 de la reforma de la demanda presentada por MASSY ENERGY.

correspondían a los efectivamente ejecutados en obra”, proceder contractual con el que OCENSA generó legítimamente en MASSY ENERGY la consciencia y la expectativa de que, de conformidad con los requerimientos que se estaban cargando al Contratista, las sumas que resultaran de dicha comprobación, de acuerdo con lo determinado en las actas de Cierre del Procedimiento de Apertura de Libros, serían las que le serían efectivamente reconocidas y pagadas²⁰¹.

Finalmente sostiene que, *“Actuando de buena fe y con base en el reconocimiento plasmado en las Actas de Cierre de Libros y el comportamiento desplegado por **OCENSA, MASSY ENERGY** ejecutó las obras necesarias para la culminación del Proyecto, las cuales fueron cuantificadas conjuntamente por las Partes, mediante el procedimiento de Apertura de Libros, en un valor de CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES CUARENTA MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO PESOS (COP \$45.331'040.425), bajo el entendimiento de que dicho monto sería reconocido y pagado por **OCENSA**”²⁰².*

b) La posición de OCENSA

Afirmó no ser cierto que las *“mayores cantidades respecto de las establecidas en el cuadro de ofrecimiento”* fueran *“establecidos [sic].”* en las distintas *“actas de cierre”*. *“Desde ya se advierte que el apoderado quiere darle a las “actas de cierre” una naturaleza y un efecto que les es ajeno, pues las mismas no implican que Ocesa fuera a reconocer el pago de las supuestas “mayores cantidades” en las que habría incurrido Massy, ni mucho menos su voluntad de modificar el Contrato. Este es un nuevo intento*

²⁰¹ Ver hechos 4.99.4., 4.101.1., 4.101.2., 4.102. 4.102.1, 4.102.2. y 4.103. de la reforma de la demanda presentada por MASSY ENERGY.

²⁰² Ver hecho 4.104 de la reforma de la demanda presentada por MASSY ENERGY.

*de Massy de desconocer lo pactado en el Contrato, mediante la atribución a las actas de cierre de alcances y finalidades que no les corresponden*²⁰³.

Al respecto, puso de presente que, al momento de la suscripción de dichas actas no se realizó un análisis sobre si los ítems nuevos y los APU de dichos ítems debían ser reconocidos dentro del mecanismo de ajuste pactado en la Cláusula Quinta del Contrato. Dicho análisis se surtiría durante el proceso de liquidación del Contrato, sin perder de vista que, en cualquier caso, el reajuste sobre la Suma Global Estimada tenía un techo del 15% sobre el valor estimado de la Oferta y que no se reconocería el valor de ítems nuevos que debieron ser previstos en la elaboración de la Oferta por parte de Massy²⁰⁴.

Considera que la demandante pretende desnaturalizar el Contrato y convertirlo en un simple contrato de precios unitarios, caso en el cual, se burlarían las normas de competencia del Proceso Competitivo, en tanto, básicamente los Oferentes podrían prescindir de la diligencia y responsabilidad de analizar la ingeniería del proyecto para determinar el precio del Contrato, confiando en que posteriormente podría cobrar de forma ilimitada cantidades distintas de las ofertadas²⁰⁵.

Además, dijo no ser cierto que en las actas de cierre se hubiere llegado a un "*consenso*" sobre los ítems, actividades, cantidades y valores de las obras a realizar en seguimiento del procedimiento establecido en la Cláusula Quinta del Contrato y el documento titulado Procedimiento de Apertura de Libros —. Las afirmaciones de Massy en tal sentido son una evidente muestra de su mala fe al pretender desconocer el alcance de la Cláusula Quinta en mención que preveía un límite del 15% al reajuste del valor

²⁰³ Ver respuesta de OCENSA al hecho 15 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

²⁰⁴ Ver respuesta de OCENSA a los hechos 66 y 73 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

²⁰⁵ Ver respuesta de OCENSA al hecho 52 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

estimado en la Oferta y otros requisitos para determinar la Suma Global Fija²⁰⁶.

Reiteró que, *"No es cierto que las Partes "acordaron y validaron ítems, actividades, cantidades y valores que condujeron a que se superara en más de un 15% el precio inicial del contrato". Massy sabía que las obras adicionales y no previstas en el Contrato tenían que acordarse en un Otrosí porque ya había firmado uno por esa razón. Lo alegado por Massy en este hecho contradice la Cláusula Quinta del Contrato y el numeral 15 de la Cláusula Segunda según la cual cualquier modificación al Contrato se debía formalizar mediante un Otrosí". Y que "Es muy relevante tener en cuenta que Massy alegó la existencia de valores adicionales al Contrato. Ciertamente, durante la ejecución del Contrato Massy tenía la obligación de enviar informes semanales y mensuales del avance de las obras y en estos se incluía la información relacionada con las obras adicionales o "Valor Adiciones al Contrato". En los informes enviados por Massy desde la celebración del Contrato hasta el mes de noviembre de 2015, no se mencionó o alegó la existencia de realizar obras que implicaran valores adicionales al Contrato"*²⁰⁷.

Indicó respecto de los valores que ahora se reclaman, que Massy nunca lo alegó durante el proceso y las Partes no hicieron un corte de cuentas para establecerlo, por cuanto no habían analizado si dichos valores correspondían o no a los valores que podrían incluirse dentro del mecanismo de reajuste²⁰⁸.

También dijo no ser cierto que los pagos parciales realizados se hicieran por la definición de nuevas sumas globales fijas por especialidad o unidad funcional. De acuerdo con el numeral 6.2 de la Cláusula Sexta del Contrato,

²⁰⁶ Ver respuesta de OCENSA a los hechos 75 y 76 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

²⁰⁷ Ver respuesta de OCENSA al hecho 79 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

²⁰⁸ Ver respuesta de OCENSA al hecho 80 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

los pagos parciales únicamente constituían un mecanismo de flujo de caja favorable a Massy que se realizaban de acuerdo con el avance de los entregables, compras y obras recibidas. En tal sentido, los pagos parciales se realizaban para darle liquidez al contratista y se computarían a la Suma Global Fija²⁰⁹.

Al respecto respondió que, *"No es cierto que los pagos parciales realizados se hicieran por la definición de nuevas sumas globales fijas por especialidad o unidad funcional. De acuerdo con el numeral 6.2 de la **Cláusula Sexta del Contrato, los pagos parciales únicamente constituían un mecanismo de flujo de caja favorable a Massy que se realizaban de acuerdo con el avance de los entregables, compras y obras recibidas**. En tal sentido, los pagos parciales se realizaban para darle liquidez al contratista y se computarían a la Suma Global Fija"*²¹⁰ (el resaltado no es del original).

Aseveró que no es cierto que al haber solicitado que MASSY demostrara, mediante los planos RED LINE, qué ítems y cantidades había efectivamente ejecutado, hubiera generado en MASSY *"la consciencia y la expectativa de que, de conformidad con los requerimientos que se estaban cargando al Contratista, las sumas que resultaran de dicha comprobación, de acuerdo con lo determinado en las actas de Cierre del Procedimiento de Apertura de Libros, sería las que le serían efectivamente reconocidas y pagadas"*. Contrario a ello, la propia Demandante se quejaba de la incertidumbre sobre el pago de dichos valores y del hecho que tuviera que soportar la ejecución. *"Ocensa no generó ninguna expectativa o conciencia de que las sumas mencionadas fueran a ser pagadas. De hecho, precisamente la razón para exigir soportes se fundamentaba en la necesidad de analizar el alcance del Contrato frente a los mismos"*²¹¹.

²⁰⁹ Ver respuesta de OCENSA al hecho 81 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

²¹⁰ Ver respuesta de OCENSA al hecho 81 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

²¹¹ Ver respuesta de OCENSA al hecho 101 y sus subnumerales de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

Además, afirmó que *"Ocensa en ningún momento hizo ningún reconocimiento económico a Massy por los valores que ahora de forma codiciosa pretende obtener. Ocensa nunca le dio a entender a Massy que reconocería y pagaría un monto que supera el valor del Contrato determinado de conformidad con la Cláusula Quinta y, por el contrario, sistemáticamente indicó que el 15% de ajuste correspondía al techo o límite máximo del valor que Ocensa reconocería"*²¹².

c) La posición de BERKLEY

Dado que BERKLEY fue llamada en garantía por MASSY frente a las pretensiones de la Reforma de la Demanda de Reconvención, no hizo pronunciamiento particular frente a las pretensiones de la demanda reformada de MASSY.

d) Concepto del Ministerio Público

"La reclamación de sumas adicionales al valor inicial del contrato realizada por Massy con posterioridad a la ejecución del contrato, así como la demanda presentada, se soportan en documentos que jurídicamente no son oponibles a Ocensa, por lo cual, no podían modificar el contrato, no comprometieron su responsabilidad contractual y en efecto, no pueden obligar a Ocensa al pago reclamado.

"Ello, porque corresponden a documentos que fueron acordados y/o suscritos por el contratista, el supervisor y/o el interventor del contrato exclusivamente. La ley establece expresamente y las partes acordaron en el contrato, que los documentos suscritos por el supervisor y/o el interventor del contrato solo tenían los efectos propios del control de avance de la ejecución del contrato y que en ningún caso constituirían fuente de

²¹² Ver respuesta de OCENSA al hecho 104 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

obligación o responsabilidad de Ocensa respecto de modificaciones del contrato, en especial, respecto de aprobaciones de mayores alcances y/o costos.

"La cláusula 39 del Contrato EPC, estableció una estipulación general de obligatoriedad de documento suscrito por las partes para cualquier modificación, aclaración o adición a las condiciones pactadas en este Contrato, así:

"A su turno, el artículo 1602 del Código Civil, prevé que los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran.

"No obstante, la convocante aduce que el límite de ajustes del 15% del valor del contrato y el valor en sí mismo, fue modificado como consecuencia de actas suscritas por el administrador del contrato y por el interventor de este, en las cuales se dejó constancia de mayores cantidades ejecutadas, ítems nuevos y alcances sobrevinientes.

"Según el contrato y la ley aplicable al mismo, los documentos, órdenes, aprobaciones y demás instrucciones dadas por el supervisor o interventor se dan en el marco de la función legal y contractual de control de ejecución de las prestaciones acordadas. El contrato sólo puede ser invalidado o modificado por las partes. Ni el supervisor ni el interventor son parte del contrato. Estas premisas están expresamente establecidas en la ley y en el contrato y en tal sentido eran de pleno conocimiento de Massy y de Ocensa y de libre aceptación como efectivamente ocurrió.

"Téngase en cuenta, además, que las "actas de cierre de libros" hacen referencia a que en los valores allí indicados (calculados sobre compras y obras efectivamente empleadas en la ejecución contractual, es decir ya ejecutadas), se incluyeron ítems nuevos y alcances adicionales que no estaban previstos en el contrato.

"Evidentemente, tanto para la firma de las extemporáneas e irregulares "actas de cierres de libros" (que son en realidad actas de cierre de obras que pretenden tenerse como modificaciones del contrato), como para los propósitos de la reclamación económica presentada después del finalización del plazo del contrato y para el sustento de la demanda, el contratista MASSY utiliza indebidamente, a sabiendas de ello, la actuación no autorizada y totalmente extralimitada del supervisor y del interventor del contrato, yendo además en contra su propios actos.

"Al respecto, valga citar las cláusulas 25 y 26 del Contrato, sobre las cuales, cabe decir que la convocante no discutió su legalidad y exigibilidad en la demanda arbitral:

"De lo anterior se tiene que, según el pacto contractual (ley para las partes) la convocante no puede reclamar ajustes al valor del contrato con fundamento en las actas aportadas suscritas por el interventor y el administrador del contrato.

"Ello porque según el contrato, válidamente celebrado, si el contratista ejecutaba modificaciones contractuales acordadas verbalmente o por escrito con el administrador, lo haría por su cuenta y riesgo, y no tendría efecto alguno frente a Ocesa S.A., ni podía ser oponible a ésta sin necesidad de declaración judicial en tal sentido.

"Aunado a lo anterior, MASSY ENERGY justifica la ejecución de estos trabajos en la razón técnica de que se trataba de actividades indispensables para el desarrollo del contrato. Sin embargo, es pertinente recordar que:

"...el principio con el cual se cumplen las obligaciones de un negocio jurídico es aquél que dispone que las partes quedan forzadas a cumplir los acuerdos en los términos en que fueron establecidos, y que nadie está forzado a ejecutar una prestación distinta, de la misma manera que no es posible exigir más de lo acordado, ni entregar menos de lo pactado, porque esto se convierte en ley para las partes. Esta circunstancia no tiene por qué

alterarse con la interpretación que una parte haga de sus obligaciones – salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral, cuando proceda-, en aquellos casos en que considera que lo acordado es insuficiente para dar cumplimiento a sus obligaciones. No cabe duda de que para hacerlo se necesita llegar a un nuevo acuerdo de voluntades, que autorice exigir de la otra parte el cumplimiento de nuevas prestaciones. En estos términos, a ninguna parte le es permitido adicionar o suprimir el alcance de las obligaciones –se insiste, salvo el ejercicio de los poderes exorbitantes de modificación unilateral o de interpretación unilateral-, so pretexto de ejecutar las suyas, e imponer a la otra la carga de recibir un pago menor o la de hacer uno mayor, según el caso, porque desconocería el acuerdo de voluntades que comprometía al otro a actuar en un sentido distinto”.

*“Cuando el alcance de lo acordado parece insuficiente -en criterio de la parte que debe ejecutarlo-, y considera que de verdad se necesita adicionar las obligaciones iniciales, en todo caso debe lograr un nuevo acuerdo, para que surja la obligación que considera indispensable para el cumplimiento efectivo de a obligación inicial. Si la parte no actúa de este modo, y en su lugar ejecuta, unilateralmente, las prestaciones adicionales, con la esperanza de que le sean retribuidas, incurre en el error de creer que su conducta crea obligaciones para los demás, por bien intencionadas y útiles que sean las prestaciones que realizó. **El tema es de teoría fundamental de las obligaciones: en los contratos se requiere el acuerdo de voluntades para comprometerse y adquirir obligaciones exigibles de los demás**” (Resaltado fuera de texto).*

“En este punto, es importante mencionar que no es suficiente la voluntad concurrente y contundente de las partes, para homologar un acuerdo conciliatorio en sede judicial, cuando una de las partes es una Entidad Estatal.

“Al respecto, el Consejo de Estado señaló que el Juez debe observar principalmente si lo conciliado está dentro de la legalidad o no, es decir, que

no se trata de una liberalidad de la administración; en decisión del 20 de marzo de 2003, Expediente No. 22399, puntualizó que "La ley procura con estos requisitos de aprobación u homologación, contrarrestar actuaciones que reflejen simple liberalidad de los representantes de las entidades, o que sugieran una legalización de situaciones de hecho".

"De suerte que, sobre los documentos acordados entre el supervisor, el interventor y el contratista, y en particular, los que fundamentan y soportan la demanda arbitral, a saber, el Procedimiento de Apertura y Cierre de Libros y las consecuentes Actas de Apertura y Cierre de Libros aportadas por la convocante, en lo que excedan o contraríen el pacto contractual, no son documentos contractuales, no modificaron el contrato, y no comprometieron la responsabilidad de Ocesa ni la obligan al reconocimiento ni pago de los montos reclamados por Massy en la demanda arbitral.

"En tal sentido, todas las aseveraciones de la convocante relativas a que "las partes" dejaron sin efecto la cláusula quinta del contrato, o que "las partes acordaron ", o que "la partes fijaron" el valor final del contrato con el Procedimiento de Apertura y Cierre de Libros y con las consecuentes Actas de Apertura y Cierre de Libros, no se ajustan a la legalidad ni al contrato.

"Con los mismos fundamentos jurídicos sobre los documentos acordados entre el supervisor, el interventor y el contratista, y en particular, los que fundamentan y soportan la demanda arbitral, el Informe de Alcances Sobrevinientes no es un documento contractual, no modifica el contrato, y no compromete la responsabilidad de Ocesa ni la obliga al reconocimiento ni pago de los montos reclamados por Massy en la demanda arbitral"²¹³.

²¹³ Ver concepto del Ministerio Público, Punto 2.1.1.4.2. Inoponibilidad de procedimiento de apertura de libros y de actas de apertura y cierre de libros en los acuerdos que exceden el pacto contractual.

4.1.4.2. Consideraciones del Tribunal

Al respecto del planteamiento de MASSY, consistente en que las Partes dejaron sin efecto el límite del 15% pactado para los ajustes, el Tribunal resume sus diferentes argumentos en dos grupos así: **(i)** Los que tienen que ver con el comportamiento de la Partes en las actas de cierre de Libro al, según MASSY, abandonar el límite del 15% al valor de los ajustes y acordar la Suma Global Fija en cada una de ellas; y, **(ii)** Los que se relacionan con el silencio y comportamiento de OCENSA, en cuanto nunca le recordó el límite del 15% al valor de los ajustes pese a conocer desde el primer cierre de Libro que éste ya se había superado, proceder a pagar facturas con base en los resultados de las actas de cierre y exigirle los Planos RED LINE, lo que le permitió entender que le sería reconocido el pago de \$45.331'040.425.

En primer lugar, MASSY afirma que el consenso al que se arribó sobre los ítems, actividades, cantidades y valores resultantes del desarrollo de la ingeniería de detalle se encuentra en las actas de cierre de Libro que suscribieron los representantes autorizados por las Partes, en seguimiento del procedimiento establecido tanto en la CLÁUSULA QUINTA del Contrato como en el documento titulado "Procedimiento de Apertura de Libros"²¹⁴.

Examinadas por el Tribunal las respectivas actas de cierre de Libro, aparece que se encuentran firmadas por los señores CÉSAR RIVERA, Administrador del Contrato –OCENSA, JORGE ESPITIA, Director de Proyecto –WOOD GROUP (hoy MASSY) y MARIO ARIZA, Coordinador de Interventoría –SGS ETSA²¹⁵.

Corresponde al Tribunal determinar, si las personas que suscribieron las citadas actas son los *representantes autorizados* por las Partes para fijar las

²¹⁴ Ver hecho 4.76. de la reforma de la demanda presentada por MASSY.

²¹⁵ Ver folios 390 a 401 del Cuaderno de Anexos de la contestación de MASSY a la demanda de reconvención.

Sumas Globales Fijas del contrato, y si además al hacerlo abandonaron el límite del 15% del valor estimado de la oferta del CONTRATISTA, de conformidad con el procedimiento establecido en la CLÁUSULA QUINTA del Contrato y el documento titulado "Procedimiento de Apertura de Libros.

La CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA del contrato, establece las "FUNCIONES DEL ADMINISTRADOR Y/O INTERVENTOR", expresando que, "El CONTRATISTA reconoce y declara conocer que durante la ejecución del Contrato las funciones del Administrador y/o Interventor, según corresponda, designado/s por LA COMPAÑÍA se orientarán estrictamente a adelantar las gestiones necesarias para asegurar el cumplimiento del Contrato. En consecuencia, EL CONTRATISTA reconoce y declara conocer que éste/os **no está/n autorizado/s** para tomar cualquier determinación relacionada con las condiciones contractuales, así como tampoco lo está para realizar las acciones que se relacionan a continuación: **1.** Prorrogar el término inicialmente pactado para la ejecución del Contrato. **2.** Inclusión de modificaciones a las condiciones contractuales. **3.** Cambio de materiales, diseños, o cualquier aspecto de la obra contratada. **4.** Aprobar sobrecostos o cualquier pago adicional no previsto en este contrato. PARÁGRAFO PRIMERO. - El CONTRATISTA conoce y declara conocer que el Administrador no tiene facultad alguna para cambiar el objeto del contrato o alguna condición esencial del mismo, salvo que así se haya dispuesto previamente y por escrito por parte de LA COMPAÑÍA. PARÁGRAFO SEGUNDO: - El CONTRATISTA conoce y declara conocer que cualquier modificación al presente contrato y sus anexos acordada verbalmente o por escrito entre el Administrador y EL CONTRATISTA se realizará por cuenta y a riesgo de este último, y no tendrán efecto alguno frente a LA COMPAÑÍA ni podrán ser oponibles a ésta, sin necesidad de declaración judicial en tal sentido, PARÁGRAFO. TERCERO: - Las labores de administración, interventoría, supervisión y/o coordinación no implicarán modificaciones en el plazo de ejecución ni generarán sobre costos para LAS COMPAÑÍAS, aún en el evento en que se haga necesario repetir o corregir un trabajo para garantizar la calidad de este".

En efecto, es claro el contrato en cuanto a que ni el administrador ni el interventor del contrato, están autorizados para tomar determinaciones relacionadas con las condiciones contractuales, ni para incluir modificaciones al contrato o aprobar sobrecostos o cualquier pago adicional no previsto en el mismo, y que, así mismo, cualquier modificación al contrato y sus anexos acordada verbalmente o por escrito entre el Administrador y EL CONTRATISTA no es oponible a OCENSA.

Las citadas funciones del Administrador del contrato así como las del Interventor, armonizan con lo previsto en CLÁUSULA QUINTA del contrato que dispone que serán las partes las que realizarán los ajustes que se encuentren debidamente soportados, en los que se fijarán las cantidades de los ítems contractuales de compras y construcción y las cantidades de ítems no previstos en la ingeniería básica, y que una vez determinadas y acordadas entre las partes con base en lo establecido en la ingeniería de detalle, serán multiplicadas por los precios unitarios de la oferta de **EL CONTRATISTA** o por los precios de Ítems nuevos, según sea el caso, y se establecerá la Suma Global Fija en cada uno de los dos momentos de ajuste.

También concuerdan con lo previsto en el documento denominado "Procedimiento de Libro abierto", cuando determina, para el cierre de la primera apertura, que una vez revisadas las cantidades indicadas por la ingeniería de detalle y evidenciadas en el proceso constructivo, y revisados los ítems adicionales **acordados por las partes**, se iniciará el proceso de cierre de la primera apertura de libro, **etapa en la que corresponde a las partes definir la suma Global Fija** para compras y construcción, *"para lo cual se preparará un listado definitivo que será aprobado y firmado por las partes en señal de su conformidad, como anexo del acuerdo en Acta"*²¹⁶.

Igualmente, en relación con la segunda apertura de libros, consagra el citado documento que, *"En esta etapa las partes involucradas definirán la*

²¹⁶ Folio 354 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

suma Global Fija para compras y construcción, basados en los ítems y las cantidades finales definidas, "para lo cual se preparará un listado definitivo que será aprobado y firmado por las partes en señal de su conformidad, como anexo del preacuerdo en Acta"²¹⁷.

Dado que este procedimiento se encuadra dentro del marco de la CLÁUSULA QUINTA del contrato, y por ende no puede considerarse como modificadorio del mismo, el Tribunal entiende que le corresponde a **las Partes** realizar los dos ajustes previstos, así como pasar la Suma Global estimada a la Suma Global Fija en compras y construcción, firmando el respectivo documento.

En efecto, ni el contrato ni el Procedimiento de Libro abierto confieren autorización a quienes firman las actas de cierre -Administrador del Contrato de OCENSA, Coordinador de Interventoría y Director del Proyecto de MASSY- para actuar como representantes de las partes para, en su nombre, proceder a realizar ajustes o cambios al contrato definiendo Sumas Globales Fijas por encima del límite previsto contractualmente.

Ciertamente, el inciso cuarto de la CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA DEL CONTRATO dispone que *"el administrador y el interventor, según corresponda, serán los encargados de solicitar, administrar y supervisar al CONTRATISTA, en nombre de **LA COMPAÑÍA**, así como adelantar todas las gestiones necesarias para asegurar el cumplimiento del Contrato. (...)"* (subrayado fuera de texto).

De acuerdo con esta previsión contractual, las tres actividades autorizadas tanto al administrador como al interventor, persiguen garantizar el cumplimiento del contrato, y por ello puede inferirse claramente que su ejercicio está autorizado dentro del marco del mismo, es decir, sin desbordar su alcance y menos su valor, motivo por el cual cualquier actuación al margen del lindero marcado por el Contrato no estaría llamado a producir

²¹⁷ Folio 354 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

efecto alguno, y, por el contrario, todos los que se ejercieren dentro del espacio mismo del contrato, estarían llamados a surtir las consecuencias relacionadas con su efectivo cumplimiento. Así pues, ni el interventor ni el administrador podrían con sus actos haber sobrepasado los límites que el mismo Contrato les impuso, so pena de que, si lo hubieren hecho, los actos en que así hubieren obrado los hubieren obligado a ellos mismos y no a las compañías a las que pretendieron obligar, resultando por lo tanto inoponibles a tales compañías de conformidad con lo establecido en los artículos 841 y 1266 del Código de Comercio²¹⁸.

Lo expuesto anteriormente resulta plenamente coherente con lo dispuesto en el Parágrafo Primero de la CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA del Contrato, según el cual "*El **CONTRATISTA** conoce y declara conocer que el Administrador no tiene facultad alguna para cambiar el objeto del contrato o alguna condición esencial del mismo, salvo que así se haya dispuesto previamente y por escrito por parte de **LA COMPAÑÍA***".

Así pues, las disposiciones contractuales resultan congruentes en definir la limitada función del administrador y el interventor en cuanto a modificaciones del marco contractual se refiere, como también en no dejar al libre albedrío de MASSY el entendimiento sobre dicha limitación, no obstante lo cual, se reitera, el Tribunal no considera que la suscripción de las actas a las que se ha hecho referencia hayan pretendido tampoco tener el efecto de modificar el Contrato, sino de enmarcarse dentro de la facultad de los referidos funcionarios de "*...adelantar todas las gestiones necesarias para asegurar el cumplimiento del Contrato..*" de conformidad con los apartes ya transcritos del Contrato.

²¹⁸ En efecto, en interpretación de estas disposiciones, la doctrina ha sostenido que ante la falta de poderes o ante la insuficiencia de facultades, "*...el acto es inoponible al presunto representado...*" (Ospina Fernández, Guillermo – Ospina Acosta Eduardo, "Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico"- Quinta Edición – Página 348).

De otro lado, no puede concluir el Tribunal que de las notas impuestas en las mismas Actas de Cierre de Libros se entienda la existencia de un acuerdo tácito o consensual entre las Partes contractuales, dirigido a establecer las Sumas Globales Fijas y mucho menos para abandonar el límite del 15% al valor de los ajustes.

Lo anterior, por cuanto la CLÁUSULA TRIGÉSIMA NOVENA del Contrato es clara en disponer que *"Cualquier modificación, aclaración o adición a las condiciones pactadas en este Contrato deberá constar siempre en documento suscrito por las partes"*; y la CLÁUSULA SEGUNDA, numeral 15 incluyó entre las obligaciones del contratista *"Abstenerse de realizar cualquier cambio de alcance sin la previa autorización escrita de **LA COMPAÑÍA**. Las actividades relacionadas con un cambio de alcance, no previstas en el Contrato deben someterse a la evaluación y concepto técnico y económico de **LA COMPAÑÍA/INTERVENTORIA** antes de su realización; todo lo cual deberá constar por escrito y se deberá formalizar en un Otrosí previamente a su elaboración"*.

Cabe recordar que las partes realizaron modificaciones al Contrato mediante la suscripción de otrosíes, por lo que los citados acuerdos lo que muestran es la intención de las partes de, que, así como procedieron al firmar el 21 de marzo de 2014 un contrato escrito, de igual manera lo querían para cualquier modificación que acordaran hacer al mismo.

En conclusión, no se aportó prueba al proceso que demuestre que las Partes hubieren atendido a los dos momentos de ajuste pactados mediante la determinación de las Sumas Globales Fijas y pasado la Suma Global estimada de la propuesta del CONTRATISTA a una Suma Global Fija, en compras y construcción, o que hubieren dado autorización para que terceros lo hicieren en su nombre y representación. Tampoco aparece un acuerdo escrito entre las Partes para modificar el contrato eliminando el límite del 15% al valor de los ajustes.

Por la misma razón expuesta, en cuanto a la formalidad escrita que se requiere para los acuerdos contractuales celebrados en el presente caso, tampoco es posible atender el argumento de MASSY relacionado con el hecho de que OCENSA no presentó reparo u observación alguna a la facturación que se le presentó con fundamento en las Sumas Globales Fijas Finales acordadas en las actas de cierre de libro y exigirle a MASSY los Planos RED LINE, ni que con ello le hubiere permitido a ésta entender que le sería reconocido el pago de \$45.331'040.425.

Al respecto cabe precisar, que revisadas las Actas de cierre de Libros, se observa que en el cuadro anunciado como "Acuerdos" se expresa, "tomar como base la Suma Global Fija Final definida en la presente Acta para presentar Actas parciales de avance de la especialidad a que alude cada Acta", entendiéndose de tales expresiones que su función es permitir el cumplimiento de la exigencia consagrada en la CLÁUSULA SEXTA del contrato que establece, que para pagos parciales por parte de la COMPAÑÍA es necesario presentar, entre otra documentación, "Acta de avance de los trabajos suscrita conjuntamente entre el contratista y el administrador del contrato o su representante".

Así lo confirma el testigo CÉSAR DARÍO RIVERA MENDOZA²¹⁹, Administrador del contrato -OCENSA en su declaración:

"DR. GUERRA: Sí. Usted me podría indicar cuál era el objetivo o cuál es el sentido de la frase que está ahí incluida en la sección de acuerdos de este documento?"

*"SR. RIVERA: **Tomar como base la suma global fija definida en la presente acta para presentar actas parciales, listo, esto es un avance, ahí ya lo entiendo mejor, esto es un avance de obra que se presenta el contratista y básicamente lo que la interventoría y nosotros***

²¹⁹ Archivo "R 19 09 2018 def" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

desde la parte técnica de campo controlamos es que esté dentro del marco de lo acordado, que esté dentro del margen de la cantidad establecida y que esté cumpliendo con el objeto de lo que queremos que es la puesta en operación de la unidad, eso es lo que busca esto”.

“DR. GUERRA: Las actas de cierre de libros como el acta que usted leyó a usted se le instruyó o entendió que el efecto de estas actas era modificar los términos inicialmente pactados en el contrato?

“SR. RIVERA: No, en ningún momento”.

“DR. PARRA: Como unidad funcional. Con sustento en eso, con base en ese resultado, procedía entonces la expedición de una factura por parte de Massy?

“SR. RIVERA: Sí, digamos ellos hacían, hay unos cortes mensuales de obra que se hacen, esos cortes mensuales pues ... normalmente verifica el sistema o las personas que generan, es que estén dentro de los márgenes de cantidades digamos que estipula el contrato para que el sistema pueda tomar ese dinero y entregárselo a ellos”.

“DR. GUERRA: Usted me podría indicar si usted estaba encargado del manejo de los pagos que Ocesa le debía realizar a Massy en virtud del contrato?

“SR. RIVERA: Digamos nosotros para eso teníamos una interventoría que validaba digamos que las cantidades que se van ejecutando estén dentro del margen de lo estipulado, por el tipo de contrato, como les comento había un grupo en cada planta diferente que validaba esas actas parciales de cobro de Massy.

“DR. GUERRA: Usted me podría por favor indicar a qué se refiere usted cuándo dice margen de lo estipulado?

"SR. RIVERA: Que estén dentro del 100% contratado más el delta que tenía el contrato."

"DR. GUERRA: Podría por favor indicar qué entiende usted por ese delta?"

"SR. RIVERA: El delta que tenía en la interpretación en el momento y la explicación del contrato es un monto, una suma digamos estipulada más un máximo del 15% por encima de esa suma, o sea hasta un 115% del monto del contrato."

"DR. GUERRA: Usted cómo director de obra autorizó pagos por encima de ese delta?"

"SR. RIVERA: No, incluso el contrato se cierra, digamos, en su momento, en el tope del monto, no se cierra por encima."

"DR. PARRA: Si se había hecho más en la respectiva estación, cuál era el procedimiento a seguir?"

"SR. RIVERA: **En ese momento lo que se había establecido el contrato era un techo, un techo y lo que se hacía era digamos para ese techo del 15%** habían dos oportunidades de alzar la mano, como les digo, al inicio y al 80%, ahí no se alzó nunca la mano por parte del contratista, **cuando ellos facturaban cantidades, facturaban hasta el tope digamos de lo que les permitía llegar a ese máximo porcentaje, ya cuando se hace al final el balance es cuando ya empieza uno a ver de parte de Massy las solicitudes de que hay un valor que supera ese porcentaje**".

"DR. PARRA: Y usted era el que aprobaba esas facturaciones una vez revisaba la conciliación que estaba consignada los libros?"

"SR. RIVERA: Nosotros validábamos las cantidades, decíamos listo, la interventoría valida, dice estamos de acuerdo, esto se ejecutó y lo que

vamos a pagar es lo que está ejecutado, como obra, no estamos pagando menos o no estamos pagando algo que no se hizo, sino que estamos pagando lo que realmente existe físicamente.”

Igualmente, EVER MORA²²⁰, Líder de planeación y control de MASSY:

"DR. VALL DE RUTÉN: Esos son informes concertados. Esos informes sobre avance físico, según usted menciona, eran tomados en cuenta para la facturación?"

"SR. MORA: Es la base de la facturación, yo facturo de acuerdo con los porcentajes que tengo sobre cada línea, por ingeniería, por compras, por construcción. En este caso compras es lo último que se cierra, pero si es el proceso que se llevó durante toda la ejecución de obra para concertar, para eso había profesional de planeación y control por parte de la interventoría en cada estación que era el que se encargaba de revisar estos avances. Si fueran avances no concertados o no aprobados debería tener una comunicación diciendo, no, yo no estoy de acuerdo con su avance. Y esto está radicado, debe tener una comunicación de radicación y están los correos de los envíos de esos informes.

"DR. GUERRA: Le pregunto sobre ese tema, entonces. En el último renglón sale como una de sus funciones la de llevar a cabo registro de cantidades previstas y ejecutadas. ¿Usted no desarrolló esa función?"

*"SR. MORA: No señor, porque era un contrato global y como tal siempre se manejó como un contrato global, o sea, el principio del contrato con la interventoría siempre fue un tema global, nunca fue un tema por unitarios. Cuando a mí me dicen que es un contrato por unitarios, desde el primer día del proyecto yo inicio memorias de **cálculo porque es la única manera contra la que yo puedo facturar. Tan así que todas***

²²⁰ Archivo "R 13 08 2018 def" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

las facturaciones se hacen por porcentaje de avance y no se hacen por cantidades de obra, porque así está establecido. No sé por qué está ahí, cuando el contrato tiene una naturaleza completamente diferente.

También ALEXANDER VILLARREAL²²¹, Especialista de procesos de MASSY:

"DR. VALL DE RUTÉN: Ahí hay una expresión en esa acta de cierre donde dice, tomar como base la suma global fija final definida en la presente acta para presentar actas parciales de avance en la especialidad civil de la bomba principal de la estación Caucasia. ¿Eso qué quiere decir?"

*"SR. VILLARREAL: Eso quiere decir que este precio que nosotros teníamos allí, ese valor de la suma global fija que quedaba consignada en el acta de cierre era lo que establecía el fac., **por lo que se multiplicaba el avance y daba el valor en pesos de lo que podíamos facturar con el estado actual del avance de esa unidad.**"*

"DR. VALL DE RUTÉN: ¿O sea que los valores de las actas de cierre fueron tomados como base para la presentación y aprobación de las facturas?"

"SR. VILLARREAL: Las facturas de construcción, sí señor."

*"DR. VALL DE RUTÉN: **¿Cómo se medía el avance de los trabajos?**"*

"SR. VILLARREAL: Para medir el avance en cada estación se tenía personal de programación y control tanto de la interventoría como de nosotros, entonces ese personal se ponía de acuerdo sobre el avance físico de las actividades, en este proyecto nosotros íbamos y revisábamos, digamos, una actividad, la fundación de la bomba equis, entonces se veía el avance físico que había sobre sea fundación y se

²²¹ Archivo "R 10 10 2018 def" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

acordaba entre las partes, va entre 10, 20, 30, 40% en base a lo que estaba en obra, eso se consolidaba en unos archivos, en unos formatos de trabajo en Excel que se llaman formatos C3 de avance y se mandaban hacia Bogotá para que se consolidara todo el avance del proyecto.

"DR. VALL DE RUTÉN: ¿Y quiénes participaban en la toma de esa información?

"SR. VILLARREAL: Participaba la interventoría y nosotros como constructora tomábamos esa información...

*DR. VALL DE RUTÉN: ¿**O sea que había acuerdos sobre el avance?***

*"SR. VILLARREAL: **Sí**, siempre, la idea es que la información cuando llegara a Bogotá llegara acordada, incluso esto se enviaba con el informe semanal y si había comentarios se verificaba y se arreglaban los comentarios y se volvía a enviar el informe, de manera que todo lo que se enviara fuera ya acordado".*

De otro lado, correspondía a MASSY la responsabilidad del aseguramiento de los costos del proyecto, mediante un equipo de personas destinado para el efecto.

Expresamente en la propuesta técnica así aparece: *"Es responsabilidad de Wood Group PSN el aseguramiento de los costos, mediante el acompañamiento y seguimiento continuo de la ejecución de los subcontratistas". "El seguimiento y control de costos del proyecto será dirigido y coordinado por el Líder de control de Costos de Wood Group PSN quien cuenta con amplia experiencia en control de proyectos, manejo de subcontratistas y control de costos"*²²².

²²² Ver la propuesta Técnica presentada por MASSY ENERGY a OCENSA, Punto 1.2. METODOLOGÍA DE DESARROLLO DEL PROYECTO, 1.2.1. Gerencia técnica y administrativa del proyecto, Aseguramiento, seguimiento y control de costos.

Aunado a lo anterior, dentro de los roles y responsabilidades, se estableció que le corresponde al director del Proyecto, *“Asegurar que la ejecución del presupuesto se encuentra dentro de los objetivos del proyecto.”*, al Gerente del Proyecto, *“Dirigir el Desarrollo del presupuesto”*; y *“El control de Costos reporta al director construcción y al Gerente del Proyecto y es responsable de lo siguiente: (...) Identificar y gestionar las desviaciones en costos respecto al presupuesto”*²²³, entre otros asuntos.

En efecto, no era OCENSA la que tenía que recordar a MASSY ENERGY el límite del 15% al valor de los ajustes, pues además de que así no fija la ley que deben cumplirse los contratos, de todas maneras, correspondía a los especialistas de MASSY el advertirle que las obras sobrepasaban el límite pactado en el contrato para que ésta tomara las medidas que considerara pertinentes.

También es claro que MASSY conocía dicha situación, según así se lo informó su Líder de Proyectos RUBÉN DARÍO RICO²²⁴:

“DR. GUERRA: Dentro de sus responsabilidades también estaba dirigir el desarrollo del presupuesto, eso incluía dar avisos sobre desfases en la ejecución del presupuesto?”

SR. RICO: Sí.

DR. GUERRA: A quién daba esos avisos?”

SR. RICO: Internos a Massy.

²²³ Ver la propuesta Técnica presentada por MASSY ENERGY a OCENSA, Punto 1.2. METODOLOGÍA DE DESARROLLO DEL PROYECTO, 1.2.1. Gerencia técnica y administrativa del proyecto, Roles y Responsabilidades, folio 181 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

²²⁴ Archivo “R 09.08.18 Rubén Darío Rico” en el CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

DR. GUERRA: Usted dio algún aviso cuando se excedieron los \$33.000 millones?

*SR. RICO: Claro, o sea, el proyecto, o sea, todo va siendo gradual, el proyecto no se dispara en un punto, el proyecto se va haciendo mire cerramos este libro, esta unidad va a costar esto, listo ya tenemos esto ejecutado, esta unidad, mire después de concertarla va a cerrar esto, esa ya se va a hacer muy poquito porque también como existieron unas altísimas, otras como el caso de la Belleza y algunos puntos de Vasconia, en otras unidades funcionales eran bastantes, qué pasó, se va a bajar allá no se va a hacer mucho, entonces allá es donde uno también tiene que controlar internamente. Mire si en esa estación se va a hacer tan poquito, por qué llevo gastada toda esta plata, ahí es donde empieza uno a jugar, pero es algo que se va haciendo paulatinamente a medida que se va teniendo información y este proceso contaba con información muy concertada, muy real, muy evidente, uno podía tranquilamente **decir en un comité interno de Massy mire aquí está lo que vamos a ejecutar, ah, bueno, entonces qué pasa? Obviamente eso va a costar más. Y aquí? No, en esta unidad funcional ya va a ser muy poquito. Ah, bueno.***

DR. GUERRA: Y cuando esto llega a \$46.000 millones, nunca consideraron prudente comentar esta situación a OCENSA?

SR. RICO: Ese era un ejercicio acompañado todo el tiempo, o sea aquí no se hizo un ejercicio Massy solo sino un ejercicio conjunto y a través del tiempo, no fue un ejercicio Massy-Massy, interno, esa sí ya era la venta o la ejecución que se iba a hacer era un ejercicio conjunto, el costo era un ejercicio interno, el costo para hacer esas obras”.

Sin embargo, aparece en el proceso que solo hasta el 27 de abril de 2015, cuando ya se había terminado el contrato y las obras se habían culminado, y además corría la etapa para su liquidación bilateral, MASSY solicita formalmente a OCENSA "reconocer que el valor total real del Contrato No.

3801903 a la fecha asciende a la suma de cuarenta y seis mil treinta y cuatro millones doscientos noventa y ocho mil ochocientos cuarenta y seis pesos colombianos (COP \$ 46.034.298.846)”, lo cual no cabía dentro de las posibilidades contempladas en el acuerdo contractual.

En este sentido se pronunció el testigo, CESAR DARIO RIVERA MENDOZA²²⁵, Administrador del contrato –OCENSA-:

"DR. PARRA: Si se había hecho más en la respectiva estación, cuál era el procedimiento a seguir?"

*SR. RIVERA: En ese momento lo que se había establecido el contrato era un techo, un techo y lo que se hacía era digamos para ese techo del 15% **habían dos oportunidades de alzar la mano, como les digo, al inicio y al 80%, ahí no se alzó nunca la mano por parte del contratista, cuando ellos facturaban cantidades, facturaban hasta el tope digamos de lo que les permitía llegar a ese máximo porcentaje**, ya cuando se hace al final el balance es cuando ya empieza uno a ver de parte de Massy las solicitudes de que hay un valor que supera ese porcentaje”.*

*"DR. CUBEROS: Gracias Presidente. Un par de cosas en esa misma línea y quizás algo más adicional, lo primero es y excúseme me voy a algo muy elemental, matemática básica y además de abogado, yo entiendo de manera muy elemental que la suma de las partes debe corresponder con el todo, pero estábamos hablando ahoritica de que ustedes cerraban los números de las unidades funcionales, unas resultaban más, unas resultaban menos, de pronto habían compensaciones, pero que solamente **se dieron cuenta del desfase superior al 15% cuando se dio el balance general y Massy lo presentó**, cómo pasa eso, es*

²²⁵ Archivo “R 19 09 2018 def” del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

decir, si uno lleva un control paso a paso de cada unidad funcional cómo pasa que al final ...(Interrumpido).

*SR. RIVERA: Lo que pasa es que el contratista, como les digo, **por el tipo de contrato eso establece, oiga usted me dijo un valor más un delta, usted se comprometió a que ejecutaba este alcance con este dinero, entonces que empieza uno... o digamos qué es lo que normalmente pasa en un contrato de estos, el contratista dentro de su análisis de riesgo, dentro de sus costos indirectos deberá o es la lógica del contrato EPC a libro abierto, pone un factor de reserva, o sea no es un contrato que se cierra P por Q, cantidad en detalle por multiplicación, sino que él dice: usted me presentó un alcance, me entrega esto, me hace estos entregables, yo le cotizo y me comprometo a que esto va a costar esto, con un delta máximo de esto, esa es digamos como la lógica del contrato y por eso digamos usted dice el contratista no presentó nada, no está diciendo nada, es porque está dentro de su margen”.***

Ahora bien, desde su concepción técnica el proceso de apertura y cierre de libros partía de la premisa de que el mismo se realizaría en la etapa de ingeniería de detalle, y para determinar y cuantificar el valor de obras aún por ejecutar, es decir, se trataba de un procedimiento que debía adelantarse *ex ante*, y no, como ocurrió en este caso, donde ello se hizo en etapas posteriores (como procura, y construcción). La supuesta aplicación práctica de la CLÁUSULA QUINTA por la que aboga MASSY, por haberse agotado el proceso de apertura y cierre de libros en una etapa posterior a la prevista, con equipos ya comprados y con obras ya ejecutadas, correspondería a un contrato de obra por precios unitarios, lo cual desnaturaría el Contrato, pues, como ha sido dicho, este fue pactado a Suma Global Fija, modalidad que no ha sido desconocida por las partes, como no puede serlo unilateralmente por MASSY su limitación de ajuste al 15% del valor total de la oferta, ni siquiera a partir de las manifestaciones de las actas de cierre de libros, pues no se ve en ellas intención implícita (mucho menos explícita) de prescindir de dicho límite para establecer el valor total del contrato.

Adicionalmente, MASSY no demostró la afectación que alega haber sufrido por no habersele permitido facturar los valores que surgieron del procedimiento de apertura y cierre de libros, ya que los dictámenes periciales aportados por MASSY para el efecto parten de una premisa errada. En efecto, los referidos dictámenes toman como referente las actas de cierre de libros de la segunda apertura que, en lugar de levantarse al momento de completarse el 80% de la ingeniería de detalle, como lo establecía el Contrato, se levantaron en una etapa posterior, cuando ya habían sido ejecutadas obras y se habían realizado compras.

En conclusión, el Tribunal no puede aceptar las alegadas modificaciones al contrato o que su conducta contractual hubiere dejado sin efecto la limitación del 15%, por lo cual la pretensión será negada.

4.1.5. Pretensiones segunda y cuarta subsidiarias de la pretensión quinta principal

Se formularon así:

"SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- *Que se declare que la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta, debe interpretarse en el sentido de que para la aplicación de esa limitación, el valor estimado de la oferta debe ajustarse a la realidad con las cantidades que efectivamente se determinaron en la ingeniería de detalle que fue elaborada por la Contratista y aprobada por la Entidad Estatal Contratante y/ o elaborada directamente por la Contratante y no con base en las cantidades incluidas en el cuadro de ofrecimiento económico, en cuanto estas cantidades fueron estimadas por la Contratante con fundamento en una ingeniería básica que ni siquiera era la definitiva.*

De esa manera, las cantidades ciertas a ejecutar que se hubieren establecido en la ingeniería de detalle final, deberán multiplicarse por los precios unitarios ofrecidos en la propuesta y el producto de dicha operación se tendrá entonces como el valor total estimado de la oferta en relación con el cual se aplicará el convenido límite del 15%”.

"CUARTA SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- *Que se declare que la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta, debe interpretarse en contra de la Parte que la extendió”.*

Estas pretensiones se estudian en conjunto, conociendo su condición de subsidiarias, por referirse ambas a la interpretación del contrato, por las consideraciones comunes que merecen y porque la negación de las pretensiones que las preceden de las cuales son subsidiarias (según se verá adelante con respecto a la tercera subsidiaria), permiten el pronunciamiento sobre ellas.

A raíz del análisis que debía hacer el Tribunal en razón al debate procesal en relación con la CLÁUSULA QUINTA del contrato, análisis exigido en todo caso sin consideración a la formulación de estas pretensiones, se llegó, como es natural, a sentar la posición del panel arbitral sobre la correcta interpretación de tal estipulación contractual, que no coincide con la pedida por MASSY.

Las razones expuestas en este laudo en torno a la interpretación, sentido o alcance de la CLÁUSULA QUINTA, en especial en cuanto al límite de ajuste del valor del 15%, y las que se expondrán en el pronunciamiento sobre otras pretensiones de la demanda, producen, por sí solas la negativa a estas pretensiones.

Ocurre, tal como se expuso en el capítulo de Presupuestos Procesales, cuando se estudió la caducidad de determinadas pretensiones, que las peticiones de este título son de aquellas respecto de las cuales operó tal fenómeno procesal, lo cual, con mayor razón, conduce a denegarlas.

En consecuencia, se denegarán estas pretensiones por las razones antes expuestas.

4.1.6. Pretensiones tercera y quinta subsidiarias de la pretensión quinta principal

Se formularon así:

"TERCERA SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- *Que se disponga la no aplicación de la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta".*

"QUINTA SUBSIDIARIA A LA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- *Que se declare que es ineficaz, en el sentido genérico de la expresión, la estipulación contenida en el penúltimo inciso de la Cláusula Quinta del Contrato No. 3801903, en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta"*

El Tribunal no encuentra fundamento jurídico en que "se disponga la no aplicación" o en tachar de "ineficaz, en el sentido genérico de la expresión" la CLÁUSULA QUINTA del Contrato.

La Corte Constitucional ha dicho: "4. Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende

*entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad*²²⁶.

El Tribunal ya se pronunció sobre la alegada nulidad de la CLÁUSULA QUINTA y no observa fundamento para declararla inexistente (no hay falta de consentimiento ni de objeto en la declaración), no se trata de una de las estipulaciones que la ley declara expresamente ineficaz en los términos del artículo 897 del Código de Comercio²²⁷, ni de un acto inoponible según el artículo 901 del mismo código²²⁸.

Concluyendo que se trata de una estipulación eficaz, queda implícito que no hay motivo para disponer su “no aplicación”. La “no aplicación” no es una categoría sancionatoria del negocio jurídico mercantil puesto que, como lo sostienen los profesores Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta, con fundamento en el tenor literal de las disposiciones del derecho privado atinentes a estos asuntos, los grados de ineficacia de los actos jurídicos se refieren a la “inexistencia de los actos jurídicos”; la “nulidad absoluta de los actos jurídicos”; la “nulidad relativa de los actos jurídicos” y la “ineficacia liminar de los actos jurídicos”²²⁹. En igual sentido, el profesor Jaime Arrubla Paucar, en un capítulo de su obra dedicado a analizar *in extenso* la “sanción del negocio jurídico mercantil”, limita su presentación a los fenómenos de ineficacia, inexistencia, las nulidades (absoluta y relativa), la inoponibilidad, y la conversión del negocio jurídico mercantil en uno diferente²³⁰, brillando enteramente por su ausencia la denominada “inaplicabilidad”, sencillamente porque no tiene consagración legal. Admitir

²²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2017, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

²²⁷ Art. 897: “Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial”.

²²⁸ Art. 901: “Será inoponible a terceros el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija”.

²²⁹ Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo – “Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico”, Editorial Temis, Bogotá, 1998, páginas 496 a 499.

²³⁰ Arrubla Paucar, Jaime – “Contratos Mercantiles – Teoría General del Negocio Mercantil”, Editorial Legis, Bogotá, 2013, páginas 259 a 315.

este último fenómeno como categoría sancionatoria de una cláusula contractual, como se pretende, implicaría no solo darle cabida a una figura que no tiene sustento normativo alguno para el mundo de los contratos, sino que además conduciría a desconocer abiertamente una norma legal de claridad meridiana y que soporta ampliamente la vigencia de las relaciones contractuales en un estado de derecho, como es el artículo 1602 del Código Civil, cuando reza que “...*todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales...*”.

Ocurre, también, que respecto de la pretensión tercera subsidiaria operó el fenómeno procesal de caducidad, razón suficiente y adicional para denegarla.

En consecuencia, se denegarán las pretensiones tercera subsidiaria de la quinta principal y quinta subsidiaria de la quinta principal.

4.1.7. Pretensiones Sexta y Séptima Principales y Primera Subsidiaria de la Séptima Principal

Se formularon así:

"SEXTA PRINCIPAL (se reproduce de la demanda inicial).- Que se declare que el valor del Contrato No. 3801903 corresponde a la suma de CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES CUARENTA MIL CUATROCIENTOS VEINTICINCO PESOS (COP \$ 45.331.040.425), discriminado de la siguiente forma:

Descripción	Valor
Suma global fija Ingeniería	2.997.017.184
Suma global fija compras	5.095.111.818
Suma global fija Construcción	37.238.911.423

Total Suma global fija final (No incluye Otrosí No. 1)	\$45.331.040.425
--	------------------

SÉPTIMA PRINCIPAL (se reproduce de la demanda inicial).- Que se declare que **OCENSA** incumplió el Contrato EPC No. 3801903, al negarse a pagarle a **MASSY ENERGY** la totalidad de la remuneración a la que tenía derecho de acuerdo con el valor del contrato, en razón de las obras contratadas y efectivamente ejecutadas, sumados el valor de los alcances sobrevinientes y los reconocimientos económicos a su favor.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA PRINCIPAL (nueva).- Que se declare que **OCENSA** incumplió el Contrato EPC No. 3801903, al que se hace referencia en las pretensiones anteriores, al negarse a pagar a **MASSY ENERGY** la totalidad de la remuneración a la que tenía derecho de acuerdo con el valor de ese Contrato”.

Con el fin de resolver si el valor del contrato es la suma de COP \$45.331.040.425, como lo afirma MASSY, y si OCENSA *ha incumplido con la obligación de pagarle dicha suma, en razón de las obras contratadas y efectivamente ejecutadas, sumados el valor de los alcances sobrevinientes y los reconocimientos económicos a su favor*, y hecho ya el pronunciamiento acerca de la no modificación del límite de ajuste del 15% por la conducta de las partes o los supuestos acuerdos durante la ejecución del contrato, debe el Tribunal pronunciarse previamente sobre: **(I)** Si como lo plantea OCENSA, para que MASSY tenga derecho a reclamar el 15% al valor de los ajustes, debe demostrar que los ítems nuevos en ningún caso corresponden a actividades o costos que debieron ser previstos e incluidos por la misma CONTRATISTA en su propuesta; **(II)** Si además OCENSA debe pagar a MASSY el valor de los denominados “alcances sobrevinientes”; y si **(III)** ¿Tiene derecho MASSY a otros reconocimientos económicos adicionales?

I) ¿Como lo plantea OCENSA, para que MASSY tenga derecho a reclamar el 15% debe demostrar que los ítems nuevos en ningún caso corresponden a actividades o costos que debieron ser previstos e incluidos por la misma CONTRATISTA en su propuesta?

a) La posición de OCENSA

Al responder la demanda reformada presentada por MASSY, OCENSA afirmó, "**Al hecho No. 40.** No es un hecho, sino una conclusión absolutamente falsa, subjetiva y conveniente que la Convocante formula en su propio beneficio. Contrario a lo afirmado por Massy, Ocensa no impuso el tope de 15% de reajuste establecido en la Cláusula Quinta del Contrato, "aprovechando su poder de negociación" y "a sabiendas de que la misma carecía de justificación y atentaba contra el equilibrio contractual" del futuro contratista. **Ocensa incluyó dentro del valor del Contrato un 15% adicional**, cuando pudo no haber incluido ningún porcentaje de reajuste, como un mecanismo de distribución de riesgos que implicaba que, en caso de que la Suma Global Estimada, que en todo caso debía ser lo más precisa posible, se desviara de lo realmente ejecutado, **el contratista sería compensado con un mayor valor al inicialmente ofrecido.** Ello, única y exclusivamente **respecto de variaciones en las cantidades de las obras contemplas en la ingeniería básica y en los ítems no previstos e imposibles de prever desde la ingeniería básica, que fueran identificados como necesarios en la ingeniería de detalle"** (el resaltado no es del original).

Además, "los Oferentes que debían incluir dentro de los precios de sus propuestas todos los riesgos que, de acuerdo con su conocimiento y experiencia, podrían materializarse en un aumento de las cantidades de materiales inicialmente estimadas. En concreto, los Oferentes debían incluir en el valor de sus ofertas todos los costos directos e indirectos, los salarios, costos, gastos, garantías, impuestos, administración, imprevistos y utilidades, así como cualquier ítem previsible, según la ingeniería básica

entregada²³¹.

Resalta, que en el Pliego de Condiciones OCENSA indicó que en ningún caso los ítems nuevos podrían confundirse con actividades o costos que debieron preverse e incluirse en la propuesta, ya que dichos valores no podrían incluirse dentro del mecanismo de reajuste establecido en el Contrato.

Aseveró que, *"Los posibles Oferentes no sólo tenían que ofrecer un precio como pretende afirmar la Demandante, sino que tenían que estudiar toda la información entregada por Ocensa con la ingeniería básica del Proyecto Delta 35, las Especificaciones Técnicas, y demás documentos del Proceso Competitivo para ofrecer precios que cubrieran los costos de obtener la ingeniería y realizar las obras requeridas, sabiendo que la desviación del precio final, frente al estimado, no podría superar el 15%. Lo anterior suponía para cualquier Oferente diligente, la realización de sendos estudios y verificaciones, aplicando su experiencia en la materia"*²³².

b) La posición de MASSY

En la reforma de la demanda MASSY afirmó que, *"Para esos efectos, con base las cantidades suministradas por **OCENSA**, derivadas de la ingeniería básica desarrollada por esa misma Entidad Estatal, **WOOD GROUP PSN Colombia S.A.** (en adelante WGC) estimó el valor de su propuesta, incluidos todos los costos directos e indirectos requeridos para la correcta prestación del servicio y la realización de las obras, determinadas por los ítems y las cantidades que fijó **OCENSA** en el cuadro de ofrecimiento económico que elaboró con base en la ingeniería básica proveniente de esa misma Entidad Estatal Contratante, en la suma de TREINTA Y TRES MIL*

²³¹ Ver respuesta a la reforma de la demanda de MASSY, exposición general a la oposición de las pretensiones.

²³² Ver respuesta de OCENSA al hecho 6 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

*CIENTO SESENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL CUATROCIENTOS SEIS PESOS (\$33.167'615.406)*²³³.

De otro lado, al referirse a la primera apertura y cierre de Libros afirmó que WGC presentó las cantidades derivadas de la ingeniería Detallada desarrollada por **TIPIEL**, las cuales fueron revisadas y avaladas por el Grupo de Aseguramiento de Ingeniería. Esta revisión incluyó los ítems nuevos que surgieron del desarrollo de la Ingeniería Detallada. Que **WGC**, el Grupo de Aseguramiento de Ingeniería y la interventoría identificaron los ítems nuevos para cada especialidad no incluidos en el Cuadro de Ofrecimiento Económico (generados con base en la ingeniería básica)²³⁴.

En relación con la segunda apertura y cierre de Libros afirmó igualmente, que MASSY presentó las cantidades finales de estas unidades funcionales, derivadas de la ingeniería Detallada desarrollada ella, las cuales fueron revisadas por el Grupo de Aseguramiento de Ingeniería y la Interventoría. Esa revisión incluyó los ítems nuevos para cada especialidad, que surgieron del desarrollo de la Ingeniería Detallada, no incluidos en el Cuadro de Ofrecimiento Económico (generados con base en la ingeniería básica).

También indicó, que **MASSY** presentó a consideración de **OCENSA** los APU (Análisis de Precios Unitarios) de los ítems nuevos de estas unidades funcionales que fueron revisados por la interventoría y, previo concepto favorable de la interventoría respecto a la necesidad, pertinencia y proporcionalidad de los ítems nuevos, fueron aprobados por **OCENSA**.

c) La posición DE BERKLEY

BERKLEY no hizo un pronunciamiento específico sobre este punto.

²³³ Ver hecho 4.42 de la reforma de la demanda presentada por MASSY.

²³⁴ Ver hechos 4.66.1.2. y ss. 4.67. y ss.

d) Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no hizo un pronunciamiento específico sobre este punto.

e) Consideraciones del Tribunal

De conformidad con lo previsto en la CLÁUSULA QUINTA del contrato, el valor para compras y construcción se fijó en la Suma Global Fija de **TREINTA MIL TRESCIENTOS VEINTIDÓS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS COLOMBIANOS (\$30.322.685.593)** más el IVA que sea legalmente aplicable, *"suma en la cual se encuentran incluidos todos los costos directos e indirectos, los salarios, costos, gastos, garantías, impuestos, administración, imprevistos y utilidades, entre otros, en que deba incurrir. **EL CONTRATISTA** para una óptima ejecución de los trabajos, entre ellos, en especial pero sin limitarse a ellos..."*.

Como se advierte, se pactó una suma que incluye los costos directos, pero también los costos indirectos cuyo componente corresponde al denominado AIU (administración, imprevistos y utilidad), referidos por supuesto a los ítems y cantidades contenidos en el Cuadro de Ofrecimiento Económico elaborado por OCENSA, ya que este no podía ser adicionado o modificado por los oferentes.

En efecto, así fue presentada la oferta económica por parte de MASSY según el cuadro resumen²³⁵, que identifica el valor estimado por cada una de las estaciones a intervenir, estableciendo el costo directo y los costos indirectos así: para ingeniería 12%, compras 5% y construcción 39%. Además, se discrimina la utilidad sobre los costos directos por 6% y el IVA sobre la utilidad del 16%, y se complementa con el Cuadro de Ofrecimiento Económico adjunto que en una tabla distingue ingeniería, compras y

²³⁵ Ver folio 136 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 1.

construcción y enlista los trabajos a realizar, la “descripción de entregable”, la cantidad y el tipo de documento, y se diligencia el valor unitario y el valor total.

Ahora bien, como las cantidades y los ítems fueron presentados por OCENSA en el Cuadro de Ofrecimiento Económico y los posibles oferentes solo podían diligenciar los precios unitarios para cada ítem, multiplicar por las cantidades señaladas y totalizar su oferta para fijar el valor global inicial del contrato, pero no tenían la posibilidad de modificar dicho cuadro adicionando ítems o cantidades, de existir previsiblemente más cantidades o ítems nuevos, han debido ser incluidos directamente por OCENSA en el Cuadro de Ofrecimiento Económico que entregó con la invitación a ofertar o aportar al proceso prueba que demuestre que las variaciones en las cantidades de las obras contempladas en la ingeniería básica y en los ítems no previstos e identificados como necesarios en la ingeniería de detalle eran previsibles desde la ingeniería básica, y que por ello debieron ser incluidos por MASSY en su oferta, la cual no aparece en el proceso.

Lo anterior, en razón a que la afirmación de que las cantidades e ítems no incluidos en el Cuadro de Ofrecimiento Económico eran imposibles de prever, es de aquellas indefinidas y por tanto exenta de prueba²³⁶.

De otro lado, las pruebas que obran en el proceso demuestran que las cantidades adicionales e ítems nuevos no incluidos en el Cuadro de Ofrecimiento Económico que se identificaron como necesarios en la ingeniería de detalle que ejecutó MASSY, que no tenían porqué ser incluidos en su oferta, superan el 15% de valor total estimado de la oferta.

En efecto, si bien las actas de cierre de Libros no indican un acuerdo entre las partes para determinar la Suma Global Fija, en cada uno de los dos

²³⁶ Ver Código General del Proceso, Artículo 167, inciso 4º. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

momentos de ajuste pactados, como ya se concluyó anteriormente, no puede desconocerse que por lo menos respecto de la ingeniería de detalle entregada por OCENSA a MASSY, según las actas de cierre de Libros de la Primera apertura, existe probada una desviación de las obras de más del 15%²³⁷, y que en aplicación de la distribución de riesgos, que con dicho propósito estableció OCENSA, le corresponde compensar a MASSY con un 15% adicional de la Suma Global Estimada de la oferta²³⁸, para dar cabal cumplimiento al contrato en armonía con el principio de la buena fe²³⁹, que debe reinar e imperar durante el período de celebración y ejecución del contrato.

Así igualmente lo reconoció OCENSA, cuando al responder los hechos de la reforma de la demanda de MASSY, afirma haberle hechos pagos hasta el 90% del valor del Contrato, *incluido el 15% de reajuste de la suma estimada de la Oferta*²⁴⁰.

En conclusión, MASSY tiene derecho a ser compensado con el 15% adicional al valor total estimado de la oferta.

II) ¿OCENSA debe pagar a MASSY el valor de los denominados "alcances sobrevinientes"?

a) La posición de MASSY

En la reforma de la demanda MASSY ENERGY afirma que, "*En informe de*

²³⁷ Ver dictamen pericial de CARLOS BOHÓRQUEZ, que concluye que respecto de la ingeniería de detalle a cargo de OCENSA existe una desviación del 17.8%. Y, dictamen de DENIS RINCON, respecto de la misma ingeniería, del 17.28% de la Suma Global estimada, sin contar los costos indirectos.

²³⁸ Ver respuesta de OCENSA a los hechos 90 y 112 de la reforma de la demanda de MASSY.

²³⁹ **ARTÍCULO 871. <PRINCIPIO DE BUENA FE>**. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

²⁴⁰ Ver hecho 112.

*13 de agosto de 2015, elaborado por la Interventoría, sin participación alguna de **MASSY ENERGY**, de manera unilateral, se identifican doce (12) alcances sobrevinientes, no previstos originalmente, y que tuvieron que ser ejecutados por la Convocante para lograr los objetivos y el correcto funcionamiento de las obras del Proyecto”²⁴¹.*

Además afirmó que "Al respecto la Interventoría señaló en su informe que: "una vez revisados los soportes y evaluados los conceptos de alcances sobrevinientes, la interventoría evidenció que las obras y suministros descritos anteriormente no se encontraban dentro del alcance del contrato 3801903 y que se requerían para normal funcionamiento de las obras construidas, por lo cual recomienda incluir en el alcance los conceptos descritos por un valor de MIL SETECIENTOS VEINTE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS (\$1.720.297.546) PESOS MONEDA CORRIENTES, incluidos Costos Indirectos, Utilidad e IVA sobre la utilidad”²⁴².

También que, "Esos valores ya habían sido reconocidos en las actas de cierre de libros del valor global”²⁴³.

*Igualmente, que, "Como se observa, no sólo fue necesario un aumento importante en los valores inicialmente fijados, debido a las mayores cantidades de materiales, actividades y obras para la realización del Proyecto, en buena parte por las exigencias de la ingeniería de detalle elaborada por **OCENSA**, sino que, además, se hizo imperativo que se ordenaran nuevos alcances, diferentes a los inicialmente contratados, para lograr poner en punto de funcionamiento las obras encargadas”²⁴⁴.*

²⁴¹ Ver hecho 4.105 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

²⁴² Ver hecho 4.105.1 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

²⁴³ Ver hecho 4.105.2 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

²⁴⁴ Ver hecho 4.106 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

b) La posición de OCENSA

A las afirmaciones de MASSY, OCENSA respondió, "**Al hecho No. 105 y sus "subnumerales"**. No es un hecho sino una referencia subjetiva al documento titulado "Informe Alcances Sobrevinientes", elaborado por SGT-ETSA, por lo cual me atengo al contenido íntegro y literal de dicho documento y a su correcta interpretación por parte del Honorable Tribunal. En todo caso, pongo de presente que dicho documento no expone la interpretación del contenido y alcance del Contrato por parte de Ocesa. Sin perjuicio de lo anterior se resalta que, en caso de que se traten de "obras que tuvieron que ser ejecutadas por la Convocante para lograr los objetivos y el correcto funcionamiento de las obras del Proyecto" Ocesa no debe reconocer valores por este tipo de obras por cuanto en el Contrato se acordó que Ocesa no reconocería ningún ajuste o valor adicional por ítems que debieron ser previstos por el Contratista y no fueron incluidos en la propuesta. Adicionalmente, como ya se ha indicado anteriormente, es falso que las Actas Administración de Contratos tuvieran el alcance que la Demandante pretende darles, pues no definían la Suma Global Fija del Contrato ni implicaban la adición o modificación al Contrato".

c) La posición de BERKLEY

BERKLEY no hizo un pronunciamiento específico sobre este punto.

d) Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no hizo un pronunciamiento específico sobre este punto.

e) Consideraciones del Tribunal

Aportado con la demanda presentada por MASSY, aparece el documento denominado "Informe de alcances sobrevinientes", de fecha 13 de agosto

de 2015²⁴⁵, y firmado por los señores ALEJANDRO ROBLES, Coordinador de interventoría, JORGE ESPITIA, director de obra de MASSY ENERGY, y CÉSAR RIVERA, Administrador del contrato de OCENSA.

En la introducción del informe, aparece que *"El presente informe contiene la identificación y descripción de los alcances sobrevinientes ocurridos en desarrollo del contrato 3801903, cuyo objeto es INGENIERÍA, COMPRAS, CONSTRUCCIÓN, PRECOMISIONAMIENTO -COMISIONAMIENTO Y PUESTA EN MARCHA DE LAS MODIFICACIONES A LOS SISTEMAS DE BOMBEO Y SISTEMAS COMPLEMENTARIOS DEL PROYECTO AMPLIACIÓN DE. CAPACIDAD: DELTA 35, los cuales eran necesarios para garantizar la construcción y el normal funcionamiento de las obras objeto del contrato"*.

"Se consideran como alcances sobrevinientes aquellas obras y suministros que no estaban en el alcance inicial del contrato, pero que son necesarios para el normal desarrollo de las obras objeto del contrato 3801903".

"Se incluyen los principales aspectos como: la justificación técnica, solicitud de cotización, evaluación y aprobación de las ofertas y la valorización de los trabajos y suministros realizados".

"Finalmente se presenta un resumen de los costos derivados de los alcances sobrevinientes durante la -- ejecución del contrato, donde se incluyen los Costos Directos, Costos Indirectos, Utilidad e IVA".

Después de la descripción de los "alcances sobrevinientes" en compras y construcción, concluye como recomendaciones de la Interventoría que, *"Una vez revisados los soportes y evaluados los conceptos de alcances sobrevinientes, la interventoría evidenció que las obras y suministros descritos anteriormente no se encontraban dentro del alcance del contrato 3801903 y que se requerían para normal funcionamiento de las obras*

²⁴⁵ Ver Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 412 a 421.

*construidas, por lo cual recomienda incluir en el alcance los conceptos descritos por valor un valor de **MIL SETECIENTOS VEINTE MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS (\$1.720.297.546) PESOS MONEDA CORRIENTE, Incluidos Costos Indirectos, Utilidad e IVA sobre la utilidad***".

En el mismo documento aparece que, para compras los alcances están aprobados por OCENSA y para construcción se consigna que su aprobación por OCENSA se hace en las actas de cierre de libros.

El citado documento no fue desconocido por OCENSA, al afirmar que, "*me atengo al contenido íntegro y literal de dicho documento y a su correcta interpretación por parte del Honorable Tribunal*"²⁴⁶. Adicionalmente, aunque OCENSA afirmó que "*no debe reconocer valores por este tipo de obras por cuanto en el Contrato se acordó que Ocesa no reconocería ningún ajuste o valor adicional por ítems que debieron ser previstos por el Contratista y no fueron incluidos en la propuesta*"²⁴⁷, cabe recordar que, según el informe citado, estas obras no estaban en el alcance inicial del contrato y por ello se denominan *sobrevinientes*, razón por la cual no podían ser incluidas por MASSY en su oferta.

Ahora bien, el citado informe de Interventoría identifica y describe los denominado "*alcances sobrevinientes*" ocurridos en desarrollo del contrato que nos ocupa, definiendo a su vez el sentido y alcance de dicha denominación, al expresar que "*Se consideran como alcances sobrevinientes aquellas obras y suministros que no estaban en el alcance inicial del contrato, pero que son necesarios para el normal desarrollo de las obras objeto del contrato 3801903*".

De acuerdo con lo anterior, los denominados "*alcances sobrevinientes*"

²⁴⁶ Ver respuesta de OCENSA al hecho 105 y sus Sub-numerales, de la reforma de la demanda de MASSY.

²⁴⁷ *Ibidem*.

deben ser pagados a MASSY, pese a que no se firmó para su ejecución un OTROSÍ al contrato, *“en virtud del principio de la buena fe que debe informar a los contratos de la administración, cuando ésta es quien induce al contratista a ejecutar obras por fuera de los precisos términos del contrato sin haber perfeccionado formalmente tal modificación y recibe a satisfacción tales obras, por ser indispensables para la ejecución del objeto contractual, ella está en el deber de responder frente al contratista por el valor de estas”*²⁴⁸.

En efecto, las citadas obras y suministros no fueron hechos por iniciativa autónoma de MASSY, sino que, con el fin de cumplir los términos del contrato, se vio precisada a su ejecución para atender las peticiones que en los meses de abril, julio, octubre y noviembre de 2014 le envió la Interventoría, quién en la medida en que se ejecutaban las obras y consideraba que eran *“necesarias para el normal desarrollo de las obras objeto del contrato”*, le fue solicitando mediante comunicación, presentar la respectiva oferta para su aprobación por parte de OCENSA²⁴⁹. Dichas comunicaciones obran como prueba en el proceso²⁵⁰, y además fueron identificadas en el citado informe con su respectiva nomenclatura y fecha.

Bajo el mismo criterio de análisis invocado en páginas anteriores, cuando se hizo referencia a las actividades del Administrador y el Interventor reseñadas por las cláusulas VIGÉSIMA QUINTA Y VIGÉSIMA SEXTA del Contrato, cuyos apartes relevantes también fueron transcritos, ha de precisarse que en este caso, las solicitudes y aprobaciones de *“alcances sobrevinientes”* se verificaron dentro de la finalidad misma de esas actividades del Administrador y el Interventor, orientadas, al tenor literal de

²⁴⁸ Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, de 29 de febrero de 2012, C.P. DANILO ROJAS, Rad: 66001-23-31-000-193-03387-01 (16.371).

²⁴⁹ Ver sentencia de 19 de noviembre de 2012, C.P. Jaime Orlando Santofimio, Rad: 73001-23-31-000-2000-030 (24897).

²⁵⁰ Ver páginas 64 a 69 del archivo “INT-WG” de la carpeta 1. Correspondencia del DVD del folio 277 del Cuaderno de Pruebas No. 2, documentos aportados con la exhibición de MASSY, y folios 420 a 427 del Cuaderno de Anexos de la Contestación a la Demanda de Reconvencción.

la misma previsión contractual, a "*asegurar el cumplimiento del Contrato*". En otras palabras, estas actuaciones resultaron legítimas, al cumplir con el propósito contractualmente exigido, pero además quedaron consignadas expresamente en documentos conocidos y aprobados por OCENSA, que no fueron tachados por esta última, ni impugnados durante este trámite arbitral.

Los alcances sobrevinientes además, se encuentran descritos claramente en el mencionado informe, al igual que la justificación de su necesidad, la fecha y el valor de la presentación de la oferta y la fecha en la que OCENSA autoriza proceder con la oferta.

De otro lado, dichos *alcances sobrevinientes* se recibieron sin reparo alguno, según el acta final de recibo de obras de fecha 5 de enero de 2015²⁵¹, en la cual no se dejó anotación contraria.

Tan cierto es lo anterior que, para proceder a efectuar la liquidación bilateral del contrato, OCENSA y MASSY acordaron, junto con la Interventoría, la existencia de dichos "*alcances sobrevinientes*", además por un monto de \$1.720.297.546, según así finalmente lo admite OCENSA en su alegato de conclusión²⁵².

Por lo anterior, el Tribunal concluye que OCENSA debe pagar a MASSY el valor de *COP\$1.720.297.546*, por concepto de "*Alcances sobrevinientes*".

²⁵¹ Ver folio 388 del Cuaderno de pruebas No. 1

²⁵² Ver páginas 123 y siguientes.

III) ¿Tiene derecho MASSY a otros reconocimientos económicos adicionales?

a) La posición de MASSY

En la reforma d la demanda, MASSY afirma que "Mediante documento denominado *"Informe Solicitud Reconocimiento Económico"*, la Interventoría del Contrato, designada por **OCENSA** *"recomienda efectuar reconocimiento económico al contratista por un valor de TREINTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE (\$36.291.297) PESOS MONEDA CORRIENTE"*, valor que incluye *"exclusivamente los costos directos involucrados en la paralización de acuerdo a lo establecido en la cláusula vigésima del contrato."*. Y que, "Ese documento fue suscrito en señal de aceptación por los señores **César Darío Rivera**, Administrador del Contrato por parte de **OCENSA**, **Alejandro Robles**, director de la interventoría asignada por **OCENSA** y **Jorge Espitia**, director de obra de **MASSY ENERGY**"²⁵³.

b) La posición de OCENSA

Al respecto OCENSA manifestó, "**Al hecho No.109.** *No es un hecho sino una referencia subjetiva al documento titulado "Informe Solicitud Reconocimiento Económico", elaborado por SGT-ETSA, por lo cual me atengo al contenido íntegro y literal de dicho documento, y a su correcta interpretación por parte del Honorable Tribunal".* Y, "**Al hecho No. 110.** *No es un hecho sino una referencia subjetiva al documento titulado "Informe Solicitud Reconocimiento Económico", elaborado por SGT-ETSA, por lo cual me atengo al contenido íntegro y literal de dicho documento, y a su correcta interpretación por parte del Honorable Tribunal".*

²⁵³ Ver hechos 4.109 y 4.110 de la reforma de la demanda de MASSY ENERGY.

c) La posición DE BERKLEY

BERKLEY no hizo un pronunciamiento específico sobre este punto.

d) Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no hizo un pronunciamiento específico sobre este punto.

e) Consideraciones del Tribunal

Aportado como prueba con la demanda presentada por MASSY, aparece el documento denominado "INFORME SOLICITUD RECONOCIMIENTO ECONÓMICO"²⁵⁴.

En la introducción del documento se consigna que, *"El presente informe contiene el análisis de reconocimiento que contempla los aspectos contractuales básicos, justificación, localización del proyecto, alcance, equipo liquidador por parte de OCENSA y por parte de la Interventoría. Incluye una descripción detallada de la cronología y valores del Contrato, así como el objeto, justificación del otrosí. Para finalizar se detallan los valores facturados del Contrato desde el inicio hasta el final, destacando que se encuentra en proceso de liquidación"*.

"Se incluyen los principales aspectos de la solicitud de reconocimiento presentada por MASSY ENERGY S.A.S, los cuales se revisan basados en el cumplimiento del Contrato No. 3801903, soportes presentados por el Contratista, informes firmados por las partes y todos los informes, reportes, comunicaciones, actas, bitácora y demás documentos que registran los hechos y datos presentados a lo largo de la ejecución del Contrato".

"Finalmente se presentan las recomendaciones de la Interventoría Técnico

²⁵⁴ Ver folios 428 a 440 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Administrativa sobre la solicitud de reconocimiento presentada por el Contratista MASSY ENERGY S.A.S, tomando como base que el contrato suscrito corresponde a un contrato modalidad EPC a precio global fijo y que solo se reconocen los valores que corresponden a Stand By de personal y Equipos de las estaciones Porvenir y Coveñas que resultaron paralizados por razones ajenas al contratista de acuerdo a los términos establecidos en la CLÁUSULA VIGÉSIMA, RECONOCIMIENTOS ECONÓMICOS A FAVOR DEL CONTRATISTA”.

Además, se plasman los siguientes objetivos:

"1. OBJETIVOS

1.1. Objetivo general

Analizar las solicitudes de reconocimiento económico presentadas por el Contratista MASSY ENERGY S.A.S, en relación con el Contrato. No. 3801903 y presentar una recomendación a OCENSA del valor a reconocer como resultado del presente análisis.

1.2. Objetivos Específicos

- *Analizar los documentos integrantes del Contrato No. 3801903 para asegurar que las recomendaciones propuestas por la Interventoría cumplan con lo establecido contractualmente, basados en el hecho que el contrato es modalidad EPC a precio global fijo.*
- *Analizar los soportes presentados por el Contratista para determinar su aplicación o no de los mismos y estimar el valor a reconocer.*
- *Analizar los datos de ejecución de las obras para estimar cantidad de personal y equipos utilizados, así como los días y costos que pudieran dar lugar al reconocimiento a favor del Contratista.*

- *Analizar el contenido de los informes diarios, semanales, mensuales, actas de reunión, bitácora y demás documentos que permitan determinar los valores a reconocer al Contratista.*
- *Analizar la información de obra con el fin de establecer la existencia de afectaciones en los frentes de trabajo, los periodos, causas y valores a reconocer y descontar”.*

Luego de aplicar la metodología anunciada, entre ella la *“Revisión los soportes entregados por el Contratista para establecer su validez, validación de cantidades de personal y equipos afectadas e incluirlos en el análisis de la solicitud de reconocimiento”* y de realizar el análisis respectivo junto con las *“SOLICITUDES DE RECONOCIMIENTO ECONÓMICO PRESENTADA POR MASSY ENERGY”* por cada una de las estaciones respectivas, la Interventoría Técnico Administrativa recomienda, *“Una vez revisados los soportes presentados por el contratista y evaluados los conceptos de la solicitud de reconocimiento económico, la interventoría evidenció que los hechos descritos que dieron origen a la solicitud de reconocimiento tuvieron ocurrencia en las fechas señaladas y las circunstancias que les dieron origen no fueron responsabilidad de MASSY ENERGY, por lo cual recomienda efectuar reconocimiento económico al contratista por un valor de TREINTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE (\$36.291.297) PESOS MONEDA CORRIENTE, Costo Directo”.*

Además, indica que *“Los valores anteriormente (sic) incluyen exclusivamente los costos directos involucrados en la paralización, de acuerdo con lo establecido en la cláusula vigésima del contrato”.*

“Es de anotar que el presente informe contiene los análisis de todas las solicitudes de reconocimiento presentadas por el contratista en desarrollo del contrato 3801903, por tanto, el valor recomendado en el presente informe constituye el valor total por concepto de reconocimientos económicos de acuerdo con lo previsto en la cláusula vigésima del contrato”.

Efectivamente, la CLÁUSULA VIGÉSIMA del contrato, consagra "**RECONOCIMIENTOS ECONÓMICOS A FAVOR DEL CONTRATISTA**", *"Cuando por razones ajenas a la responsabilidad del **CONTRATISTA** y/o de sus subcontratistas, diferentes a aquellas de fuerza mayor y/o generadas por factores climáticos (lluvias, crecientes de ríos, etc.), los trabajos de cualquier frente de obra se vean paralizados, **LA COMPAÑÍA** eventualmente y de acuerdo a la legislación aplicable, podrá hacer un reconocimiento económico al **CONTRATISTA**, correspondiente exclusivamente al costo directo de personal (no se incluye personal de administración) y maquinaria que se vea directamente involucrado en la paralización"*.

También indica que, "**EL CONTRATISTA** deberá elevar cualquier solicitud relacionada con lo indicado en esta cláusula a **LA COMPAÑÍA** o su representante, para su evaluación, a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la ocurrencia del hecho que lo origina".

En efecto, el documento analiza las solicitudes de reconocimiento estación por estación. Igualmente analiza la CLÁUSULA VIGÉSIMA del contrato, y toma como criterios para el análisis y valoración de costos a reconocer, los que resume así: -Las paralizaciones causadas por factores climáticos no serán efecto de reconocimientos económicos. -El reconocimiento se aplica al personal directo (no se incluye personal de administración) por lo que se discriminan los cargos del personal afectado. -El reconocimiento del personal se efectuará sobre un máximo de 8 horas diarias, 48 semanales. -Los recursos de personal directo afectados se costearán con base en el salario y seguridad social soportados en las planillas de pago de dicho personal. -Teniendo en cuenta que los equipos no tienen tarifa unitaria pactada en el Contrato, se les aplicará la tarifa horaria de la Cámara Colombiana de la Infraestructura vigente al momento del stand by sobre un máximo de 5 horas diarias, 25 semanales. Para aquellos equipos que no tengan tarifas en la Cámara Colombiana de Infraestructura no se les reconocerá ningún valor.

Analizado el anterior documento, que no fue desconocido por OCENSA, el Tribunal considera que se ajusta a las exigencias hechas por la CLÁUSULA VIGÉSIMA, por lo cual, MASSY tiene derecho a reconocimiento económico previsto en la CLÁUSULA VIGÉSIMA por valor de \$36.291.297, el cual debe ser adicionado al valor del contrato, pues de conformidad con el último inciso de la CLÁUSULA QUINTA del contrato, *"Transcurridas las dos sesiones de ajuste arriba señaladas no se aceptarán cambios a la suma global fija salvo en los casos expresamente establecidos en el contrato"*, siendo los reconocimientos económicos citados de aquellos expresamente establecidos en el contrato.

iv) El valor del contrato y el incumplimiento de OCENSA

Según lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto por la CLÁUSULA QUINTA del contrato de marras, la Suma Global Fija de este Contrato se define entonces por la sumatoria del valor de la oferta estimada, correspondiente a COP \$33.167.615.406, sin IVA, adicionado el 15% a que se refiere el penúltimo inciso de la CLÁUSULA QUINTA, equivalente a COP\$4.975.142.311, para una cifra final total como valor del Contrato de COP\$38.142.356.717, excluido el monto del Otrosí No. 1.

De conformidad con lo consagrado en la CLÁUSULA SEXTA del mismo, denominada: "Forma de Pago", numeral 6.3., un 10% de la Suma Global Fija se pagaría al final de la ejecución contractual. Este porcentaje, que equivalente a COP\$3.814.275.771, fue definido además como una retención de garantía, de acuerdo con lo consignado en el Acta de Aclaraciones No. 7, del 27 de enero de 2014, en la cual expresamente OCENSA precisó ante las preguntas formuladas al respecto por los interesados en participar en el proceso competitivo para desarrollar del Proyecto Delta 35, que se trataba de: *"(...) una condición de garantía; es importante que se tenga claridad que el pago final especificado busca cubrir el cumplimiento de los términos que están previstos en el párrafo 2, cláusula 6 (del contrato)". (DVD, FOLIO 277 Cd Pbas. No. 2 Exhibición MASSY/pruebas/4.aclaraciones Folio 92).*

Habida cuenta de la función de garantía que cumplió entonces el porcentaje del 10% de la Suma Global Fija del Contrato, durante su ejecución se cancelaría entonces hasta un 90% de esa Suma, y el saldo sería pagadero dentro de los 30 días siguientes a la presentación de la factura, aprobada y respaldada con varios documentos, siendo el primero, el acta de recibo final de obra o trabajos, ejecutados y aprobados por la Interventoría²⁵⁵, todo de conformidad con lo regulado por su cláusula sexta. El monto correspondiente al 90% antes anotado, asciende a COP\$34.328.481.946.

De acuerdo con las pruebas aportadas y controvertidas en el proceso, los pagos efectivamente realizados por OCENSA en ejecución del Contrato materia de este arbitraje, y a favor de MASSY, alcanzaron un monto de COP\$32.381.349.594, cifra en la que resultan coincidentes, tanto el perito financiero, Alonso Castellanos, según consigna en la página 21 de su dictamen, como también el reporte presentado por MASSY como Anexo a su contestación a la demanda de reconvención, cuando al valor total presentado como recaudo efectivo por cuenta del Contrato, que alcanza un monto de COP\$35.626.963.603²⁵⁶, se le resta el valor de las tres actas referidas al Otrosí No. 1, por valor de COP \$3.245.614.008, valor este último que está excluido de este cálculo practicado por el Tribunal, toda vez que el reconocimiento de cualquier saldo por pagar referido a ese Otrosí, hizo parte de las pretensiones afectadas por la caducidad declarada en aparte preliminar de este laudo.

La conclusión del dictamen pericial financiero a que se ha hecho mención en el párrafo anterior, y la prueba documental presentada por MASSY en el mismo sentido, no fueron objetadas ni desvirtuadas por OCENSA en el ejercicio de contradicción probatoria²⁵⁷, y por ende el Tribunal les brinda plena credibilidad como soporte de las cifras debidamente recaudadas por

²⁵⁵ Cláusula sexta del Contrato, numeral 6.3.

²⁵⁶ Folio 401 de los Anexos, contestación a la demanda de reconvención.

²⁵⁷ Audiencia 12.02.19.

MASSY en ejecución del Contrato, con la precisión anotada respecto del valor del Otrosí número 1.

Así las cosas, para la fecha en que se suscribió el Acta de Recibo Final de los Servicios/Obras, 5 de enero de 2015, MASSY era acreedor del 90% del valor del Contrato, pues nada se consignó en esa acta sobre retenciones por pendientes o faltantes, reserva que tampoco se justificaba en tanto se mantenía vigente la retención en garantía del 10%, a la cual se podía imputar cualquier suma de dinero a cargo del Contratista, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo final de la cláusula sexta del pluricitado Contrato.

Ese 90% del valor del Contrato al cual se hizo acreedor MASSY al haber finalizado y entregado las obras, equivalía entonces a un monto COP\$34.328.481.946, que frente al valor efectivamente pagado por OCENSA, excluido el valor del Otrosí No. 1, arroja una diferencia a su favor de COP\$1.947.132.352, crédito cuyo reconocimiento se produjo desde el 31 de diciembre de 2014, fecha de terminación del Contrato, pero que no se encuentra en estado moratorio, toda vez que no se produjo un acto de liquidación contractual que pudiera obrar como requerimiento, ni se había resuelto tampoco la controversia suscitada entra partes con relación a sus derechos derivados de la ejecución y terminación del Contrato, lo cual sólo sucede solo mediante el pronunciamiento formal de este Tribunal.

No huelga reiterar de nuevo en este capítulo que con relación al Otrosí No 1, cuya Suma Global Fija se estableció en COP\$3.542.096.425, IVA incluido, según acta de reunión del 3 de junio de 2015, que obra a folio 158 del Cuaderno de Pruebas No. 2, el Tribunal en aparte pretérito del presente laudo declaró caducadas las pretensiones que buscan el reconocimiento de un saldo por pagar referido a dicho Otrosí, en cuantía de COP \$273.257.142, y por lo tanto, dicho Otrosí en su concepto y alcance ha sido pretermitido del estudio y cálculo adelantado por el Tribunal.

Para recapitular lo expuesto en líneas anteriores, el Tribunal lo expresa en el siguiente esquema numérico:

Valor Estimado de la Oferta	COP\$ 33.167.615.406
15% incertidumbre²⁵⁸ Penúltimo Inciso Cláusula Quinta	COP\$ 4.975.142.311
Suma Global Fija (valor total del Contrato, excluido el Otrosí No. 1)	COP\$ 38.142.757.717
Retención en garantía del 10%	COP\$ 3.814.275.771
90% a favor de Massy a la terminación del Contrato	COP\$ 34.328.481.946
Valor Pagado por OCENSA	COP\$ 32.381.349.594
Saldo por pagar a favor de Massy a 31.12.14.	COP\$ 1.947.132.352

Ahora bien, como quiera que el Contrato ha agotado su etapa de ejecución, al haber sido suscrita el Acta de Recibo Final de Servicios/obras el 5 de enero de 2015, sin que los pendientes hubieren suspendido sus efectos, procede entonces y conforme a lo dispuesto en el aparte 6.3 de la CLÁUSULA SEXTA del mismo Contrato, el reconocimiento a favor de MASSY, del pago final del 10%, equivalente en la práctica a la restitución de la retención en garantía

²⁵⁸ De acuerdo con las aclaraciones dadas por OCENSA en el proceso competitivo, “El 15% de techo para la estrategia de libro abierto definida para este proceso, es sobre el valor de la oferta estructurada por el Oferente”.

por un monto de COP\$ 3.814.275.771. De este guarismo habrá de deducirse el valor de las obras no ejecutadas, de acuerdo con lo decidido por el Tribunal sobre esta temática, en monto de COP\$ 1.175.471.333, deducción autorizada en virtud de lo dispuesto por la misma cláusula sexta, para una suma final de restitución por este concepto de COP\$2.638.804.438.

En suma, como OCENSA debe reconocer a favor de MASSY el saldo por pagar frente al 90% del valor con Contrato, a que se ha hecho mención precisa anteriormente, el Tribunal debe agregar a dicho reconocimiento con miras a su declaratoria como elemento de la condena en la parte resolutive del presente Laudo, el valor de los Alcances Sobrevivientes, por un monto de COP\$ 1.720.297.546, que fueron reconocidos a favor de MASSY, en otros apartes del presente laudo, junto con el valor de la Solicitud de Reconocimiento Económico (otros) por COP\$ 36.291.297, también reconocidos por el Tribunal, como crédito a favor de MASSY.

Para definir entonces la condena a favor de MASSY, y a cargo de OCENSA, habrá de realizarse la sumatoria de los siguientes conceptos, y deducir – de la retención en garantía - el valor de las obras no ejecutadas en función de lo expuesto en antecedencia, todo como sigue:

Saldo por pagar a favor de Massy a 31 de diciembre de 2014	COP\$ 1.947.132.352 (sujeto a actualización)
Alcances Sobrevinientes	COP\$ 1.720.297.546
Otros (Informe Solicitud de Reconocimiento Económico)	COP\$ 36.291.297
Retención en garantía del 10%	COP\$ 3.814.275.771
TOTAL:	COP\$ 7.517.996.966
Menos Valor de las obras no ejecutadas	COP\$ 1.175.471.333
TOTAL A CARGO DE OCENSA	COP\$ 6.342.525.633

En punto a propender como deber de todo juzgador por la conservación de capacidad adquisitiva de la moneda circulante, con fundamento en los principios de equidad, justicia e indemnización plena²⁵⁹, y mantener actualizada la obligación impagada o insoluta, el Tribunal decretará la corrección monetaria del Saldo a Pagar por parte de OCENSA respecto del 90% del Valor del Contrato, desde la fecha de terminación del mismo, 31 de diciembre de 2014, momento en que surgió la acreencia, hasta la fecha del presente laudo. En razón de lo anterior, la cuantía de COP\$1.947.132.352, será actualizada a valor presente utilizando como parámetro de ajuste el índice de precios al consumidor, y cuyo resultado arroja una cifra de COP \$ 2.432.557.854, de acuerdo con el siguiente cálculo financiero:

Valor histórico x (Índice Final / Índice inicial) = Valor presente

$$\$1.947.132.352 \times (103,03 / 82,47) = \$ 2.432.557.854$$

Valor de la actualización:

$$\$2.432.557.854 - \$1.947.132.351 = \$ 485.425.502$$

El **TOTAL A CARGO DE OCENSA** con la actualización calculada anteriormente, es **COP\$ 6.827.951.135** de acuerdo con lo siguiente:

$$\text{COP\$ } 6.342.525.633 + \text{COP\$ } 485.425.502 = \text{COP\$ } 6.827.951.135$$

De otro lado, el Tribunal reconoce que como quiera que las partes no lograron conjugar sus esfuerzos para alcanzar dentro del término de los cuatro meses siguientes al vencimiento del plazo de ejecución del Contrato, la liquidación del mismo, según lo había prevenido su CLÁUSULA CUARTA, indudablemente se suscitó entre ellas una incertidumbre sobre el resultado económico final de su relación comercial, que mutó luego a controversia, y

²⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera Consejera Ponente: Maria Elizabeth Garcia Gonzalez Bogotá, D.C., treinta (30) de mayo de dos mil trece (2013) radicación número: 25000-23-24-000-2006-00986-01.

que solamente ha venido a ser disipada y decidida mediante el presente laudo, de manera que la naturaleza del mismo deviene en constitutiva, y como tal no puede entonces generar efecto declarativo en cuanto a condena se refiere, pues sólo hasta ahora se determina, ello en consonancia con la doctrina recogida por la Sala Civil del Corte Suprema de Justicia en sentencia de 14 de diciembre de 2011²⁶⁰.

Por lo antes expuesto, el Tribunal no reconocerá intereses moratorios sino a partir de la fecha de ejecutoria del laudo, y en los términos prevenidos en el artículo 195 del CPACA.

En consideración a lo anterior, se negará la pretensión sexta principal y prospera la pretensión séptima principal, en los términos antes señalados.

En cuanto la pretensión séptima principal prospera en los términos señalados, no es necesario pronunciarse sobre la “primera subsidiaria a la séptima principal”.

4.1.8. Pretensión Octava Principal

Se formuló así:

“OCTAVA PRINCIPAL (nueva).- Que se condene a OCENSA a indemnizar a MASSY ENERGY, de manera integral y plena, los perjuicios derivados de su incumplimiento respecto de la obligación de pagar el precio del Contrato al que hacen referencia las pretensiones anteriores”.

²⁶⁰ En otras palabras, el fallo emitido es de naturaleza constitutiva, que como tal carece de efectos retroactivos, pues todo se reducía simple y llanamente, en coherencia con la doctrina, a la “supresión de una incertidumbre”(12), y no de índole declarativa de condena, caso en el cual, por regla de principio, se predicen esas consecuencias, como ocurre, en sentir de la Corte, cuando el “derecho preexiste limitándose la decisión a reconocer el estado de cosas preexistente y no a constituirlo”(13).

Dado que, tratándose de obligaciones dinerarias, está establecido que los perjuicios derivados de su incumplimiento se reconocen a través de intereses moratorios (artículo 1617 del C.C.), sobre esto se pronunciará el Tribunal al resolver las pretensiones formuladas por MASSY a ese respecto.

En consecuencia, se niega esta pretensión.

4.1.9. Pretensiones Novena y Décima Principales.

Se formularon así:

"NOVENA PRINCIPAL (nueva).- *Que se declare que por causas ajenas a **MASSY ENERGY** se rompió el equilibrio económico del Contrato EPC No. 3801903.*

DÉCIMA PRINCIPAL (nueva).- *Que se disponga el restablecimiento del equilibrio económico del Contrato EPC No. 3801903 mediante el reconocimiento y pago, a favor de **MASSY ENERGY** y a cargo de **OLEODUCTO CENTRAL S.A.-OCENSA-**, de todas las sumas de dinero a que tiene derecho aquella por razón de la ejecución de sus obligaciones contractuales".*

De acuerdo con el análisis sobre caducidad en relación con ciertas pretensiones de MASSY, estas pretensiones están afectadas por el fenómeno en cuestión, en tanto se refieren al supuesto rompimiento del equilibrio económico del contrato regulado por la Ley 80 de 1993, tema que constituye un objeto del proceso no planteado en la demanda inicial.

Con ocasión de las excepciones propuestas por MASSY a las pretensiones de la demanda de reconvención, el Tribunal estudió las alegaciones de MASSY en cuanto al presunto rompimiento del equilibrio económico del contrato y concluyó que en el presente caso no se dan los presupuestos para

su aplicación, razón que redundo, junto a la caducidad, para denegar las pretensiones.

En consecuencia, las pretensiones serán negadas.

4.1.10. Pretensión Décima Primera Principal

Se formuló así:

"DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL (nueva).- Que se condene a **OCENSA** a pagar a **MASSY ENERGY** la suma adeudada por el valor de las obras acordadas y efectivamente ejecutadas, sumados el valor de los alcances sobrevinientes y los reconocimientos económicos a su favor, de acuerdo con el contrato No. 3801903, y/o por concepto del restablecimiento del equilibrio económico correspondiente, como mínimo, a DOCE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CIENTO VEINTINUEVE PESOS M/L (\$12.985.982.129) o la cuantía que resulte demostrada en el proceso".

La pretensión prospera hasta el monto que fue demostrado en este proceso, y de cuya cuantificación se ocupó el Tribunal en capítulo anterior, a la cual se restarán las sumas que habrán de compensarse, conforme a lo establecido en otros acápite del presten laudo.

En lo relacionado con el restablecimiento del equilibrio económico, el Tribunal se remite a lo expresado en el capítulo referente a la caducidad de la acción frente a ciertas pretensiones.

4.1.11. Pretensión Décima Segunda Principal

Se formuló así:

"DÉCIMA SEGUNDA PRINCIPAL (nueva).- Que se condene a **OCENSA** a pagar a **MASSY ENERGY** el valor de los intereses moratorios que se causen sobre la suma de DOCE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CIENTO VEINTINUEVE PESOS M/L (\$12.985.982.129) o sobre el monto que sea decretado por el Tribunal, a la tasa máxima permitida por la ley, desde la notificación del auto admisorio de la demanda y hasta la fecha de expedición del laudo arbitral".

En razón a las consideraciones hechas en otros apartes del presente laudo, solo se reconocerán los intereses que se causen a partir del laudo de conformidad con lo establecido en el artículo 195 del C.P.A.C.A., sobre la suma establecida en este laudo a cargo de OCENSA.

En consecuencia, la pretensión se negará.

4.1.12. Pretensiones Décima Tercera, Décima Cuarta y Décima Quinta Principales, y subsidiarias de la Décima Quinta (primera y segunda subsidiarias).

Se formularon así:

"DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL (nueva).- Que se declare que **OCENSA** incumplió el Otrosí N° 1 al Contrato No. 3801903, cuyo objeto era la "Ingeniería, Compras, Construcción, Precomisionamiento, Comisionamiento y Puesta en Marcha de las Modificaciones a los Sistemas de Bombeo y Sistemas Complementarios del Proyecto de Ampliación de Capacidad: Delta 35", por razón de no haber pagado la suma de DOCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS (\$273,257,142°), o la que se demuestre en el proceso, que adeuda con cargo al mismo, como consecuencia de no haber permitido a **MASSY ENERGY** facturar dicho valor.

DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL (nueva).- Que se condene a **OCENSA** a pagar a **MASSY ENERGY** el saldo insoluto del Otrosí N° 1, esto es la suma de **DOCIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO CUARENTA Y DOS PESOS (\$273,257,142°°)**, o la que se demuestre en el proceso.

DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- Que se condene a **OCENSA** a pagar a **MASSY ENERGY** los correspondientes intereses de mora sobre el valor insoluto que sea declarado por el Tribunal respecto del Otrosí No. 1, a la tasa máxima permitida por la ley, desde la oportunidad en que LA CONVOCANTE estuvo en posibilidad de presentar la factura respectiva.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- Que se condene a **OCENSA** a pagar a **MASSY ENERGY** los correspondientes intereses de mora sobre el valor insoluto que sea declarado por el Tribunal respecto del Otrosí No. 1, a la tasa máxima permitida por la ley, desde la notificación del auto admisorio de la reforma de la demanda y hasta la fecha de expedición del laudo arbitral.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL (nueva).- Que se condene a **OCENSA** a pagar a **MASSY ENERGY** los correspondientes intereses moratorios sobre el valor insoluto que sea declarado por el Tribunal respecto del Otrosí No. 1, a la tasa máxima permitida por la ley”.

De acuerdo con el análisis sobre caducidad en relación con ciertas pretensiones de MASSY, estas pretensiones están afectadas por el fenómeno en cuestión, en tanto se refieren a pagos pendientes derivados del Otrosí No. 1, que no fueron objeto de pretensión en la demanda inicial, como quiera que MASSY expresó en la pretensión segunda de dicha demanda que el valor pretendido del contrato “No incluye Otrosí No. 1”, lo

mismo que la tercera de las primeras pretensiones subsidiarias y en el juramento estimatorio.

En consecuencia, las pretensiones serán negadas.

4.1.13. Pretensiones Décima Sexta Principal y subsidiaria

Se formularon así:

"DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL (Se reproduce de la demanda inicial).- *Que se condene a **OCENSA** a pagar los intereses moratorios que se causen en relación con las condenas impuestas a su cargo en el Laudo que ponga fin al presente proceso a la máxima tasa legalmente permitida, desde la fecha de su ejecutoria y hasta su pago efectivo.*

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL (nueva).- *Que se ordene a **OCENSA** dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin al proceso de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437)".*

En consideración a que, por tratarse de una condena en contra de una entidad pública en una controversia que, de no mediar pacto arbitral, hubiera sido resuelta en la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la tasa de interés de mora aplicable es la establecida en el artículo 195 del C.P.A.C.A.

En consecuencia, se niega la pretensión décima sexta principal y se concederá la pretensión primera subsidiaria de la décima sexta principal.

4.1.14. Pretensión Décima Séptima Principal

Se formuló así:

"DÉCIMA SÉPTIMA (Se reproduce de la demanda inicial).- Que se condene a **OCENSA** a pagar a favor de **MASSY ENERGY** las costas del proceso arbitral, incluyendo agencias en derecho".

El Tribunal se pronunciará sobre costas del proceso en un capítulo especial del laudo.

4.2. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR OCENSA CONTRA LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA PRINCIPAL

4.2.1. MASSY VIOLÓ EL PRINCIPIO SEGÚN EL CUAL "CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES" (A)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción:

La pretensión de MASSY que persigue el pago de sumas a las que no tiene derecho viola el artículo 1602 del Código Civil, según el cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

MASSY ha desconocido el pliego de condiciones en cuanto en el mismo se expresó que el valor por conceto de ingeniería propuesto en la oferta debía contemplar todos los costos del oferente necesarios para cerrar las posibles brechas de la ingeniería entregada por OCENSA y para desarrollar la ingeniería de detalle. Se determinó que habría dos sesiones de ajustes del valor estimado de la oferta, que los ítems nuevos no corresponderían a actividades o costos que debían haber sido previstos e incluidos por el contratista en su propuesta y que la Suma Global Fija no podría superar en el 15% el valor total estimado de la oferta.

MASSY desconoció las Especificaciones Técnicas en virtud de las cuales se obligó a revisar, validar y complementar la ingeniería básica y de detalle entregadas por OCENSA y a realizar todas las actividades para cerrar cualquier brecha. MASSY *"busca convencer al Honorable Tribunal de que la causa por la que se presentó una diferencia entre el valor de la propuesta y el valor supuestamente ejecutado, fue el hecho de que Ocensa tenía un papel activo en el desarrollo de la ingeniería"*, cuando la realidad es que MASSY era la única responsable de la ingeniería.

Para OCENSA, la causa de la diferencia entre las cantidades estimadas en la propuesta y las requeridas en el proyecto fue que MASSY realizó una valoración insuficiente de la información entregada inicialmente y determinó precios que no cubrían los riesgos que contractualmente estaba invitado a asumir.

MASSY desconoce el contrato en lo concerniente al deber de verificar la ingeniería entregada por OCENSA, en cuanto a que cualquier modificación debía formalizarse mediante un otrosí, en cuanto al límite del 15% de valores adicionales establecido en la cláusula quinta, y en cuanto a que los pagos parciales no son aceptación de modificación del contrato o de la calidad y recibo de las obras.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal determinó, con base en las consideraciones expuestas en los apartes pertinentes del laudo, que la propuesta de MASSY estuvo ajustada a los criterios de evaluación técnicos y económicos del proceso competitivo, que su precio no fue artificialmente bajo y que en la propuesta no se podían incluir ítems o actividades distintos a los previstos en el Cuadro de Ofrecimiento Económico.

Las razones expuestas por el Tribunal en el laudo condujeron a determinar que MASSY tiene derecho al pago de valores superiores a la Suma Global

Estimada en la propuesta del contratista y que OCENSA no demostró que los ítems y actividades denominados “nuevos” debían haber sido previstos e incluidos en la propuesta de MASSY.

No se acreditó, tampoco, que MASSY hubiera desconocido las Especificaciones Técnicas como lo alegó OCENSA, y el hecho de que MASSY fuera responsable por el resultado final de la ingeniería no implica pérdida del derecho al ajuste pactado del valor estimado de la oferta y al pago de “alcances sobrevinientes” y otros reconocimientos económicos.

Las demás argumentaciones en las que se basa la excepción relativas a la no modificación del contrato y al límite del 15% no enervan los reconocimientos económicos a favor de MASSY hechos en este mismo laudo.

En consecuencia, la excepción será desestimada.

4.2.2. OCENSA CUMPLIÓ CON TODAS Y CADA UNA DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES (B)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción:

OCENSA actuó con rectitud y transparencia tanto en la etapa precontractual como en la contractual. Para acreditar esta afirmación trajo a colación el hecho de que, en las rondas de preguntas y respuestas al Pliego de Condiciones, dejó plena claridad a todos los Oferentes en cuanto a que bajo ningún escenario se iba a desconocer o ampliar el límite del 15% consagrado en la CLÁUSULA QUINTA del Contrato y que, por consiguiente, estos debían incluir en su oferta económica el valor que desde su calidad de expertos considerasen como el necesario para cubrir los conceptos de Compras y Construcción.

OCENSA cumplió con todas y cada una de sus obligaciones contractuales. Especialmente puso de presente que pagó a MASSY todos los valores a los

que esta sociedad tenía derecho de acuerdo con el Contrato, colaboró con la consecución de maquinaria, le concedió términos adicionales para el cumplimiento de sus obligaciones y, *"aunque hubiera podido imponer multas, no las impuso, pues su interés no era sancionar al contratista sino recibir las obras que había contratado"*.

b) Consideraciones del Tribunal

De acuerdo con las consideraciones expuestas, el ajuste para establecer la Suma Global Fija se hacía partiendo del valor total de la oferta.

El análisis hecho por el Tribunal llevó a determinar el incumplimiento de obligaciones de pago por parte de OCENSA, que contradicen el enunciado de esta excepción según el cual la Convocada habría cumplido todas y cada una de sus obligaciones contractuales.

En consecuencia, se desestimará la excepción.

4.2.3. LA ESTIPULACIÓN DEL 15% CONTENIDA EN LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO OBEDECE A UNA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS RESULTANTE DE LA SANA PLANEACIÓN DEL CONTRATO (C)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción:

La inclusión del límite del 15% consagrado en la CLÁUSULA QUINTA del Contrato obedeció a un análisis de distribución de riesgos efectuado por OCENSA, en cumplimiento del principio de planeación y de acuerdo con las mejores prácticas de la industria en la ejecución de este tipo de proyectos.

Frente al referido porcentaje, OCENSA indicó que en la planeación de este tipo de proyectos se utilizan modelos de maduración que permiten a las compañías contratantes identificar y manejar las incertidumbres propias en este tipo de proyectos, y distribuir los riesgos que las mismas generan, lo

cual a su vez incentiva que los contratistas sean eficientes y transparentes en la formulación de sus propuestas.

En el caso concreto, Ocesa utilizó la metodología de gestión de proyecto de inversión denominada "FEL- Front End Loading", basada en el concepto de "*portones de aprobación*" y las prácticas de "The Association for the Advancement of Cost Engineering -ACE".

Teniendo en cuenta que, al momento de iniciar el Proceso Competitivo, OCENSA contaba con toda la ingeniería básica y estaba desarrollando parte de la ingeniería de detalle, el grado esperado de precisión de conformidad con el modelo y las prácticas anteriormente señaladas, oscilaba entre el +15% y el -10%. Así las cosas, procedió a incluir dicho grado de incertidumbre en el Pliego de Condiciones y en la CLÁUSULA QUINTA del Contrato.

Con sustento en lo expuesto hasta aquí, OCENSA reiteró que la inclusión de la disposición anteriormente citada obedece única y exclusivamente a un examen de razonabilidad, basado en parámetros técnicos y objetivos de la industria que tenía que implementar, en el marco de la planeación del Contrato, y no a una imposición abusiva y caprichosa de OCENSA.

A continuación, OCENSA manifestó que el manejo de la incertidumbre de los costos de un proyecto es fundamental en la planeación y en la administración de recursos públicos, razón por la cual no asumió el 15% de incertidumbre que, de acuerdo con los estándares de contratación, normalmente se presentan en un proyecto en el punto en el que se encontraba el Proyecto Delta 35, dada la información reunida hasta el momento.

En opinión de OCENSA, MASSY sabía que dicho porcentaje era razonable y por ello presentó su Oferta. Si la Oferta de MASSY hubiera sido comprensiva de todos los aspectos y riesgos que debió tener en cuenta, no tendría ahora la reclamación que actualmente presenta.

Finalmente, OCENSA concluye esta excepción afirmando que *"la totalidad de las pretensiones de la Demandante deben ser desestimadas"*, pues la disposición en mención es completamente válida a la luz del ordenamiento jurídico, y da cuenta del juicio y de la responsabilidad de OCENSA a la hora de formular los términos y condiciones del Contrato.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal expuso en otros apartes de las consideraciones del presente laudo, las razones por las cuales el límite de ajuste del 15% es aplicable, razones que no coinciden del todo con lo argumentado por OCENSA en esta excepción.

No es admisible, como lo afirma OCENSA en esta excepción, que por los argumentos propuestos en ella *"la totalidad de las pretensiones de la Demandante deben ser desestimadas"*, por las razones que han sido ampliamente estudiadas en este laudo.

En consecuencia, se desestimaré la excepción.

4.2.4. MASSY OMITIÓ DAR APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN (D)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción:

OCENSA afirmó que en la reforma a la demanda arbitral se evidencia que para la formulación de la Oferta MASSY omitió aplicar el principio de planeación, según el cual cualquier Oferente, en su calidad de experto en la materia a ofertar, debe analizar exhaustivamente los documentos y condiciones previstos para el Proceso Competitivo respectivo, y para la ejecución del futuro Contrato, y a su vez, plantear cualquier deficiencia que pudiere contener la información suministrada por la entidad contratante.

Para sustentar lo anterior, OCENSA hizo referencia a jurisprudencia del Consejo de Estado y decisiones arbitrales en las que se ha reconocido que el principio de planeación no solo constituye una exigencia para la entidad contratante, sino también un deber a cargo de los contratistas, de suerte que corresponde a estos últimos *"ponerle de presente a la entidad contratante las deficiencias de planificación que adviertan, para que sean subsanadas, así como establecer las eventuales inconsistencias que pudiere contener la información suministrada por el contratante, circunstancia que debe poner de presente, incluso al punto de abstenerse de proponer"*.

MASSY omitió dar aplicación al principio de planeación, pues de haber analizado de manera exhaustiva la información que le entregó OCENSA, así como las condiciones previstas para la ejecución del Contrato, de ninguna manera estaría hoy reclamando, frente a este Tribunal, sumas de dinero a las que de ninguna manera tiene derecho. Y mucho menos se estaría sustrayendo de sus obligaciones contractuales, buscando atribuirle a OCENSA responsabilidades que, a la luz del Contrato, no le corresponden a mi representada.

MASSY le atribuye a OCENSA responsabilidades que, a la luz del Pliego de Condiciones, de las Especificaciones Técnicas y del Contrato, se encuentran exclusivamente en cabeza de la Demandante, entre ellas haber incluido en el valor de su Oferta todos los ítems que, de conformidad con la ingeniería entregada por OcenSA, debían ser previstos por MASSY, siendo esta sociedad una experta en el mercado de prestación de servicios de infraestructura petrolera. Mucho más, cuando de acuerdo con los términos y condiciones del Contrato y de los demás documentos que lo integran, era absolutamente claro para los Oferentes que los ítems previsibles que no fueran tenidos en cuenta por los Oferentes, de ninguna manera estarían sujetos a un reconocimiento económico por parte de mi representada.

MASSY afirma en los hechos de la reforma de la demanda que las condiciones del Contrato le fueron impuestas por mi representada, y que el

"reducido tiempo con que contaban los interesados y potenciales oferentes para revisar toda la ingeniería básica que se reciba y la entrega parcial de la misma, (..) les imposibilitaba contemplar un presupuesto que cubriera todos los costos directos e indirectos, estudios y demás documentos y actividades necesarias para cerrar las posibles brechas de la ingeniería entregada por la misma OCENSA". Si realmente esa era la apreciación de MASSY, su deber, dando aplicación al principio de planeación, no era otro que abstenerse de contratar.

Sin embargo, MASSY decidió presentar su Oferta que finalmente fue la que obtuvo la mayor calificación, entre otras cosas, porque resultaba ser la de menor precio, y luego de finalizado el Contrato, en aras de premiar su negligencia y su falta de planeación, pretende que el Honorable Tribunal reconozca una supuesta modificación del Contrato su favor.

MASSY pretende que ciertos parámetros establecidos en la CLÁUSULA QUINTA del contrato dejen de producir efectos en lo que le resultan inconvenientes.

Teniendo en cuenta lo anterior, OCENSA solicita que *"la totalidad de las pretensiones de Massy sean desestimadas"*, pues su reconocimiento premiaría la falta de planeación de la Demandante al momento de formular su Oferta, o, peor aún, la falta de responsabilidad con la que actuó MASSY al presentar una oferta cuyo precio que sabía que no cumplía con las condiciones necesarias para la correcta ejecución del Contrato.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal analizó ya, a espacio, lo relacionado con la propuesta de MASSY y el deber de planeación que le corresponde al contratista, para lo cual es suficiente remitirse a lo expresado anteriormente a este propósito, destacando que el hecho de haber sido entregada la obra dentro del plazo contractualmente acordado en un alto porcentaje, pone de presente que la planeación de la obra se surtió de manera efectiva, evidencia de lo cual es

el haber permitido precisamente su culminación dentro de la oportunidad contractualmente prevenida en porcentaje de 96.48%.

No es admisible, como lo pide OCENSA en esta excepción, que "*la totalidad de las pretensiones de Massy sean desestimadas*", por las razones que han sido ampliamente estudiadas en este laudo.

La excepción será desestimada.

4.2.5. MALA FE PRECONTRACTUAL DE MASSY POR PRESENTAR UNA OFERTA QUE SABÍA QUE NO PODRÍA CUMPLIR (E)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción:

Tal y como lo pone en evidencia MASSY en los hechos de su Reforma, si desde que OCENSA la invitó a ofertar esta sociedad consideró que las condiciones para formular su Oferta no eran idóneas, y que el tiempo otorgado por mi representada para verificar la información que le fue suministrada no era suficiente, se debió abstener de presentar su Oferta. Al no haberse abstenido de participar y, por el contrario, haber presentado una oferta que obtuvo la mayor calificación dentro del Proceso Competitivo, esta sociedad actuó en abierto desconocimiento de la buena fe precontractual.

Así pues, los hechos y pretensiones de la Reforma permiten afirmar que al presentar la Oferta MASSY consideraba: (i) que no tendría el tiempo suficiente para presentar una Oferta que reflejara el valor real en el que incurriría para la ejecución del Contrato; (ii) que las condiciones entregadas por OCENSA para contratar le generaban un desequilibrio; (iii) que de acuerdo con los documentos entregados por OCENSA no podía presentar una Oferta "*completa*", y (iv) como consecuencia de lo anterior, que el valor que había calculado en su Oferta, de ninguna manera correspondía con lo que en realidad terminaría ejecutando. Si ello era así, en cumplimiento de los principios de planeación y de buena fe, esta sociedad debió abstenerse

de presentar su Oferta. MASSY no lo hizo y si presentó la Oferta ello fue porque siempre pensó que podría exigir pagos adicionales en la etapa de liquidación del Contrato.

MASSY no solo se presentó como Oferente, sino que además ejecutó el Contrato, sin que durante la ejecución del mismo presentara ninguna objeción al contenido de dicho instrumento. Ahora pretende acusar a mi representada, ante este Honorable Tribunal, de no haberle reconocido unos valores a los que la Demandante no tiene derecho, y su narración de los hechos lo único que evidencia es que MASSY no tenía los elementos para presentar una Oferta seria, pero aun así decidió ofertar y ejecutar el Contrato.

Por lo anterior, pide que el Tribunal "*desestime todas y cada una de las pretensiones de la Reforma*", pues su reconocimiento implicaría premiar la mala fe con la que Massy actuó desde antes de presentar su Oferta.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal ya se ocupó de lo relacionado con la alegada mala fe MASSY, descartando las alegaciones de OCENSA a este respecto por las razones expuestas en los apartes pertinentes de este laudo. Lo mismo se predica de la alegada falta al deber de planeación.

En consecuencia, y por las razones enunciadas al resolver las pretensiones de MASSY en cuanto al incumplimiento de OCENSA en los pagos a su cargo, no es procedente que el Tribunal "*desestime todas y cada una de las pretensiones de la Reforma*".

La excepción será desestimada.

4.2.6. MALA FE DE MASSY A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO (F)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción:

OCENSA reitera lo expuesto en otras piezas del proceso a las cuales ya hizo referencia el Tribunal, en cuanto a la supuesta mala fe de MASSY al presentar una reclamación al finalizar el contrato y, luego, haber iniciado el presente proceso arbitral.

Por lo anterior, afirma OCENSA, *"el Despacho deberá desechar todas y cada una de las pretensiones de la Reforma"*.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal también se ocupó ya de pronunciarse sobre la pretendida mala fe de MASSY a la que alude OCENSA en esta excepción, descartando las apreciaciones de la Convocada al respecto.

Por ello y por las demás consideraciones expuestas al pronunciarse sobre el incumplimiento de OCENSA en los pagos debidos a MASSY, no es procedente *"desechar todas y cada una de las pretensiones de la Reforma"*.

En consecuencia, la excepción es infundada.

4.2.7. MEDIANTE SU REFORMA, MASSY SE ENCUENTRA CONTRADIENDO SUS PROPIOS ACTOS (G)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción:

El desconocimiento del contrato por parte de MASSY es una violación al principio de los actos propios. *"Específicamente, la Demandante contradijo los claros pactos contenidos en el Contrato que indican que mi representada no reconocería a Massy ningún valor distinto al pactado en la Cláusula*

Quinta del Contrato, y que cualquier modificación de dicho instrumento debía surtirse mediante un otrosí”.

MASSY, desde que presentó su oferta y durante la ejecución del contrato, no hizo manifestación en relación con el 15% pactado en la CLÁUSULA QUINTA, afirmó haber estudiado los pliegos y la información técnica del proceso competitivo y únicamente formuló tres solicitudes de excepción a los términos, no relacionadas con el valor del contrato.

MASSY no tuvo reparo en “aceptar que no se le iban a reconocer el pago de obras que debía haber sido previstas por el contratista de la revisión de la ingeniería básica y que resultarían necesarias en la ingeniería de detalle, ni que existía un límite máximo de 15% de reconocimiento respecto de la Suma Global Fija Estimada”.

El 27 de abril de 2015, MASSY solicitó a OCENSA reconocer \$46.034.298.846, el 22 de septiembre presentó reclamación formal por \$9.563.616.573 y, finalmente, presentó la demanda arbitral.

Las conductas de MASSY contradicen sus propios actos, *“pues pretende que se le reconozca un derecho diametralmente opuesto al que se le debe reconocer en los términos del Contrato”.* Según OCENSA, *“mediante la Reforma, Massy pone en evidencia que su intención es desconocer en forma flagrante el contenido de las Cláusulas Quinta y Segunda del Contrato, a efectos de premiar la falta de diligencia y de planeación con la que Massy formuló su Oferta”.*

Por lo anterior, *“los hechos que soportan la Reforma demuestran una notoria contradicción de los actos propios de Massy, que no solo atenta contra su deber de buena fe, sino que implica la falta de sustento de sus pretensiones”.*

b) Consideraciones del Tribunal

Aunque el Tribunal reconoce la validez del límite de ajuste del 15% pactado en el Contrato, las razones que conducen a ello no coinciden con lo alegado por OCENSA en esta excepción, ni se traducen en falta de sustento de las pretensiones de MASSY que concede el Tribunal, de conformidad con las consideraciones expuestas en este laudo.

En consecuencia, la excepción es infundada.

4.2.8. LA ESTIPULACIÓN DEL PENÚLTIMO INCISO DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO NO ES ABUSIVA (H)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción:

La estipulación relativa al 15% de reajuste pues, además de tener soporte técnico y razonable, estuvo sujeta al mecanismo de negociación pactado en el marco del proceso competitivo.

Según OCENSA, *"el 15% consagrado en dicha cláusula, obedece única y exclusivamente a una distribución de riesgos producto de la sana planeación del Proyecto por parte de Ocesa. Una cláusula que distribuye el riesgo de ejecutar un contrato de ninguna manera genera un desequilibrio económico, ni mucho menos se constituye como una carga injustificada para Massy".* El ajuste se estableció *"teniendo en cuenta un modelo de maduración de proyectos utilizado por Ocesa para el Proyecto Delta 35, resultante de los lineamientos de la AACE International"*.

OCENSA de ninguna manera debe asumir más del 15% de incertidumbre que, de acuerdo con los estándares de contratación, normalmente se presentan en un proyecto en el punto en el que se encontraba el Proyecto Delta 35.

MASSY no excepcionó en su propuesta, ni discutió, el límite del 15% ni el valor del contrato, habiendo tenido oportunidad para hacerlo.

Así pues, dice OCENSA, *"el Honorable Tribunal deberá desestimar las pretensiones de Massy encaminadas a que se declare que la estipulación que limita el valor de los reajustes del Contrato es abusiva y deberá rechazar solicitud de declarar que el acuerdo de dicha cláusula atenta contra la buena fe y el equilibrio contractual"*.

b) Consideraciones del Tribunal

La excepción objeto de estudio, como afirma OCENSA, se dirige únicamente a que se desestimen *"las pretensiones de Massy encaminadas a que se declare que la estipulación que limita el valor de los reajustes del Contrato es abusiva"* y la *"solicitud de declarar que el acuerdo de dicha cláusula atenta contra la buena fe y el equilibrio contractual"*, pretensiones que, en efecto, negará el Tribunal.

Los argumentos expuestos por OCENSA al fundamentar la excepción son atendibles en cuanto a enervar las mencionadas pretensiones, por lo cual, la excepción prospera.

4.2.9. LA ESTIPULACIÓN DEL PENÚLTIMO INCISO DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO TIENE PLENOS EFECTOS (I)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción:

El Tribunal deberá desestimar la pretensión según la cual *"Massy pretende que se declare que la estipulación relativa al 15% del reajuste del valor de la Oferta, a la cual denomina como 'limitativa de responsabilidad', es inaplicable, nula, ineficaz o, en general, carece de efectos"*.

La estipulación en mención no solamente se encuentra ajustada a derecho, sino que su inclusión obedece única y exclusivamente a un examen de razonabilidad, basado en parámetros técnicos y objetivos de la industria, que OCENSA tenía que implementar.

MASSY no sustentó la aplicación de las instituciones jurídicas anteriormente mencionadas, sino que se limita a "*listarlas*".

OCENSA alega que "*resulta curioso*" que MASSY formule pretensiones tendientes a dejar sin efecto el penúltimo inciso de la CLÁUSULA QUINTA del Contrato, y también haya formulado pretensiones tendientes a reconocerle efectos a la citada cláusula por vía de su *interpretación*.

b) Consideraciones del Tribunal

La excepción estudiada se dirige a enervar las pretensiones de MASSY en cuanto a que la CLÁUSULA QUINTA del Contrato "*es inaplicable, nula, ineficaz o, en general, carece de efectos*".

El Tribunal negará las pretensiones de MASSY dirigidas a que se declare la nulidad del penúltimo inciso de la CLÁUSULA QUINTA del contrato en cuanto limita el valor de los reajustes del precio al 15% del valor total estimado de la oferta; a que las Partes la dejaron sin efectos; a que se disponga su no aplicación; y a que se declare ineficaz.

Los argumentos expuestos por OCENSA al fundamentar la excepción son atendibles en cuanto a enervar las mencionadas pretensiones, por lo cual, la excepción prospera.

4.2.10. OCENSA NO INCURRIÓ EN ABUSO DEL DERECHO (J)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

Según OCENSA, los elementos que configuran el abuso del derecho son: a) El ejercicio de un derecho subjetivo mediante una conducta permitida por el ordenamiento jurídico; b) Que ese ejercicio se haga con fines contrarios a los de la norma; c) Que se cause un perjuicio a un tercero.

MASSY no demostró que los anteriores elementos se hubieran configurado, y *"Por este motivo la pretensión de Massy encaminada a que se declare que mi representada incurrió en abuso del derecho, debe ser desestimada por el Honorable Tribunal"*.

b) Consideraciones del Tribunal

La presente excepción se dirige a enervar únicamente la pretensión de MASSY según la cual OCENSA habría incurrido en abuso del derecho, pretensión negada por el Tribunal.

Los argumentos expuestos por OCENSA al fundamentar la excepción son atendibles en cuanto a enervar la mencionada pretensión, por lo cual, la excepción prospera.

4.2.11. NO SE CUMPLEN LOS PRESUPUESTOS DE LA POSICIÓN DOMINANTE RESPECTO DE OCENSA (K)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

Esta excepción se encamina a enervar la pretensión de MASSY según la cual OCENSA incurrió en abuso de su posición dominante en la celebración y ejecución del Contrato.

OCENSA afirma no tener posición de dominio en el Contrato, cuyos términos y condiciones fueron el resultado de un proceso de negociación en el cual MASSY tuvo la oportunidad de pronunciarse y la libertad de abstenerse de negociar.

b) Consideraciones del Tribunal

En las consideraciones precedentes del laudo se expuso con detenimiento que OCENSA no tenía posición de dominio o poder de negociación superior a MASSY en la celebración y ejecución del contrato, y que sus cláusulas fueron objeto de solicitudes de aclaración, de negociación y cambios durante el proceso competitivo ante solicitudes de los oferentes, además de la discusión de excepciones a los términos propuestas por MASSY.

Los argumentos expuestos por OCENSA al fundamentar la excepción son atendibles en cuanto a enervar la mencionada pretensión, por lo cual, la excepción prospera.

4.2.12. NOTORIA AUSENCIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA ALEGADO POR MASSY (L)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

No se cumplen los presupuestos del enriquecimiento sin causa que son: aumento de un patrimonio, empobrecimiento correlativo de otro y ausencia de causa o fundamento jurídico para ello.

OCENSA cuestiona cuál es el enriquecimiento al que se refiere MASSY, si OCENSA se obligó a pagar el valor del Contrato y asumió un 15% sobre la incertidumbre de dicho precio.

No hay empobrecimiento correlativo de MASSY pues, cuando propuso el valor en su oferta, entendía remuneradas las actividades y costos del

desarrollo del Proyecto Delta 35 bajo las condiciones contractuales previstas y con los riesgos que subyacen a este tipo de contrato.

Por último, si existiera empobrecimiento, su causa sería el Contrato, en el cual MASSY asumió el riesgo que excediera el 15% de ajuste del valor de la oferta.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal no encuentra que esta pretensión se dirija a enervar una pretensión en concreto de la reforma de la demanda de MASSY. En la demanda inicialmente presentada por MASSY se formuló como pretensión la configuración de un enriquecimiento sin causa de OCENSA en perjuicio de MASSY. Esta pretensión no fue reproducida en la reforma de la demanda de MASSY.

En consecuencia, la excepción es impertinente y, por ende, se desestimaré.

4.2.13. LA REFORMA DE MASSY ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA DE LOS DEMÁS OFERENTES QUE SE PRESENTARON PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO (M)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

El principio de transparencia en la contratación fue observado por OCENSA y, en virtud del mismo, todos los oferentes tuvieron acceso a la misma información, dentro de la cual era esencial el límite del 15% de ajuste que tuvieron en cuenta todos los proponentes para determinar el precio de su oferta. Si OCENSA no hubiera previsto este límite, las ofertas habrían sido distintas.

MASSY compitió con los demás oferentes que tuvieron en cuenta el límite del 15%, de manera que no puede intentar eliminarlo porque afectaría los derechos de los demás oferentes.

b) Consideraciones del Tribunal

Los argumentos expuestos por OCENSA como fundamento de esta excepción se refieren a presuntos derechos de terceros ajenos a la relación contractual entre OCENSA y MASSY, que no pueden tener relevancia alguna en esta causa, puesto que desatienden el principio de relatividad de los actos y negocios jurídicos.

En adición a lo anterior, la legitimidad para proponer una afectación al principio de transparencia se encuentra radicada en cabeza de terceros -los demás oferentes-, quienes no hicieron parte del presente trámite arbitral.

En consecuencia, la excepción es infundada.

4.2.14. LA REFORMA DE MASSY ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS DEMÁS OFERENTES QUE SE PRESENTARON PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO (N)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

Con argumentación similar a la de la anterior excepción, OCENSA alega que las pretensiones de MASSY atentan contra la igualdad de los demás oferentes. La igualdad se garantiza si las condiciones son las mismas para todos los competidores y se elige de forma objetiva y libre la oferta más ventajosa para la administración.

El Tribunal no puede conceder las pretensiones de MASSY pues *"estaría ignorando la maniobra por medio de la cual Massy propuso una Oferta sustancialmente inferior a las de los demás Oferentes con el único fin de que se le adjudicara Contrato, poniendo así en una situación de desigualdad*

a los demás Oferentes, los cuales, en cumplimiento del principio de buena fe, propusieron ofertas que sí eran coherentes con la envergadura del Proyecto Delta 35”.

b) Consideraciones del Tribunal

Los argumentos expuestos por OCENSA como fundamento de esta excepción se refieren a presuntos derechos de terceros ajenos a la relación contractual entre OCENSA y MASSY, que no pueden tener relevancia alguna en esta causa, puesto que desatienden el principio de relatividad de los actos y negocios jurídicos.

En adición a lo anterior, la legitimidad para proponer una afectación al principio de igualdad se encuentra radicada en cabeza de terceros -los demás oferentes-, quienes no hicieron parte del presente trámite arbitral.

En consecuencia, se desestimará la excepción.

4.2.15. INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA RECONOCER OBRAS ADICIONALES EN LA DEMANDA (O)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

En la reforma de la demanda de MASSY, después de alegar que sus trabajos estarían comprendidos dentro del Contrato y deben ser remunerados, MASSY alega de forma subsidiaria que habría realizado obras adicionales.

MASSY ha reconocido que las obras cuyo valor persigue hacían parte del Contrato y lo que alega es que habría incurrido en sobrecostos en su construcción que deben ser reconocidos. Como se trata de sobrecostos de construcción, dichos valores deben limitarse a lo previsto en cuanto a la radicación del riesgo por encima del 15% en cabeza de MASSY.

En los informes mensuales y en los semanales números 16, 20, 24, 31 y "No. 14, de la semana del 12 al 18 de noviembre de 2014" MASSY no mencionó que hubiera realizado obras adicionales al Contrato.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal se remite a las consideraciones expuestas a lo largo de este laudo, en virtud de las cuales se concluyó que MASSY tiene derecho al pago de los denominados "alcances sobrevinientes", consideraciones suficientes para desestimar la excepción.

4.2.16. INEXISTENCIA DE PERJUICIOS ALEGADOS POR MASSY (P)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

OCENSA alega que no hay sustento para que MASSY reclame una condena al pago de perjuicios derivados de incumplimiento contractual porque OCENSA no incumplió el contrato.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal concluyó que OCENSA no cumplió a plenitud sus obligaciones en materia de pagos a favor de MASSY y, con base en ello, hay lugar a los reconocimientos económicos que se hacen en este laudo.

En consecuencia, la excepción no prospera.

4.2.17. IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE INTERESES MORATORIOS (Q)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

OCENSA cumplió lo estipulado en la Cláusula 6.2. del Contrato, toda vez que pagó el 90% de la Suma Global a título de pagos parciales y no existe incumplimiento en mora de las obligaciones dinerarias. Las sumas restantes no han sido canceladas en cumplimiento de los términos del Contrato, toda vez que se reserva el saldo para la liquidación, tal como prevé el Contrato.

b) Consideraciones del Tribunal

De acuerdo con las consideraciones de este laudo, el Tribunal encontró probado que OCENSA no pagó el 90% de la Suma Global en la forma definida por el panel arbitral, por lo cual los presupuestos de hechos de esta excepción no fueron acreditados.

En consecuencia, deberá negarse la excepción, no obstante que, por las razones expuestas en este laudo, no proceda condena en materia de intereses moratorios contra OCENSA sino a partir del pronunciamiento del mismo.

4.2.18. AUSENCIA DE PRESUPUESTO PARA LA DECLARACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO (R)

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, "*La exceptio non adimpleti contractus tiene lugar únicamente en aquellos contratos sinalagmáticos en que **el incumplimiento imputable a la entidad pública sea grave, serio, determinante, trascendente y de gran significación, de manera que sitúe al contratista en una razonable imposibilidad de cumplir sus obligaciones,** siendo en ese caso*

*procedente que éste la pueda alegar y suspender el cumplimiento de sus obligaciones*²⁶¹ (resaltado de la contestación de OCENSA a la reforma de la demanda).

Quien pretenda alegar el incumplimiento del contrato debe probar que ha cumplido la totalidad de sus obligaciones o ha estado presto a cumplirlas. MASSY no cumplió la entrega oportuna de las obras, dejó de ejecutar obras y realizó obras de menor calidad.

OCENSA incluyó en esta excepción argumentos relacionados con una eventual compensación, que repite en la siguiente excepción.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal advierte que esta excepción se encamina a que el Tribunal declare que no se configuran los elementos de una **excepción** propuesta por MASSY (excepción de contrato no cumplido) a la reforma de la demanda de reconvencción.

En otras palabras, la excepción de OCENSA se opone a una excepción propuesta por MASSY y no a una de sus pretensiones.

Como quiera que las excepciones deben orientarse a enervar las pretensiones de la demanda, la excepción no prospera.

²⁶¹ “Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera subsección b. Consejero ponente (e): Danilo Rojas Betancourth. Bogotá d.c., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013). Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217)”.

4.3. PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

4.3.1. Pretensiones Declarativas Principales relacionadas con información dada por OCENSA en el proceso competitivo (pretensiones declarativas principales 1, 2 y 3)

Se transcribe su formulación y, a continuación, el Tribunal se pronuncia.

*"1. Que se declare que en el Pliego de Condiciones entregado a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** en el marco del Proceso Competitivo, **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA** informó para efectos de elaboración de la propuesta que no se reconocerían, como ajuste de la Suma Global Estimada los ítems nuevos identificados en la ingeniería de detalle que debieron ser previstos e incluidos por el CONTRATISTA en su Propuesta".*

El presente numeral, más que una pretensión en estricto sentido jurídico, apunta a la sola constatación de un hecho enunciado por la Convocada, sin calificación jurídica, y no corresponde al tenor literal del pliego²⁶². Por lo tanto, no prospera.

*"2. Que se declare que en el Pliego de Condiciones entregado a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** en el marco del Proceso Competitivo, **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA** informó a los oferentes para efectos de elaboración de la propuesta que la Suma Global Fija del Contrato no superaría un ajuste del 15% del valor total estimado de la oferta".*

²⁶² Folio 32 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 1: "Los ítems nuevos en ningún caso corresponderán a actividades o costos que debieron ser previstos e incluidos por el CONTRATISTA en su propuesta, sino únicamente ítems que surjan por el desarrollo de la ingeniería de detalle".

El presente numeral, más que una pretensión en estricto sentido jurídico, apunta a la sola constatación de un hecho enunciado por la Convocada, sin calificación jurídica, y corresponde a lo que fue informado en el pliego.

En consecuencia, sobre esta base se accederá a hacer la declaración solicitada.

*"3. Que se declare que en la etapa de preguntas y respuestas dentro del Proceso Competitivo, **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA** reiteró en varias ocasiones a los oferentes que el ajuste de la Suma Global Fija del Contrato no superaría el 15% del valor total estimado de la oferta".*

El presente numeral, más que una pretensión en estricto sentido jurídico, apunta a la sola constatación de un hecho enunciado por la Convocada, sin calificación jurídica, y corresponde a lo que fue reiterado en la etapa de preguntas y respuestas.

En consecuencia, sobre esta base se accederá a hacer la declaración solicitada.

4.3.2. Pretensiones Declarativas Principales relacionadas con la propuesta de MASSY (pretensiones declarativas principales 4, 5, 6, 7, 22, 23 y 24)

Se transcribe su formulación y, a continuación, el Tribunal se pronuncia.

*"4. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** presentó una propuesta en el Proceso Competitivo por un valor total, incluidos todos los costos directos e indirectos requeridos para la correcta prestación del servicio, de treinta y tres mil ciento sesenta y siete millones trescientos doce mil cuatrocientos treinta y tres pesos (\$33.167.312.433)".*

El presente numeral, más que una pretensión en estricto sentido jurídico, apunta a la sola constatación de un hecho enunciado por la Convocada, sin calificación jurídica, y no corresponde al tenor literal de lo dicho por MASSY en la carta de presentación de la propuesta²⁶³.

En consecuencia, no prospera.

*"5. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** no presentó excepciones relacionadas con el límite de 15% de ajuste sobre la Suma Global Estimada en la propuesta presentada en el Proceso Competitivo".*

El presente numeral, más que una pretensión en estricto sentido jurídico, apunta a la sola constatación de un hecho enunciado por la Convocada, sin calificación jurídica, y coincide con lo verificado por el Tribunal en cuanto a las excepciones de MASSY en el proceso competitivo.

En consecuencia, sobre esta base se accederá a hacer la declaración solicitada.

*"6. Que se declare que en la propuesta presentada en el Proceso Competitivo **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** no presentó excepciones relacionadas con el no reconocimiento de ítems nuevos identificados en la ingeniería de detalle que debieron ser previstos e incluidos por el CONTRATISTA en su propuesta".*

El presente numeral, más que una pretensión en estricto sentido jurídico, apunta a la sola constatación de un hecho enunciado por la Convocada, sin calificación jurídica, y coincide con lo verificado por el Tribunal en cuanto a las excepciones de MASSY en el proceso competitivo.

²⁶³ Folio 107 -reverso- del Cuaderno de Pruebas No. 1. "El valor total de nuestra propuesta, incluidos todos los costos directos e indirectos requeridos para la correcta prestación del servicio es de Treinta y tres mil ciento sesenta y siete millones seiscientos quince mil cuatrocientos seis pesos (\$33.167.615.406), más el IVA legalmente aplicable".

En consecuencia, sobre esta base se accederá a hacer la declaración solicitada.

*"7. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** no solicitó a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA**, ajuste alguno respecto de las condiciones en que se calcularía el valor del Contrato antes de su celebración".*

El presente numeral, más que una pretensión en estricto sentido jurídico, apunta a la sola constatación de un hecho enunciado por la Convocada, sin calificación jurídica, y coincide con lo probado.

En consecuencia, sobre esta base se accederá a hacer la declaración solicitada.

*"22. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** no fue diligente en la elaboración de la oferta que presentó dentro del Proceso Competitivo, al no analizar toda la información que requería para presentar una oferta ajustada a las necesidades del proyecto".*

La pretensión será negada en cuanto, según las consideraciones que se hacen en este laudo, no hay prueba de que MASSY no hubiera sido diligente en la elaboración de la oferta al no analizar toda la información que requería para presentar una oferta ajustada a las necesidades del proyecto. La propuesta de MASSY se ajustó al Cuadro de Ofrecimiento Económico, cumplió el puntaje requerido en la evaluación técnica, así como el rango de presupuesto, lo que le valió obtener el puntaje máximo en el criterio económico de evaluación de las propuestas, además de haber sido la propuesta ganadora.

"23. Que se declare que MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. desconoció las características del Proceso Competitivo y presentó una oferta desconociendo la estructura del Contrato propuesta".

La pretensión fue introducida de manera novedosa en la reforma de la demanda de reconvención, cuando había transcurrido el plazo de caducidad de la acción, según se expuso en consideraciones precedentes de este laudo.

En consecuencia, será negada.

"24. Que se declare que MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. desconoció las características del Proceso Competitivo y presentó una oferta sin prever las actividades o costos que debió haber tenido en cuenta de acuerdo con los términos del Proceso Competitivo".

La pretensión fue introducida de manera novedosa en la reforma de la demanda de reconvención, cuando había transcurrido el plazo de caducidad de la acción, según se expuso en consideraciones precedentes de este laudo.

En consecuencia, será negada.

4.3.3. Pretensiones Declarativas Principales relacionadas con el contenido del contrato (pretensiones declarativas principales 8, 9 y 10)

Se formularon así:

*"8. Que se declare que el 21 de marzo de 2014, **OLEODUCTO CENTRAL S.A. OCENSA** y **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** celebraron el Contrato, bajo la modalidad de E.P.C. (Engineering, Procurement, and Construction) y por valor de Suma Global Fija".*

"9. Que se declare que el contenido del Contrato reflejó el contenido del Pliego de Condiciones del Proceso Competitivo".

*"10. Que se declare que el contenido del Contrato reflejó las respuestas de **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA** a las solicitudes de aclaración y modificación del Pliego de Condiciones del Proceso Competitivo".*

Los numerales recién transcritos, más que pretensiones en estricto sentido jurídico, apuntan a la sola constatación de hechos enunciados por la Convocada, sin calificación jurídica, que el Tribunal accede a declarar como tales.

4.3.4. Pretensiones Declarativas Principales relacionadas con la CLÁUSULA QUINTA del Contrato (pretensiones declarativas principales 11, 12, 13, 14, 15 y 16)

Se transcribe su formulación y, a continuación, el Tribunal se pronuncia.

"11. Que se declare que, de acuerdo con la Cláusula Quinta del Contrato, las partes acordaron que no se reconocerían como ítems nuevos para efectos del ajuste de la Suma Global Estimada, las actividades o costos que debieron (sic) identificados en la ingeniería de detalle que debieron ser previstos e incluidos por el CONTRATISTA en su Propuesta".

La pretensión no prospera en cuanto no corresponde al tenor literal de la CLÁUSULA QUINTA.

*"12. Que se declare que, de acuerdo con la Cláusula Quinta del Contrato, **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA** no tiene que pagar a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** como ítems nuevos identificados en la ingeniería de detalle, las actividades o costos que debieron ser previstos e incluidos en la Propuesta".*

La pretensión no prospera en cuanto, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones precedentes del laudo, los oferentes no tenían la posibilidad

de modificar el Cuadro de Ofrecimiento Económico adicionando ítems o cantidades y, de existir previsiblemente más cantidades o ítems nuevos, han debido ser incluidos directamente por OCENSA en el Cuadro, o la misma ha debido aportar al proceso prueba que demuestre que las variaciones en las cantidades de las obras contempladas en la ingeniería básica y en los ítems no previstos e identificados como necesarios en la ingeniería de detalle eran previsibles desde la ingeniería básica, y que por ello debieron ser incluidos por MASSY en su oferta.

"13. Que se declare que, en la Cláusula Quinta del Contrato, las Partes acordaron que el valor de la Suma Global Fija del Contrato que resultara de las sesiones de ajuste, no podría superar el 15% del valor total estimado de la oferta".

La pretensión no prospera en cuanto el sentido de la CLÁUSULA QUINTA del Contrato es que la Suma Global Fija establecida, en total, no podría superar el valor total estimado de la oferta más un 15% de este último (no que la Suma Global Fija no pudiera ser mayor al 15% del valor total estimado de la oferta).

*"14. Que se declare que, en la Cláusula Quinta del Contrato, las Partes acordaron un mecanismo de distribución del riesgo de variación del costo de las obras objeto del Contrato en el que **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA limitó** su responsabilidad al 15% del valor estimado en la oferta de **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.**".*

De acuerdo con las consideraciones precedentes del laudo, la pretensión prospera.

"15. Que se declare que las actas que se suscribieron durante la ejecución del Contrato no modificaron el límite del 15% de ajuste del valor estimado en la oferta".

De acuerdo con las consideraciones precedentes del laudo, la pretensión prospera.

*"16. Que se declare que con posterioridad a la terminación de las obras objeto del Contrato **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** desconoció el contenido de la Cláusula Quinta del Contrato al solicitar el pago de valores que superan el 15% del valor estimado en la oferta de **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.**".*

La pretensión no prospera en cuanto MASSY no desconoció el contenido de la CLÁUSULA QUINTA, sino que la interpretó como modificada por las partes, interpretación que el Tribunal no aceptó.

4.3.5. Pretensiones relacionadas con incumplimientos imputados a MASSY (pretensiones declarativas principales 17, 18, 19, 20 -repite la 19-, 20.1, 21 y 21.1; pretensiones declarativas consecuenciales 7, 8, 8.1, 9 y 9.1; pretensiones de condena 1, 2 y 3)

Se formularon así:

Pretensiones Declarativas Principales

*"17. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** incumplió el Contrato, al no cumplir con el cronograma de obras pactado entre las Partes".*

*"18. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** incumplió el Contrato al no terminar las obras objeto del mismo dentro del plazo acordado entre las Partes".*

"19. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** incumplió el Contrato al ejecutar obras en la Estación Coveñas con una calidad inferior a la requerida en el Contrato".

"20. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** incumplió el Contrato al ejecutar obras en la Estación Coveñas con una calidad inferior a la requerida en el Contrato" [repetida].

"20.1 En subsidio de la pretensión anterior: que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** ejecutó obras en la Estación Coveñas con una calidad inferior a la requerida en el Contrato".

"21. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** incumplió el Contrato al no ejecutar la totalidad de las obras que se encontraban en el alcance del Contrato".

"21.1 En subsidio de la pretensión anterior: que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** no ejecutó la totalidad de las obras que se encontraban en el alcance del Contrato".

Pretensiones Declarativas Consecuenciales

"7. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las pretensiones décima octava o décima novena, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** debe pagar la totalidad de los perjuicios derivados por el atraso en el cronograma de las obras objeto del Contrato, incluyendo daño emergente, que asciende a la suma de no menos de novecientos veintitrés millones novecientos setenta y nueve mil seiscientos cincuenta y dos pesos (COP \$923.979.652) o a la que se pruebe en el proceso".

"8. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de la pretensión vigésima, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** tiene que pagar a OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA los

ajustes por calidad en obras de la Estación Coveñas, correspondientes a un valor de no menos de mil doscientos doce millones ciento ochenta y tres mil trescientos treinta y cuatro pesos (COP\$ 1.212.183.334), o la suma que se pruebe en el proceso”.

“8.1. En subsidio de la pretensión anterior: que se declare que OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA tiene derecho a descontar de la Suma Global Fija el valor de no menos de mil doscientos doce millones ciento ochenta y tres mil trescientos treinta y cuatro pesos (COP\$ 1.212.183.334), o la suma que se pruebe en el proceso, correspondiente a la menor calidad de obras realizada por MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.”.

*“9. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de la pretensión vigésima primera, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** tiene que pagar a OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA los perjuicios causados por obras no ejecutadas, los cuales ascienden a la suma de no menos de mil setecientos dos millones ochenta y dos mil cuatrocientos noventa y un pesos (COP\$1.702.082.491), o la suma que se pruebe en el proceso”.*

*“9.1. En subsidio de la pretensión anterior: se declare que **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA** tiene derecho a descontar de la Suma Global Fija el valor correspondiente a las obras no ejecutadas por MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., que se encontraban dentro del alcance del Contrato”.*

Pretensiones de Condena

*“1. Que se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, el daño emergente ocasionado por el atraso en el cronograma de las obras objeto del Contrato, perjuicio que asciende a la suma de no menos de novecientos veintitrés millones*

novecientos setenta y nueve mil seiscientos cincuenta y dos pesos (COP\$ 923.979.652)”.

*“2. Que se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, los ajustes por calidad en obras de la Estación Coveñas, correspondientes a un valor de no menos de mil doscientos doce millones ciento ochenta y tres mil trescientos treinta y cuatro pesos (COP\$ 1.212.183.334), o la suma que se pruebe en el proceso”.*

*“3. Que se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, el valor de las obras no ejecutadas, los cuales ascienden a la suma de no menos de mil setecientos dos millones ochenta y dos mil cuatrocientos noventa y un pesos (COP\$1.702.082.491), o la suma que se pruebe en el proceso”.*

4.3.5.1. Argumentos de las Partes

a) Posición de Ocensa.

Las pretensiones declarativas principales 17, 18, 19, 20 y 21 de la Reforma de la Demanda de Reconvención²⁶⁴ de OCENSA van encaminadas a que se declare que MASSY incumplió el Contrato por las siguientes razones: (i) *“al no cumplir el cronograma de obras pactado entre las Partes”*, (ii) *“al no terminar las obras objeto del mismo dentro del plazo acordado entre las Partes”*; (iii) *“al ejecutar obras en la Estación Coveñas con una calidad inferior a la requerida en el Contrato”*, y (iv) *“al no ejecutar la totalidad de las obras que se encontraban en el alcance del Contrato”* (obras no ejecutadas). Por su parte, las pretensiones 7, 8, y 9 declarativas consecuenciales²⁶⁵ de la Reforma de la Demanda de Reconvención se dirigen

²⁶⁴ Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 40.

²⁶⁵ Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 42.

a que se declare que MASSY está obligada a pagar a OCENSA indemnización por los perjuicios que los anteriores incumplimientos, a juicio de OCENSA, le causaron. Así mismo, las pretensiones de condena 1, 2 y 3 de la Reforma de la Demanda de Reconvención²⁶⁶, buscan que se condene a MASSY al pago de esos perjuicios.

En cuanto al alegado incumplimiento del cronograma y el *"no terminar las obras objeto del [Contrato] dentro del plazo acordado entre las Partes"*, OCENSA afirma que *"Massy no ejecutó el Contrato con el grado de diligencia y profesionalismo que exige la naturaleza de este tipo de contratos"*²⁶⁷. Así mismo, señala que *"[l]os atrasos fueron reiterativos a lo largo de la ejecución del Contrato, situación que se evidencia en las comunicaciones enviadas por la Interventoría a Massy, solicitándole un plan de choque para conjurar los incumplimientos que se presentaban"*²⁶⁸.

OCENSA también hace mención a la suscripción del Otrosí No. 1 de 9 de septiembre de 2014 y señala respecto del mismo que *"[e]n consideración al evidente retraso de las obras para esa fecha, las partes tuvieron que acordar el 31 de diciembre de 2014 como nuevo plazo de finalización del Contrato"*²⁶⁹. Seguidamente refiere que en noviembre de 2014 la interventoría identificó una desviación aproximada del 41.86% con respecto al avance total programado, como consta en comunicación de 10 de noviembre de 2014²⁷⁰, procediendo luego a finalizar este argumento manifestando que *"[e]l constante atraso en los plazos pactados en el Contrato demuestra que Massy no tenía la capacidad de ejecutar el Contrato en los términos en que se obligó al suscribirlo, lo que le acarreo (sic) perjuicios a mi representada. (...) En efecto, Massy continuó desarrollando*

²⁶⁶ Reforma de la Demanda de Reconvención, págs. 43-44.

²⁶⁷ Hecho 73 de la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 27.

²⁶⁸ Hecho 76 de la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 27.

²⁶⁹ Hecho 79 de la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 27.

²⁷⁰ Hecho 81 de la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 27.

obras objeto del Contrato hasta el mes de abril de 2015, hecho que demuestra un retardo de más de cuatro meses respecto del plazo estipulado en el Contrato”.

OCENSA estima la cuantía de este perjuicio en novecientos veintitrés millones novecientos setenta y nueve mil seiscientos cincuenta y dos pesos (\$923.979.652)²⁷¹.

En cuanto a la segunda alegación de OCENSA, esto es, el presunto incumplimiento en la calidad de las obras en la Estación de Coveñas, OCENSA manifiesta que “[e]n relación con la Estación Coveñas, Ocesa y la Interventoría identificaron que las obras realizadas por Massy no cumplían con los estándares de funcionalidad y de calidad exigidos en el Contrato (...) Específicamente, las obras realizadas por Massy a las líneas de succión de la BPC 42050 de la Estación Coveñas no cumplieron con las especificaciones técnicas la funcionalidad ni la calidad requeridas por el Contrato”²⁷². Señala OCENSA además que la verificación de estas afirmaciones está soportada en el “Informe Ejecutivo cambio altura succión BPC-42050 del 24 del 08 de 2015”. Para reforzar el argumento, afirma que “(...) Massy debe asumir en su totalidad el valor de los ajustes por deficiencias de calidad de la obra en atención a su grave incumplimiento al Contrato”, los cuales estima en mil doscientos doce millones ciento ochenta y tres mil trescientos treinta y cuatro pesos (\$1.212.183.334).

Finalmente, en cuanto a que MASSY no ejecutó la totalidad de las obras que se encontraban en el alcance del Contrato, es decir, las denominadas “obras no ejecutadas”, afirma que mediante comunicación de 28 de julio de 2015, identificada como SGS-WG-3801903-BOG-234-C, la interventoría entregó a MASSY la verificación con soportes de obras no ejecutadas en la Estación Cusiana, El Porvenir, Caucasia y Coveñas²⁷³, y sostiene que el monto de

²⁷¹ Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 56.

²⁷² Hechos 86 y 87 de la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 27.

²⁷³ Hecho 94 de la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 51.

este perjuicio asciende a mil setecientos dos millones ochenta y dos mil cuatrocientos noventa y un pesos (\$1.702.082.491).

En sus alegatos de conclusión, con relación a estos puntos, OCENSA reiteró los argumentos sintetizados atrás²⁷⁴.

b) Posición de Massy.

MASSY se opone a la prosperidad de estas pretensiones. Sostiene, en primer lugar, que dio cumplimiento sustancial al Contrato dentro del plazo acordado bajo el Otrosí No. 1, y que a 31 de diciembre de 2014 se encontraban pendientes obras menores que *"representaban menos el 4% de los trabajos"*²⁷⁵, y que *"ese rango de desviación aparece confirmado en el "acta de recibo final de los servicios/obras", suscrita por las Partes el día 5 de enero de 2015"*²⁷⁶.

Así mismo, que *"[l]os atrasos que pudieran haberse presentado en el proyecto estaban directamente determinados por el incumplimiento y/o retardo en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de OCENSA y en otras circunstancias no imputables a"* MASSY ²⁷⁷.

En segundo lugar, en lo que tiene que ver con las alegaciones de OCENSA sobre el incumplimiento en los estándares de calidad de las obras en la estación Coveñas, MASSY afirma que *"[E]n general las obras realizadas por MASSY en la estación COVEÑAS cumplieron con los estándares de funcionalidad y calidad"*²⁷⁸. Así mismo, que *"[p]ara la construcción de la tubería de succión de la bomba instalada por MASSY, [esta] ejecutó la*

²⁷⁴ Alegatos de Conclusión de OcenSA, págs. 228 a 235.

²⁷⁵ Contestación de Massy a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 147.

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ Contestación de Massy a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 150.

²⁷⁸ Contestación de Massy a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 148.

*ingeniería con ajuste a los estándares internacionales y utilizó la información de entrada enviada por OCENSA, en especial las curvas de destilación de crudos*²⁷⁹. Finaliza luego su argumento con dos afirmaciones. En primer lugar, que *"la tubería instalada (...) no podía serlo a una menor altura, toda vez que resultaba obligatorio respetar la distancia establecida en la norma técnica, respecto de las tuberías que estaban previamente instaladas en la estación"*²⁸⁰. Sostiene en segundo lugar que *"[e]n cualquier caso, la bomba BPC-42050 y su tubería de succión fueron entregadas en condiciones de adecuada utilización, sin que hubieren presentado problemas operativos para OCENSA"*.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con "obras no ejecutadas" las Partes celebraron un acuerdo *"orientado a compensar en mínima medida el mayor esfuerzo que había determinado ejecutar la mayor cantidad de obras no previstas en el cuadro de ofrecimiento económico, y los ítems nuevos que igualmente OCENSA no previó al determinar las cantidades de dicho cuadro"*²⁸¹. De esta forma, afirma, *"[l]as Partes se pusieron de acuerdo en que tales obras no serían ejecutadas y sorprende que ello sea ahora tildado de incumplimiento"*²⁸². Señala MASSY, adicionalmente, que OCENSA no ha pagado el valor completo del Contrato, *"y no se entiende cómo pretende entonces cobrar el valor de las que llama "obras no ejecutadas" que mucho menos ha pagado a MASSY"*²⁸³.

Relacionado con todo lo anterior, MASSY sostiene que las pretensiones de OCENSA de cobrar descuentos por *"ajustes de calidad"*, o por *"obras no ejecutadas"* *"supone en todo caso haber pagado completo el precio del contrato, lo cual no ha ocurrido"*²⁸⁴.

²⁷⁹ *Ibíd.*

²⁸⁰ *Ibíd.*

²⁸¹ Contestación de Massy a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 147.

²⁸² Contestación de Massy a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 148.

²⁸³ *Ibíd.*

²⁸⁴ Contestación de Massy a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 152.

Por otra parte, MASSY afirma que tuvo que enfrentar circunstancias que, a su juicio, tuvieron efectos *"relacionados tanto con la ejecución misma del propio Contrato, como con el desarrollo normal de sus actividades empresariales"*, a saber: *"i) las consecuencias derivadas de la deficiente ingeniería básica preparada por OCENSA; ii) las demoras en la entrega de la ingeniería de detalle; iii) el incremento súbito en las compras de bienes críticos cuyo proceso de fabricación es prolongado (...); iv) el retardo en la entrega de materiales y equipos a cargo de la Contratante; v) el descubrimiento de condiciones no reveladas en los sitios de trabajo, derivadas de la falta de información a ser suministrada por OCENSA atribuible a su falta de conocimiento del estado de sus propias instalaciones; vi) la omisión en declarar en la fase de oferta algunos acuerdos celebrados con las comunidades de las zonas de los trabajos; vii) la falta de pago del anticipo; y viii) la sorpresiva negativa a pagar los precios que habían sido convenidos en el procedimiento de cierre de libros (...)"*²⁸⁵.

En lo que tiene que ver con los problemas jurídicos que el Tribunal resolverá en esta sección, en sus alegatos de conclusión, además de hacer lo que a su juicio son algunas precisiones fácticas puntuales, MASSY se remitió a lo consignado en el escrito de Contestación a la Reforma de la Demanda de Reconvención²⁸⁶ cuyos principales argumentos han sido sintetizados en esta subsección.

c) Posición de Berkley.

BERKLEY se opuso a las pretensiones de la Reforma de la Demanda de Reconvención y alegó las excepciones de *"A. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL"*²⁸⁷; *"B. EXCEPCIÓN DE*

²⁸⁵ Contestación de Massy a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 149.

²⁸⁶ Alegatos de Conclusión de Massy, Parte III, Sección VI, pág. 28.

²⁸⁷ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 19.

*CONTRATO NO CUMPLIDO*²⁸⁸; *"C. VIOLACIÓN DE OCENSA A LOS ACTOS PROPIOS"*²⁸⁹; *"D. COMPENSACIÓN"*²⁹⁰ y *"E. EXCEPCIÓN GENÉRICA"*²⁹¹. Para fundamentar sus excepciones Berkley expuso los argumentos que se pasan a sintetizar.

Luego de hacer referencia a los que, a su juicio, constituyen los elementos de la responsabilidad civil contractual, BERKLEY afirma que *"en el caso bajo examen no convergen todos los elementos mencionados y, por ende, no existe responsabilidad civil contractual de MASSY"*²⁹². En concreto argumenta, en primer lugar, que *"OCENSA no aporta prueba, ni siquiera sumaria, que demuestre la ocurrencia"*²⁹³ de los perjuicios reclamados en la Reforma de la Demanda de Reconvención, por lo que los mismos *"carecen de certeza"*²⁹⁴.

En segundo lugar, que *"[l]a conducta de MASSY en ejecución del [Contrato] no puede considerarse, de ninguna manera, como causa eficiente de los daños alegados"*²⁹⁵, y que, por el contrario, si es que hubo daños, ellos fueron causados por los incumplimientos de OCENSA, o por caso fortuito o fuerza mayor²⁹⁶. En particular, señala que OCENSA *"retardó 51 días la entrega de la ingeniería de detalle que estaba a su cargo y ni siquiera pagó el anticipo (...). Tampoco adquirió oportunamente los materiales que resultaban críticos para la ejecución del proyecto"*²⁹⁷. De igual forma, señala que *"MASSY también tuvo que sortear innumerables imprevistos que*

²⁸⁸ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 30.

²⁸⁹ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 38.

²⁹⁰ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 39.

²⁹¹ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 42.

²⁹² Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 20.

²⁹³ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 21.

²⁹⁴ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 20.

²⁹⁵ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 21.

²⁹⁶ Ibidem.

²⁹⁷ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 21.

*dificultaron el avance normal del Contrato como, por ejemplo, las numerosas tuberías, bases y vigas en concreto que fueron halladas y retrasaron las excavaciones*²⁹⁸, y cita en extenso la comunicación WGOC-3801903-0115-C de 27 de noviembre de 2014 en la que MASSY dejó constancia de varias circunstancias relacionadas con este punto.

En tercer lugar, BERKLEY afirma que aun si se aceptara en gracia de discusión que MASSY incumplió el Contrato, OCENSA también habría incumplido con sus obligaciones y en consecuencia MASSY no puede ser condenada al pago de perjuicios²⁹⁹.

En cuanto a la excepción de contrato no cumplido, Berkley argumenta que *"como prueba de los supuestos incumplimientos de MASSY, la demandante en reconvencción, OCENSA, tan sólo aportó una serie de comunicaciones que, entre ella y la interventoría, le enviaron al contratista atribuyéndole el supuesto incumplimiento del Contrato"* y que *"estas comunicaciones no pueden sustentar una declaratoria de incumplimiento del Contrato dado que ello sería tanto como contravenir el axioma conforme al cual a nadie le es lícito fabricar su propia prueba"*³⁰⁰. Sin perjuicio de lo anterior, BERKLEY trae a colación diferentes comunicaciones que a su juicio demuestran que fue OCENSA quien incumplió el Contrato³⁰¹, y que, en ese orden de ideas, *"(...) la excepción de contrato no cumplido impide que OCENSA le reclame una indemnización de perjuicios a MASSY toda vez que, en estricto sentido, esta última sociedad no incurrió en mora"*³⁰².

Dejando a un lado lo anterior, BERKLEY sostiene que la conducta de OCENSA constituye una violación del principio general de derecho *"que prohíbe ir*

²⁹⁸ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvencción, pág. 22.

²⁹⁹ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvencción, pág. 29.

³⁰⁰ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvencción, pág. 30.

³⁰¹ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvencción, págs. 30 a 35.

³⁰² Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvencción, pág. 37.

contra sus propios actos”, principalmente, en cuanto, señala: (i) OCENSA “estuvo conforme” con la gestión contractual de MASSY; y (ii) que en el “Acta de Recibo Final de los Servicios / Obras” se dejó consignado que las obras pendientes por ejecutar correspondían a un 3,52%³⁰³.

Finalmente, BERKLEY solicita que, si el Tribunal encuentra que MASSY debe indemnizar a Ocesa, *“antes de cobrarle a Berkley (si es que el Tribunal estima que el riesgo de incumplimiento está amparado) sean compensadas estas sumas con los montos adeudados por OCENSA a MASSY por la ejecución del Contrato”³⁰⁴.*

En sus alegatos de conclusión, BERKLEY reiteró estos argumentos y destacó en extenso las pruebas que a su juicio los soportan³⁰⁵.

d) Posición del Ministerio Público

En su concepto, el ministerio público presentó sus consideraciones respecto de cada uno de los presuntos incumplimientos alegados por OCENSA bajo estudio en esta sección. Respecto del *“incumplimiento en el cronograma de obras y el plazo de ejecución del contrato”*, el ministerio público señala que *“si bien hubo retrasos en el cronograma, se demostró que dichos retrasos se dieron por causas no imputables exclusivamente al contratista y que correspondían a inconvenientes propios y normales en la ejecución de este tipo de contratos.”³⁰⁶*, añadiendo que *“las partes suscribieron el día 9 de septiembre de 2014, el Otrosí No. 1, (...). Con este Otrosí, las partes conjuraron de mutuo acuerdo y con el propósito de llevar adelante la ejecución del contrato y cumplir la finalidad del contrato, los retrasos*

³⁰³ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvencción, pág. 38.

³⁰⁴ Contestación de Berkley a la Reforma de la Demanda de Reconvencción, pág. 42.

³⁰⁵ Alegatos de Conclusión de Berkley, págs. 44 a 71.

³⁰⁶ Concepto del Ministerio Público, pág. 70.

presentados. (...) En tal sentido, no se observa la existencia de perjuicios comprobables por los retrasos presentados en el cronograma, como quiera el (sic) OCENSA no dejó salvedades por estos retrasos para una eventual reclamación (...)”³⁰⁷.

Por otro lado, con relación a las alegaciones del incumplimiento en el plazo de ejecución del Contrato, para el ministerio público *“no se probó (sic), o por lo menos no se identificó (sic) medio probatorio idóneo que demostrara que el contratista hubiera cumplido con la totalidad de las obligaciones a su cargo dentro del plazo del contrato”³⁰⁸ y señala que, en el acta de 5 de enero de 2015 “claramente se indica que las obras a esa fecha no estaban terminadas”³⁰⁹, y que el “casi 4% faltante”³¹⁰ al que hace referencia el acta en cuestión “no se refiere al contrato en su totalidad sino al componente de construcción. Tratándose de un contrato llave en mano, ese faltante de construcción impedía sin duda ejecutar a satisfacción las etapas de precomisionamiento, comisionamiento y puesta en marcha de la solución”³¹¹. En consecuencia, concluye el ministerio público, “no se (sic) procedente aceptar que el contratista cumplió sustancialmente con el contrato o que dicho faltante no impedía el funcionamiento de las estaciones”³¹², y, a su juicio, “las pretensiones relativas al incumplimiento en el plazo de ejecución del contrato están llamadas a prosperar”.*

Por último, en cuanto al alegado incumplimiento en la calidad de obras de la Estación Coveñas, el ministerio público considera que estas pretensiones están llamadas a prosperar, pues, a su juicio, se encuentra demostrado el incumplimiento en el “Informe Ejecutivo cambio altura succión BPC-42050 del 24 de agosto de 2015, así como en los testimonios recibidos”.

³⁰⁷ Ibídem.

³⁰⁸ Concepto del Ministerio Público, pág. 71.

³⁰⁹ Ibídem.

³¹⁰ Concepto del Ministerio Público, pág. 72.

³¹¹ Ibídem.

³¹² Ibídem.

4.3.5.2. Consideraciones del Tribunal

En esta sección el Tribunal resolverá los problemas jurídicos que derivan de las pretensiones de la Reforma de la Demanda de Reconvención, en el sentido de dilucidar si, como lo afirma OCENSA y coadyuva en gran parte el ministerio público, MASSY incumplió el Contrato, y en caso afirmativo, si correspondería a MASSY indemnizar a OCENSA por los perjuicios que ese incumplimiento contractual hubiese podido ocasionar, debiendo resolverse además si, a su turno, existieron incumplimientos de OCENSA y las eventuales consecuencias de los mismos, si los hubo. Como se anticipó en la recapitulación de las posiciones de las Partes, OCENSA ha enfocado sus pretensiones en tres incumplimientos puntuales, a saber: (i) el supuesto incumplimiento del cronograma de obras pactado entre las Partes o el no terminar las obras objeto del Contrato dentro del Plazo acordado entre las Partes; (ii) el presuntamente ejecutar las obras en las Estación Coveñas con una calidad inferior a la requerida bajo el Contrato; y (iii) el supuestamente no ejecutar la totalidad de las obras que se encontraban en el alcance del Contrato (obras no ejecutadas). Previo a entrar a analizar las pruebas que se practicaron en el proceso en relación con estos puntos, y a resolver sobre los planteamientos jurídicos de las Partes, el Tribunal hará referencia brevemente a la jurisprudencia aplicable acerca de los elementos de la responsabilidad civil contractual.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la responsabilidad civil contractual:

"(...) se define, en sentido amplio, como la obligación de resarcir el daño causado al acreedor derivada del incumplimiento del deudor de prestaciones originadas en el negocio jurídico.

El sustento normativo de la responsabilidad contractual se encuentra consagrado en el Título XII del Libro Cuarto del Código Civil, que regula lo atinente al «efecto de las obligaciones», y tratándose de asuntos

mercantiles, en el Libro Cuarto del Código de Comercio, relativo a los contratos y obligaciones.

De ese modo, ante el «incumplimiento contractual», el «acreedor», en procura de la protección del derecho, está facultado para pedir el «cumplimiento de la obligación», o la «resolución del convenio». Además, puede reclamar, bien de manera directa o consecuencial, el resarcimiento del daño irrogado por la insatisfacción total o parcial de la obligación, o por su defectuoso cumplimiento.

2.1.2. Ahora, para que el contratante cumplido pueda desplegar las facultades antedichas, incluida la de la indemnización de perjuicios, debe acreditar: (i) existencia de un contrato válidamente celebrado; (ii) incumplimiento de una o más obligaciones contractuales imputable al deudor por dolo o culpa; (iii) un daño o perjuicio; y (iv) vínculo de causalidad entre aquel y este último requisito”³¹³.

Relativo en particular a los elementos del daño indemnizable, en la misma sentencia en cuestión la Corte Suprema estableció:

“En SC, 29 oct. 1945, G.J. t. LIX, pág. 748, la Corte adujo:

«El incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratante incumplido, en todo o en parte, de los perjuicios que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante y por estos deben entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como su efecto necesario y lógico. Esos perjuicios directos se clasifican y nuestra ley no es ajena a esa clasificación, en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o pudieron ser previstos al tiempo

³¹³Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de casación SC2142-2019. 18 de junio de 2019. M.P.: Luis Alonso Rico Puerta.

de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese mismo momento. De los primeros sólo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento por su parte de las obligaciones, y de estos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte.»

Ahora bien, dicho resarcimiento, tratándose de los perjuicios previsibles, o de ambos, cuando hay dolo, comprende los perjuicios generados por la mora en la satisfacción de las obligaciones y, en general, abarca todos aquellos consecuenciales al incumplimiento, dado que el propósito es reparar el daño causado, bien atendiendo la prestación en la forma inicialmente pactada, o sustituyendo el objeto de la misma por una suma de dinero.

2.2.2. Condicionantes adicionales del daño.

El daño contractual, al igual que cualquier otro, debe exhibir como notas características para que habilite la pretensión indemnizatoria, las de ser cierto, subsistente, personal y afectar un interés lícito.

Es cierto el que efectivamente se produjo, y no hay duda alguna en cuanto a su generación, esto es, que sus secuelas se puedan percibir, pues de alguna manera se exteriorizan.

A su vez, es subsistente el que no ha sido remediado, compensado o indemnizado, y es personal porque sólo la víctima, en este caso, el contratante cumplido tiene derecho a demandar el detrimento padecido.

De otro lado, el perjuicio es indemnizable por haber afectado un interés lícito, es decir, el causante del daño no estaba legitimado para producirlo, incumpliendo las prestaciones a su cargo, al tiempo que el perjudicado tenía derecho a exigir que la convención fuera satisfecha.

Además, en el ámbito contractual, el perjuicio pasible de ser indemnizado es el caracterizado por ser «directo», es decir, aquel estructurado, por virtud del vínculo de causalidad, en el sentido de establecer que proviene de la infracción contractual”³¹⁴.

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido:

“Esta Corporación ha precisado los elementos de la responsabilidad civil contractual, de la siguiente manera:

“Siguiendo con las precisiones del contexto legal, se identifican a continuación los elementos de la responsabilidad civil contractual derivada del incumplimiento, con el propósito de establecer las particularidades que permitan el análisis del caso concreto.

[...]

i) En el primer elemento se deben identificar dos requisitos: la obligación contractual exigible y la acción u omisión de una parte con la cual infringe el contrato. Visto desde otro ángulo, el incumplimiento del contrato se expresa como la falta al deber de cumplimiento.

ii) En relación con el daño, entendido como la lesión o menoscabo de intereses legalmente amparados, en el escenario contractual que proviene del incumplimiento de la obligación, se vincula el concepto de antijuridicidad por cuanto el incumplimiento constituye una violación al contrato, una falta a lo debido y en ese sentido, el daño resarcible debe ser antijurídico con lo cual se quiere significar que es contrario a la ley del contrato.

³¹⁴ *Ibíd.*

Ahora bien, trayendo las normas del derecho de las obligaciones, el daño contractual por causa del incumplimiento se concreta a través de los conceptos acogidos por el Código Civil: daño emergente que consiste en el perjuicio o pérdida causada y el lucro cesante que corresponde a la ganancia o provecho que dejó de reportarse, de acuerdo con los artículos 1613 y 1614 del Código Civil.

iii) En cuanto al tercer requisito, el nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño contractual, basta decir que fue inicialmente entendido como una relación de causa a efecto, concretamente entre la conducta dolosa o culposa y el perjuicio, empero, evolucionó dentro del concepto general de responsabilidad y se identifica ahora con el requisito de imputación o asignación, por virtud del cual el daño resarcible, esto es el que es pasible de constituirse en fuente la obligación de indemnizar el perjuicio, debe ser atribuido o reconducido a su autor, en este caso a la parte que se obligó y faltó a su deber de cumplimiento, de manera que el mismo contrato guía la asignación de responsabilidad.

No presenta mayor dificultad la comprensión de este concepto, si se tiene en cuenta que la ley contractual genera obligaciones, asigna deberes, cargas y riesgos, a cada parte en relación con la(s) otra(s), dentro de la situación relacional en la que se han colocado, de manera que el título de imputación por el cual debe responder la parte incumplida frente a aquella que si cumple, se encuentra en el deber de cumplimiento que surgió de la propia voluntad de las partes”.

(...)

La responsabilidad civil contractual, requiere –de conformidad con lo anterior– la existencia una obligación derivada de un contrato, cuyo cumplimiento haya sido omitido por el demandado, ocasionando con ello un menoscabo a un interés jurídicamente protegido en cabeza del

*demandante. Lo anterior, da lugar a la exigencia del cumplimiento del contrato, su resolución o el pago de los daños ocasionados*³¹⁵.

Habiendo hecho las precisiones anteriores, que guiarán el análisis que se desarrollará en esta sección, el Tribunal pasará a analizar cada uno de los incumplimientos alegados.

4.3.5.2.1. En cuanto al incumplimiento del cronograma o el no terminar las obras objeto del Contrato dentro del plazo acordado entre las Partes

Para abordar este tema, concretamente en lo referente al incumplimiento en el cronograma, el Tribunal hará una distinción entre los incumplimientos que hubieren podido presentarse con anterioridad a la suscripción de los otros ítems (en adelante los "**Incumplimientos Anteriores**"), frente a aquellos que pudieron tener lugar con posterioridad a ello (en adelante, los "**Incumplimientos Posteriores**").

Revisadas las pruebas obrantes en el expediente, el Tribunal concluye que, en efecto, tal y como lo relata OCENSA en su Reforma de la Demanda de Reconvención, en las fases iniciales de la ejecución del Contrato ocurrieron diferentes circunstancias que ocasionaron desviaciones en el cumplimiento del cronograma de obra.

Lo anterior está ampliamente documentado, destacándose, entre otras pruebas, las siguientes:

- (i) La comunicación SGS-WG-3801903-BOG-028-C de 26 de junio de 2014³¹⁶ en la que el Interventor le comunica a Massy que existían para

³¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 8 de junio de 2018. Radicación: 25000-23-26-000-1999-01988- 01(38120). C.P.: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

³¹⁶ Cuaderno de Anexos de la Demanda de Reconvención, folio 101.

esa fecha porcentajes de atraso entre el 13,59% y el 30,85% en diferentes frentes de obra.

- (ii) El Informe Mensual de Obra No. 3 de 4 de julio de 2014, correspondiente a actividades entre el 1 y el 30 de junio de 2014³¹⁷ en el que se reporta que hay una desviación del -15,87%.
- (iii) La comunicación WG-INT-3801903-0106-C de 8 de julio de 2014 enviada por Massy a la Interventoría³¹⁸, en la que MASSY pone de presente eventos que *"han producido un desfase notorio en términos de tiempo, entre lo planeado y lo real lo cual amerita, como ya se dijo, una búsqueda conjunta de medidas que permitan recuperar el tiempo perdido sin comprometer las finanzas del contratista, en la medida que no tiene responsabilidad alguna en su ocurrencia"*. En esta comunicación, MASSY mencionó como causales de esas demoras el retraso en la firma del Acta de Inicio, la entrega tardía de la ingeniería de detalle y de la tubería a cargo de OCENSA, demoras en el proceso de selección de personal, e imprevistos en la gestión de comunidades.
- (iv) El Informe Mensual de Obra No. 4 de 10 de agosto de 2014, correspondiente a actividades entre el 1 y el 31 de julio de 2014³¹⁹, que refleja que para ese momento existía una desviación del -39,64%.
- (v) El Informe Mensual de Obra No. 5 de 3 de septiembre de 2014, correspondiente a actividades entre el 1 y el 31 de agosto de 2014³²⁰, en el que consta que existía para la fecha en que el mismo fue rendido, una desviación del -41,18%.

³¹⁷ Cuaderno de Anexos de la Contestación de la Demanda, folio 180.

³¹⁸ Cuaderno de Anexos de la Contestación de la Demanda de Reconvención, folio 443.

³¹⁹ Cuaderno de Anexos de la Contestación de la Demanda, folio 245.

³²⁰ Cuaderno de Anexos de la Contestación de la Demanda, folio 327.

Conforme al extenso material probatorio que obra en el expediente, como se dijo, se concluye que está suficientemente demostrado que en la fase inicial del Contrato existieron importantes retrasos en el cronograma de obra que generaron desviaciones significativas en la ejecución del Proyecto. No obstante, del análisis integral de las pruebas se encuentran dos circunstancias que, a juicio del Tribunal, dejan sin fundamento las pretensiones asociadas a ello en relación con lo que hemos denominado “Incumplimientos Anteriores”. En primer lugar, que no está demostrado hasta qué punto las causas de los retrasos en el cronograma pueden ser imputadas a una sola de las Partes, o, en específico, y como lo pretende OCENSA, a MASSY. En segundo lugar, que, a pesar de esas desviaciones -o quizás a causa de las mismas-, las Partes acordaron, mediante un otrosí al Contrato, ampliar el plazo de ejecución sin dejar allí salvedad alguna sobre la supuesta responsabilidad del contratista en los referidos retrasos constitutivos de los Incumplimientos Anteriores, o sobre la posibilidad futura para el contratante de reclamar pago de perjuicios que hasta allí hubieren podido serle ocasionados³²¹.

Respecto del primer punto señalado en el párrafo precedente, esto es, la imputación de las causas de las desviaciones en el cronograma a una de las Partes, además de la comunicación WG-INT-3801903-0106-C citada atrás, es particularmente dicente la comunicación WGOC-3801903-0115-C de 27 de noviembre de 2014 enviada por MASSY a OCENSA³²² en la que MASSY expuso las razones por las cuales, a su juicio, las obras no fueron terminadas en la fecha inicialmente establecida. En la comunicación en cuestión, MASSY reiteró circunstancias como la entrega tardía de ingeniería de detalle, las variaciones que surgieron entre la ingeniería básica y la ingeniería de detalle a medida que fue ejecutándose la obra, el manejo de las comunidades, la demora en entrega de materiales para tuberías, o acontecimientos que, en

³²¹ Ver Otrosí no. 1 de 9 de septiembre de 2014 que obra en Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 357 – 359.

³²² Cuaderno de Anexos de la Contestación a la Demanda de Reconvención, folio 469.

su criterio, no fueron imputables a MASSY pero que impactaron su productividad.

Visto el expediente, e independientemente de las circunstancias que puedan haber tenido un impacto en el cronograma de ejecución del Proyecto, existe una prueba fundamental que denota que OCENSA convalidó las demoras constitutivas de los denominados Incumplimientos Anteriores, mediante la prórroga del plazo que se dio a través del Otrosí No. 1 de 9 de septiembre de 2014³²³ (el "**Otrosí No. 1**") sin hacer ninguna salvedad al respecto.

En efecto, en el Otrosí No. 1, las Partes decidieron, por una parte, bajo la CLÁUSULA PRIMERA, *"ampliar el objeto del contrato incluyendo las actividades correspondientes al Plan de culminación obras complementarias Proyecto Delta 35 en CUSIANA, EL PORVENIR y COVEÑAS (...)"*, y, para lo que es relevante para el punto bajo análisis, en la CLÁUSULA SEGUNDA, acordaron establecer que *"El plazo de ejecución del contrato será hasta el 31 de diciembre de 2014, tomando como fecha de inicio el 7 de abril de 2014, según acta de inicio firmada entre las partes"*.

Analizado el Otrosí No. 1, se observa que, como ya se señaló someramente más arriba, en el mismo ninguna de las Partes dejó, a través de los funcionarios autorizados para modificar el Contrato, salvedad o anotación alguna respecto de ninguna reclamación por circunstancias anteriores al mismo en el marco de la ejecución del Contrato (lo cual desde luego comprende los Incumplimientos Anteriores), limitándose simplemente a extender el plazo como un reconocimiento a la necesidad de hacerlo, sin derivar de ello ninguna consecuencia contractual diferente, por lo que el Tribunal encuentra plenamente aplicable el siguiente criterio expuesto en la jurisprudencia:

³²³ Cuaderno de Pruebas No. 1, págs. 357 – 359.

"Así las cosas, es menester puntualizar los efectos jurídicos que en relación con reclamaciones pendientes tienen los negocios jurídicos bilaterales de modificación, adición, prórroga y suspensiones suscritos por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad para adaptar el contrato a las exigencias que sobrevengan o sobre el reconocimiento debido de las prestaciones cumplidas, en el sentido de que no proceden reclamaciones posteriores para obtener reconocimientos de prestaciones emanadas del contrato, cuando no aparecen o no se hicieron en dichos actos.

(...)

No sólo no resulta jurídico sino que constituye una práctica malsana que violenta los deberes de corrección, claridad y lealtad negociales guardar silencio respecto de reclamaciones económicas que tengan las partes al momento de celebrar contratos modificatorios o adicionales cuyo propósito precisamente es el de ajustar el acuerdo a la realidad fáctica, financiera y jurídica al momento de su realización, sorprendiendo luego o al culminar el contrato a la otra parte con una reclamación de esa índole. Recuérdese que la aplicación de la buena fe en materia negocial implica para las partes la observancia de una conducta enmarcada dentro del contexto de los deberes de corrección, claridad y recíproca lealtad que se deben los contratantes, para permitir la realización de los efectos finales buscados con el contrato"³²⁴.

En virtud de lo anterior, las circunstancias traídas a colación por OCENSA en soporte de estas pretensiones, que se fundan en hechos anteriores al otrosí suscrito el 9 de septiembre de 2014, no tienen consistencia con el hecho de haberse suscrito el referido otrosí sin salvedad alguna en relación con los Incumplimientos Anteriores. Por el contrario, en aplicación del criterio

³²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Radicación 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

apoyado en la jurisprudencia citada, y en esto el Tribunal coincide con el concepto del ministerio público, la suscripción del Otrosí No. 1 por las Partes habría curado los Incumplimientos Anteriores, es decir, aquellos en que cualquiera de ellas hubiera podido incurrir antes de esa fecha que hubieren dado lugar a la desviación del cronograma, y pretender declaraciones o condenas amparadas en esos hechos anteriores al otrosí iría en contra del propio acto de las partes que concurren a su suscripción sin dejar salvedades.

De esta forma, se reitera que la pretensión de OCENSA en comentario, en lo referente a los que hemos denominado Incumplimientos Anteriores (es decir, se reitera, los ocurridos antes de la suscripción del Otrosí 1 y el Otrosí 2), resulta contraria al principio "*venire contra factum proprium non valet*", puesto que implica que OCENSA estaría desconociendo, por un lado, las manifestaciones inequívocas de sus funcionarios en los otrosíes, y por otro, el silencio de ellos mismos en tales documentos, con el propósito de obtener una indemnización de perjuicios por estos hechos que, también se reitera, ella misma convalidó sin salvedades y que, en cualquier caso, no alegó al momento de reformar el Contrato.

En relación con este principio, la jurisprudencia ha reconocido el respeto al acto propio como una extensión del principio de buena fe que rige e imbuye la totalidad del ordenamiento jurídico. La Corte Constitucional ha establecido al respecto:

"6. El respeto al acto propio

Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.

La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo "Venire contra pactum proprium nellí conceditur" y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria. El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díez-Picazo enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice "no se puede ir contra los actos propios".

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho.

El respeto del acto propio requiere entonces de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz

Se debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica.

La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que

afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.

La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibile por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que está dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.

c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas -como emisor o como receptor- sean los mismos. Esto es que tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior³²⁵.

³²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-295 de 1999. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

El Tribunal encuentra probados los tres elementos establecidos por la Corte Constitucional para determinar la existencia de una conducta contraria al principio "*venire contra factum proprium non valet*", según la jurisprudencia que se acaba de citar en relación con las pretensiones de Ocensa asociadas a los Incumplimientos Anteriores. En primer lugar, existe una *conducta anterior, relevante y eficaz* de OCENSA, en el sentido de haber dado su aquiescencia vía la suscripción de otrosíes. En segundo lugar, OCENSA está *ejerciendo una facultad o derecho subjetivo que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción existente entre ambas conductas*, a saber, en desconocimiento de su intención de modificar el Contrato, está alegando en este proceso que hubo una desviación de cronogramas que OCENSA misma terminó por aceptar, validar y no reclamar cuando tuvo la oportunidad de hacerlo. Adicionalmente, es visible que existe una *identidad en el sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas*. Como se vio, en ambos casos el sujeto es el mismo: OCENSA.

Adicionalmente, el 25 de noviembre de 2014 las Partes celebraron el Otrosí No. 2³²⁶ con el objeto de modificar la razón social del Contratista, sin que en esa oportunidad ninguna de las Partes hubiese expresado tampoco reclamación alguna por ningún concepto.

En línea con todas las pruebas a las que se viene haciendo referencia, es diciente la declaración de Efraín Amaya, Jefe de Proyectos de OCENSA, que, de acuerdo a su dicho, fungió como administrador del Contrato en su etapa de liquidación:

"DRA. VARGAS: A usted le consta algo del cumplimiento o el incumplimiento de las obligaciones de las partes?"

³²⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 369.

SR. AMAYA: Dentro de los documentos que tuve acceso para la liquidación hubo algunos documentos como reclamaciones por calidad en las que se pactaron unos reconocimientos económicos entre las partes, tuve acceso a los retrasos que tuvo en su momento, pero nunca con impacto sobre la liquidación”³²⁷.

También manifestó:

“DRA. VARGAS: No, o sea, no habían entregado nada, faltaba el 50%, faltaba el 80%, faltaba el 90%, tiene que saber si liquidó qué porcentaje de cumplimientos hubo y qué porcentaje de incumplimiento no hubo, porque usted ya está hablando de perjuicios.

SR. AMAYA: Sí, lo que pasa es que ningún perjuicio se tuvo en cuenta en la liquidación, si hubo retrasos, se manejaron dentro de la administración del contrato y cuando yo la recibí simplemente dijeron, ya esto es lo que se ha pactado, estos son todas las actas, estos son todas las...(Interrumpido)”³²⁸.

Ahora bien, el Tribunal nota que existen pruebas documentales con posterioridad a los Otrosíes Nos. 1 y 2 en las que consta que las Partes se cruzaron alegaciones por desviaciones en el cronograma que continuaron ocurriendo. Entre ellas, es preciso destacar:

- (i) La comunicación SGS-WG-3801903-BG-071-C de 14 de octubre de 2014³²⁹, en la que la interventoría le indica a MASSY que a 7 de octubre existían desviaciones en el cronograma de obra del -33,63%.

³²⁷ Transcripción del testimonio de Efraín Amaya, pág. 3, archivo “R 29 08 2018” del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

³²⁸ Transcripción del testimonio de Efraín Amaya, pág. 5, archivo “R 29 08 2018” del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

³²⁹ Cuaderno de Anexos de la Demanda de Reconvención, folio. 115.

- (ii) La comunicación SGS-WG-3801903-BOG-090-C de 10 de noviembre de 2014³³⁰, en la que la interventoría le indicó a MASSY sus consideraciones acerca de la solicitud que MASSY había presentado para que se realizara un reajuste económico *"justificado en las supuestas dificultades para la entrega a WG [Massy] de los motores eléctricos de las unidades booster por parte de OCENSA para su instalación"*.
- (iii) La comunicación de 19 de noviembre de 2014 enviada por OCENSA a MASSY con asunto *"Incumplimiento en el completamiento mecánico de los equipos de bombeo de las Estaciones El Porvenir y Caucasia"*³³¹, en la que OCENSA señaló que MASSY *"incumplió en (sic) la terminación oportuna del completamiento mecánico de los equipos de bombeo. A la fecha de envío de esta comunicación, este hito contractual aún no se ha cumplido, desconociendo WGPSN las fechas de entregas parciales."*
- (iv) La comunicación WGOE-3801903-0115-C de 27 de noviembre de 2014 enviada por MASSY a OCENSA³³² citada atrás.

Como se advirtió, las pruebas anteriores denotan que con posterioridad a los Otrosíes No. 1 y 2, el Proyecto continuó atravesando dificultades que las Partes tuvieron que sortear. Adicionalmente, existe otro instrumento suscrito por delegados de las Partes y por el Interventor, que obra como prueba en el expediente, que lleva a concluir que los posibles retrasos en el cronograma que hubiesen podido ocurrir en esta etapa de la vida del Contrato, es decir, los Incumplimientos Posteriores, si bien no fueron de envergadura suficiente como para impedir el recibo de las obras, sí dieron

³³⁰ Cuaderno de Anexos de la Demanda de Reconvención, folio 128.

³³¹ Cuaderno de Anexos de la Demanda de Reconvención, folio 132.

³³² Cuaderno de Anexos de la Contestación a la Demanda de Reconvención, folio 469.

lugar a que quedaran ciertas labores por realizar que las partes mismas calificaron como "pendientes". Ese instrumento es el "Acta de Recibo Final de los servicios/Obras" de 5 de enero de 2015³³³ (en adelante, el "**Acta de Recibo**").

En el Acta de Recibo se dejó por escrito lo siguiente:

"3. Declaración de Finalización

Las partes declaran finalizadas las actividades objeto del contrato en la Estación La Belleza el 6 de noviembre de 2014 y la Estación Vasconia el 30 de diciembre; se reciben y declaran parcialmente finalizadas las actividades de las Estaciones Cusiana, El Porvenir, Caucasia y Coveñas el 31 de diciembre de 2014, existiendo obras pendiente de ejecutar las cuales se relacionan en los Anexos Nos. 1A y 1B para El Porvenir, 2A y 2B para Cusiana, 3 para Caucasia y 4ª y 4B para Coveñas.

y (sic) que corresponden a un porcentaje mínimo en construcción respecto al contrato (3,52%). El cierre de los pendientes descritos en los anexos anteriormente mencionados se hará por Massy antes del día 26 de enero de 2015 en Coveñas y del 24 de enero de 2015 en Caucasia, con la posibilidad de ir hasta el 29 de enero de 2015 para las estaciones de Coveñas y Caucasia; lo anterior, siempre y cuando se cumplan los siguientes condicionamientos:

- 1. Elaboración de un programa detallado de trabajo para las estaciones de Caucasia y Coveñas al cual se le pueda hacer seguimiento diario.*
- 2. Replanteamiento de la estrategia de los trabajos eléctricos en Coveñas.*

OCENSA declara que se reserva el derecho de terminar en cualquier momento el plazo otorgado para terminar los pendientes de que tratan los anexos 1 a 4, si se evidencia que el programa indicado anteriormente no está siendo cumplido o presenta desviaciones que permitan inferir

³³³ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 388.

que no se cumplirán los compromisos adquiridos” (resaltados fuera del texto).

De la prueba anterior, nuevamente aparece de manera diáfana que las partes, a través de los funcionarios designados por ellas para el efecto, hicieron referencia a trabajos faltantes por parte de MASSY, es decir, a incumplimientos al vencimiento del término del contrato, y, por consiguiente, a la necesidad de ejecutar obras pendientes después de dicho vencimiento (31 de diciembre de 2014). Nótese que en este documento, OCENSA, además de dejar constancia de que no fueron ejecutadas todas las obras a la fecha de vencimiento del contrato, se reservó además, como no lo hizo en los otrosíes, ciertos derechos asociados a eventuales nuevos incumplimientos o desviaciones en la solución de pendientes, concediendo un plazo unilateral para su solución final, lo cual solo es propio de quien hace una concesión a otro para solucionar un problema, mas no de quien está dispuesto a convalidar y perdonar a través de un mutuo acuerdo como sí se percibe que ocurrió respecto de los Incumplimientos Anteriores, en la forma como ya ha quedado descrita en el presente laudo.

Todo lo dicho hasta acá deja entonces sin fundamento las pretensiones en cuestión de OCENSA en lo que se refiere a los denominados Incumplimientos Anteriores, es decir, los ocurridos antes de la suscripción del Otrosí 1 y el Otrosí 2, es decir, antes del 25 de noviembre de 2014 (fecha de suscripción del Otrosí 2), pero deja probada la existencia de otros incumplimientos – es decir, los constitutivos de los Incumplimientos Posteriores – que no fueron convalidados o aceptados a la expiración del plazo contractual (diciembre 31 de 2014), por cuanto a esa fecha quedaban obras pendientes que así quedaron consignadas en el Acta de Recibo. Sin embargo, para el Tribunal es importante señalar que, aún con ese incumplimiento por parte de Massy, no se ha encontrado demostrado el monto del supuesto perjuicio que le causaron a OCENSA estos incumplimientos.

En efecto, y como ya se mencionó, OCENSA pretende el pago de \$923.979.652, por este concepto. La suma en cuestión corresponde a los

"costos administrativos que [OCENSA] tuvo que incurrir en los cuatro meses de retraso", es decir, entre el 1 de enero de 2015 y el 30 de abril de 2015, por conceptos de "Logística", "RSE-HSE", "Gerencia", "Gestión MRF", y "Gestión COV"³³⁴. No obstante, contrario a lo afirmado, en verdad OCENSA no presentó soportes que evidencien el haber incurrido en tales erogaciones, siendo su carga haberlo hecho. Lo anterior torna este perjuicio incierto, y por ende no indemnizable.

Adicionalmente, en este punto son de recibo, por lógicas, ponderadas y razonables, las conclusiones del dictamen elaborado por Carlos A. Bohórquez en el sentido que:

"Las obras faltantes para concluir los trabajos e identificadas en las respectivas actas, no requieren mantener a la totalidad del personal ya que el faltante de obra es solo de aproximadamente el 3% de la obra total, aspecto que a la luz de cualquier empresa, no requiere la cantidad de personal para hacer seguimiento e interventoría como una obra en el pico de la ejecución del mismo. Se ha analizado el faltante de construcción y lo requerido para una interventoría encontrando lo siguiente:

- *El monto final de las obras faltantes es la suma cop\$1.324.429.847.*
- *El valor de los gastos administrativos que reclama OCENSA sería una suma cercana al 80% del valor de las obras.*
- *Bajo las prácticas normales de interventoría, los costos de seguimiento son una proporción del monto de obra por efecto del seguimiento a las mismas que en ningún caso es superior al 6% del valor de estas"³³⁵.*

³³⁴ Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 59.

³³⁵ Cuaderno del Dictamen de Carlos A. Bohórquez (Proyecta Consulting), folio 35.

En virtud de todo lo anterior se denegarán las pretensiones 17 declarativa principal, 7 declarativa consecencial y 1 de condena de la Reforma de la Demanda de Reconvención de OCENSA, y se declarará próspera la pretensión 18 declarativa principal.

4.3.5.2.2. En cuanto la ejecución de obras en la Estación Coveñas con una calidad inferior a la requerida en el Contrato

El segundo incumplimiento alegado por Ocesa es la ejecución de las obras de la Estación Coveñas con una calidad inferior a la requerida bajo el Contrato.

Con relación a este incumplimiento, el Tribunal encuentra que el esfuerzo probatorio desplegado por MASSY en el proceso no logró contrarrestar las conclusiones del *"Informe Ejecutivo Cambio Altura Succión BPC-42050"* de 24 de agosto de 2015, que aparece firmado por funcionarios de MASSY y de OCENSA³³⁶ (el **"Informe Ejecutivo"**). En el Informe Ejecutivo se expresa que *"[d]e acuerdo con el comportamiento operacional de la unidad se ve la necesidad de modificar la altura la tubería en la succión de la BPC 42050 en el terminal Coveñas"*³³⁷. Y se agrega: *"Considerando el comportamiento hidráulico de una bomba centrífuga, se tiene que un aumento súbito de velocidad, que conlleva una caída de presión es característico de problemas de cavitación, por lo tanto requiere una modificación en el trazado"*³³⁸.

Lo expresado en el Informe Ejecutivo se refuerza con la siguiente confesión de la representante legal de Massy, señora Natalia Gómez Palacio:

³³⁶ Cuaderno de Anexos de la Demanda de Reconvención, folios 188 y ss.

³³⁷ Cuaderno de Anexos de la Demanda de Reconvención, folio 189.

³³⁸ *Ibidem*.

"DR. SANABRIA: (...) En caso afirmativo, y usted ya nos dijo que era cierto, por favor precísenos en qué consistió el inconveniente y cómo fue solucionado.

SRA. GÓMEZ: El inconveniente reposa digamos en el reporte que está, es básicamente un problema en la succión de un tubo de la bomba de Coveñas, digamos que la altura del tubo quedó a un nivel distinto y lo que hacía era que apagaba la bomba cuando había una fricción determinada.

Cuando la bomba llega a cierta temperatura y a cierta condición, pues yo no soy técnica por eso prefiero, digamos los aspectos técnicos están ya consignados en el expediente, pero básicamente era que por la altura en que quedó construido el tubo de esa bomba, la bomba no lograba la capacidad total y lo que hacía era que no llegaba el fluido total y se apagaba, digamos se dieron varias alternativas, sin embargo, a la fecha entiendo, pero no tengo conocimiento, es que eso no se, digamos, la solución técnica que se presentó en ese informe no se ha aplicado por parte de Ocesa"³³⁹.

Conforme a lo anterior, el Tribunal encuentra probado que la parte de la tubería de la Estación Coveñas a la que hace referencia fue ejecutada, en efecto, con deficiencias técnicas, que de acuerdo con el Informe Ejecutivo se sugirió corregir.

Ahora bien; en relación con este incumplimiento, se observa que, al estimar el valor de este perjuicio, en el juramento estimatorio de la Reforma de la Demanda de Reconvención, OCENSA argumentó que "(...) se realizó un estudio para determinar cuál era el valor de las obras realizadas y cuánto

³³⁹ Transcripción del interrogatorio de parte rendido por Natalia Gómez Palacio, pág. 26, archivo "R 30 08 18" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

debía invertir Ocesa para realizar las adecuaciones que se requerían para cumplir con lo contratado. El valor de dichas adecuaciones ascendió a (...) (COP\$1.212.183.334), y los soportes técnicos de dicha valoración se encuentran en el [Informe Ejecutivo] que se aporta como prueba. Este valor se solicita sea reconocido por concepto de daño emergente”³⁴⁰.

Al contrastar esta alegación de OCENSA con el Informe Ejecutivo -prueba esta que en criterio de la Demandante en Reconvención soporta el monto de los perjuicios supuestamente sufridos- se aprecia lo siguiente. El Informe Ejecutivo contiene un *"Presupuesto considerado"* para *"Compras, construcción, precomisionamiento y puesta en marcha de las modificaciones a los sistemas de bombeo y sistemas complementarios del proyecto de ampliación de capacidad: Delta 35"*, que concluye con un *"Valor total de la oferta incluyendo utilidad"* de \$1.221.164.361. Para el Tribunal, el hecho de que se presente un *presupuesto considerado*, y que a partir del mismo se presente una *oferta* que no ha sido controvertida en este proceso, constituye una prueba razonable y suficiente para tener por demostrada la ocurrencia de este perjuicio, más aún considerando que ya desde su demanda inicial, MASSY planteaba su aceptación a que se hiciera el descuento por este concepto y que el mismo fue presentado como algo ya convenido entre las partes³⁴¹ sin que ello hubiere sido controvertido a nivel probatorio dentro del proceso. Lo anterior, independientemente de que las fallas presentadas no hubieran tenido el alcance de impedir totalmente el funcionamiento de la bomba, ya que en cualquier caso tal funcionamiento sí se vio obstaculizado de algún modo según quedó todo ello establecido en varias declaraciones rendidas a lo largo del proceso³⁴². Así las cosas, y dado que es evidente que quien contrata una obra tiene un legítimo interés, protegido por el derecho al respetar la voluntad contractual, en que la misma se ajuste a los

³⁴⁰ Reforma de la Demanda de Reconvención, pág. 56.

³⁴¹ Ver hecho 56 de la demanda inicial presentada por Massy, y hecho 111 de la reforma a la demanda.

³⁴² Ver por ejemplo, declaración de Francisco Matiz - Archivo "R 10 10 2018 def" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2, o la transcripción del testimonio de Óscar Leonardo Gómez, Archivo "R 19 09 2018 def" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2, págs. 80 y 83, entre otras.

parámetros contratados, el Tribunal concederá esta pretensión en los términos antes anotados, cuantificando el valor del perjuicio en el mismo monto contemplado en la oferta a la que ya se ha hecho referencia, y disponiendo que, en consecuencia, dicha suma le sea reconocida a OCENSA, no como un menor valor del Contrato, sino como una compensación que habrá de operar contra las sumas que, a su turno, quedarán a cargo de OCENSA de conformidad con lo que en este laudo se dispone.

A pesar de que en el juramento estimatorio se calculó el perjuicio en \$1.212.183.334, lo probado es \$1.221.164.361, valor éste que se reconocerá en la medida en que el juramento estimatorio fue objetado por MASSY "***en su integridad***" (destacado del texto original), por lo cual es aplicable lo previsto en el inciso quinto del artículo 206 del C.G.P. al tenor del cual "*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*".

En consecuencia, prosperan las pretensiones 19 declarativa principal, repetida en la 20 declarativa principal, la pretensión declarativa consecucional 8 y la pretensión de condena 2, sin perjuicio de la compensación que se declarará más adelante.

En la medida en que prospera la pretensión declarativa principal 20, no es necesario pronunciarse sobre la subsidiaria 20.1., y como prospera la pretensión declarativa consecucional 8, no es necesario pronunciarse sobre la subsidiaria 8.1.

4.3.5.2.3. En cuanto al incumplimiento por no ejecutar la totalidad de las obras que se encontraban en el alcance del Contrato

El tercer y último incumplimiento que pasa a analizarse es el de "*no ejecutar la totalidad de las obras que se encontraban en el alcance del Contrato*" que,

según lo argumentado por OCENSA, se refiere a lo que en el proceso ha dado en llamarse "Obras no Ejecutadas" en línea también con la documentación allegada por las Partes. Las posiciones de las Partes sobre este problema pueden sintetizarse en que mientras para OCENSA hubo un componente del objeto y alcance del Contrato que indebidamente dejó de ejecutarse, para MASSY la no ejecución de esas obras fue consensuada, y, en cualquier caso, OCENSA no habría pagado el valor completo del Contrato por lo que no podría reclamar suma alguna en compensación de esas obras supuestamente no ejecutadas.

Como comentario preliminar al análisis que pasará a realizarse, el Tribunal no puede perder de vista las posiciones observadas por MASSY respecto de este problema jurídico puntual a lo largo del proceso. En la Demanda Inicial³⁴³, MASSY realizó manifestaciones inequívocas en el sentido de estar de acuerdo en que se descontaran los valores por obras no ejecutadas del precio final del Contrato: en particular, el hecho 4.54.³⁴⁴ y el Juramento Estimatorio presentado en esa actuación, en el que MASSY presentó una "liquidación" *"después de realizar los descuentos y añadir los mayores valores que causaron (sic)"*. Uno de esos descuentos es el *"Descuento por Obras (sic) no ejecutadas"* que se tasó en *"(1.702.082.490)"*.

En la Reforma de la Demanda Principal, MASSY incluyó el hecho 4.108. haciendo referencia al valor de las Obras No Ejecutadas, y señaló: *"Ese señalado valor, a pesar de que inicialmente no fue objeto de pretensión por MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., en la demanda que ahora se reforma, sí fue incluido en las pretensiones formuladas por OCENSA mediante su*

³⁴³ Cuaderno Principal No. 1, folios 1 y ss.

³⁴⁴ **"4.54.** *En un documento titulado "Informe Valorización de Obras No Ejecutadas", la Interventoría presenta las actividades y obras que no fueron ejecutadas por cada Unidad Funcional y cuantifica su valor en MIL CIENTO SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIWNTOS SETENTA Y UN MIL TRECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON CUARENTA Y SIETE CENTAVOS (\$1.175.471.333,47), los cuales debían ser descontados del precio final del contrato."* Cuaderno Principal No. 1, folio 23 -reverso-.

*Demanda de Reconvención con el propósito de que fuese objeto de un nuevo y, por tanto, doble e indebido descuento en contra de MASSY ENERGY*³⁴⁵. Así mismo, en el Juramento Estimatorio presentado con la Reforma de la Demanda Principal, MASSY eliminó el “descuento por obras no ejecutadas” que había incluido en la Demanda Inicial. El Tribunal habrá de tener en cuenta esta conducta dentro del análisis que se realizará a continuación.

Descendiendo entonces al análisis en cuestión, es pertinente para resolver este problema jurídico hacer referencia a dos pruebas documentales que obran en el expediente, que fueron expresamente señaladas por OCENSA para soportar estas pretensiones. Por una parte, el denominado “Informe Valorización de Obras No Ejecutadas” elaborado por la Interventoría, cuya última versión es de 24 de agosto de 2015³⁴⁶ (el “**Informe de Obras No Ejecutadas**”), y, por otra parte, la comunicación de la Interventoría a MASSY SGS-WG-3801903-BOG-234-C³⁴⁷ de 28 de julio de 2015 con asunto “*Su comunicación WG-INT-3801903-0709-c. Respuesta “Resumen de Costos – Obas (sic) No Ejecutadas”*”. Como se pasará a exponer, estos dos documentos, junto con otras pruebas que fueron practicadas, permiten al Tribunal concluir que las obras no ejecutadas a que hace referencia el informe en cuestión, no fueron realizadas por circunstancias ajenas a OCENSA (sin querer decir tampoco que hubieran sido por causas imputables a MASSY por incumplimiento de su parte) y respecto de las cuales, aun cuando las Partes sostuvieron tratativas para incluirlas en una eventual liquidación de mutuo acuerdo del Contrato, estas tratativas a la postre resultaron infructuosas. Para aclarar el punto, se hará primero referencia a algunas declaraciones que permiten contextualizar lo que expresan esos documentos, para luego pasar a analizar las dos pruebas documentales reseñadas.

³⁴⁵ Cuaderno Principal No. 2, folio 400.

³⁴⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 422 y ss.

³⁴⁷ Cuaderno de Anexos de la Demanda de Reconvención, folios 134 y ss.

Algunas de las declaraciones practicadas en este proceso ilustraron al Tribunal acerca del contexto que rodeó la producción de estos documentos, lo que ocurrió con relación a las "obras no ejecutadas", y la intención que tuvieron las Partes y la interventoría al levantar el Informe de Obras No Ejecutadas.

Sergio Villarreal, Líder Técnico del Proyecto de MASSY, declaró:

"DR. VALL DE RUTÉN: ¿Sabe en qué consistió el documento de obras no ejecutadas y quién lo elaboró?"

SR. VILLARREAL: Ese documento se hizo en 2015 por parte de la interventoría, el documento contenía una revisión que había hecho la interventoría de las cantidades de obra hechas en las estaciones en las cuales indicó aquellas cantidades de obra que no fueron finalmente ejecutadas y las multiplicó por los precios que quedaron en el cierre de libros, por los precios unitarios del cierre de libros y ese dinero lo sumó y nos lo pasó como un descuento que nos iba a hacer a nosotros, eso fue en 2015 y allí sumó esas cantidades estación por estación.

DR. VALL DE RUTÉN: ¿Y por qué Massy firmó ese documento?"

SR. VILLARREAL: Bueno para nosotros estábamos operando bajo el entendido de que recibimos ese documento, lo revisamos, emitimos comentarios y ya lo que quedaba en ese documento, lo que nos iban a descontar decía, bueno, si me descuentan esto, yo recibo el pago de lo otro que me estaban adeudando en el momento.

(...)"³⁴⁸.

³⁴⁸ Transcripción de la declaración de Sergio Alexander Villarreal, Archivo "R 10 10 2018 def" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2, págs. 69- 70.

En interrogatorio de parte la Sra. Natalia Gómez, representante legal de Massy, declaró lo siguiente:

*"DR. GUERRA: (...) Diga cómo es cierto sí o no que Massy reconoció que las obras no ejecutadas contenidas en el informe de la interventoría del 24 de agosto del 2015 **debían ser descontadas del precio a serle pagado como resultado de la eventual liquidación del contrato.***

SRA. GÓMEZ: Es cierto, en aras del principio de la buena fe cuando ya cerramos los libros, entregamos las obras, empezamos a hacer un proceso de ejecución, no obstante el contrato haber sido un contrato de suma global, al final del día fueron descontados, digamos para efectos de agilizar digamos la liquidación que era en lo que estábamos en ese momento y para esos efectos acordamos que Massy y esas obras digamos fueron acordadas de mutuo acuerdo, que no se iban a realizar y fueron descontadas del valor del contrato"³⁴⁹ (resaltado fuera de texto).

La anterior respuesta afirmativa de la representante legal de MASSY en interrogatorio de parte a la pregunta del apoderado de OCENSA, quien calificó que las obras no ejecutadas "***debían ser descontadas del precio pagado como resultado de la eventual liquidación del contrato***", configura sin duda alguna una muestra de que las partes nunca atribuyeron el calificativo de incumplimiento a las llamadas "obras no ejecutadas", lo cual corrobora, además, el aparte de los testimonios que a continuación se transcriben.

El testigo JAVIER MATIZ CHICA Director del proyecto de OCENSA, declaró:

³⁴⁹ Transcripción de la declaración de la Sra. Natalia Gómez, Archivo "R 30 08 18" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2, pág. 17.

"DR. VALL DE RUTÉN: O sea, que Massy cumplió con todos los requisitos para poderlo entregar a la operación?"

"SR. MATIZ: Cumplió con todos los requisitos, sí, no en los tiempos que se necesitaba."

César Rivera³⁵⁰ declaró:

"DR. SANABRIA: No, yo le estoy preguntando por lo suyo, usted considera que no hubo incumplimientos?"

SR. RIVERA: En el, había incumplimientos, pero se trataban de mitigar.

DR. SANABRIA: Sí, al final del día.

SR. RIVERA: Sí señor.

DR. SANABRIA: Hubo algún prejuicio entonces, al final del día?

SR. RIVERA: Básicamente al final digamos lo que resulta después de todo el proceso, es este tema puntual de Coveñas.

DR. SANABRIA: Únicamente?

SR. RIVERA: En operación de los equipos, eso.

DR. SANABRIA: Únicamente.

SR. RIVERA: El resto de equipos funcionaron sin ningún problema".

³⁵⁰ Archivo "R 19 09 2018 def" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

EVER MORA³⁵¹, manifestó:

"DR. VALL DE RUTÉN: Se ejecutó todo el alcance del contrato?"

SR. MORA: Todo el alcance. Lo que no se pudo haber ejecutado pudo ser porque o no se necesitó, o menores cantidades de obra comparado contra MTOs, pero lo que hacía parte del alcance como tal sí se ejecutó al 100%, todas las unidades funcionales se entregaron, arrancaron, se comisionaron y arrancaron".

RUBÉN RICO³⁵² testificó:

"DR. VALL DE RUTÉN: Es importante el tema de lo que se denominó obras no ejecutadas, le pregunto esas obras no ejecutadas correspondieron a un incumplimiento por parte de Massy o al abandono de alguna parte del trabajo o qué significación tenía eso?"

SR. RICO: No, esa y lo comentaba al principio, cuando uno lee, vuelvo y lo resalto, que uno lee ciertamente y pareciera que se hubiera dejado de ejecutar algo, pero fue ese cotejo o esa re, re, revisión que determinó o que realizó la interventoría asignando funcionarios para que fuera de estación chequeando el cierre de libros y donde evidencia que algunas de las cantidades de los cierres de libros no fueron ejecutadas, fue una disminución de cantidad.

DR. VALL DE RUTÉN: Pero no fueron ejecutadas porque no se quiso, no se pueden ejecutarlas o porque la obra no las requería?"

³⁵¹ Archivo "R 13 08 2018 def" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

³⁵² Archivo "R 09.08.18 Rubén Darío Rico" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

SR. RICO: Porque la obra no las requería o porque fueron menores cantidades al final, lo que les comentaba antes que si la ingeniería decía 12 metros entonces era 12.5 fue la verificación de ir a chequear y decir, no, el número que cerró fue 12.5 sino fue 11.55.

DR. VALL DE RUTÉN: Le pregunto para que esto nos quede claro, las cantidades que da la ingeniería de detalle son de todas formas estimadas, o sea, son un estimado?

SR. RICO: De acuerdo con el contrato era un global, o sea ya determinada la ingeniería de detalle y entregadas las actas se cerraba, ya no había ese tercer paso que se hizo que fue hacer las menores cantidades u obras no ejecutadas, o menores cantidades ejecutadas, no recuerdo bien el nombre del informe, sin embargo se hizo, lo hizo la interventoría, lo hizo bastante minucioso y de todas formas traía una diferencia entre lo que determina la ingeniería de detalle y lo que finalmente termina completándose.

DR. VALL DE RUTÉN: Pero esas diferencias, me interesa que eso quede muy claro, esa diferencia no corresponde a parte de la obra que no se hubiera hecho?

SR. RICO: No, no, no. Si efectivamente hubiera existido alguna, hubiera sido notificado, hubiera dicho mire usted no cumplió el alcance, el alcance quedó incompleto, hubiera sido otro tipo de manejo o se hubiera visto afectado en algo, mire, el proyecto se afectó porque usted dejó de hacer esto y la verdad no sucedió así.

DR. VALL DE RUTÉN: Qué se comparó para determinar la información que quedó en el documento de obra no ejecutada?

SR. RICO: Se tomó como base la información del cierre de libros que se había hecho conjuntamente y se hizo un recorrido general con diferentes grupos de trabajo y la interventoría para validar que lo que se había

revisado en algún momento por alguien, se volviera a rechequear pero ya con las obras tangibles.

DR. VALL DE RUTÉN: Y la interventoría revisó lo ejecutado y lo no ejecutado?

SR. RICO: Sí, ese informe comprende una columna resumen y esta fue la realmente ejecutada, y esta fue la que no se ejecutaron de los cierres de libros.

DR. VALL DE RUTÉN: Todo el mundo estaba de acuerdo en que lo que decía ahí como ejecutado, fue ejecutado, eso no se discutió por nadie?

SR. RICO: Así es.

DR. VALL DE RUTÉN: Ni por OCENSA, ni por la interventoría?

SR. RICO: No, ya lo ejecutado era tan minucioso, fue tan procedimental, tan extenso, tan detallado que si hay algo que se vea que se pueda evidenciar que tuvo varios chequeos fue ese informe porque ya es el producto de muchos trabajos anteriores”.

Contrastando el dicho de estos declarantes, funcionarios de MASSY, con las declaraciones de los testigos que fungieron como funcionarios de OCENSA, como la de Efraín Amaya (que se citará a continuación), se encuentran algunas coincidencias en cuanto al entendimiento de las Partes al levantar el Informe de Obras No Ejecutadas. Sobre este punto, es preciso tener en cuenta que por la época en que se produjo el Informe de Obras No Ejecutadas, se levantaron otros informes, como el denominado “Informe Ejecutivo”, el “Informe de Alcances Sobrevinientes”, cuya última versión es

de 13 de agosto de 2015³⁵³, y el “Informe Solicitud Reconocimiento Económico”, cuya última versión es de 24 de agosto de 2015³⁵⁴. Estos documentos, junto con las declaraciones a que se viene haciendo referencia, demuestran que, en anticipación de la liquidación del Contrato, las Partes habían iniciado un proceso de conciliación técnica de lo ejecutado que, además, fue aceptado por MASSY desde su demanda original.

Quizás la expresión más clara por parte de funcionarios de OCENSA con relación a este punto está en las declaraciones de Efraín Amaya, Jefe de Proyectos, dado que, según su dicho, a partir de agosto de 2015 entró a reemplazar al gerente de proyectos Francisco Matiz y a administrar el Contrato³⁵⁵, para realizar principalmente su liquidación. El señor Amaya declaró lo siguiente con relación al proceso de liquidación del Contrato:

"DR. PARRA: (...) cómo ha sido el proceso de liquidación o cómo fue el proceso de liquidación para el cual usted llegó, el contrato termina, está ya liquidado, se formularon objeciones a la liquidación, nos puede explicar al Tribunal muy brevemente cómo fue ese ítem de desarrollo de la liquidación del contrato por favor?"

SR. AMAYA: Sí, se me entregó un borrador en ese momento, de un formato que utilizamos para...(Interrumpido)

DR. PARRA: Del acta de liquidación?

SR. AMAYA: Del acta de liquidación, y se procedió a buscar toda la historia del contrato, todas las actas firmadas, todas las actas de avance de obra, todos los pagos que se habían realizado, si mal no recuerdo, 10 pagos realizados, se busca en el sistema y se encuentran los valores que

³⁵³ Cuaderno de pruebas No. 1, folio 412.

³⁵⁴ Cuaderno de pruebas No. 1, folio 428.

³⁵⁵ Transcripción del testimonio de Efraín Amaya, archivo “R 29 08 2018” del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2, pág. 2.

se pagaron en ese momento, y se hace una conciliación, algunas cosas no aparecieron en su momento, por ejemplo, el acta de recibo de una parte de la ingeniería, y con MASSY nos reunimos y encontramos el documento y lo incluimos dentro de la liquidación.

En ese momento llegamos a un número que era el que se propuso, se presentó un borrador de acta de liquidación y ahí terminó ese proceso, porque ya lo tomó el área legal de OCENSA y nos dijeron que ya en la parte técnica y ni el administrador del contrato seguíamos con eso”³⁵⁶.

En lo que tiene que ver en particular con el Informe de Obras No Ejecutadas, manifestó:

“DR. GUERRA: En adición a estos dos informes le pongo de presente el último informe que se aporta, es el folio 422, ahí también arriba a la derecha, que tiene el título de Informe Valorización de Obras Ejecutadas, le pregunto, este informe también se tomó en cuenta a la hora de liquidar el contrato?

SR. AMAYA: No ejecutadas, sí señor, este también se tiene dentro de la liquidación.

DR. GUERRA: Y ese monto entró a sumar o restar los montos a favor de MASSY?

SR. AMAYA: A restar los montos a favor de Massy”³⁵⁷.

Y añadió:

³⁵⁶ Transcripción del testimonio de Efraín Amaya, archivo “R 29 08 2018” del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2, pág. 9.

³⁵⁷ Transcripción del testimonio de Efraín Amaya, archivo “R 29 08 2018” del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2, pág. 12.

"DR. GUERRA: Usted me podría resumir por favor cuál fue el ejercicio entonces, con base en estos informes, que se hizo con cada uno de ellos?"

SR. AMAYA: La liquidación nuevamente eran las sumas adeudadas por la ingeniería menos la ingeniería no ejecutada más el valor base de las compras, la incertidumbre, 15% de las compras, más los sobrevivientes. En construcción algo parecido, la construcción, el valor base de la construcción más el 15% de ese valor base más el valor de las obras sobrevivientes, a esos valores que era el total de la ejecución del contrato se restó el ajuste de calidad de la succión de la bomba BPC-050, se sumó el reconocimiento económico de los 36 millones, se restó los otros 1.300 millones de las obras no ejecutadas y se restó el valor que se había pagado en las 10 actas de pagos.

DR. GUERRA: Este ejercicio de liquidación fue puesto en conocimiento a Massy por Ocesa?

SR. AMAYA: No, no tengo esa información, sé trató siempre con Oliverio del Villar, se hizo la conciliación con ellos, estuvo una persona técnica, no tengo el nombre acá, aparece en las actas, pero no, no tengo la, se hizo la conciliación técnica que fue buscar las actas que no estaban firmadas, que no encontramos nosotros y que sí las tenían ellos, por ejemplo, de la ingeniería no ejecutada, nos las entregaron. Se hizo una conciliación de números y se pasó el borrador del acta de liquidación.

DR. GUERRA: Esa acta fue suscrita?

SR. AMAYA: No.

(...)

DR. GUERRA: Por qué razón, conoce usted, Massy no aceptó la liquidación como la proponía Ocesa?

SR. AMAYA: Se estaba, la diferencia entre el 15% y el 26% de las actas de valoración de obras.

DR. GUERRA: Usted me podría explicar si conoce con un poco de detalle cuál era la posición de Massy con respecto a esta liquidación?

SR. AMAYA: La posición de Massy eran el pago total como se habían valorado en las actas de cierre de libros.

DR. GUERRA: Usted encontró procedente la explicación de Massy o la solicitud de MASSY de solicitar el pago de todos los componentes de la obra como me menciona?

*SR. AMAYA: No*³⁵⁸.

Teniendo este contexto, aclarado por las declaraciones practicadas en el proceso, se procede a analizar el Informe de Obras No Ejecutadas y la comunicación de la Interventoría a MASSY SGS-WG-3801903-BOG-234-C³⁵⁹ de 28 de julio de 2015.

En el Informe de Obras No Ejecutadas, la Interventoría manifiesta que:

"El presente informe contiene la identificación y valoración de las obras no ejecutadas que estaban incluidas en el alcance del contrato (...)

Se consideran en el análisis las obras que fueron incluidas en la valoración realizada en el Cierre de Libros de Construcción que hacen parte del objeto del contrato (...) pero que no fueron construidas por razones ajenas a Ocesa.

³⁵⁸ Transcripción del testimonio de Efraín Amaya, archivo "R 29 08 2018" del CD del folio 531 del Cuaderno de Pruebas No. 2, págs. 12-13.

³⁵⁹ Cuaderno de Anexos de la Demanda de Reconvencción, folios 134 y ss.

Adicionalmente se incluyen descuentos de ítems pagados en mayor valor, debido a errores de digitación en el porcentaje de avance que fueron pagados en porcentajes superiores a los reales en las Actas Parciales cuyo valor ya fue pagado al contratista.

*Finalmente se presenta un resumen de los costos directos de las obras no ejecutadas del contrato*³⁶⁰.

Del documento en cuestión se resaltan dos elementos claves para resolver este problema jurídico: el primero, que se constata que las Obras No Ejecutadas, en efecto, no fueron ejecutadas, lo cual además no ha sido controvertido dentro del proceso. El segundo, que la no ejecución de esas obras correspondió a "*razones ajenas a Ocensa*", mención que, proviniendo de la Interventoría, resulta significativa por cuanto no se indicó tampoco que no se hubieran ejecutado por razones imputables a MASSY, de lo que infiere el Tribunal, no se estaba registrando incumplimiento alguno.

En línea con lo anterior, bajo el contexto descrito y con lo dicho en el Informe de Obras No Ejecutadas se entiende que la comunicación de la Interventoría a MASSY SGS-WG-3801903-BOG-234-C³⁶¹ de 28 de julio de 2015 con asunto "*Su comunicación WG-INT-3801903-0709-c. Respuesta "Resumen de Costos - Obas (sic) No Ejecutadas"*", a la que OCENSA hace referencia como soporte de su reclamación, habría hecho parte del procedimiento de conciliación técnica adelantado para llegar a ese informe. En la comunicación en cuestión, la Interventoría afirma:

"(...) nos permitimos informarles que la Interventoría realizó revisión de los soportes remitidos por (sic) Lassy (sic) en la comunicación del asunto y realizó la verificación en campo.

³⁶⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 423.

³⁶¹ Cuaderno de Anexos de la Demanda de Reconvención, folios 134 y ss.

Como resultado de la revisión se realizaron los ajustes al valor de las obras no ejecutadas en la estación Coveñas, por lo que estamos remitiendo Resumen de Costos Directos de las obras no ejecutadas en desarrollo del contrato en referencia y sus respectivos soportes, correspondientes a las Estaciones Cusiana, El Porvenir, Caucasia y Coveñas. A los costos discriminados en los soportes adjuntos, se deberá aplicar el factor de Costos Indirectos y Utilidad pactados en el Contrato con el fin de obtener el valor final de las obras no ejecutadas.

Solicitamos manifestar su conformidad con los valores remitidos en los documentos adjuntos con el fin de tenerlos en cuenta en el proceso de liquidación del contrato, o en su defecto manifestar las observaciones que consideren pertinentes”.

Lo que indica esta comunicación, junto con las demás pruebas que se han reseñado, es que el rastreo final de obras no ejecutadas apuntaba a determinar sumas que OCENSA debía o podía deducirle a Massy vía descuento en la liquidación final de mutuo acuerdo del Contrato, es decir, a valores que se tendrían en consideración para los cruces finales de cuentas entre las Partes.

El análisis conjunto de las pruebas reseñadas en precedencia, conduce a las siguientes conclusiones. Primero, que hacia los meses de julio y agosto de 2015 las Partes iniciaron un proceso de conciliación técnica cuyo objetivo era verificar conjuntamente lo ejecutado, y que se adelantó con el acompañamiento de la Interventoría. Segundo, que el proceso de conciliación técnica se realizó amistosamente, y bajo el entendido que lo que se buscaba era facilitar una liquidación de mutuo acuerdo del Contrato. Tercero, que como parte de ese proceso de conciliación técnica se levantaron diferentes informes, incluyendo el Informe de Obras No Ejecutadas. Cuarto, que dentro de las tratativas para lograr una liquidación de mutuo acuerdo del Contrato, a la que finalmente no se llegó, las Partes expresaron su intención para que del precio que OCENSA habría de pagar a

MASSY se descontaran las obras no ejecutadas a que hace referencia el Informe de Obras No Ejecutadas.

En consecuencia, se concluye, que OCENSA tiene derecho al reconocimiento económico de este concepto vía descuento sobre el valor a pagar a MASSY, por el valor del costo directo de las obras no ejecutadas, que es COP\$1.175.471.333.

Con base en las consideraciones expuestas en esta sección, el Tribunal negará la pretensión 21 declarativa principal, la pretensión 9 declarativa consecucional y la 3 de condena de la Reforma de la Demanda de Reconvención, y concederá las pretensiones 21.1. declarativa principal y la pretensión declarativa consecucional 9.1. de la Reforma de la Demanda de Reconvención.

4.3.6. Pretensiones en las que se imputa mala fe a MASSY (pretensiones declarativas consecucionales 1, 2, 3, 4, 5, 10 y subsidiaria "9.1. (sic)" -léase 10.1.- y pretensión de condena 4).

Se formularon así:

*"1. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de una o algunas de las pretensiones comprendidas entre la primera y vigésima cuarta pretensión declarativa, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** actuó de mala fe al elaborar y presentar la Oferta dentro del Proceso Competitivo sin analizar toda la información que requería para presentar una oferta ajustada a las necesidades del proyecto".*

*"2. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de una o algunas de las pretensiones comprendidas entre la primera y vigésima cuarta pretensión declarativa, se declare que **MASSY ENERGY***

COLOMBIA S.A.S. actuó de mala fe al elaborar y presentar la Oferta dentro del Proceso Competitivo fijando un precio artificialmente bajo para ganar la adjudicación del Contrato”.

“3. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de una o algunas de las pretensiones comprendidas entre la primera y vigésima cuarta pretensión declarativa, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** actuó de mala fe al presentar un precio artificialmente bajo en la Oferta dentro del Proceso Competitivo con la idea de reclamar valores adicionales a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA** con posterioridad a la ejecución de las obras”.

“4. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de una o algunas de las pretensiones comprendidas entre la primera y vigésima cuarta pretensión declarativa, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** actuó de mala fe al solicitar el desconocimiento del límite del 15% de ajuste de la Suma Global Estimada pactada por las Partes en el Contrato”.

“5. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de una o algunas de las pretensiones comprendidas entre la primera y vigésima cuarta pretensión declarativa, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** actuó de mala fe al presentar una propuesta con un precio artificialmente bajo para que el Contrato le fuera adjudicado y obtener un beneficio económico que no fue acordado entre las partes”.

“10. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de cualquiera de las pretensiones declarativas consecuenciales primera a quinta, se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** tiene que pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA** los perjuicios causados por suscribir y ejecutar el Contrato de mala fe”.

“9.1. (sic) [léase 10.1.] En subsidio de la pretensión anterior: se declare que **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA** tiene derecho a descontar

*de la Suma Global Fija el valor correspondiente a los perjuicios que le ocasionó **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** por suscribir y ejecutar el Contrato de mala fe”.*

PRETENSIONES DE CONDENA

*“4. Que se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, los perjuicios causados por suscribir y ejecutar el Contrato de mala fe”.*

a) Posición de OCENSA:

La posición de OCENSA está plasmada en el texto mismo de estas pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención y en lo reiterado en su alegato de conclusión en el sentido de que MASSY sostuvo de mala fe que el contrato no debía ser aplicado como lo pactaron las partes, argumentando que no tuvo tiempo para revisar la ingeniería básica entregada por OCENSA, que no contaba con toda la información y que el proceso de contratación afectó su juicio para tasar el precio de la oferta.

En opinión de OCENSA, MASSY presentó una oferta sin tener los elementos técnicos necesarios y con un precio artificialmente bajo, para ganar el proceso competitivo.

Según la Convocada, MASSY reconoció que todas las construcciones y compras que superaron la Suma Global Estimada obedecieron a ítems que podían ser previstos desde la ingeniería básica, pues MASSY, al contestar el hecho 126, confesó que *“si fuera cierto que las cantidades reales del proyecto se hubieran podido prever desde la ingeniería básica, pues entonces así debió haberlo hecho **OCENSA** al elaborarla”.*

OCENSA afirmó en el alegato que *“Según los parámetros planteados antes del inicio del Proceso Competitivo, Massy presentó la mejor oferta, al cumplir*

con los requerimientos técnicos y presentar la propuesta económica más beneficiosa”.

b) Posición de MASSY:

MASSY se opuso a las pretensiones consecuenciales formuladas por OCENSA, en la medida en que, en su concepto, deben negarse las pretensiones declarativas principales de las cuales se derivan.

Como se resumió al hacer la síntesis de la controversia en la parte de antecedentes de este laudo, MASSY afirmó que su oferta *“fue elaborada con toda diligencia, a punto de que lo que **MASSY** podía calcular, esto es sus precios unitarios, han permanecido inalterados”*. La oferta de MASSY previó lo que era dado prever, no era la más económica y resultó muy cercana al presupuesto de OCENSA.

c) Posición de BERKLEY:

BERKLEY no se pronunció en particular sobre estas pretensiones.

d) Posición del ministerio público:

El agente del ministerio público se remitió a lo dicho en su concepto cuando abordó las pretensiones de MASSY en la demanda principal, en donde dijo: *“Llama la atención en este punto, que el convocante, en su calidad de experto en la ejecución de este tipo de proyectos, aduzca después de ejecutado el contrato, y en instancia arbitral, que con la información contenida en el pliego de condiciones no era posible estructurar una oferta económica razonable y que no tuvo tiempo suficiente para analizar la información precontractual y aun así, por su propia voluntad libre y espontánea y por su cuenta y riesgo hubiere ofertado, como efectivamente lo hizo en su momento, dentro del proceso de selección adelantado en su momento por Ocesa”* y *“No hay duda de que si MASSY presentó oferta, es porque estuvo conforme con la estimación de cantidades que realizo*

OCENSA a partir de la ingeniería básica, porque necesariamente tuvo que analizar por su cuenta dicha ingeniería básica para calcular su oferta por precio global fijo. (Valga decir que en el proceso se demostró también que era posible para un experto analizar la documentación del proyecto para ofertar en el tiempo que lo permitió el proceso de selección respectivo)”.

e) Consideraciones del Tribunal:

Las alegaciones de OCENSA en cuanto a la supuesta negligencia de MASSY en la preparación de la oferta, la falta de análisis de información, o ausencia de elementos técnicos necesarios, quedan sin piso, en razón a que es un hecho evidente, por la celebración del contrato entre las partes, que evaluada en su momento la oferta de MASSY por OCENSA, fue elegida como la oferta ganadora porque cumplió los requerimientos técnicos, y así lo reafirmó la Convocada en su alegato cuando dijo *“Según los parámetros planteados antes del inicio del Proceso Competitivo, Massy presentó **la mejor oferta, al cumplir con los requerimientos técnicos** y presentar la propuesta económica más beneficiosa”* (el destacado es del Tribunal).

Los cuadros de “EVALUACIÓN TÉCNICO-ECONÓMICO”³⁶² registran que, en el componente técnico de evaluación, el “RESULTADO TÉCNICO (Punt. mínimo 75/100)” de WOOD GROUP (MASSY) fue 78.56 puntos y “CUMPLE”, a diferencia de otros proponentes con ofertas económicamente más costosas.

En el aspecto económico, la tabla de “REVISIÓN DE INFORMACIÓN ECONÓMICA REQUERIDA DE PROPUESTAS”³⁶³ que obra en el expediente junto al “INFORME DE EVALUACIÓN TÉCNICA” del 10 de marzo de 2014, suscrito por el Comité Evaluador compuesto por funcionarios de OCENSA, Worley Parsons y TIPIEL³⁶⁴, en lo correspondiente a la “EVALUACIÓN

³⁶² Folios 73 y 73 -reverso- del Cuaderno de Anexos de la Demanda de Reconvención.

³⁶³ Folio 72 del Cuaderno de Anexos de la Demanda de Reconvención.

³⁶⁴ Folios 66 y ss. del Cuaderno de Anexos de la Demanda de Reconvención.

ECONÓMICA DE OFERTAS” anotó: *“A las ofertas que superen la desviación máxima estimada del presupuesto (Presupuesto + 15%) no se tendrán en cuenta para el cálculo del valor promedio de las ofertas”, “A la propuesta técnicamente válida con el valor más cercano al promedio de las ofertas, se le asignará el máximo puntaje de CIEN puntos (100)...”*. De acuerdo con los cuadros de “EVALUACIÓN TÉCNICO-ECONÓMICO”³⁶⁵, la propuesta de WOOD GROUP (hoy MASSY) de \$33.167.312.433 obtuvo el “PUNTAJE ECONÓMICO” máximo (100 puntos) y respecto de ella se anotó una desviación de “4%” comparado con el “TOTAL+UTILIDAD” de “31.913.370.730” tenido en cuenta por OCENSA como “Presupuesto (rev)”. Es decir, la propuesta de MASSY fue superior en precio a la cifra tenida en cuenta por OCENSA para calificar el componente económico de las propuestas, y MASSY obtuvo el puntaje máximo. La oferta de TECHINT fue por valor inferior a la de MASSY (fue por \$32.396.657.137) y fue considerada *“Oferta inadmisible por modificación del cuadro de ofrecimiento económico”* según consta en el documento comentado.

Lo anterior fue verificado por el perito Carlos A. Bohórquez, según lo anotado en su dictamen³⁶⁶:

“El valor resaltante de que no era una propuesta “artificialmente económica” se evidencia en los resultados de la evaluación técnica en donde OCENSA esperaba, de acuerdo con los valores establecidos en el cuadro de análisis, un valor mucho menor que el establecido por el mismo OCENSA como valor de la propuesta para sobre este valor establecer las evaluaciones. El valor de OCENSA como señala el cuadro de evaluación técnica era de \$31.913.370.730, monto menor en un 4% que el presentado por WOOD GROUP/MASSY de \$33.167.615.406, calificado por OCENSA como valor “artificialmente económico””.

³⁶⁵ Folios 73 y 73 -reverso- del Cuaderno de Anexos de la Demanda de Reconvención.

³⁶⁶ Folio 47 del Cuaderno del Dictamen de Carlos A. Bohórquez (Proyecta Consulting).

El dictamen pericial elaborado por Dennis Rincón se pronunció respecto a si la propuesta de MASSY era "artificialmente económica":

"En la Evaluación Técnico - Económica de las ofertas, OCENSA le asignó a WOOD GROUP / MASSY el máximo puntaje posible por aspectos económicos, 100 puntos, aun cuando la misma fuera el 62% del presupuesto estimado por la entidad para el contrato EPC; el cual fue fijado en US\$30,0 millones de dólares, que a la TRM de COP \$1.780 de 2013 equivale a \$ 53.400.000.000 según lo indicado en el documento de solicitud de aprobación del proyecto en la junta directiva.

(...)

Adicionalmente, la oferta presentada por MASSY tiene como base los pliegos publicados por OCENSA y entre ellos su cuadro de ofrecimiento económico, en el que se plasman unas cantidades de obra, compras e ingenierías a desarrollar.

Se puede concluir: que la propuesta de MASSY tiene un sustento económico razonable y no se considera artificialmente económica por lo siguiente:

o Los precios ofertados obedecen a la mecánica del mercado de la época.

o Las cantidades ofertadas son las consignadas en el cuadro de ofrecimiento económico.

o Las variaciones mayores dadas durante el desarrollo del contrato obedecieron a la aparición de nuevos ítems de construcción y compras y que salieron a luz después de revisar la Ingeniería de Detalle entregada por OCENSA y de la elaboración de la Ingeniería de Detalle del CONTRATISTA. Cabe advertir que los precios fueron acordados en las reuniones de cierre de libros previa presentación de los Análisis de Precios Unitarios (APU).

o La SUMA GLOBAL FIJA FINAL fue producto de la CONCERTACION entre MASSY, OCENSA y ATSA SGT, después del cierre de libros”.

Los peritos llegaron, ambos, a la misma conclusión, en cuanto a que la oferta de MASSY no era artificialmente económica³⁶⁷, lo cual conduce a desestimar las alegaciones de OCENSA en ese sentido.

Por otra parte, como se dijo en otro título de este laudo, de existir previsiblemente más cantidades o ítems nuevos, han debido ser incluidos directamente por OCENSA en el Cuadro de Ofrecimiento económico, o la entidad pública ha debido aportar al proceso prueba que demuestre que las variaciones en las cantidades de las obras contempladas en la ingeniería básica y en los ítems no previstos e identificados como necesarios en la ingeniería de detalle eran previsibles desde la ingeniería básica, y que por ello debieron ser incluidos por MASSY en su oferta. Esta constatación no equivale a lo que OCENSA pretende derivar de ello como confesión de MASSY en el sentido de que todos los ítems nuevos eran previsibles desde la propuesta.

La reclamación de MASSY antes del proceso, y en el mismo, por un pago superior al que resulta aplicando el límite de ajuste del 15% es, según se ha visto, producto de su entendimiento de la eficacia de la cláusula, del resultado de la ejecución del contrato o los acuerdos a los que consideró se había llegado por las partes, basada en la aspiración de que se le reconozca una remuneración a la que se considera con derecho, sin que el hecho de que no prosperen totalmente sus aspiraciones en tal sentido se traduzca en actuar de mala fe. Las reclamaciones de MASSY al respecto se han ventilado

³⁶⁷ Folio 79 del Cuaderno del Dictamen de Contradicción aportado el 13 de noviembre de 2018, elaborado por Carlos A. Bohórquez, folio 79: *“Coincidimos con la afirmación del Ing. Rincón cuando dice: “Se puede concluir: que la propuesta de MASSY tiene un sustento económico razonable y no se considera artificialmente económica ...”. El pequeño valor superior del 4%, con respecto al presupuesto que tenía estimado OCENSA, demuestra que MASSY no presentó una oferta artificialmente baja”.*

en escenarios legalmente admitidos para ello, fuera y dentro del contexto jurisdiccional como es este proceso arbitral, conforme a las reglas de derecho previstas para formular una demanda y conducirla. Distinto es que no todas sus pretensiones sean acogidas por el Tribunal, lo cual, se repite, de suyo no comporta mala fe, como no es de mala fe el litigante por el solo hecho de que sus pretensiones no prosperen o, como en este caso, prosperen apenas parcialmente.

En consecuencia, no está probada la mala fe que alega OCENSA, asociada a la supuesta malicia o propósito preconcebido por parte de MASSY de obtener la adjudicación del contrato a través de la presentación de una propuesta sin hacer el análisis requerido de la información para que se ajustara a las necesidades del proyecto (cuando la evaluación hecha por OCENSA reconoció que la propuesta de MASSY cumplió los requisitos técnicos necesarios), con un precio artificialmente bajo (demostrado, como está, que no hubo tal) y "*con la idea*", dentro de lo que sería parte del plan premeditado de MASSY, de solicitar luego en juicio el desconocimiento del límite de ajuste del 15%, solicitud que, por hacerse a través de los causes legales y a fin de que sea un juez quien determine, en franca lid, si le asiste o no derecho a MASSY, no podría calificarse como parte de una estrategia maliciosa o mal intencionada.

Las pretensiones acá examinadas serán negadas.

4.3.7. Pretensiones relacionadas con el valor del Contrato (pretensiones declarativas consecuenciales 6 y subsidiaria 6.1.)

Se transcribe su formulación y, a continuación, el Tribunal se pronuncia.

*"6. Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las pretensiones declarativas principales, se declare que **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA** no está obligado a pagar a **MASSY ENERGY***

COLOMBIA S.A.S. como Valor del Contrato una suma mayor a la Suma Global Estimada en la Oferta”.

La pretensión será negada pues, de conformidad con las consideraciones precedentes del laudo, se determinó que el Valor del Contrato, sin incluir el OTROSI No. 1, asciende a la suma de \$38.142.757.717, que resulta del valor total estimado de la oferta (\$33.167.615.406) más el ajuste pactado de 15% adicional (\$4.975.142.311).

*“6.1. En subsidio de la pretensión anterior, que: como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las pretensiones declarativas principales se declare que **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA** no debe pagar a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** por concepto de la ejecución de las obras objeto del Contrato valores que superen el 15% del valor estimado en la Oferta”.*

La pretensión prospera de conformidad con las consideraciones precedentes del laudo, en donde se determinó que los pagos a cargo de OCENSA por concepto de la ejecución de las obras objeto del contrato no deben superar el valor total estimado de la oferta más el 15% de ajuste adicional, excluidos los alcances sobrevinientes y otros reconocimientos económicos.

4.3.8. Pretensiones relacionadas con actualización monetaria e intereses (pretensiones declarativas consecuenciales 11 y subsidiarias “10.1 (sic)” y “10.2 (sic)”, y pretensiones de condena 5 y subsidiarias 5.1 y 5.2)

Se formularon así:

*“11. Que se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** se encuentra obligada a reconocer y pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, intereses moratorios a la máxima tasa de mora permitida por la ley sobre las condenas que se le impongan, desde la fecha en que se*

generaron cada una de las obligaciones, o la que el Honorable Tribunal considere, hasta la fecha de su pago efectivo”.

*“10.1. (sic) Que en subsidio de la pretensión anterior: se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** se encuentra obligada a reconocer y pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, intereses comerciales sobre las condenas que se le impongan, desde la fecha en que se generaron cada una de las obligaciones, o la que el Honorable Tribunal considere, y hasta la fecha de su pago efectivo”.*

*“10.2. (sic) Que, en subsidio de la pretensión anterior: se declare que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** se encuentra obligada a reconocer y pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, la actualización monetaria, utilizando para el efecto, el Índice de Precios al Consumidor (IPC) o el índice de actualización que el Honorable Tribunal considere aplicable sobre las condenas que se impongan, desde la fecha en la que se generaron cada una de las obligaciones, o la que el Honorable Tribunal considere, y hasta la fecha de su pago efectivo y sobre estas sumas calcular intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida”.*

PRETENSIONES DE CONDENA

*“5. Que se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, intereses moratorios a la máxima tasa de mora permitida por la ley sobre las condenas que se le impongan, desde la fecha en que se generaron cada una de las obligaciones, o la que el Honorable Tribunal considere, hasta la fecha de su pago efectivo”.*

*“5.1. **PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINTA:** Que se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, intereses comerciales sobre las condenas que se le impongan, desde la fecha en que se generaron cada una de las*

obligaciones, o la que el Honorable Tribunal considere, y hasta la fecha de su pago efectivo”.

"5.2. SEGUNDA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRETENSIÓN: *Que, en subsidio de la pretensión anterior, se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** a pagar a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA**, la actualización monetaria, utilizando para el efecto, el Índice de Precios al Consumidor (IPC) o el índice de actualización que el Honorable Tribunal considere aplicable sobre las condenas que se impongan, desde la fecha en la que se generaron cada una de las obligaciones, o la que el Honorable Tribunal considere, y hasta la fecha de su pago efectivo y sobre estas sumas calcular intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida”.*

De acuerdo con lo expuesto en las consideraciones precedentes, OCENSA no hizo pagos por los conceptos por los cuales demandó en el proceso a MASSY, en concreto las “obras no ejecutadas”, los defectos de la Bomba BPC-42050 de Coveñas, ni gastos por no cumplimiento del plazo de entrega de las obras por parte de MASSY, ni perjuicios por mala fe, de manera que no incurrió en erogación alguna, ni se privó del uso del dinero, de manera que no habría lugar al reconocimiento de intereses de ninguna clase, ni corrección monetaria.

En consecuencia, se negarán las pretensiones enunciadas.

4.3.9. Pretensión relativa a costas (pretensión de condena 6)

Se formuló así:

*“6. Que se condene a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** al pago de costas y agencias en derecho del proceso”.*

El Tribunal se pronunciará sobre costas del proceso en un capítulo especial del laudo.

4.4. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR MASSY Y BERKLEY CONTRA LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

4.4.1. EXCEPCIONES DE MASSY A LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

4.4.1.1. PRIMERA: LA QUE DERIVA EN LA INEFICACIA (GENÉRICA) -INCLUIDA, PERO SIN LIMITARSE A LA NULIDAD ABSOLUTA. NULIDAD RELATIVA-, O INAPLICACIÓN DE LA CLÁUSULA QUINTA

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

MASSY considera que la cláusula quinta, bajo la interpretación que hace OCENSA, es abusiva. La cláusula se debe interpretar en contra del predisponente y contraría el principio del equilibrio económico del contrato estatal, por lo cual no debe surtir efectos.

Para la Convocante, la expresión de la cláusula quinta "*la cual en total no podrá superar el 15% del valor estimado de la oferta*" es abusiva porque no es razonable, equitativo, lógico ni conmutativo que el precio estimado de la oferta sea el que resulte de aplicar los precios unitarios ofrecidos por MASSY a unas cantidades impuestas a través del Cuadro de Ofrecimiento Económico, a partir de una ingeniería básica posteriormente modificada.

En el contrato estatal, por excelencia, la parte dominante (el Estado) predispone las estipulaciones.

La cláusula quinta conlleva un desequilibrio injustificado que genera una carga que recae exclusivamente en el adherente (parte débil del contrato), además de desconocer las exigencias de la buena fe y ser ejemplo de abuso.

La sanción de las cláusulas abusivas es la nulidad, salvo los casos para los que se prevé ineficacia.

El penúltimo párrafo de la cláusula quinta es ambiguo porque OCENSA no cumplió con la carga de claridad de comunicar el verdadero grado de maduración del proyecto, que no era consistente con el límite del 15%.

La reciprocidad de las prestaciones es connatural al contrato estatal, lo cual impone el deber a las entidades públicas de reconocer los mayores costos y las pérdidas que el contratista haya sufrido como contingencia imprevista, en virtud del principio del equilibrio económico del contrato estatal. De no cumplirse este deber, la administración es responsable en virtud del artículo 90 de la Constitución Política.

b) Consideraciones del Tribunal

En las consideraciones precedentes del laudo se expusieron las razones por las cuales no hay lugar a declarar ineficacia o, en particular, nulidad absoluta o relativa, o inaplicación de la cláusula quinta, a considerarla abusiva, o a interpretarla en contra de OCENSA.

En relación con la presunta vulneración del principio de equilibrio económico del contrato estatal, cabe recordar que la Ley 80 de 1993 señala:

"ARTÍCULO 5o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. *Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:*

1o. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato (...)" (subrayado fuera de texto).

"ARTÍCULO 27. DE LA ECUACIÓN CONTRACTUAL. *En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.*

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate" (subrayado fuera de texto).

De las normas citadas se deduce que el rompimiento del equilibrio contractual no es una figura que pueda ocurrir en el momento de celebrar el contrato, ya que lo que se desprende del principio es que el contratista tiene derecho a recibir "la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato". Es decir, al momento de contratar se pacta una remuneración determinada a

cambio de las prestaciones a cargo del contratista, cuya equivalencia (valorada por las mismas partes al expresar libremente su voluntad) se debe mantener durante la ejecución del contrato.

Lo que se trata de mantener es la igualdad o equivalencia pactada "*entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar*", como fue considerada por las partes, por lo cual, si se pierde la **equivalencia convenida** a causa de "*situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas*", se debe restablecer.

El restablecimiento del equilibrio económico contractual está instituido para corregir circunstancias imprevistas sobrevinientes no imputables al contratista que alteren la ecuación económica del contrato.

En palabras del Consejo de Estado³⁶⁸:

"La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato supone la alteración del sinalagma funcional (correlación y equivalencia en las prestaciones) pactado al inicio de la relación negocial, bien sea por la expresión del poder soberano del Estado, capaz de afectar el vínculo jurídico a través de decisiones con relevancia jurídica, bien por la voluntad de la parte que, dentro de la relación contractual, ostenta posición de supremacía frente a su co-contratante, bien por situaciones imprevistas, imprevisibles e irresistibles que impactan la economía del contrato o por hechos previsibles en cuanto a su ocurrencia, pero con efectos imprevistos e irresistibles (como la variación de precios), por razones no imputables a las partes.

La Sección Tercera de esta Corporación ha acogido las teorías desarrolladas por la doctrina foránea en torno a las fuentes que dan lugar

³⁶⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2013, Rad. 76001233100019960357701 (20524), reiterada en sentencia del 25 de julio de 2019, Rad. 25000232600020050270601 (41927), ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

a la ruptura del equilibrio económico – financiero del contrato estatal, señalando que éste puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina "hecho del príncipe", y "potestas ius variandi" (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente se les enmarca dentro de la denominada "teoría de la imprevisión" y paralelamente en la "teoría de la previsibilidad". Lo anterior permite deducir, con absoluta claridad, que puede verse alterado por el ejercicio del poder dentro del marco de la legalidad o por situaciones ajenas a las partes, que hacen más o menos gravosa la prestación; pero, en ningún caso tiene lugar por los comportamientos antijurídicos de las partes del contrato".

El rompimiento del equilibrio es, entonces, alteración de las condiciones por las causas señaladas, no los reparos contra lo pactado en el comienzo, como lo alega MASSY.

En consecuencia, la excepción no prospera.

4.4.1.2. SEGUNDA: ABANDONO -POR APLICACIÓN PRÁCTICA- DEL LÍMITE DEL 15% QUE SE ENCONTRABA INCLUIDO EN LOS DOCUMENTOS ACOMPAÑADOS CON LA INVITACIÓN A PROPONER (MUTUO DISENSO RESPECTO DE DICHO LÍMITE).

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

Según MASSY, el límite del 15% de ajuste al valor estimado de la oferta perdió sentido económico, lógico y práctico cuando se modificó el numeral 2.4. del pliego de condiciones que establecía que las cantidades de obra deberían ser calculadas por el oferente al presentar su respectiva propuesta económica.

Al ejecutar el contrato, las partes "*-de manera voluntaria, libre y con efectos jurídicos vinculantes- abandonaron de manera inequívoca el, para ese entonces, ya inaplicable límite del 15%, por lo cual se configuró una especie de mutuo disenso respecto del mismo*". En las actas de cierre de libros las partes no aplicaron la limitación del 15% sino que reflejaron todas las cantidades e ítems nuevos que resultaron de la ingeniería de detalle.

b) Consideraciones del Tribunal

En las consideraciones precedentes del laudo se expusieron las razones por las cuales no puede declararse que el límite del 15% fue abandonado por aplicación práctica, o hubo mutuo disenso sobre el mismo. En consecuencia, la excepción no prospera.

4.4.1.3. TERCERA: INTERPRETACIÓN INADECUADA POR PARTE DE OCENSA DE LA CLÁUSULA QUINTA EN PUNTO DEL ALCANCE INICIAL DEL LÍMITE DEL 15%.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

OCENSA interpreta la cláusula quinta entendiendo que establece un tope a la obligación de pagar el valor final del contrato establecido mediante el procedimiento de cierre de libros. Esto es equivocado, si se tiene en cuenta que se estipuló: "Cada sesión de ajuste, será registrada en acta donde quedarán los precios y cantidades acordados y la Suma Global Fija establecida, la cual en total no podrá superar el 15% del valor total estimado de la obra" (subrayado de MASSY).

El límite del 15% estaba previsto únicamente para ser aplicado en desarrollo del procedimiento de cierre de libros, no para liberar a OCENSA de pagar la Suma Global Fija convenida. En las actas de cierre, las partes decidieron no aplicar dicho límite al convenir, acordar o definir la Suma Global Fija.

Ante las diversas interpretaciones que hacen MASSY y OCENSA de la cláusula, se diría, en últimas, que se trata de una cláusula ambigua, por lo cual, según el artículo 1624 del Código Civil, debe interpretarse en contra de OCENSA ya que nunca informó antes de suscribir el contrato la interpretación que ahora alega.

b) Consideraciones del Tribunal

De acuerdo con las consideraciones precedentes del laudo, la interpretación pretendida por MASSY de la cláusula quinta, opuesta a su sentido en los términos que ha expuesto el Tribunal, no es de recibo.

Además, su argumento es contradictorio con otros expuestos en la reforma de su demanda, donde afirma que en las actas de cierre de Libros las partes fijaron Sumas Globales Fijas dejando de lado el límite del 15%.

Aparte de la claridad del texto en cuanto a la limitación del 15% como máximo ajuste al valor estimado de la oferta, OCENSA sí informó dentro del proceso competitivo, en las sesiones de preguntas y respuestas, que el 15% mencionado era el techo para la determinación del valor final del contrato.

En consecuencia, la excepción no prospera.

4.4.1.4. CUARTA: LA QUE DERIVA DE LA MODIFICACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES PARA ESTABLECER QUE LAS CANTIDADES DEL CUADRO DE OFRECIMIENTO ECONÓMICO ELABORADO POR OCENSA RESULTABAN INMODIFICABLES PARA MASSY EN LA PREPARACIÓN DE SU PROPUESTA Y QUE, EN CONSECUENCIA, NO ERA POSIBLE PREVER EN LA MISMA MAYORES CANTIDADES DE OBRA O ÍTEMS NUEVOS.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

Producto de una de las respuestas de OCENSA en las sesiones de preguntas y respuestas del proceso competitivo, fue imposible prever cantidades de obra diferentes a las consignadas en el Cuadro de Ofrecimiento Económico.

b) Consideraciones del Tribunal

En las consideraciones precedentes del laudo se dejó establecido que no existe discusión en cuanto a que el Cuadro de Ofrecimiento Económico - COE- fue presentado por OCENSA a los participantes desde el inicio del proceso, con la determinación de los Ítems y cantidades, y que los oferentes solo podían diligenciar los precios unitarios para cada ítem, multiplicarlos por las cantidades señaladas y totalizar su oferta, como valor Global inicial del contrato. Por tanto, no podían *prever en la misma mayores cantidades de obra o ítems nuevos*.

Sin embargo, el Tribunal encuentra que ni la excepción formulada, ni los argumentos que la sustentan, apuntan específicamente contra alguna de las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención de OCENSA, de manera que la excepción es inoperante.

En consecuencia, se desestima la excepción.

4.4.1.5. QUINTA: OBLIGATORIEDAD DE LO CONVENIDO POR LAS PARTES EN DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE CIERRE DE LIBROS SURTIDO PARA LOS EFECTOS DE DETERMINAR LA SUMA GLOBAL FIJA.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

MASSY alegó que, según la cláusula quinta del Contrato, el valor de este "se define en una Suma Global Fija...". La Convocante afirma que "*las Partes convinieron la correspondiente **Suma Global Fija** mediante el señalado*

*procedimiento de cierre de libros, y que tal es el valor que debe pagar **OCENSA** como remuneración por los trabajos contratados”* (resaltado de la contestación de MASSY).

b) Consideraciones del Tribunal

De acuerdo con las consideraciones precedentes del laudo, no se determinó que las partes hubieran convenido una Suma Global Fija que les hubiera resultado obligatoria mediante el procedimiento de cierre de libros.

En consecuencia, la excepción no prospera.

4.4.1.6. SEXTA: BUENA FE DE MASSY EN LA PREPARACIÓN DE SU PROPUESTA POR HABERLA AJUSTADO A LAS CONDICIONES REALES DEL PROCESO DE SELECCIÓN CONTRACTUAL.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

MASSY previó en su propuesta lo que le era dable prever. La propuesta fue consonante con el presupuesto elaborado por OCENSA.

Cualquier falta de previsión acerca de cantidades es imputable a OCENSA, que elaboró la ingeniería básica. Las cantidades no eran modificables por los oferentes.

b) Consideraciones del Tribunal

Como quiera que fueron negadas las pretensiones formuladas por OCENSA en su reforma de la demanda de reconvención orientadas a declarar la mala fe de MASSY en la preparación de su propuesta, por las razones allí expuestas, no resulta procedente considerar esta excepción.

4.4.1.7. SÉPTIMA: LA QUE DERIVA DE LA FORMULACIÓN DE TRES 'SOLICITUDES DE MODIFICACIÓN A LA MINUTA DE CONTRATO Y DE SU RECHAZO POR PARTE DE OCENSA, LO CUAL EVIDENCIA LA POSICIÓN DOMINANTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE EN LA DEFINICIÓN DE LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

MASSY formuló, entre otras, una excepción relativa a la determinación del precio final *"en el caso de que las cantidades determinadas en la ingeniería de detalle no permitieran compensar los costos indirectos del proyecto"*.

En lo que corresponde al límite del 15%, carecía de sentido formular excepciones relacionadas con un aparte que había sido privado de lógica, funcionalidad y sentido, al volverse inmodificables las cantidades del Cuadro de Ofrecimiento Económico.

La formulación de excepciones en el proceso de selección sirvió para demostrar que OCENSA ocupó una posición de dominio en lo atinente al mismo y a la determinación del texto del contrato, ya que, de las tres formuladas por MASSY, no acogió ninguna.

b) Consideraciones del Tribunal

En la "Propuesta legal y Económica", MASSY formuló tres "EXCEPCIONES A LOS TÉRMINOS"³⁶⁹ en relación con la minuta del contrato. La primera, excluir la responsabilidad por lucro cesante; la segunda, incluir que en caso de terminación anticipada de manera unilateral por parte de OCENSA se pagarían al contratista los servicios ejecutados hasta la fecha de terminación, los compromisos del contratista con proveedores y

³⁶⁹ Folio 109 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

subcontratistas y los costos de desmovilización; y la tercera, que en caso de reducción del alcance mayor al 10% del valor del contrato, o adjudicación parcial, el porcentaje de costos indirectos debería ser recalculado a fin de mantener las exigencias de equipo mínimo contractuales.

La no aceptación de estas "EXCEPCIONES A LOS TÉRMINOS", que, entre otras, no son las que invoca la excepción que aquí se resuelve, no se traduce en posición de dominio de OCENSA, o abuso, como también se explicó en las consideraciones precedentes del laudo.

Por lo anterior, la excepción no prospera.

4.4.1.8. OCTAVA: CUMPLIMIENTO SUSTANCIAL DE MASSY EN LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS A SU CARGO.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

MASSY dio cumplimiento sustancial al contrato y las obras que se encontraban pendientes al 31 de diciembre de 2014, que representaban menos del 4% de los trabajos, y no comprometieron la funcionalidad del sistema.

b) Consideraciones del Tribunal

En apartes anteriores del laudo, el Tribunal concluyó que si bien MASSY hizo entrega de obras a 31 de diciembre de 2014, quedó un porcentaje por realizar, también se advirtió que ello constituía un incumplimiento en el plazo contractualmente acordado para la terminación de las obras. Adicionalmente, también ha establecido el Tribunal que la tubería de succión de la bomba instalada en la Estación de Coveñas fue construida con deficiencias técnicas.

Las anteriores consideraciones son suficientes negar la excepción propuesta.

4.4.1.9. NOVENA: LA QUE DERIVA DE HABERSE CELEBRADO UN ACUERDO ENTRE LAS PARTES RESPECTO DE LAS OBRAS QUE NO SERÍAN EJECUTADAS POR MASSY.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

El incumplimiento que alega OCENSA por "*obras no ejecutadas*" en realidad corresponde a un acuerdo que en su momento celebraron las partes orientado a compensar el mayor esfuerzo que había determinado ejecutar la mayor cantidad de obras no previstas en el Cuadro de Ofrecimiento Económico y los ítems nuevos que OCENSA no previó al determinar las cantidades de dicho cuadro. "*Las Partes se pusieron de acuerdo en que tales obras no serían ejecutadas y sorprende que ello sea ahora tildado de incumplimiento*".

De otra parte, OCENSA no ha pagado el valor completo del contrato, de manera que no se entiende como pretende cobrar el valor de "*obras no ejecutadas*" que no ha pagado.

b) Consideraciones del Tribunal

En las consideraciones del laudo, el Tribunal expuso las razones por las cuales no existió incumplimiento de MASSY por no realizar las denominadas "*obras no ejecutadas*", pero OCENSA sí tiene derecho a descontar su valor.

Tampoco está demostrado que la causa de las obras no ejecutadas hubiese radicado en una supuesta compensación por la mayor ejecución de otras obras adelantadas por MASSY, ni que se hubiere celebrado un acuerdo entre las partes respecto de la no realización de tales obras.

En consecuencia, la excepción se desestima.

4.4.1.10. DÉCIMA: LA QUE DERIVA DE HABERSE CONSTRUIDO LA TUBERÍA DE SUCCIÓN DE LA BOMBA INSTALADA EN LA ESTACIÓN COVEÑAS CON ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y BAJO LA REVISIÓN Y APROBACIÓN DE OCENSA.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

MASSY afirma que *"En general las obras realizadas por **MASSY** en la estación COVEÑAS cumplieron con los estándares de funcionalidad y calidad"* y utilizó la información de entrada enviada por OCENSA.

La tubería no podía ser instalada a menor altura, para respetar la distancia establecida en la norma técnica respecto de las tuberías existentes.

En todo caso, la bomba BPC-42050 y su tubería de succión fueron entregadas en condiciones de adecuada utilización.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal encontró demostrado que la tubería en cuestión fue construida con deficiencias técnicas, por lo cual la excepción no prospera.

4.4.1.11. DÉCIMA PRIMERA: BUENA FE EN LA FORMULACIÓN DE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA POR MASSY.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

Se basa en que MASSY solo pretende el pago de la Suma Global Fija convenida en el procedimiento de cierre de libros y está cobrando obra ejecutada y recibida.

b) Consideraciones del Tribunal

No fue demostrado que MASSY hubiera obrado de mala fe al presentar la reclamación objeto del proceso, sino que se aprecia que actúa de acuerdo con su convicción de tener derecho a lo reclamado, por lo cual la excepción prospera.

La ausencia de mala fe, sin embargo, no equivale a que las pretensiones de MASSY en lo que sobrepase lo reconocido por el Tribunal deban prosperar.

4.4.1.12. DÉCIMA SEGUNDA: LA QUE DERIVA DE LA EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS AJENAS AL CONTROL DE MASSY QUE AFECTARON EL RITMO DE LOS TRABAJOS.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

Se basa en que MASSY tuvo que enfrentar i) las consecuencias derivadas de la deficiente ingeniería básica preparada por OCENSA; ii) las demoras en la entrega de la ingeniería de detalle; iii) el incremento súbito en las compras de bienes críticos cuyo proceso de fabricación es prolongado, por haberle trasladado la Contratante su cometido contractual; iv) el retardo en la entrega de materiales y equipos a cargo de la Contratante; v) el descubrimiento de condiciones no reveladas en los sitios de trabajo, derivadas de la falta de información a ser suministrada por OCENSA, atribuible a su falta de conocimiento del estado de sus propias instalaciones; vi) la omisión en declarar en la fase de oferta algunos acuerdos celebrados con las comunidades de las zonas de los trabajos; vii) la falta de pago del anticipo; y viii) la sorpresiva negativa a pagar los precios que habían sido convenidos en el procedimiento de cierre de libros, lo cual generó estrechez de liquidez para MASSY, con efectos en la ejecución del contrato y en el desarrollo normal de sus actividades empresariales.

b) Consideraciones del Tribunal

De acuerdo con las consideraciones expuestas en el laudo en lo referente a incumplimiento de cronograma de obras y entrega dentro del plazo del contrato, las circunstancias anteriores a la firma de los Otrosíes 1 y 2 fueron convalidadas por las partes con dicha firma.

Adicionalmente, no está probado qué efecto habrían tenido las circunstancias alegadas en la excepción como causa eficiente del retardo de MASSY en la entrega de las obras objeto del contrato en el plazo contractual, ni está ello mencionado en modo alguno en el acta de recibo final de obras suscrita el 5 de enero de 2015 como justificación de la subsistencia de pendientes a esa fecha, cuando ya se había vencido el plazo contractual.

Por otro lado, MASSY era quien debía ejecutar primero las prestaciones del contrato, de manera que no puede excusar su retardo en la falta de pago de remuneración³⁷⁰.

En consecuencia, la excepción se desestima.

4.4.1.13. DÉCIMA TERCERA: LA QUE DERIVA DE LA INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, Y ESPECIALMENTE DE LA AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN Y DE PERJUICIOS SUPUESTAMENTE DERIVADOS DEL ALEGADO INCUMPLIMIENTO DE LA FECHA DE ENTREGA DE LAS OBRAS.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

³⁷⁰ Numeral 6.2. de la CLÁUSULA SEXTA.

MASSY alega que los atrasos que se hubieran presentado estuvieron determinados por el incumplimiento o retardo de OCENSA en sus obligaciones y en otras circunstancias no imputables a MASSY.

MASSY solo retiró personal de obra en la medida en que se fueron terminado actividades, sin afectar el desarrollo del proyecto.

El objetivo del proyecto era aumentar la confiabilidad del sistema y no aumentar su capacidad operativa.

b) Consideraciones del Tribunal

En relación con el incumplimiento de la fecha de entrega de las obras, y, en general, en relación con los incumplimientos contractuales de MASSY, el Tribunal se remite a las consideraciones expuestas al respecto en otros apartes del laudo, y con fundamento en las mismas no debe prosperar la excepción propuesta.

Lo alegado por MASSY en cuanto a que el objetivo del proyecto era aumentar la confiabilidad del sistema y no aumentar su capacidad operativa es inocuo ante las pretensiones de OCENSA, ya que en la reforma de la demanda de reconvencción no se reclamaron daños por disminución de la capacidad operativa del oleoducto a causa de no entrega de las obras en el plazo convenido.

Se reitera, entonces, que no prospera esta excepción.

4.4.1.14. DÉCIMA CUARTA: INEXIGIBILIDAD DE LA SUPUESTA OBLIGACIÓN DE PAGAR LOS DENOMINADOS AJUSTES DE CALIDAD.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

Además de remitir a lo dicho en otros apartes de la contestación de la demanda de reconvención en relación con los "ajustes de calidad", MASSY reiteró que la pretensión de OCENSA de cobrar un descuento supondría haber pagado el precio completo del contrato, lo cual no ha hecho OCENSA.

b) Consideraciones del Tribunal

En las consideraciones precedentes del laudo se expusieron a espacio las razones que conducen a concluir que OCENSA tiene derecho a que se le reconozca el perjuicio por los "ajustes de calidad" de la bomba BPC-42050 de Coveñas, cuya exigibilidad se producirá a partir del pronunciamiento del presente laudo, a todo lo cual remite el Tribunal.

En razón de lo anterior, la excepción no prospera.

4.4.1.15. DÉCIMA QUINTA: INEXIGIBILIDAD DE LA SUPUESTA OBLIGACIÓN DE PAGAR LAS DENOMINADAS OBRAS NO EJECUTADAS.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

Además de remitir a lo dicho en otros apartes de la contestación de la demanda de reconvención en relación con las "obras no ejecutadas", MASSY reiteró que la pretensión de cobrar un descuento supone haber pagado el precio completo del contrato, lo cual no ha hecho OCENSA.

b) Consideraciones del Tribunal

En las consideraciones del laudo, el Tribunal expuso las razones por las cuales OCENSA tiene derecho a descontar el valor de las "obras no ejecutadas". A lo dicho, entonces, se remite.

Por lo anterior, la excepción es infundada.

4.4.1.16. DÉCIMA SEXTA: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES COMERCIALES O MORATORIOS.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

Dado que MASSY no es deudora de obligación alguna frente a OCENSA, ante la falta de lo principal no se causa lo accesorio, como serían los intereses.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal negará las pretensiones de pago de intereses por parte de MASSY por razones que no coinciden con las argumentaciones expuestas en esta excepción que, en consecuencia, debe declararse infundada.

4.4.1.17. DÉCIMA SÉPTIMA: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR CORRECCIÓN MONETARIA.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

Dado que MASSY no es deudora de obligación alguna frente a OCENSA, ante la falta de lo principal no se causa concepto alguno que lo integre, como sería la corrección monetaria.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal negará las pretensiones de pago de corrección monetaria por parte de MASSY por razones que no coinciden con las argumentaciones expuestas en esta excepción que, en consecuencia, debe declararse infundada.

4.4.1.18. EXCEPCIÓN “SUBSIDIARIA” PRIMERA: Excepción de contrato no cumplido.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

En caso de que se considere que MASSY ha incumplido obligaciones y debe pagar perjuicios, debe aplicarse el artículo 1609 del Código Civil, habida cuenta de los incumplimientos de OCENSA, empezando por el pago del valor de la Suma Global Fija.

MASSY ha cumplido a la fecha todas las obligaciones derivadas del contrato.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal ya se pronunció en consideraciones precedentes sobre el incumplimiento en la entrega de las obras en la fecha pactada, por lo cual es suficiente remitirse a lo ya dicho.

Por otro lado, no se observa que el incumplimiento de MASSY en las deficiencias de calidad de la bomba BPC-42050 de Coveñas, tenga justificación en el incumplimiento de OCENSA determinado en el laudo.

De conformidad con lo previsto en el Código Civil, artículo 1609, *“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 allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”*. En efecto, al incumplir MASSY con algunas de sus obligaciones, no le es dado alegar la excepción de contrato no cumplido a que alude la norma citada, pues de acuerdo con lo expuesto anteriormente, si bien OCENSA no ha cumplido plenamente con la obligación de pago, las obligaciones que MASSY incumplió debieron ser cumplidas previamente.

Por lo anterior, no prospera la excepción de contrato no cumplido.

4.4.1.19. EXCEPCIÓN “SUBSIDIARIA” TERCERA: Limitación contractual a la responsabilidad del contratista.

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

La cláusula décima séptima del contrato limita la responsabilidad de las partes, pues dispuso: *“Las partes acuerdan que la responsabilidad contractual entre ellas (mas no la ambiental ni frente a terceros) estará limitada hasta el 100% del valor del contrato. ...”*.

b) Consideraciones del Tribunal

Dado que las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención no superan en el 100% el valor del contrato, la excepción no puede tener prosperidad. Por lo tanto, se niega.

4.4.1.20. Consideración adicional sobre excepciones

En adición a todo lo anterior, el Tribunal no encuentra demostrados hechos que constituyan excepciones no alegadas por MASSY, por lo cual no hay lugar a declaraciones adicionales, salvo lo referido a caducidad, tratado en capítulo anterior del presente laudo.

4.4.2. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR BERKLEY A LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

4.4.2.1. INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

BERKLEY alegó que los supuestos daños reclamados por OCENSA carecen de certeza, no existe nexo causal y MASSY no está en mora.

Sobre la ausencia de certeza de los daños, BERKLEY anotó que "**OCENSA afirma que, en total, los daños patrimoniales sufridos ascienden a \$55.395.201.334. No obstante, OCENSA no aporta prueba, ni siquiera sumaria, que demuestre la ocurrencia de los mismos**".

La llamada en garantía afirma que no existe nexo de causalidad pues la actuación de MASSY no es causa de los daños. Los daños, si es que los hubo, habrían sido causados por los incumplimientos de OCENSA y algunos hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor. OCENSA retardó 51 días la entrega de la ingeniería de detalle, no pagó el anticipo, no adquirió oportunamente materiales críticos que debía entregar al contratista, omitió informar acuerdos con las comunidades y no pagó el precio convenido en el procedimiento de cierre de libros.

Además de la mayor cantidad de obra que requirió el proyecto, MASSY tuvo que sortear imprevistos como las numerosas tuberías, bases y vigas en concreto que retrasaron las excavaciones.

Aun aceptando que MASSY incumplió, OCENSA también lo hizo, por lo cual ninguno de los contratantes está en mora (artículo 1609 del C.C.) y no se debe indemnización de perjuicios.

b) Consideraciones del Tribunal

Lo afirmado por BERKLEY en cuanto a la falta de demostración de daños patrimoniales que "*ascienden a \$55.395.201.334*", referidos en la demanda de reconvención inicial, incluye daños que no fueron reclamados en la reforma de la demanda de reconvención, de manera que lo alegado por BERKLEY es impertinente en ese aspecto. Los perjuicios reclamados por no entrega de las obras en el plazo pactado fueron negados por el Tribunal, de manera que no es necesario pronunciarse sobre lo alegado acá por BERKLEY

a ese respecto. Los reconocimientos que se hacen en este laudo a favor de OCENSA tienen respaldo en las pruebas, según lo expuesto en las consideraciones del laudo.

Los incumplimientos de MASSY establecidos por el Tribunal, según se estableció en otros apartes del laudo, no son atribuibles a OCENSA.

Al resolver las excepciones propuestas por MASSY, en armonía con las consideraciones expuestas en otros apartes del laudo, el Tribunal concluyó que no prospera la excepción de contrato no cumplido.

En consecuencia, la excepción propuesta no debe prosperar.

4.4.2.2. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

Las pruebas aportadas por OCENSA para demostrar los incumplimientos de MASSY son únicamente cartas en las cuales la Convocada y la interventoría le atribuyen el supuesto incumplimiento del contrato. Aceptar tales pruebas va en contra del axioma según el cual a nadie le es lícito fabricar su propia prueba. Otras comunicaciones evidencian que fue OCENSA quien incumplió el contrato.

Adicionalmente, OCENSA no ha pagado las obras que supuestamente quedaron inconclusas.

De acuerdo con el artículo 1609 del Código Civil, MASSY no incurrió en mora y no debe indemnización de perjuicios.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal se remite a las consideraciones que se expusieron para resolver la *"EXCEPCIÓN 'SUBSIDIARIA' PRIMERA: Excepción de contrato no*

cumplido”, propuesta por MASSY en el mismo sentido, para concluir que no prospera la excepción.

En consecuencia, la excepción no es fundada.

4.4.2.3. VIOLACIÓN DE OCENSA A LOS ACTOS PROPIOS

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

OCENSA estuvo conforme con la gestión contractual de MASSY, tanto así que la felicitó por los hitos logrados, mediante comunicación del 28 de enero de 2015.

Es sorprendente que OCENSA alegue que MASSY no cumplió con la totalidad de prestaciones a su cargo, teniendo en cuenta que el “ACTA DE RECIBO FINAL DE LOS SERVICIOS / OBRAS” expresa que las obras pendientes corresponden a un porcentaje mínimo (3.52%).

Lo anterior es una afrenta al principio que prohíbe ir contra los propios actos y a la buena fe, razón suficiente para desechar las pretensiones de OCENSA.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal se remite a los apartes del Laudo en los que se explicaron ampliamente los cumplimientos e incumplimientos de MASSY y de OCENSA.

Por lo tanto, la excepción no prospera.

4.4.2.4. EXCEPCIÓN GENÉRICA

a) Argumentos expuestos en la sustentación de la excepción

Con fundamento en el artículo 282 del C.G.P., solicita declarar de oficio cualquier otra excepción que aparezca demostrada.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal no encuentra que deba declarar de oficio excepciones contra la demanda de reconvención, por cuanto no hay pruebas que así lo ameriten, excepto por las consideraciones hechas en materia de caducidad en otros apartes del presente laudo.

En consecuencia, se niega la excepción.

4.5. EXCEPCIONES DE COMPENSACIÓN PROPUESTAS POR OCENSA, MASSY Y BERKLEY

4.5.1. Los argumentos de la excepción de OCENSA

Conforme a lo establecido en el artículo 715 del Código Civil, la compensación es un modo de extinguir obligaciones la cual opera cuando *"dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse"*.

La Jurisprudencia ha sido unánime en establecer que la finalidad de esta figura jurídica es la evitar un doble pago entre aquellas personas que ostenten una relación de acreedor-deudor recíproca. Veamos:

"Un doble pago, una doble entrega de capitales, extinguiéndose tales obligaciones hasta el monto de sus respectivos valores, (artículo 715 del Código Civil) cuando quiera que las partes intervinientes sean recíprocamente acreedoras y deudoras, produciéndose una especie de confusión de las obligaciones en relación con su objeto".

Por lo tanto, en el remoto evento en el que cual el Honorable Tribunal considere que existe alguna suma de dinero que Ocensa deba pagar a Massy, solicito al Honorable Tribunal realizar la compensación de dichas sumas, con aquellas que Massy adeuda a mi poderdante, por cualquier concepto que aparezca demostrado en el proceso.

4.5.2. Los argumentos de la “excepción Subsidiaria Segunda” de MASSY

En caso de que se considere que MASSY adeuda alguna suma a OCENSA, se debe compensar con lo que se establezca en el proceso que OCENSA debe a MASSY, con fundamento en los artículos 1714 y siguientes del Código Civil.

En el juramento estimatorio de las excepciones se estimó que OCENSA adeuda \$12.985.982.129 con cargo al Contrato, \$273.257.142 con cargo al Otrosí No. 1, más intereses moratorios.

4.5.3. Los argumentos de BERKLEY

La Llamada en Garantía pide que, en el hipotético caso de que el Tribunal considere que MASSY debe pagar alguna indemnización a OCENSA, sea compensada esta suma con lo que adeuda OCENSA a MASSY.

4.5.4. Consideraciones del Tribunal

De conformidad con lo previsto en el Código Civil, artículo 1714, “Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una *compensación* que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que se van a explicar”.

El mismo Código Civil, artículo 1715, indica que la compensación opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas

deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento en que una y otra reúnan las calidades siguientes:

- 1º. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad;
- 2º. Que ambas deudas sean líquidas, y
- 3º. Que ambas sean actualmente exigibles.

Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.

Además, el citado Código establece que para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras (art. 1716); y que, cuando hay muchas deudas compensables, deben seguirse para la compensación las mismas reglas que para la imputación del pago (art. 1722).

En efecto, *"la compensación es un modo de extinguir las obligaciones recíprocas entre dos personas, que evita un doble pago entre estas, y tiene cabida siempre que cada una de dichas personas es, a la vez, acreedora y deudora de la otra de cosas de género iguales y, por ello, fungibles o intercambiables entre sí"*³⁷¹.

De otro lado, la compensación se ha clasificado en *legal*, la que opera por el solo ministerio de la ley; *convencional*, cuando las partes la convienen; *facultativa*, cuando una de las partes está legitimada para producirla y se la impone a la otra parte; y *judicial*, cuando el deudor demandado, no

³⁷¹ OSPINA FERNANDEZ GUILLERMO, *RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES*, Quinta edición, Editorial Temis S.A., pág. 418.

pudiendo proponer la excepción de compensación legal por faltarle a su crédito contra el actor alguna condición para el efecto, formula demanda de reconvencción contra dicho actor, y el juez, al hallar procedentes las encontradas pretensiones de las partes, decreta en su fallo la compensación³⁷².

En el presente caso, en relación con la demanda propuesta por MASSY, el Tribunal encuentra que lo debido por OCENSA asciende a la suma de COP\$6.827.951.135. A su vez, según la demanda de reconvencción, el Tribunal estableció que MASSY debe lo correspondiente a “ajustes por calidad en las obras de la Estación Coveñas”, en cuantía de COP\$1.221.164.361.

Por lo anterior, la excepción de compensación propuesta por las partes y la llamada en garantía prospera, teniendo en cuenta que se trata de pagar sumas líquidas de dinero, exigibles a partir del laudo, siendo de tal forma las dos partes recíprocamente deudoras y estando reunidos los demás requisitos legales exigidos para ello. En efecto, la compensación se decretará por disposición del Tribunal, para obviar entre las partes un doble desembolso de valores, de la siguiente manera:

Pasivo a cargo de OCENSA: COP\$6.827.951.135

Pasivo a cargo de MASSY: COP\$1.221.164.361

En consecuencia, las excepciones de compensación prosperan en la forma acá determinada.

Resultado de la compensación, OCENSA será condenada a pagar a MASSY la suma de COP \$ 5.606.786.774.

³⁷² *Ibíd.*

5. EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

De acuerdo con el inciso tercero del artículo 66 del C.G.P. relativo al trámite del llamamiento en garantía, *"En la sentencia se resolverá, cuando fuere pertinente, sobre la relación sustancial aducida y acerca de las indemnizaciones o restituciones a cargo del llamado en garantía"*.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho al respecto:

"Ahora, sea que el llamamiento en garantía lo proponga una u otra parte, lo significativo es que éste comporta el planteamiento de la llamada pretensión revérsica, o la "proposición anticipada de la pretensión de regreso" ..., o el denominado "derecho de regresión" o "de reversión", como lo ha indicado la Corte, que tiene como causa la relación sustancial de garantía que obliga al tercero frente a la parte llamante, "a indemnizarle el perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia" (artículo 57). De modo que, de acuerdo con la concepción que sobre el llamamiento en garantía establece el texto legal antes citado, la pretensión que contra el tercero se formula es una pretensión de condena eventual (in eventum), es decir, que ella sólo cobra vigencia ante el hecho cierto del vencimiento de la parte original y que con ocasión de esa contingencia de la sentencia, "se vea compelido a resarcir un perjuicio o a efectuar un pago", como lo ha dicho la Corte"³⁷³.

En el presente caso, MASSY formuló pretensiones contra BERKLEY por dos fuentes que son, por una parte, las condenas que eventualmente tuviera que pagar a OCENSA y, por otra parte, el reintegro de los gastos de MASSY en la defensa.

³⁷³ CSJ, Sala de Casación Civil, SC1304-2018, Radicación 13001-31-03-004-2000-00556-01, veintisiete (27) de abril de dos mil dieciocho (2018), M.P. Margarita Cabello Blanco.

En efecto, MASSY, en su escrito de llamamiento en garantía, bajo el capítulo titulado "**CAUSA O DERECHO CONTRACTUAL PARA LA FORMULACIÓN DEL PRESENTE LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**"³⁷⁴, manifestó:

"(...)

*De esta manera, ante el supuesto eventual de que llegaren a prosperar, total o parcialmente, las pretensiones formuladas por **OCENSA** en su Reforma a la Demanda de Reconvención, es claro entonces que el objeto fundamental y la finalidad principal del presente LLAMAMIENTO EN GARANTÍA se encaminan directamente a obtener que ese Honorable Tribunal de Arbitramento ordene a **BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.**, reembolsar a favor de **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.**, previa sustracción del deducible aplicable y hasta el monto máximo asegurado, las sumas de dinero que **MASSY** resulte condenada a pagarle a **OCENSA** como resultado del Laudo que se profiera al fallar la aludida Reforma a la Demanda de Reconvención (artículo 64 C.G.P.).*

*De la misma manera y sin importar los resultados de la mencionada Reforma a la Demanda de Reconvención, conviene señalar que a través del presente LLAMAMIENTO EN GARANTÍA se persigue también que se ordene a **BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.**, pagarle a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.**, los GASTOS DE DEFENSA en que ha debido incurrir para efectos de hacerle frente a la referida Demanda de Reconvención y su Reforma"³⁷⁵ (subrayado fuera de texto).*

³⁷⁴ Folio 786 del Cuaderno Principal No. 3

³⁷⁵ Folios 789 y 790 del Cuaderno Principal No. 3.

El Tribunal se pronunciará sobre la relación de garantía en la medida en que la misma pueda operar para cubrir las responsabilidades a cargo de MASSY ya reconocidas a favor de OCENSA como resultado del presente proceso, dándose dicho pronunciamiento también en punto de las peticiones de MASSY relacionadas con los gastos de defensa.

Cabe advertir, en lo que tiene que ver con la eventual obligación de BERKLEY de cubrir los gastos de defensa en los que ha incurrido MASSY, a los que se extendió la garantía del seguro, que el pronunciamiento del Tribunal debe tener en cuenta todas las pretensiones de condena formuladas por OCENSA contra MASSY, no obstante que hubieran fracasado parcialmente, en razón a que la garantía del seguro por los gastos de defensa está llamada a operar independientemente de la suerte de las pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención.

El Tribunal empezará entonces por exponer las estipulaciones pertinentes de la póliza de seguro con base en la cual se efectuó el llamamiento, deteniéndose posteriormente en la naturaleza de la responsabilidad (contractual o extracontractual) amparada, para luego estudiar si las reclamaciones de OCENSA contra MASSY estaban cubiertas y, en consecuencia, procede alguno de los reembolsos reclamados por MASSY.

5.1. LA PÓLIZA No. 1889

Consta en el expediente³⁷⁶ que la Póliza No. 1889 de "RESP. CIVIL ERRORES U OMISIONES", cuyo tomador y asegurado es MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., con fecha de emisión 30 de septiembre de 2016, estuvo vigente desde el 3 de octubre de 2016 hasta el 3 de octubre de 2017 y que *"ampara los riesgos descritos en el condicionado general del seguro de RESP.CIVIL ERRORES U OMISIONES registrado en la Superintendencia Financiera de*

³⁷⁶ Folios 3 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 2.

Colombia con el código 11082015-1347-P-06-RCPMIS01 para esta póliza rigen todas las cláusulas, deducibles y garantías expresadas en la carátula”.

En las “CONDICIONES” de la “CARÁTULA” se estableció la “Base de Cobertura: Claims Made con retroactividad al 03 de Octubre de 2014”.

El límite asegurado es “COP 31.220.000.000 todo y cada reclamo y en el agregado anual. Límite de indemnización para todo y cada reclamo y en el agregado incluyendo costos y gastos. (Honorarios Legales). Límite para cada y toda ocurrencia o serie de ocurrencias originadas por una misma causa y en el agregado anual, por todo concepto de indemnizaciones, intereses, gastos, costas y honorarios de defensa judicial y extrajudicial. (Honorarios legales)”.

El deducible se estableció así:

- *Demás Coberturas: COP 150.000.000 por toda y cada pérdida.*
- *Gastos de Defensa: COP 75.000.000 por toda y cada pérdida.*

El deducible de gastos de defensa aplica únicamente si el asegurado no es encontrado profesionalmente responsable, y por tanto absuelto, ya que de encontrarse responsable será aplicable únicamente el deducible de toda y cada pérdida de COP150.000.000”.

Según lo define la “CARÁTULA”, el “INTERÉS” es la “Responsabilidad Civil Profesional, cubriendo las actividades del Asegurado de acuerdo con las actividades objeto de cobertura, relacionadas más adelante”, y el “OBJETO DE LA COBERTURA” fue determinado como “Indemnizar al Asegurado respecto a cualquier acto negligente, error u omisión derivada de las actividades relacionadas más adelante durante el periodo de la póliza”.

En la “DESCRIPCIÓN DE ACTIVIDADES” se señala “OBJETO DE COBERTURA: Servicios a facilidades de producción en el sector energético e industrial incluyendo pero no limitado a: (...)” y dentro de las actividades se

mencionan, entre otras, "Proyectos", "Desarrollo de la Ingeniería Básica y de detalle de los proyectos de sus clientes, así como la construcción", "Prestación de servicio de suministro de los insumos, equipos y servicios requeridos" y "Comisionamiento de plantas y equipos. Estos servicios incluyen: • Precomisionamiento: Elaboración de matrices de certificación, determinación de roles y responsabilidades, establecimiento y definición de pruebas de aceptación de construcción, preservación de activos, establecimiento de mejoras a la ingeniería de acuerdo con condiciones reales de campo, • Comisionamiento: Estrategias para ejecución de pruebas funcionales, análisis de riesgos operacionales, determinación de repuestos para operación segura".

Las "CONDICIONES" enunciadas en la "CARÁTULA" contienen, entre otras, las siguientes reglas:

- "1. Texto: Según Clausulado de Responsabilidad Civil Profesional Errores & Omisiones Ingenieros forma QBE-PI-05-DC (Adjunto).

- "4. Además de las exclusiones descritas o nombradas en las condiciones generales y particulares de la póliza se conviene que las siguientes exclusiones también serán aplicables:

a) Actos deshonestos, fraudulentos, criminales o maliciosos.

(...)

e) Daños financieros puros (lucro cesante) que no sean consecuencia directa de un error y/u omisión del asegurado.

(...)

g) Dolo del asegurado.

(...)

i) Inobservancia de disposiciones legales u órdenes de autoridad, de normas técnicas o de instrucciones y estipulaciones contractuales.

(...)

r) Responsabilidad civil contractual excedente de la legal”.

De acuerdo con el texto de la *"Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Errores y Omisiones de Ingenieros (Colombia)"*, el *"OBJETO DEL SEGURO"* consistió en que *"EL ASEGURADOR INDEMNIZARÁ AL ASEGURADO, EN EXCESO DEL DEDUCIBLE, POR LOS DAÑOS Y LOS GASTOS DE DEFENSA QUE RESULTEN DE CUALQUIER RECLAMACIÓN PRESENTADA POR PRIMERA VEZ EN CONTRA DEL ASEGURADO POR UN TERCERO DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA Y/O DURANTE EL PERIODO DE REPORTE EXTENDIDO POR UNA ACTUACIÓN NEGLIGENTE Y/O UN ERROR U OMISIÓN NEGLIGENTE INCURRIDOS EXCLUSIVAMENTE EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES, LOS CUALES DEBEN HABER SIDO COMETIDOS CON POSTERIORIDAD AL INICIO DE LA FECHA DE RETROACTIVIDAD ESPECIFICADA EN LAS CONDICIONES PARTICULARES Y DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA"*.

En las *"DEFINICIONES"*³⁷⁷ se encuentran:

"B. Reclamación significa toda demanda o proceso, ya sea civil, comercial o arbitral en contra del Asegurado, para obtener la reparación de un daño patrimonial. Así como cualquier notificación o requerimiento escrito en contra del Asegurado que pretenda la declaración de su responsabilidad por un Daño causado en la ejecución de Servicios Profesionales. Las anteriores se considerarán Reclamaciones siempre y

³⁷⁷ Folio 11 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

cuando estén relacionadas con un Daño y/o Gastos de Defensa cubiertos bajo la presente póliza.

C. Gastos de Defensa significan honorarios de abogados y peritos, necesarios y razonables, así como las costas del proceso, incurridos con el previo consentimiento dado por escrito por el Asegurador en la investigación, defensa o negociación del pago de cualquier Reclamación cubierta bajo esta Póliza. Sin embargo, Gastos de Defensa no incluye remuneración de ningún tipo debida al (o gastos internos incurridos por el) Asegurado.

(...)

I. Daños significa cualquier suma, indemnización o monto compensatorio por el cual el Asegurado resulte legalmente obligado a pagar a consecuencia de una Reclamación, así como los gastos del reclamante y/o cualquier indemnización con el acuerdo del Asegurador. Sin embargo, Daños no incluye la responsabilidad por:

(...)

4. la devolución, restitución, reducción, cesión, reintegro o reembolso de comisiones, tarifas, cargos u otras remuneraciones.

(...)

N. Servicios Profesionales significa aquellos servicios prestados por el Asegurado para los que esté legalmente habilitado a prestar a terceros en su calidad de arquitecto y/o ingeniero y que han sido declarados por escrito en el Formulario de Solicitud.

S. Tercero significa un tercero independiente y no incluye:

1. el Asegurado, independientemente de la condición en la que actúe;

2. *cualquier persona, compañía o entidad que en su totalidad o en parte, y directa o indirectamente, sea propiedad, sea operada o controlada por el Asegurado;*
3. *cualquier persona, compañía, organización o entidad que tenga un interés financiero directo o indirecto en el Asegurado;*
4. *cualquier compañía, organización o entidad en la que el Asegurado tenga un usufructo, interés o participación accionaria superior al 10% o en las que el Asegurado tenga un interés de dirección o control directo o indirecto;*
5. *cualquier otra compañía cuya propiedad sea compartida con el Asegurado, o*
6. *cualquier compañía, organización o entidad en la que una Persona Asegurada sea un Director, Empleado, fiduciario, Miembro o Socio, participante o fideicomisario”.*

En las "EXCLUSIONES"³⁷⁸ de la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Errores y Omisiones de Ingenieros transcritas en la CARÁTULA de la póliza se previó:

"ESTA PÓLIZA NO OFRECE INDEMNIZACIÓN ALGUNA POR DAÑOS O GASTOS DE DEFENSA EN RELACIÓN CON CUALQUIER RECLAMACIÓN QUE RESULTE DIRECTA O INDIRECTAMENTE, SE BASE EN O SEA CONSECUENCIA DE, O QUE DE ALGUNA FORMA INVOLUCRE:

A. CUALQUIER RESPONSABILIDAD REAL O PRESUNTA ASUMIDA POR EL ASEGURADO BAJO CUALQUIER CONTRATO, GARANTÍA (EXCEPTO ÓRDENES DE AUTORIDADES), INDEMNIZACIÓN, ACUERDO O GARANTÍA, SALVO QUE DICHA RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO HUBIESE SURGIDO INDEPENDIENTEMENTE DE LA EXISTENCIA EXPRESA DE DICHO CONTRATO, GARANTÍA O ACUERDO;

³⁷⁸ Folio 13 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

(...)

K. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS DE LOS PROYECTOS O PLAZOS DE EJECUCIÓN O ESTIMADOS DE CONSTRUCCIÓN U OTROS COSTOS, PERO ESTA EXCLUSIÓN NO SE APLICARÁ A NINGUN DAÑO POR RESPONSABILIDAD LEGAL O GASTOS DE DEFENSA QUE RESULTEN DE LAS ACTIVIDADES NORMALES Y OBLIGACIONES ASUMIDAS POR GERENTES DE COSTOS, INGENIEROS DE COSTOS O ESTIMADORES;

L. CUALQUIER CONTRATO POR EL CUAL EL ASEGURADO ACTÚE COMO UN CONTRATISTA DE OBRAS QUE NO ESTÉ RELACIONADO CON SUS SERVICIOS PROFESIONALES;

M. TODA MANO DE OBRA DEFECTUOSA, CONSTRUCCIÓN O TRABAJO QUE NO ESTÉ CONFORME CON EL DISEÑO DEL PROYECTO O LOS DOCUMENTOS DE CONSTRUCCIÓN (INCLUYENDO PERO NO LIMITADO A LOS PLANOS Y ESPECIFICACIONES); SIEMPRE Y CUANDO EL ERROR U OMISIÓN NO TENGA ORIGEN EN UN ERROR EN LOS DISEÑOS O PLANOS.

N. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS CONTRACTUALES RELATIVOS A LA EFICIENCIA, LA FABRICACIÓN O LA DURABILIDAD, A MENOS QUE TAL INCUMPLIMIENTO SE REFIERA A UN ERROR INVOLUNTARIO U OMISIÓN INVOLUNTARIA EN RELACIÓN CON EL DETALLADO DISEÑO Y/O ESPECIFICACIONES DE LAS OBRAS;

(...)

Q. CUALQUIER REAL O SUPUESTA: (...) 3. DOLO, ACTOS CRIMINALES, DESHONESTOS O FRAUDULENTOS, MALA CONDUCTA INTENCIONAL;
(...)

R. CUALESQUIERA: (...) 2. HECHOS, CIRCUNSTANCIAS O ACONTECIMIENTOS QUE (CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN

VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA) EL ASEGURADO HAYA CONSIDERADO O DEBERÍA HABER CONSIDERADO RAZONABLEMENTE COMO CAPAZ DE DAR LUGAR A UNA RECLAMACIÓN”.

En las "CONDICIONES GENERALES"³⁷⁹ de la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Errores y Omisiones de Ingenieros transcritas en la CARÁTULA de la póliza, se estipuló:

"B. Concurrencia de seguros.

El seguro proporcionado por esta Póliza se aplicará sólo en exceso sobre cualquier otro seguro válido y que pueda ser cobrado o cualquier otro tipo de indemnización, a menos que dicho seguro o indemnización sea suscrito únicamente como un seguro específico en exceso del Límite Agregado de Indemnización previsto por la presente Póliza.

Por lo tanto, en caso que haya otro seguro válido y que pueda ser cobrado o cualquier otro tipo de indemnización, el Asegurado deberá reclamar primero bajo ese otro seguro y no bajo esta Póliza”.

Por otro lado, las "CONDICIONES GENERALES" de la "PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVICIOS PROFESIONALES MISCELÁNEOS"³⁸⁰, que integran el contrato de seguro junto con las condiciones particulares y el cuestionario firmado por el tomador del seguro y que se aplican siempre que no haya contradicción expresa con lo estipulado en las condiciones particulares³⁸¹, contemplan lo siguiente:

³⁷⁹ Folios 18 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 2.

³⁸⁰ Folio 23 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

³⁸¹ Dice la parte inicial de las CONDICIONES GENERALES: "LAS CONDICIONES PARTICULARES CONTENIDAS EN LA CARÁTULA DEROGAN LO DISPUESTO EN LAS CONDICIONES GENERALES EXCLUSIVAMENTE EN AQUELLOS PUNTOS EN LOS QUE EXISTA CONTRADICCIÓN EXPRESA ENTRE AMBAS, QUEDANDO INTEGRALMENTE EN FIRME EL CLAUSULADO, EL CUAL NO SE VERÁ AFECTADO POR LA EVENTUAL CONTRADICCIÓN" (folio 23 del Cuaderno de Pruebas No. 2).

- Se incluyó dentro de las extensiones de cobertura:

"2- EXTENSIONES DE COBERTURA

SUJETO A LOS TÉRMINOS Y CONDICIONES DE ESTA PÓLIZA LAS SIGUIENTES EXTENSIONES DE COBERTURA SERÁN APLICABLES:

2.1- GASTOS LEGALES INCURRIDOS EN UNA INVESTIGACIÓN INICIADA CONTRA LOS ASEGURADOS

LA DEFINICIÓN DE COSTOS SE EXTIENDE A CUBRIR HASTA EL LIMITE DE RESPONSABILIDAD DE LA PÓLIZA, LOS GASTOS Y HONORARIOS QUE, PREVIAMENTE APROBADOS POR ESCRITO POR EL ASEGURADOR, SE GENEREN DE LA COMPARECENCIA DE LOS ASEGURADOS A CUALQUIER PROCESO ADMINISTRATIVO O INVESTIGACIÓN FORMAL RELACIONADOS CON UN ACTO ERRÓNEO DE LOS ASEGURADOS EN LA PRESTACIÓN DE SUS SERVICIOS PROFESIONALES (...)"

- Dentro de las "EXCLUSIONES" se encuentra:

"EL ASEGURADOR NO SERÁ RESPONSABLE DE PAGAR DAÑOS Y/O COSTOS ORIGINADOS EN UNA RECLAMACIÓN:

(...)

3.4- PROVENIENTE DE, BASADO EN, ATRIBUIBLE A, O EN CUALQUIER FORMA INVOLUCRANDO, DIRECTA O INDIRECTAMENTE DOLO O CULPA GRAVE DEL ASEGURADO.

(...)

3.6- CIRCUNSTANCIAS ANTERIORES, ORIGINADA EN, BASADA EN, O ATRIBUIBLE DIRECTA O INDIRECTAMENTE A HECHOS, CIRCUNSTANCIAS, O SITUACIONES QUE HAYAN SIDO CONOCIDAS O QUE RAZONABLEMENTE HA DEBIDO DE HABER CONOCIDO EL

ASEGURADO, EN O CON ANTERIORIDAD A LA FECHA DE RECONOCIMIENTO DE ANTIGÜEDAD DE ESTA PÓLIZA”.

(...)

3.9- GARANTÍAS Y OBLIGACIONES CONTRACTUALES, ORIGINADA EN, BASADA EN, O ATRIBUIBLE DIRECTA O INDIRECTAMENTE A LAS GARANTÍAS, OBLIGACIONES O RESPONSABILIDADES ASUMIDAS POR EL ASEGURADO BAJO CONTRATO, SALVO QUE ESTAS FUERAN EXIGIBLES AUN EN AUSENCIA DE DICHO CONTRATO EN VIRTUD DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES DEL ASEGURADO”.

- En las "DEFINICIONES" están:

"4.1- ACTO ERRÓNEO:

SIGNIFICA CUALQUIER ACTO REAL O SUPUESTO, ERROR, OMISIÓN, FALSA DECLARACIÓN, DECLARACIÓN ENGAÑOSA, LESIÓN PERSONAL, CUMPLIMIENTO NEGLIGENTE DEL ASEGURADO EN SU CAPACIDAD DE TAL, O DE CUALQUIER OTRA PERSONA FÍSICA O ENTIDAD POR QUIÉN EL ASEGURADO SEA LEGALMENTE RESPONSABLE.

(...)

4.5- DAÑOS:

SIGNIFICA CUALQUIER MONTO COMPENSATORIO POR EL CUAL EL ASEGURADO RESULTE LEGALMENTE OBLIGADO A PAGAR A CONSECUENCIA DE UN RECLAMO CUBIERTO. TODOS LOS ACUERDOS JUDICIALES O EXTRAJUDICIALES TIENEN QUE SER NEGOCIADOS Y ACORDADOS CONTANDO PREVIAMENTE CON EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LA COMPAÑÍA.

DAÑOS NO INCLUIRÁ:

- *MULTAS CIVILES O PENALES, PENALIDADES O SANCIONES, QUE PROVENGAN DE LA LEY, ESTATUTOS, REGULACIONES O DE UN LAUDO ARBITRAL O SENTENCIA JUDICIAL.*
- *IMPUESTOS.*
- *SANCIONES PUNITIVAS Y EJEMPLARES.*
- *CUALQUIER SUMA QUE NO SEA ASEGURABLE BAJO LA LEY.*
- *EL COSTO PARA CUMPLIR CON CUALQUIER MEDIDA CAUTELAR.*

(...)

4.7- GASTOS POR RECLAMOS:

QUIERE DECIR HONORARIOS DE ABOGADO, HONORARIOS DE PERITOS Y CUALQUIER OTRO HONORARIO RAZONABLE Y COSTOS INCURRIDOS POR LA COMPAÑÍA O POR EL ASEGURADO CONTANDO CON EL PREVIO CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LA COMPAÑÍA, PARA LA INVESTIGACIÓN Y DEFENSA DEL RECLAMO CUBIERTO.

LOS GASTOS POR RECLAMO NO INCLUIRÁN SUELDOS, SALARIOS, HONORARIOS O COSTOS DE DIRECTORES, EJECUTIVOS O EMPLEADOS DE LA COMPAÑÍA O DEL ASEGURADO.

(...)

4.11- RECLAMO:

ES CUALQUIER NOTIFICACIÓN, REQUERIMIENTO O DEMANDA POR ESCRITO CON EL FIN DE OBTENER UNA REPARACIÓN PATRIMONIAL, INCLUYENDO CUALQUIER PROCEDIMIENTO CIVIL O ARBITRAL CONTRA EL ASEGURADO POR ACTOS ERRÓNEOS DEL ASEGURADO, DURANTE SU DESEMPEÑO DE SUS SERVICIOS PROFESIONALES. RECLAMOS NO INCLUIRÁN NINGÚN PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO.

(...)

4.13- SERVICIOS PROFESIONALES:

SE REFIERE A LOS SERVICIOS QUE EL ASEGURADO ESTÁ LEGALMENTE CALIFICADO PARA PRESTAR A TERCEROS COMO ARQUITECTO, INGENIERO, TASADOR, URBANISTA, JEFE DE OBRAS O COMO SE DEFINA MÁS ESPECÍFICAMENTE EN LA SOLICITUD DE COBERTURA”.

Por último, las CONDICIONES GENERALES de la PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVICIOS PROFESIONALES MISCELÁNEOS, en el capítulo “6- DISPOSICIONES GENERALES”³⁸² contiene, dentro de las obligaciones del asegurado en caso de siniestro:

“6.2- OBLIGACIONES DEL ASEGURADO EN CASO DE SINIESTRO.

EN CASO DE SINIESTRO EL ASEGURADO DEBERÁ:

(...)

- INFORMAR A LA COMPAÑÍA DENTRO DE LOS TRES [3] DÍAS SIGUIENTES A LA FECHA DE SU CONOCIMIENTO, SOBRE CUALQUIER HECHO O CIRCUNSTANCIA QUE RAZONABLEMENTE PUDIERE DAR LUGAR A UN SINIESTRO, ASÍ COMO SOBRE TODA RECLAMACIÓN JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL DE TERCEROS DAMNIFICADOS O DE SUS CAUSAHABIENTES. TRATÁNDOSE DE UNA RECLAMACIÓN JUDICIAL, EL ASEGURADO TENDRÁ LA OBLIGACIÓN DE CONTESTAR LA DEMANDA QUE SEA PROMOVIDA EN CUALQUIER PROCESO CIVIL Y QUE PUDIERE SER CAUSA DE INDEMNIZACIÓN CONFORME A LA PRESENTE PÓLIZA, OBLIGÁNDOSE A LLAMAR EN GARANTÍA A LA COMPAÑÍA, A EFECTOS DE QUE INTERVENGA EN EL PROCESO, CON SUJECIÓN A LOS TÉRMINOS DE ESTA PÓLIZA. EN CUMPLIMIENTO DE ESTA OBLIGACIÓN, EL ASEGURADO NO PODRÁ EN MOMENTO ALGUNO, SIN PREVIO

³⁸² Folio 28 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

CONSENTIMIENTO DE LA COMPAÑÍA, ALLANARSE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA”.

Se deduce de la anterior estipulación que, ante una reclamación amparada, MASSY tendría, no solo la facultad, sino la obligación de formular el llamamiento en garantía a BERKLEY para exigir la garantía del seguro, comprendiendo, en los términos del amparo pactado, tanto la eventual condena que soportara a favor de OCENSA, como los gastos de defensa que implicara el proceso para MASSY, independientemente del resultado de las pretensiones de OCENSA contra MASSY.

5.2. LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL) CUBIERTA EN LA PÓLIZA

Según se vio, de acuerdo con el “OBJETO DEL SEGURO” de la Póliza No. 1889, en lo que interesa para determinar el tipo de responsabilidad que puede constituir un siniestro, *“EL ASEGURADOR INDEMNIZARÁ AL ASEGURADO ... POR LOS DAÑOS Y LOS GASTOS DE DEFENSA QUE RESULTEN DE CUALQUIER RECLAMACIÓN ... EN CONTRA DEL ASEGURADO POR UN TERCERO ... POR UNA ACTUACIÓN NEGLIGENTE Y/O UN ERROR U OMISIÓN NEGLIGENTE INCURRIDOS EXCLUSIVAMENTE EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES ...”.*

En las “DEFINICIONES” de la póliza se encuentran varios conceptos a los que alude la anterior estipulación. Así, por ejemplo, están definidos los “Daños”, en esencia, como *“cualquier suma, indemnización o monto compensatorio por el cual el Asegurado resulte legalmente obligado a pagar a consecuencia de una Reclamación”*, con la aclaración de que no lo son *“la devolución, restitución, reducción, cesión, reintegro o reembolso de comisiones, tarifas, cargos u otras remuneraciones”*, lo cual nos ubicaría en un escenario de reclamación efectuada por quien pagó la remuneración al profesional asegurado (normalmente un contratante), aunque para

establecer que lo relativo a devolución, restitución y demás reclamos sobre la remuneración no está amparado por el seguro. Lo anterior es propio de un escenario de responsabilidad contractual.

También está definido lo que se entiende por "Tercero", que es, básicamente, un sujeto diferente al asegurado e independiente del mismo. No está excluido como "tercero" quien haya contratado con el asegurado y que, por ende, la responsabilidad que reclamaría podría ser contractual.

Se definen "Servicios Profesionales" como *"aquellos servicios prestados por el Asegurado para los que esté legalmente habilitado a prestar a terceros en su calidad de arquitecto y/o ingeniero y que han sido declarados por escrito en el Formulario de Solicitud"*. No hay aquí limitación a los servicios prestados sin mediar contrato o a la responsabilidad extracontractual. Se hace referencia a servicios prestados a terceros, prestación que regularmente tiene lugar en el marco de contratos.

En las "CONDICIONES GENERALES" de la Póliza de Responsabilidad Civil Servicios Profesionales Misceláneos se define "ACTO ERRONEO" como *"CUALQUIER ACTO REAL O SUPUESTO, ERROR, OMISIÓN, FALSA DECLARACIÓN, DECLARACIÓN ENGAÑOSA, LESIÓN PERSONAL, CUMPLIMIENTO NEGLIGENTE DEL ASEGURADO EN SU CAPACIDAD DE TAL, O DE CUALQUIER OTRA PERSONA FÍSICA O ENTIDAD POR QUIÉN EL ASEGURADO SEA LEGALMENTE RESPONSABLE"* (se subraya), lo cual, no solo no excluye la responsabilidad contractual, sino que alude a ella al referirse a *"CUMPLIMIENTO NEGLIGENTE"*.

La estipulación del objeto del seguro, con los conceptos definidos, por sí solos, no excluyen el escenario contractual en el cual pudiera tener lugar la actuación negligente, error u omisión en la prestación de servicios profesionales y, más bien, aluden a ciertas circunstancias que son propias de un contrato. La cláusula del "OBJETO DEL SEGURO" dispone el amparo en el marco de la prestación de servicios profesionales, sin limitarlo al escenario extracontractual y es que, por el contrario, es lo usual que los

servicios profesionales se presten cuando el profesional ha sido contratado para ello, y si no está excluido como "tercero" reclamante quien contrata al asegurado, no puede pensarse, con la sola lectura de la definición del "OBJETO DEL SEGURO", que carece de amparo la responsabilidad contractual, aunque la cláusula en cuestión pudiera abarcar también eventos de responsabilidad extracontractual.

La póliza enuncia, además, las actividades cubiertas por el seguro, describiéndolas bajo el concepto de "*Servicios a facilidades de producción...*", lo cual, en condiciones regulares, supone el encargo de determinado servicio al profesional por quien está a cargo de la facilidad de producción, y que, desde luego, el encargo haya sido aceptado por el profesional, es decir, que la prestación de servicios sea producto del perfeccionamiento de un acuerdo de voluntades o, en otras palabras, de un contrato. Bajo esta óptica, tiene pleno sentido que dentro de los servicios cubiertos por el seguro se mencionen proyectos, desarrollo de ingeniería, construcción, suministro y comisionamiento, que no se explicarían si no mediara un contrato a través del cual se hubieran encargado tales labores a un profesional.

También es claro que el "OBJETO DEL SEGURO" no está referido explícitamente al cumplimiento de un contrato o, en general, de todos los contratos suscritos por el asegurado. En otras palabras, el objeto de la póliza se refiere al daño, en concreto, por actuación negligente, error u omisión negligente, lo cual incluye el caso en que el reclamante es quien contrató al asegurado y, por ello, su acción podría calificarse como derivada de responsabilidad contractual, sin que por ello el seguro en este caso se equipare a un "seguro de cumplimiento", en el que el interés asegurable

radica en el acreedor del contrato³⁸³, a diferencia de la póliza objeto del proceso, en la cual el interés protegido es el de MASSY. Esto significa, respecto a la cláusula de “Concurrencia de seguros”³⁸⁴ conforme a la cual “**el Asegurado**” (se destaca) debe cobrar primero otros seguros antes que la póliza expedida por BERKLEY, que no concurre la póliza objeto del proceso con el seguro de cumplimiento, pues en este último MASSY (acá, el asegurado) no puede cobrar para él la indemnización por su incumplimiento.

BERKLEY se opone a las pretensiones de MASSY en el llamamiento en garantía, bajo la premisa de que la Póliza No. 1889 cubre la responsabilidad civil profesional por actos involuntarios consecuencia de errores u omisiones únicamente provenientes de responsabilidad extracontractual. Según su defensa, las reclamaciones de OCENSA contra MASSY serían propias de la cobertura de una póliza de cumplimiento. En opinión de BERKLEY, la responsabilidad profesional requiere, inexorablemente, un acto erróneo involuntario, de manera que el incumplimiento voluntario de las obligaciones de un contrato no cabe dentro del concepto de responsabilidad profesional.

El Tribunal no encuentra que el amparo y, específicamente, la descripción del “OBJETO” del seguro, gire en torno o esté definido por la capacidad volitiva o la determinación consciente de la conducta del asegurado en la ejecución de actos de los cuales se deriva una responsabilidad profesional; el amparo solo se refiere a que la conducta pueda considerarse “**ACTUACIÓN**”

³⁸³ Artículo 1083 del Código de Comercio: “*Tiene interés asegurable toda persona cuyo patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente, por la realización de un riesgo. [...] Es asegurable todo interés que, además de lícito, sea susceptible de estimación en dinero*”.

³⁸⁴ Folio 19 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Establece la Cláusula:

“B. Concurrencia de seguros.

El seguro proporcionado por esta Póliza se aplicará sólo en exceso sobre cualquier otro seguro válido y que pueda ser cobrado o cualquier otro tipo de indemnización, a menos que dicho seguro o indemnización sea suscrito únicamente como un seguro específico en exceso del Límite Agregado de Indemnización previsto por la presente Póliza.

Por lo tanto, en caso que haya otro seguro válido y que pueda ser cobrado o cualquier otro tipo de indemnización, el Asegurado deberá reclamar primero bajo ese otro seguro y no bajo esta Póliza” (resaltado fuera de texto).

NEGLIGENTE Y/O UN ERROR U OMISIÓN NEGLIGENTE INCURRIDOS EXCLUSIVAMENTE EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES” y ello (un acto negligente, un error o una omisión), además de no estar cercado por un marco de voluntariedad en tal actuación, puede ocurrir en ejecución de las prestaciones de un contrato y en perjuicio de quien contrató al asegurado, caso en el cual podría hablarse de incumplimiento del contrato o cumplimiento defectuoso, según el caso. Claro está que el *“Dolo del asegurado”*, según se vio, hace parte de las exclusiones del seguro³⁸⁵, lo cual sí abarcaría la *“voluntad”* de incumplir (dirigir la conducta reflexivamente a incumplir), pero no se opone a ello que un incumplimiento del contrato o la ejecución defectuosa de la prestación pueda provenir de *“ACTUACIÓN NEGLIGENTE Y/O UN ERROR U OMISIÓN NEGLIGENTE”*, que es lo que constituye el objeto del seguro, y ello se puede dar en la prestación de servicios profesionales producto de un contrato. Por negligente se entiende aquello *“descuidado”* o *“falta de aplicación”*³⁸⁶ o, como define el término negligencia el Diccionario de Español Jurídico de la RAE, la *“Omisión de la atención debida por inacción o descuido o por acción incorrecta, inadecuada o insuficiente”*, a lo cual se suma que, dentro de las *“...especies de culpa y descuido...”*, nuestra legislación³⁸⁷ contempla que, si se trata de culpa o descuido *“sin otra calificación”*, la misma significa culpa o descuido leve, entendida como *“...la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios...”*, cosa que puede verificarse en la ejecución de un contrato de prestación de servicios

³⁸⁵ Literal g del numeral 4 de las *“CONDICIONES”* previstas en la CARÁTULA de la póliza (folio 6 del Cuaderno de Pruebas No. 2) y numeral 3 del literal Q del capítulo *“3. EXCLUSIONES”* de la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Errores y Omisiones de Ingenieros (Colombia) transcrita en la CARÁTULA de la póliza (folio 15 del Cuaderno de Pruebas No. 2). Las *“CONDICIONES GENERALES”* de la POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL SERVICIOS PROFESIONALES MISCELÁNEOS también enuncia entre sus exclusiones *“EL ASEGURADOR NO SERA RESPONSABLE DE PAGAR DAÑOS Y/O COSTOS ORIGINADOS EN UNA RECLAMACIÓN: (...) 3.4- PROVENIENTE DE, BASADO EN, ATRIBUIBLE A, O EN CUALQUIER FORMA INVOLUCRANDO, DIRECTA O INDIRECTAMENTE DOLO O CULPA GRAVE DEL ASEGURADO”*.

³⁸⁶ Diccionario de la Lengua Española de la RAE.

³⁸⁷ Artículo 63 del Código Civil.

profesionales y puede conducir a su incumplimiento o cumplimiento defectuoso que genere responsabilidad ante quien contrató al asegurado.

Según BERKLEY, la cobertura de la póliza por responsabilidad profesional es la proveniente únicamente de responsabilidad extracontractual, por lo cual se opone a la interpretación que propone MASSY de la estipulación al tenor de la cual no se ampara "*CUALQUIER RESPONSABILIDAD REAL O PRESUNTA ASUMIDA POR EL ASEGURADO BAJO CUALQUIER CONTRATO....*"³⁸⁸ pues, a decir de BERKLEY, la interpretación sistemática del contrato de seguro conduce a excluir la responsabilidad contractual, tanto que la exclusión contenida en el literal i del numeral 4 de las "CONDICIONES" de la póliza se refiere a "*Inobservancia de disposiciones legales u órdenes de autoridad, de normas técnicas o de instrucciones y estipulaciones contractuales*".

Para el Tribunal, la interpretación sistemática del contrato de seguro exige tener en consideración, también, el literal r del mismo numeral 4 de las "CONDICIONES"³⁸⁹, según el cual está excluida de amparo la "*Responsabilidad civil contractual excedente de la legal*" (se subraya), lo que conduce, por oposición, a concluir que no está excluida la responsabilidad contractual que no exceda lo previsto en la ley³⁹⁰.

Solo si el amparo de la póliza objeto del proceso abarca responsabilidad de tipo contractual se explican exclusiones relativas a³⁹¹:

³⁸⁸ Letra A, numeral "3. EXCLUSIONES" de la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Errores y Omisiones de Ingenieros (Colombia) transcrita en la CARÁTULA de la póliza.

³⁸⁹ Folio 6 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

³⁹⁰ Esta exclusión contrasta con la de "*RC Contractual*", sin más calificaciones, contenida en la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 1891 tomada por MASSY, expedida por BERKLEY, aportada como parte del testimonio de Olga Lucía Pinzón Sosa (folio 313 del Cuaderno de Pruebas No. 2), lo cual también sirve de criterio de interpretación, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 1622 del Código Civil, de conformidad con el cual las cláusulas de un contrato "*Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas y sobre la misma materia*".

³⁹¹ Folios 13 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 2.

- *"K. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS DE LOS PROYECTOS O PLAZOS DE EJECUCIÓN O ESTIMADOS DE CONSTRUCCIÓN U OTROS COSTOS, PERO ESTA EXCLUSIÓN NO SE APLICARÁ A NINGUN DAÑO POR RESPONSABILIDAD LEGAL O GASTOS DE DEFENSA QUE RESULTEN DE LAS ACTIVIDADES NORMALES Y OBLIGACIONES ASUMIDAS POR GERENTES DE COSTOS, INGENIEROS DE COSTOS O ESTIMADORES".*
- *"L. CUALQUIER CONTRATO POR EL CUAL EL ASEGURADO ACTÚE COMO UN CONTRATISTA DE OBRAS QUE NO ESTÉ RELACIONADO CON SUS SERVICIOS PROFESIONALES".*
- *"M. TODA MANO DE OBRA DEFECTUOSA, CONSTRUCCIÓN O TRABAJO QUE NO ESTÉ CONFORME CON EL DISEÑO DEL PROYECTO O LOS DOCUMENTOS DE CONSTRUCCIÓN (INCLUYENDO PERO NO LIMITADO A LOS PLANOS Y ESPECIFICACIONES); SIEMPRE Y CUANDO EL ERROR U OMISIÓN NO TENGA ORIGEN EN UN ERROR EN LOS DISEÑOS O PLANOS".*
- *"N. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS CONTRACTUALES RELATIVOS A LA EFICIENCIA, LA FABRICACIÓN O LA DURABILIDAD, A MENOS QUE TAL INCUMPLIMIENTO SE REFIERA A UN ERROR INVOLUNTARIO U OMISIÓN INVOLUNTARIA EN RELACIÓN CON EL DETALLADO DISEÑO Y/O ESPECIFICACIONES DE LAS OBRAS".*

La exclusión conforme a la cual no está amparada por el seguro la *"Inobservancia de disposiciones legales u órdenes de autoridad, de normas técnicas o de instrucciones y estipulaciones contractuales"* debe, entonces, entenderse dentro del marco conforme al cual los actos objeto del seguro que constituyan responsabilidad contractual no *"excedente de la legal"* no están excluidos, pero sí está excluida de amparo la inobservancia de estipulaciones contractuales si, específicamente por la inobservancia de una concreta estipulación contractual, la conducta del asegurado se calificaría como *"ACTUACIÓN NEGLIGENTE Y/O UN ERROR U OMISIÓN NEGLIGENTE"*

INCURRIDOS EXCLUSIVAMENTE EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES". A esto conduce una interpretación restrictiva del contrato de seguro, que es la que corresponde hacer.

En efecto, si el propósito de la exclusión es exceptuar del amparo circunstancias que en principio estarían cubiertas por el seguro (puesto que si se tratara de actos que, por definición, no encuadraran dentro del objeto del seguro, no habría necesidad de excluirlos porque de entrada no estarían incluidos), debe entenderse que la exclusión en cuestión opera cuando la actuación negligente y/o error u omisión negligente en la prestación del servicio radican en la inobservancia de instrucciones o estipulaciones contractuales que fijan pautas o parámetros de diligencia dentro de los cuales el profesional debe desempeñarse, tales como la calidad de materiales a emplear o la observancia de determinados protocolos o estándares de ejecución.

Bajo la consideración de ser necesaria la interpretación sistemática de las cláusulas del contrato de seguro, además de por el sentido en sí mismo de la estipulación que se menciona a continuación, la exclusión según la cual *"ESTA PÓLIZA NO OFRECE INDEMNIZACIÓN ALGUNA POR DAÑOS O GASTOS DE DEFENSA EN RELACIÓN CON CUALQUIER RECLAMACIÓN QUE RESULTE DIRECTA O INDIRECTAMENTE, SE BASE EN O SEA CONSECUENCIA DE, O QUE DE ALGUNA FORMA INVOLUCRE: A. CUALQUIER RESPONSABILIDAD REAL O PRESUNTA ASUMIDA POR EL ASEGURADO BAJO CUALQUIER CONTRATO, GARANTÍA (EXCEPTO ORDENES DE AUTORIDADES), INDEMNIZACIÓN, ACUERDO O GARANTÍA, SALVO QUE DICHA RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO HUBIESE SURGIDO INDEPENDIENTEMENTE DE LA EXISTENCIA EXPRESA DE DICHO CONTRATO, GARANTÍA O ACUERDO"* no se entiende como exclusión de la responsabilidad derivada del contrato en virtud del cual se prestan los servicios profesionales, sino de los casos en que el asegurado "asume", entendiendo por ello la acción de "asumir", es decir, "hacerse cargo,

responsabilizarse de algo, aceptarlo"³⁹², esto es, cuando el asegurado se hace cargo, se responsabiliza o acepta la responsabilidad real o presunta reclamada, y plasma esa aceptación de responsabilidad, por ejemplo, en un contrato (como el de transacción, por citar un caso). Por esto se explica que la exclusión indique que sí hay cobertura cuando la responsabilidad del asegurado hubiese surgido con independencia de ese contrato (en el ejemplo, la transacción) en el que el asegurado asumió la responsabilidad.

5.3. LA RECLAMACIÓN DE OCENSA CONTRA MASSY

De acuerdo con las "DEFINICIONES" de las CONDICIONES previstas en la CARÁTULA de la póliza, *"Reclamación significa toda demanda o proceso, ya sea civil, comercial o arbitral en contra del Asegurado, para obtener la reparación de un daño patrimonial. Así como cualquier notificación o requerimiento escrito en contra del Asegurado que pretenda la declaración de su responsabilidad por un Daño causado en la ejecución de Servicios Profesionales. Las anteriores se considerarán Reclamaciones siempre y cuando estén relacionadas con un Daño y/o Gastos de Defensa cubiertos bajo la presente póliza"*³⁹³.

De acuerdo con el "OBJETO DEL SEGURO", *"EL ASEGURADOR INDEMNIZARÁ AL ASEGURADO, EN EXCESO DEL DEDUCIBLE, POR LOS DAÑOS Y LOS GASTOS DE DEFENSA QUE RESULTEN DE CUALQUIER RECLAMACIÓN PRESENTADA POR PRIMERA VEZ EN CONTRA DEL ASEGURADO POR UN TERCERO DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA Y/O DURANTE EL PERIODO DE REPORTE EXTENDIDO POR UNA ACTUACIÓN NEGLIGENTE Y/O UN ERROR U OMISIÓN NEGLIGENTE INCURRIDOS EXCLUSIVAMENTE EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES, LOS CUALES DEBEN HABER SIDO COMETIDOS CON POSTERIORIDAD AL INICIO DE LA FECHA DE*

³⁹² Según lo define el diccionario de la RAE.

³⁹³ Folio 11 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

RETROACTIVIDAD ESPECIFICADA EN LAS CONDICIONES PARTICULARES Y DURANTE LA VIGENCIA DE LA PÓLIZA”.

De la conjunción de las dos estipulaciones citadas resultan los siguientes presupuestos para que se trate de una reclamación amparada:

- Se debe tratar de una demanda o proceso civil, comercial o arbitral para obtener la reparación de un daño patrimonial, o cualquier notificación o requerimiento escrito contra el asegurado por un tercero que pretenda la declaración de su responsabilidad por un daño causado en la ejecución de servicios profesionales.
- La reclamación debe haber sido presentada por primera vez durante la vigencia de la póliza o el periodo de reporte extendido.
- La reclamación debe estar relacionada con un daño y/o gastos de defensa cubiertos por la póliza.
- Los hechos deben haber ocurrido con posterioridad al inicio de la fecha de retroactividad.

A continuación, se analizará la verificación de estos presupuestos en el caso concreto, al tiempo que con ellos se evaluará que no opere alguna de las causales de exclusión pactadas, condición intrínseca a la definición del riesgo amparado.

5.3.1. Oportunidad de la reclamación en general y, en especial, lo relacionado con la bomba BPC-42050 de Coveñas

En primer lugar, la reclamación por la cual MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. llamó en garantía a BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A. es la demanda de reconvención presentada por OCENSA (demanda arbitral, incluida dentro de las modalidades de reclamación amparadas por

la póliza), radicada el 10 de marzo de 2017 y reformada el 29 de septiembre de 2017.

Dado que la vigencia de la póliza es desde el 3 de octubre de 2016 hasta el 3 de octubre de 2017, tanto la demanda de reconvención como su reforma fueron presentadas durante la vigencia de la póliza, con lo cual se verifican los primeros dos presupuestos mencionados.

Ahora bien, BERKLEY alegó en el proceso que la reclamación se presentó con anterioridad a la vigencia de la póliza, pues la primera reclamación en relación con presuntas deficiencias en la bomba de la estación de Coveñas fue presentada el 25 de mayo de 2015, según consta en comunicación de esa fecha, enviada por el líder del proyecto de OCENSA al gerente del proyecto de MASSY³⁹⁴.

En la mencionada comunicación, según narra BERKLEY, OCENSA exigió a MASSY planes de acción concretos, como *"Enviar un cronograma de actividades, indicando tiempos, personal y maquinaria requerida con los compromisos a desarrollar a cargo y **costo de Massy Energy para hacer los ajustes constructivos que se requieran**"* (resaltado por BERKLEY), de manera que se trató de una reclamación.

BERKLEY agregó que mediante el *"Informe Ejecutivo cambio altura succión BPC-42050"* del 24 de agosto de 2015, se estableció un plan de acción y una estimación de costos para llevar a cabo los respectivos ajustes. Si se toma la fecha de este informe, base de la demanda de reconvención en este punto, se llega también a la conclusión de que fue anterior a la vigencia de la póliza.

MASSY expresó en su alegato de conclusión que *"la demanda de reconvención radicada el 10 de marzo de 2017 y posteriormente corregida*

³⁹⁴ Folio 391 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 2.

*el 27 de abril de la misma anualidad constituye en estricto sentido la primera reclamación de responsabilidad formulada por **OCENSA**, toda vez que a través de dicho documento, con certeza inequívoca se plantea un pedimento concreto basado en la invocación de la existencia de una responsabilidad civil". Para MASSY, la carta del 25 de mayo de 2015 no es una reclamación, porque "se limita a plantear inquietudes técnicas que no fueron concretadas en una solicitud indemnizatoria específica, tal como se advierte de su texto (...)", como tampoco lo es el "Informe Ejecutivo Cambio Altura Succión BPC-42050", que "tuvo la finalidad de incorporar una especie de descuento comercial con el fin de propiciar las condiciones que permitieran un arreglo integral en torno al reconocimiento de la **Suma Global Fija convenida** en el procedimiento de Cierre de Libros ...".*

Según observa el Tribunal, una "Reclamación", tal como la define la póliza, puede no consistir en una demanda o proceso sino en "cualquier notificación o requerimiento escrito en contra del Asegurado que pretenda la declaración de su responsabilidad por un Daño causado en la ejecución de Servicios Profesionales" y, a su vez, "Daños" se define como "cualquier suma, indemnización o monto compensatorio por el cual el Asegurado resulte legalmente obligado a pagar a consecuencia de una Reclamación, así como los gastos del reclamante y/o cualquier indemnización con el acuerdo del Asegurador ...", con la precisión de que no se incluye "la devolución, restitución, reducción, cesión, reintegro o reembolso de comisiones, tarifas, cargos u otras remuneraciones".

De acuerdo con las definiciones aludidas, la carta del 25 de mayo de 2015 no encuadra en el concepto de "Reclamación", pues no pretende la declaración de responsabilidad por un "Daño", pues este último concepto se concretó en una aspiración económica indemnizatoria o compensatoria, mientras que la carta del 25 de mayo de 2015 le solicita a MASSY "acciones" consistentes en:

"1. Realizar una revisión ágil de la ingeniería en todas las disciplinas y entregables con el fin de garantizar el correcto funcionamiento de la unidad de bombeo durante la vida útil.

2. Emitir todos los planos que pudieran verse afectados y hacer el manejo del cambio requerido en la ingeniería en cuanto a:

- Reporte de cálculo*
- Piping Layout*
- Isométricos*
- Planos civiles de estructuras*
- Planos Red Line y Planos As-Built*
- Manuales, filosofías y arquitecturas*
- Otros documentos que se afecten y se generen remediando la situación*

3. Emitir un documento donde se describa un paso a paso de las actividades a realizar por el constructor en campo para solucionar el problema.

4. Enviar un cronograma de actividades, indicando tiempos, personal y maquinaria requerida con los compromisos a desarrollar a cargo y costo de Massy Energy para hacer los ajustes constructivos que se requieran.

5. Establecer las recomendaciones para las condiciones/restricciones de operación requeridas en la transición entre la condición actual hasta cuando se subsane la situación".

Lo solicitado por OCENSA fue una revisión de la ingeniería, la emisión de planos, describir las actividades necesarias para solucionar el problema con el cronograma correspondiente y establecer las recomendaciones hasta cuando se subsanara la situación. No se trata de una pretensión de indemnización o compensación económica, si bien se trata de actividades solicitadas a costo de MASSY, que no equivale, para ese entonces, al pago de una suma por parte de MASSY a OCENSA.

El *"Informe Ejecutivo cambio altura succión BPC-42050"*³⁹⁵, elaborado por Julián Rueda Prado (Profesional de Gestión Proyectos Itansuca) y revisado por personal de OCENSA, MASSY y SGS ETSA, que tiene como fecha de "versión 0" el 24 de agosto de 2015, registra la *"necesidad de modificar la altura de la tubería en la succión de la BPC 42050 en el terminal Coveñas"* y que *"Considerando el comportamiento hidráulico de una bomba centrífuga, se tiene que un aumento súbito de la velocidad, que conlleva una caída de la presión es característico de problemas de cavitación, por lo tanto requiere un modificación en el trazado"*. Según el "ALCANCE" del informe, se requiere cuantificar la modificación del trazado y se presenta un "Presupuesto considerado" de "ESTIMACIÓN DE COSTOS CAMBIO RUTA SUCCIÓN BPC-42050" según el cual el valor total de la oferta, incluyendo utilidad e IVA, es \$1.221.164.361.

En el informe ejecutivo mencionado tampoco se observa una "Reclamación" como fue definida en la Póliza pues, aparte de contener un presupuesto de costos, no demanda de MASSY el reconocimiento de ese valor a favor de OCENSA.

En conclusión, la primera "reclamación", como fue definida por la póliza, por concepto de la bomba BPC-42050 de Coveñas, fue la demanda de reconvención en este proceso.

Sin embargo, aunque no se está en presencia de una "Reclamación" como la definió la póliza, no puede perderse de vista el efecto de las circunstancias mencionadas en relación con la bomba BPC-42050 frente a otra de las condiciones del seguro, en particular, la exclusión de conformidad con la cual *"ESTA PÓLIZA NO OFRECE INDEMNIZACIÓN ALGUNA POR DAÑOS O GASTOS DE DEFENSA EN RELACIÓN CON CUALQUIER RECLAMACIÓN QUE RESULTE DIRECTA O INDIRECTAMENTE, SE BASE EN O SEA CONSECUENCIA DE, O QUE DE ALGUNA FORMA INVOLUCRE: (...) R.*

³⁹⁵ Folios 188 y ss. del Cuaderno Anexos Demanda de Reconvención.

*CUALESQUIERA: (...) 2. HECHOS, CIRCUNSTANCIAS O ACONTECIMIENTOS QUE (CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA) EL ASEGURADO HAYA CONSIDERADO O DEBERÍA HABER CONSIDERADO RAZONABLEMENTE COMO CAPAZ DE DAR LUGAR A UNA RECLAMACIÓN*³⁹⁶.

En efecto, por lo que ilustran los documentos recién mencionados, MASSY no podía desconocer la potencial reclamación de OCENSA, especialmente en un escenario de discusión sobre el valor del contrato planteado por MASSY, de lo cual da cuenta la comunicación del 27 de abril de 2015³⁹⁷ enviada por Jorge Espitia (Director de Proyecto de MASSY) a César Rivera (Gerente del Contrato de OCENSA), y de hecho la situación no fue desconocida por MASSY, pues lo mencionó en los hechos de su demanda inicial (del 24 de junio de 2016, anterior a la emisión de la póliza -30/09/2016-) en estos términos:

"4.56. Debido a diversas circunstancias acaecidas en la ejecución del Proyecto, que condujeron a la pérdida de capacidad en la estación Coveñas, se acordó entre OCENSA y MASSY ENERGY, realizar un descuento sobre el valor final del contrato de MIL DOSCIENTOS DOCE MILLONES CIENTO OCHENTA Y TRES MIL TRECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$1.212.183.333)".

Adicionalmente, esta cifra fue restada por MASSY como "Descuento ajuste de calidad" en la estimación del valor adeudado del juramento estimatorio en la demanda inicial.

En la reforma de la demanda, el hecho 4.56. fue, en lo esencial para estos efectos, reproducido en el hecho 4.111.

³⁹⁶ Folio 15 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

³⁹⁷ Folios 389 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Lo anterior pone en evidencia que para MASSY debía ser presumible, no podía desconocerlo -y, de hecho, no lo desconoció-, antes de la emisión de la póliza y, concretamente, antes de la fecha de inicio de vigencia (3 de octubre de 2016) -como lo señala la causal de exclusión-, por la solicitud de OCENSA a través de la carta del 25 de mayo de 2015 y, posteriormente, por el *"Informe Ejecutivo cambio altura succión BPC-42050"*, que OCENSA tendría intención de obtener un reconocimiento o una reducción del precio de Contrato por la circunstancia de la bomba BPC-42050 de Coveñas.

En consecuencia, la reclamación de OCENSA relacionada con la bomba BPC-42050 de Coveñas encaja en el numeral 2, literal R, del capítulo "3. EXCLUSIONES" de la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Errores y Omisiones de Ingenieros transcrita en la CARÁTULA de la póliza, de conformidad con la cual *"ESTA PÓLIZA NO OFRECE INDEMNIZACIÓN ALGUNA POR DAÑOS O GASTOS DE DEFENSA EN RELACIÓN CON CUALQUIER RECLAMACIÓN QUE RESULTE DIRECTA O INDIRECTAMENTE, SE BASE EN O SEA CONSECUENCIA DE, O QUE DE ALGUNA FORMA INVOLUCRE: (...) R. CUALESQUIERA: (...) 2. HECHOS, CIRCUNSTANCIAS O ACONTECIMIENTOS QUE (CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGENCIA DE ESTA PÓLIZA) EL ASEGURADO HAYA CONSIDERADO O DEBERÍA HABER CONSIDERADO RAZONABLEMENTE COMO CAPAZ DE DAR LUGAR A UNA RECLAMACIÓN"*.

Nótese que la exclusión no opera en función de la fecha de retroactividad, sino de la entrada en vigencia de la póliza.

Verificada esta circunstancia, que constituye excepción, el Tribunal la reconocerá de oficio en los términos del inciso primero del artículo 282 del C.G.P., al tenor del cual *"En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda"*.

Se considera, por otro lado, que, siendo un riesgo excluido aquél que involucre hechos, circunstancias o acontecimientos que con anterioridad a la entrada en vigencia de la póliza el asegurado haya considerado o debería haber considerado razonablemente como capaz de dar lugar a una reclamación, la declaración (o falta de ella) por parte de MASSY, de la existencia de tales circunstancias al momento de contratar el seguro no modificaba el estado del riesgo, pues este riesgo no está comprendido dentro de los cubiertos por la aseguradora, razón por la cual no es pertinente en este aspecto lo previsto en el artículo 1058 del Código de Comercio según el cual *"El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo..."* (subrayado fuera de texto), a lo cual se agrega que la eventual reticencia no fue propuesta como excepción por BERKLEY en la oportunidad procesal debida (la contestación al llamamiento en garantía, pues la excepción de nulidad relativa a la que conduce lo previsto en el artículo 1058 del C. de Co. debe ser alegada y no puede reconocerse de oficio, según el artículo 282 del C.G.P.), cuando lo relativo a la bomba de Coveñas fue una circunstancia mencionada en el proceso desde la demanda inicial de MASSY, anterior a la celebración del contrato de seguro.

Lo anterior es suficiente para despachar contra MASSY, en este aspecto, el llamamiento en garantía, no obstante que podría afirmarse también, en cuanto a la reclamación de OCENSA basada en el pretendido derecho a "descontar de la Suma Global Fija" el valor de \$1.212.183.334 (pretensión 8.1. de las "PRETENSIONES DECLARATIVAS CONSECUENCIALES"³⁹⁸) que, en ese contexto, lo pedido por OCENSA no correspondería al concepto de "Daños" según fue definido en la póliza, pues, se recuerda, según su texto:

"I. Daños significa cualquier suma, indemnización o monto compensatorio por el cual el Asegurado resulte legalmente obligado a pagar a

³⁹⁸ Se estudia acá en el marco del análisis sobre el eventual derecho de MASSY a obtener el reembolso de los gastos de defensa.

consecuencia de una Reclamación, así como los gastos del reclamante y/o cualquier indemnización con el acuerdo del Asegurador. Sin embargo, Daños no incluye la responsabilidad por:

(...)

4. la devolución, restitución, reducción, cesión, reintegro o reembolso de comisiones, tarifas, cargos u otras remuneraciones”.

De acuerdo con lo expuesto, se trata de una reclamación no amparada y que, por ende, no da lugar al reembolso de lo debido por MASSY a OCENSA ni de los gastos de defensa³⁹⁹.

BERKLEY también argumentó en su alegato que OCENSA había presentado reclamaciones por atraso en el cronograma de obra antes de entrar en vigencia la póliza.

El Tribunal no admite las alegaciones de BERKLEY pues las comunicaciones a las que se refiere la Aseguradora en su alegato de conclusión (del 26 de junio⁴⁰⁰, 27 de julio⁴⁰¹, 14 de octubre⁴⁰², 10⁴⁰³ y 19 de noviembre de 2014⁴⁰⁴) no contienen una reclamación como fue definida en la póliza, ya que no pretenden la declaración de responsabilidad por un “Daño” concretado en un “monto”, es decir, en una suma de dinero con fines indemnizatorios o compensatorios, según la definición contractual del concepto de “Daño”. En algunas de dichas comunicaciones se recordó a MASSY la posibilidad de imponer multas o apremios por retrasos, o se

³⁹⁹ La propia definición de reclamaciones (folio 11 del Cuaderno de Pruebas No. 2) advierte que se entienden tales “... siempre y cuando estén relacionadas con un Daño y/o Gastos de Defensa cubiertos bajo la presente póliza”, es decir que no están cubiertos los gastos de defensa por riesgos no amparados por la póliza.

⁴⁰⁰ Folios 101 y 102 del Cuaderno Anexos Demanda de Reconvención.

⁴⁰¹ Folios 103 a 108 del Cuaderno Anexos Demanda de Reconvención.

⁴⁰² Folios 115 a 120 del Cuaderno Anexos Demanda de Reconvención.

⁴⁰³ Folios 128 a 131 del Cuaderno Anexos Demanda de Reconvención.

⁴⁰⁴ Folios 132 y 133 del Cuaderno Anexos Demanda de Reconvención.

advirtió que en caso de causarse perjuicios serían reclamados, pero no se reclamaron efectivamente.

En consecuencia, la primera “reclamación” de OCENSA relacionada con el plazo de ejecución del contrato fue la demanda de reconvención. En el título siguiente se expondrán consideraciones adicionales acerca de esta reclamación.

5.3.2. Las otras reclamaciones hechas en la demanda de reconvención

Las otras reclamaciones de OCENSA en la reforma de la demanda de reconvención se pueden condensar de la siguiente forma:

- Las relativas a obtener el pago de perjuicios derivados del atraso en el cronograma de obras objeto del contrato.
- Las relativas a obtener el pago de las obras no ejecutadas, o el descuento del valor de las obras no ejecutadas de la Suma Global Fija.
- Las relativas a obtener el pago de los perjuicios causados por suscribir y ejecutar el contrato de mala fe, o el descuento del valor de tales perjuicios de la Suma Global Fija.
- Las relativas a obtener el pago de los intereses moratorios, comerciales o actualización monetaria sobre las condenas que se impusieran a MASSY.
- Las relativas a las costas y agencias en derecho.

Se estudiará a continuación si estas reclamaciones están relacionadas con un daño y/o gastos de defensa cubiertos por la póliza.

5.3.2.1. Las relativas a obtener el pago de perjuicios derivados del atraso en el cronograma de obras objeto del contrato.

OCENSA reclama por el atraso en los plazos estipulados que hicieron necesario un plan de choque, la desviación del Programa Detallado de Trabajo, atrasos en la entrega de ingeniería de detalle y la gestión de compra de materiales y construcción de obras, y la continuación de obras hasta abril de 2015, con retardo de más de cuatro meses respecto del plazo estipulado.

De acuerdo con el juramento estimatorio de la reforma de la demanda de reconvencción, el pago reclamado es de \$923.979.652, *"correspondientes al daño emergente que se le ocasionó a Ocesa por el incumplimiento en el plazo establecido para la entrega de la totalidad de las obras objeto del Contrato"*. Según explica OCENSA, *"De conformidad con el Otrosí No. 1, el plazo del Contrato fue modificado para efectos de establecer el 31 de diciembre de 2014 como fecha final de la entrega de la totalidad de las obras objeto del Contrato. Como Massy lo mencionó en su propia Demanda, para el mes de abril de 2015 todavía no había finalizado la entrega de la totalidad de las obras. Por lo anterior, se calcularon los perjuicios ocasionados debido a la demora de la ejecución de las obras en un periodo de 4 meses (120 días)"*.

El Tribunal observa que el reclamo de OCENSA es por incumplimiento de plazos contractuales, riesgo excluido expresamente por las partes, de conformidad con el literal K del capítulo "3. EXCLUSIONES" de la Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Errores y Omisiones de Ingenieros (Colombia) transcrita en la CARÁTULA de la póliza:

"ESTA PÓLIZA NO OFRECE INDEMNIZACIÓN ALGUNA POR DAÑOS O GASTOS DE DEFENSA EN RELACIÓN CON CUALQUIER RECLAMACIÓN QUE RESULTE DIRECTA O INDIRECTAMENTE, SE BASE EN O SEA CONSECUENCIA DE, O QUE DE ALGUNA FORMA INVOLUCRE:

(...)

K. EL INCUMPLIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS DE LOS PROYECTOS O PLAZOS DE EJECUCIÓN O ESTIMADOS DE CONSTRUCCIÓN U OTROS COSTOS, PERO ESTA EXCLUSIÓN NO SE APLICARÁ A NINGUN DAÑO POR RESPONSABILIDAD LEGAL O GASTOS DE DEFENSA QUE RESULTEN DE LAS ACTIVIDADES NORMALES Y OBLIGACIONES ASUMIDAS POR GERENTES DE COSTOS, INGENIEROS DE COSTOS O ESTIMADORES”.

Están excluidos de amparo reclamos que involucren incumplimiento de los plazos de ejecución, a excepción de las actividades profesionales de gerentes de costos, ingenieros de costos o estimadores, que no corresponden a la actividad profesional de MASSY en el proyecto Delta 35.

En consecuencia, se trata de una reclamación no cubierta por la póliza.

5.3.2.2. Las relativas a obtener el pago de las obras no ejecutadas, o el descuento del valor de las obras no ejecutadas de la Suma Global Fija.

OCENSA reclama a causa de obras que se encontraban dentro del alcance del contrato y que no fueron ejecutadas por MASSY por valor de \$1.702.082.491.

Según el “OBJETO DEL SEGURO”, el asegurador ampara daños y gastos de defensa “...QUE RESULTEN DE CUALQUIER RECLAMACIÓN ... POR UNA ACTUACIÓN NEGLIGENTE Y/O UN ERROR U OMISIÓN NEGLIGENTE INCURRIDOS EXCLUSIVAMENTE EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES...”.

La conducta amparada es, entonces, según el concepto de negligencia estudiado en este laudo y lo definido en la póliza⁴⁰⁵, aquella acción sin cuidado (descuido), falta de aplicación, falta de atención, la omisión de la atención debida por inacción o descuido o por acción incorrecta, inadecuada o insuficiente, o el error u omisión negligente, esto es, el error u omisión por descuido o falta de atención. La conducta amparada, según lo anterior, es diferente a lo alegado por OCENSA en relación con obras no ejecutadas, que se refiere a la no ejecución de obras objeto del contrato, es decir, la reclamación de OCENSA no radica en un supuesto descuido o falta de cuidado en el desempeño de servicios profesionales por parte de MASSY, o en cualquiera de las demás conductas mencionadas que encuadran en el concepto de actuación, error u omisión negligente, sino que la reclamación tiene que ver con una alegada falta de ejecución de obras previstas en el contrato (además, visto en este laudo que no se trató de un incumplimiento contractual de MASSY).

En consecuencia, la reclamación de OCENSA contra MASSY no se refiere a una conducta amparada por la póliza de seguro traída al proceso, de manera que no hay lugar a reconocimiento a favor de MASSY de derecho a reembolso por condenas derivadas de ello (que no las hay, ya que lo reconocido por el Tribunal es el derecho de OCENSA a efectuar un descuento), ni por gastos de defensa.

Lo anterior es suficiente para despachar contra MASSY, en este aspecto, el llamamiento en garantía, teniendo en cuenta, también, en cuanto al descuento del valor de las obras no ejecutadas de la Suma Global Fija que pretendió OCENSA y reconoció el Tribunal, que, en ese contexto, lo pedido

⁴⁰⁵ **“4.1- ACTO ERRÓNEO:** SIGNIFICA CUALQUIER ACTO REAL O SUPUESTO, ERROR, OMISIÓN, FALSA DECLARACIÓN, DECLARACIÓN ENGAÑOSA, LESIÓN PERSONAL, CUMPLIMIENTO NEGLIGENTE DEL ASEGURADO EN SU CAPACIDAD DE TAL, O DE CUALQUIER OTRA PERSONA FÍSICA O ENTIDAD POR QUIÉN EL ASEGURADO SEA LEGALMENTE RESPONSABLE”.

por OCENSA no correspondería al concepto de “Daños” según fue definido en la póliza, pues, se recuerda, según su texto:

“I. Daños significa cualquier suma, indemnización o monto compensatorio por el cual el Asegurado resulte legalmente obligado a pagar a consecuencia de una Reclamación, así como los gastos del reclamante y/o cualquier indemnización con el acuerdo del Asegurador. Sin embargo, Daños no incluye la responsabilidad por:

(...)

4. la devolución, restitución, reducción, cesión, reintegro o reembolso de comisiones, tarifas, cargos u otras remuneraciones”.

De acuerdo con lo expuesto, se reitera, se trata de un riesgo no cubierto por la póliza.

5.3.2.3. Las relativas a obtener el pago de los perjuicios causados por suscribir y ejecutar el contrato de mala fe, o el descuento del valor de tales perjuicios de la Suma Global Fija

Según la demanda de OCENSA, MASSY, en el proceso competitivo, sin analizar los elementos requeridos para presentar una oferta que estuviera ajustada a las necesidades del proyecto, presentó una propuesta. La oferta de MASSY fue artificialmente baja con el fin de que el contrato le fuera adjudicado, con el objetivo de cobrar después mediante un proceso judicial valores adicionales. Por otra parte, MASSY ha pretendido desconocer el límite de ajuste del 15% a la Suma Global Estimada.

Lo anterior, según OCENSA, refleja una actuación de mala fe de MASSY que causa un perjuicio consistente en toda suma distinta a la pactada en el contrato que termine pagando OCENSA a MASSY.

Como ya se dijo, la cobertura de la póliza, según lo indicado en la estipulación del "OBJETO DEL SEGURO", se relaciona con la "ACTUACIÓN NEGLIGENTE Y/O UN ERROR U OMISIÓN NEGLIGENTE INCURRIDOS EXCLUSIVAMENTE EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES", es decir, aquella acción sin cuidado (descuido), falta de aplicación, falta de atención, la omisión de la atención debida por inacción o descuido o por acción incorrecta, inadecuada o insuficiente, o el error u omisión negligente, esto es, el error u omisión por descuido o falta de atención en el desempeño de actividades profesionales, mas no tiene que ver con los supuestos actos deliberados de mala fe de MASSY al presentar la propuesta para obtener la adjudicación del contrato y el pretender posteriormente un mayor pago sin ajustarse al límite de ajuste pactado, conductas que, en todo caso, si se entendieran comprendidas en la definición del objeto del seguro, se ubicarían en las causales de exclusión relativas a actos maliciosos, dolo⁴⁰⁶ o mala conducta intencional del asegurado, que se transcriben nuevamente:

"4. Además de las exclusiones descritas o nombradas en las condiciones generales y particulares de la póliza se conviene que las siguientes exclusiones también serán aplicables:

a) Actos deshonestos, fraudulentos, criminales o maliciosos.

(...)

g) Dolo del asegurado⁴⁰⁷.

"ESTA PÓLIZA NO OFRECE INDEMNIZACIÓN ALGUNA POR DAÑOS O GASTOS DE DEFENSA EN RELACIÓN CON CUALQUIER RECLAMACIÓN

⁴⁰⁶ El dolo no puede ser objeto de amparo en el seguro, por disposición legal (artículo 1055 del C. de Co.)

⁴⁰⁷ Folio 6 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

QUE RESULTE DIRECTA O INDIRECTAMENTE, SE BASE EN O SEA CONSECUENCIA DE, O QUE DE ALGUNA FORMA INVOLUCRE:

(...)

*Q. CUALQUIER REAL O SUPUESTA: (...) 3. DOLO, ACTOS CRIMINALES, DESHONESTOS O FRAUDULENTOS, MALA CONDUCTA INTENCIONAL”⁴⁰⁸
(subrayado fuera de texto).*

“EL ASEGURADOR NO SERA RESPONSABLE DE PAGAR DAÑOS Y/O COSTOS ORIGINADOS EN UNA RECLAMACIÓN: (...) 3.4- PROVENIENTE DE, BASADO EN, ATRIBUIBLE A, O EN CUALQUIER FORMA INVOLUCRANDO, DIRECTA O INDIRECTAMENTE DOLO O CULPA GRAVE DEL ASEGURADO”⁴⁰⁹ (subrayado fuera de texto).

En consecuencia, se trata de un riesgo no amparado por la póliza.

Vale la pena precisar que se trata de un riesgo no amparado en cuanto la reclamación de OCENSA es **BASADA EN** o **INVOLUCRANDO** una **SUPUESTA** mala fe de MASSY, lo cual no implica que en efecto la conducta de MASSY deba ser declarada de mala fe para que se pueda afirmar que se trata de una reclamación no amparada, sino que basta para estar fuera del amparo que la reclamación alegue o de alguna forma involucre mala fe.

Lo anterior es suficiente para despachar contra MASSY, en este aspecto, el llamamiento en garantía, no obstante que podría afirmarse también, en cuanto a la reclamación de OCENSA basada en el pretendido derecho a “descontar de la Suma Global Fija” el valor de los perjuicios por suscribir y ejecutar el contrato de mala fe (pretensión “9.1. (sic)” -en realidad sería la pretensión 10.1.- de las “PRETENSIONES DECLARATIVAS

⁴⁰⁸ Folio 15 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

⁴⁰⁹ Folio 24 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

CONSECUENCIALES”) que, en ese contexto, lo pedido por OCENSA no correspondería al concepto de “Daños” según fue definido en la póliza, pues, se recuerda, según su texto:

“I. Daños significa cualquier suma, indemnización o monto compensatorio por el cual el Asegurado resulte legalmente obligado a pagar a consecuencia de una Reclamación, así como los gastos del reclamante y/o cualquier indemnización con el acuerdo del Asegurador. Sin embargo, Daños no incluye la responsabilidad por:

(...)

4. la devolución, restitución, reducción, cesión, reintegro o reembolso de comisiones, tarifas, cargos u otras remuneraciones”.

5.3.2.4. Las relativas a obtener el pago de los intereses moratorios, comerciales o actualización monetaria sobre las condenas que se impusieran a MASSY.

Visto que la póliza no ampara los previamente mencionados reclamos de OCENSA contra MASSY, tampoco lo están los intereses moratorios o comerciales que causarían las sumas vinculadas a los mismos reclamos, no solo porque, como accesorios, su causa radicaría en hechos no cubiertos por el seguro, sino porque, en cualquier caso, se excluyeron los *“Daños financieros puros (lucro cesante) que no sean consecuencia directa de un error y/u omisión del asegurado”*⁴¹⁰.

La actualización monetaria, en cuanto es el simple reconocimiento del cambio de valor del dinero en el tiempo, no es un concepto adicional a los

⁴¹⁰ Literal e del numeral 4 de las CONDICIONES plasmadas en la CARÁTULA de la póliza (folio 6 del Cuaderno de Pruebas No. 2).

perjuicios que reclama OCENSA de MASSY, no cubiertos por el seguro. En consecuencia, tampoco está cubierta la actualización monetaria.

5.3.2.5. Las relativas a las costas y agencias en derecho.

Como en el caso anterior, en cuanto los reclamos de OCENSA contra MASSY no están amparados por la póliza, tampoco están cubiertos los gastos por costas y agencias en derecho reclamados en el proceso en que se cobran tales reclamos no amparados.

5.3.3. Conclusión

De conformidad con todo lo anterior, en la parte del llamamiento en garantía que es pertinente resolver, se negarán las pretensiones de reembolso de MASSY, sin necesidad de pronunciamiento sobre otros hechos traídos por BERKLEY en el alegato de conclusión que, en su criterio, la exonerarían.

No está por demás reiterar que las circunstancias advertidas por el Tribunal que conducen a denegar las pretensiones de garantía formuladas por MASSY contra BERKLEY, en cuanto no fueron propuestas por la aseguradora como excepciones, aunque se trata de hechos que las constituyen, deben ser declaradas de oficio por el Tribunal, de conformidad con el artículo 282 del C.G.P., en la medida en que no se trata de las excepciones de prescripción, compensación o nulidad relativa.

5.4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

5.4.1. Consideración preliminar

De acuerdo con el artículo 64 del C.G.P., que regula la procedencia del llamamiento en garantía "*Quien afirme tener derecho legal o contractual a*

exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación" (resaltado fuera de texto).

El Tribunal subraya de la norma trascrita que su competencia se circunscribe a resolver exclusivamente sobre "*tal relación*", la relación de garantía, que no es otra cosa que **el derecho** a que se refiere la norma de exigir del tercero la indemnización, el reembolso o el saneamiento, **y no la generalidad del vínculo contractual o legal entre llamante y llamado**. La competencia del juez no se extiende a otros aspectos de la relación contractual o legal entre llamante y llamado que no tengan relación con el derecho a exigir la indemnización, reembolso o saneamiento.

Por ello, el artículo 66 del G.G.P. dispone que en la sentencia se resolverá "*sobre la relación sustancial aducida y acerca de las indemnizaciones o restituciones*", esto es, el análisis de la relación sustancial está necesariamente ligado a las indemnizaciones o restituciones, y tan claro es ello como que el estudio sobre la relación entre llamante y llamado no procede sino "*cuando fuere pertinente*", es decir, cuando se parte de la existencia de un gasto del llamante en el proceso que deba ser indemnizado o reembolsado por el garante. Si no hay gasto del llamante, el juez no debe hacer ningún pronunciamiento sobre la relación entre llamante y llamado.

En este sentido, la demanda por medio de la cual se formula el llamamiento puede contener, dentro del objeto previsto en la ley según lo expuesto, las pretensiones puramente indemnizatorias o de reembolso, naturalmente, si bien estas pueden acompañarse de otras pretensiones, pero únicamente en cuanto estén vinculadas con las restituciones o pagos pretendidos. El juez no tiene competencia para pronunciarse sobre otros temas de la relación

legal o contractual entre llamante y llamado, por fuera de lo vinculado a las indemnizaciones o restituciones a las que haya lugar.

Se hace la anterior advertencia en la medida en que la demanda por medio del cual se llamó en garantía a BERKLEY contiene pretensiones adicionales a las que son puramente pretensiones indemnizatorias o de reintegro y, que, por lo tanto, deben ser analizadas (tales pretensiones adicionales) solo en cuanto resulten pertinentes a efecto de definir la suerte de las indemnizaciones y restituciones reclamadas por MASSY a BERKLEY.

El pronunciamiento sobre las pretensiones del llamamiento en garantía que se hace a continuación, especialmente sobre las pretensiones distintas a las que son puramente restitutorias o indemnizatorias, debe entenderse hecho en el contexto de las consideraciones plasmadas anteriormente.

El acceder a algunas de esas pretensiones adicionales formuladas en el llamamiento en garantía, distintas a las pretensiones puramente de reintegro, no debe entenderse como prosperidad parcial del llamamiento en garantía.

5.4.2. Pretensión primera principal

Se formuló así:

"PRIMERA PRINCIPAL.- DECLÁRESE la existencia del Contrato de Seguros celebrado entre **BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.,** y **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.,** cuyos términos y condiciones, tales como asegurado, cobertura, monto asegurado, interés, vigencia y deducible, objeto del seguro, entre otros, se encuentran plasmados en la "PÓLIZA SEGURO DE RESP. CIVIL ERRORES U OMISIONES" 1889 "RESPONSABILIDAD CIVIL SERVICIOS PROFESIONALES MISCELANEOS".

No hubo discusión entre las partes sobre la existencia del contrato de seguro y, efectivamente, fue aportada al proceso copia de la Póliza de Seguro No. 1889⁴¹¹.

En consecuencia, con el alcance expresado en la "Consideración preliminar" de este capítulo, se accederá a la declaración solicitada en esta pretensión.

5.4.3. Pretensión segunda principal

Se formuló así:

"SEGUNDA PRINCIPAL.- DECLÁRESE la configuración del siniestro por razón de la ocurrencia de los riesgos amparados mediante la referida "PÓLIZA SEGURO DE RESP. CIVIL ERRORES U OMISIONES" 1889 "RESPONSABILIDAD CIVIL SERVICIOS PROFESIONALES MISCELANEOS", con la siguiente distinción: i) respecto de los GASTOS DE DEFENSA el siniestro se tiene configurado con la sola presentación de la Demanda de Reconvención ahora reformada, en cuanto se trata de la primera Reclamación presentada por **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA-** contra **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.**, y ii) respecto de las sumas reclamadas a mi poderdante por **OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA-** el siniestro únicamente podrá tenerse como configurado en caso de que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.**, resultara condenada como consecuencia de las pretensiones formuladas en su contra mediante la Demanda de Reconvención y su Reforma".

Se negará la pretensión, según las consideraciones hechas previamente.

⁴¹¹ Folios 3 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 2.

5.4.4. Pretensión tercera principal y subsidiarias

Se formularon así:

"TERCERA PRINCIPAL.- DECLÁRESE que la causal de exclusión contenida en la letra A) del numeral 3 de la citada Póliza 1889, según la cual la cobertura del contrato de seguro no ampara "CUALQUIER RESPONSABILIDAD REAL O PRESUNTA ASUMIDA POR EL ASEGURADO BAJO CUALQUIER CONTRATO ...", debe interpretarse y entenderse en el sentido de que tal exclusión se refiere, única y exclusivamente, a aquella RESPONSABILIDAD que después de haberse consumado el respectivo riesgo o producido el daño (siniestro) por causa de la actividad profesional del Asegurado, hubiere sido aceptada o asumida por dicho Asegurado, sin contar para ello con el consentimiento previo de la Aseguradora.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL.- DECLÁRESE la nulidad de la estipulación contenida en la letra A) del numeral 3 de la Póliza de Seguro 1889.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL.- DECLÁRESE el carácter abusivo de la causal de exclusión consagrada en la letra A) del numeral 3 de la citada Póliza 1889, en cuanto se entienda que la misma excluye de la cobertura del Seguro de Responsabilidad Civil Profesional, Errores u Omisiones, la responsabilidad que asuma el Asegurado por las obligaciones propias de los contratos en cuya celebración intervenga como Parte y, por tanto, **DISPÓNGASE** su no aplicación.

TERCERA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL. DECLÁRESE el carácter abusivo de la causal de exclusión consagrada en la letra A) del numeral 3 de la citada Póliza 1889, en cuanto se entienda que la misma excluye de la cobertura del Seguro de Responsabilidad Civil Profesional, Errores u Omisiones, la responsabilidad que asuma el

*Asegurado por las obligaciones propias de los contratos en cuya celebración intervenga como Parte y, por tanto, **DISPÓNGASE** su ineficacia.*

CUARTA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL.- DECLÁRESE el carácter abusivo de la causal de exclusión consagrada en la letra A) del numeral 3 de la citada Póliza 1889, en cuanto se entienda que la misma excluye de la cobertura del Seguro de Responsabilidad Civil Profesional, Errores u Omisiones, la responsabilidad que asuma el Asegurado por las obligaciones propias de los contratos en cuya celebración intervenga como Parte y, por tanto, **DISPÓNGASE** su anulabilidad”.

La interpretación de la cláusula en el sentido planteado en la pretensión tercera principal coincide con la interpretación realizada por el Tribunal, que sirvió, entre otros motivos, para concluir que la póliza de seguro no se limitaba a amparar responsabilidad de tipo extracontractual, como lo alegó BERKLEY.

Con este alcance y para el efecto mencionado, como se anotó en la “Consideración preliminar” de este capítulo, se accederá a la pretensión tercera principal.

Como prospera la pretensión tercera principal, no hay lugar a estudiar las pretensiones subsidiarias (primera, segunda, tercera y cuarta subsidiaria de la tercera principal).

5.4.5. Pretensión cuarta principal y subsidiarias

Se formularon así:

“CUARTA PRINCIPAL.- DECLÁRESE que el contenido de la letra C) del numeral “2. DEFINICIONES” de la referida Póliza 1889 en cuanto, al

definir el alcance de la expresión "Gastos de Defensa" señala "Sin embargo, Gastos de Defensa no incluye remuneración de ningún tipo debida al (o gastos internos incurridos por el) Asegurado", debe interpretarse y entenderse en el sentido de que tal exclusión o limitación se refiere, única y exclusivamente, a los Gastos que por causas anteriores a la formulación de la correspondiente Reclamación o Demanda le deban o le adeuden Terceros al Asegurado y aquellos que correspondan o se generan por el pago de salarios de su personal interno, pero de ningún modo comprende ni se extiende a los Gastos de Defensa en que el Asegurado deba incurrir para hacerle frente a la Reclamación o Demanda formulada en su contra por razón y/o con ocasión del desarrollo de sus actividades profesionales como son los honorarios profesionales de Abogado, gastos periciales, honorarios de peritos, obtención y aportación de documentos, etc.

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL.- DECLÁRESE la nulidad parcial del contenido de la letra C) del numeral "2. DEFINICIONES" de la referida Póliza 1889 en cuanto, al definir el alcance de la expresión "Gastos de Defensa" señala: "Sin embargo, Gastos de Defensa no incluye remuneración de ningún tipo debida al (o gastos internos incurridos por el) Asegurado".

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL. DECLÁRESE el carácter abusivo de la estipulación contenida en la letra C) del numeral "2. DEFINICIONES" de la referida Póliza 1889 en cuanto, al definir el alcance de la expresión "Gastos de Defensa" señala: "Sin embargo, Gastos de Defensa no incluye remuneración de ningún tipo debida al (o gastos internos incurridos por el) Asegurado" y, por tanto, **DISPÓNGASE** su no aplicación.

TERCERA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL. DECLÁRESE el carácter abusivo de la estipulación contenida en la letra C) del numeral "2. DEFINICIONES" de la referida Póliza 1889 en cuanto, al definir el alcance de la expresión "Gastos de Defensa" señala: "Sin embargo,

*Gastos de Defensa no incluye remuneración de ningún tipo debida al (o gastos internos incurridos por el) Asegurado" y, por tanto, **DISPÓNGASE** su ineficacia.*

CUARTA SUBSIDIARIA DE LA CUARTA PRINCIPAL. DECLÁRESE el carácter abusivo de la estipulación contenida en la letra C) del numeral "2. DEFINICIONES" de la referida Póliza 1889 en cuanto, al definir el alcance de la expresión "Gastos de Defensa" señala: "Sin embargo, Gastos de Defensa no incluye remuneración de ningún tipo debida al (o gastos internos incurridos por el) Asegurado" y, por tanto, **DISPÓNGASE** su anulabilidad".

La tarea de interpretar la estipulación a la que se refiere este grupo de pretensiones, analizar su validez o carácter abusivo, tendría lugar únicamente si los gastos de defensa cuya restitución reclamó MASSY en el llamamiento en garantía hubieran estado amparados por la póliza. En este sentido, por ser este un escenario de llamamiento en garantía en el que la competencia del Tribunal está limitada según se explicó, el análisis de la declaración pedida en esta pretensión está necesariamente vinculado a la prosperidad de la pretensión de MASSY relativa al reintegro de gastos de defensa.

En cuanto no hay lugar a restitución a MASSY de los gastos de defensa, el Tribunal no puede extenderse a explorar otros aspectos de la relación contractual entre MASSY y BERKLEY que exceden el objeto legal propio del llamamiento en garantía y, en consecuencia, no procede estudiar cuál hubiera sido el contenido de los gastos de defensa que hipotéticamente hubiera concedido el Tribunal según la exclusión contenida en la estipulación a la que se refiere este grupo de pretensiones.

En virtud de lo anterior y conforme se anotó en la "Consideración preliminar" de este capítulo, el Tribunal se abstendrá de pronunciarse sobre la pretensión cuarta principal y sus subsidiarias (primera, segunda, tercera y cuarta subsidiarias de la cuarta principal).

5.4.6. Pretensión quinta principal

Se formuló así:

"QUINTA PRINCIPAL.- CONDÉNESE a BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., a reembolsar a favor de MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., previo descuento del deducible aplicable y hasta por el monto máximo asegurado, la totalidad de las sumas que MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., resulte condenada a pagarle a OCENSA mediante el mismo Laudo que resuelva la Reforma a la Demanda de Reconvención".

Se negará esta pretensión, de acuerdo con las consideraciones expuestas.

5.4.7. Pretensión sexta principal

Se formuló así:

"SEXTA PRINCIPAL.- CONDÉNESE a BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A., a indemnizar a favor de MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., en exceso del deducible, los daños y los gastos de defensa en que incurrió para hacerle frente a la Demanda de Reconvención y su Reforma, formuladas en su contra por OLEODUCTO CENTRAL S.A. -OCENSA-".

De acuerdo con las consideraciones expuestas, se negará esta pretensión.

5.4.8. Pretensión séptima principal

Se formuló así:

"SÉPTIMA PRINCIPAL.- DISPÓNGASE que **BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.**, cuenta con tres (3) días para efectuar, de manera efectiva, el pago de las sumas de dinero que deba reembolsarle a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.**, y a partir del vencimiento de ese término adeudará intereses moratorios a la máxima tasa comercial autorizada por la ley".

Se negará la pretensión, ya que no hay condenas contra BERKLEY.

5.4.9. Pretensión octava principal

Se formuló así:

"OCTAVA PRINCIPAL.- ORDÉNESE que las sumas de dinero que **BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.**, deba pagarle y/o reembolsarle a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.**, devengarán intereses a la tasa máxima comercial autorizada por la ley, desde la ejecutoria del Laudo y hasta su pago efectivo".

Se negará la pretensión, ya que no hay condenas contra BERKLEY.

5.4.10. Pretensión novena principal

Se formuló así:

"NOVENA PRINCIPAL.- CONDÉNESE a **BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.**, a pagar las costas, incluidas las agencias en derecho, a favor de **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.**".

Se negará la pretensión, ya que las pretensiones de MASSY dirigidas a hacer valer el presunto derecho de reembolso de los gastos de defensa y de las sumas a favor de OCENSA, que constituyen el objeto legal del llamamiento

en garantía, no prosperan. Las pretensiones que prosperan, de acuerdo con el alcance advertido por el Tribunal, no siendo las pretensiones propiamente relacionadas con el derecho de reembolso o derecho de garantía, no constituyen a MASSY como parte vencedora sino, al contrario, es parte vencida en el debate sobre la relación de garantía.

La pretensión, se reitera, será negada.

5.4.11. Pretensión décima principal

Se formuló así:

"DÉCIMA PRINCIPAL.- ORDÉNESE la expedición y entrega a favor de MASSY ENERGY COLOMBIA S.A., de un ejemplar auténtico del Laudo arbitral con constancia de (i) EJECUTORIA, (ii) de ser una PRIMERA COPIA y (iii) de PRESTAR MÉRITO EJECUTIVO".

No se trata de una pretensión de declaración o condena que deba proferir el Tribunal a fin de resolver la controversia, sino de una petición de dar una orden a cumplir por secretaría. En el laudo se harán los pronunciamientos que corresponden acerca de la expedición de copias, conforme a la ley.

En este sentido, en la parte resolutive se ordenará expedir copias auténticas del laudo, de acuerdo con lo previsto en la ley (artículo 114 del C.G.P.), con las constancias que sean pertinentes de acuerdo con las condiciones que se verifiquen al momento de expedición de la copia en relación con la ejecutoria, teniendo en cuenta lo previsto en el inciso tercero del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012.

El artículo 114 del C.G.P., relativo a la expedición de copias, no exige la constancia de ser primera copia como lo hacía el antiguo artículo 115 del C.P.C., por lo cual no procede dejar tal constancia.

El laudo, en lo relativo al llamamiento en garantía, no tiene condenas que pueda reclamar MASSY, razón por la cual la copia que se expida no puede prestar mérito ejecutivo en su beneficio en lo relacionado con el llamamiento en garantía, pero sí frente a las condenas dictadas a cargo de OCENSA.

En consecuencia, se negará la pretensión, ordenando estarse a lo resuelto en el laudo en materia de expedición de copias.

5.5. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR BERKLEY FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

5.5.1. Excepción denominada FALTA DE COBERTURA: LOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR OCENSA NO ESTÁN CUBIERTOS POR EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL CELEBRADO POR BERKLEY Y MASSY

a) Argumentos de la excepción

Esta excepción se fundamenta en que los perjuicios reclamados por OCENSA son resarcibles por un seguro de cumplimiento y no de responsabilidad civil profesional. El objetivo de las pólizas de responsabilidad civil profesional es hacer frente a los daños que involuntariamente, por sus errores y omisiones, el profesional "*haya podido causar a sus clientes*" en el ejercicio de su profesión, no el incumplimiento voluntario de un contrato.

b) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal observa que, aunque en los términos expuestos en las motivaciones del laudo los reclamos de OCENSA no estaban cubiertos por la póliza de seguro, las razones que condujeron a ello no coinciden con los

argumentos propuestos en esta excepción, por lo cual se declarará infundada.

5.5.2. Excepción denominada FALTA DE COBERTURA. OCURRENCIA DE UNA EXCLUSIÓN: INOBSERVANCIA DE DISPOSICIONES LEGALES Y ORDENES DE AUTORIDAD, DE NORMAS TÉCNICAS Y ESTIPULACIONES CONTRACTUALES

a) Argumentos de la excepción

Se fundamenta en que en el contrato de seguro se excluyó la "*Inobservancia de disposiciones legales u órdenes de autoridad, de normas técnicas o de instrucciones y estipulaciones contractuales*" (el resaltado es de la contestación del llamamiento por BERKLEY). El amparo se circunscribió a la responsabilidad civil profesional extracontractual.

b) Consideraciones del Tribunal

Las consideraciones expuestas por el Tribunal en relación con el sentido de la mencionada causal de exclusión y la no limitación de la cobertura del seguro a la responsabilidad profesional de origen extracontractual son suficientes para declarar infundada la excepción.

5.5.3. Excepción denominada FALTA DE COBERTURA. BERKLEY NO ESTÁ OBLIGADA A ASUMIR LOS GASTOS DE DEFENSA

a) Argumentos de la Excepción

Se fundamenta en que el amparo otorgado por BERKLEY se limitó a los gastos de defensa que se generaran como consecuencia de cualquier reclamación presentada en contra de MASSY por una actuación negligente o un error en la prestación de sus servicios profesionales. La reclamación de

OCENSA no fue presentada por un error una omisión de MASSY en la prestación de sus servicios profesionales sino por el incumplimiento de un contrato.

b) Consideraciones del Tribunal

De acuerdo con lo expuesto por el Tribunal al estudiar el llamamiento en garantía, las razones por las cuales se concluyó que las reclamaciones de OCENSA no estaban amparadas por la póliza no radican en que se derivaran de responsabilidad por incumplimiento del contrato y que la responsabilidad contractual no estuviera amparada, razón por la cual no es fundada la argumentación propuesta en la excepción, no obstante que, por otros motivos, se haya concluido que BERKLEY no está obligada a cubrir los gastos de defensa.

5.5.4. Excepción denominada EL CONTRATO DE SEGURO CELEBRADO POR BERKLEY Y MASSY OPERA EN EXCESO DE CUALQUIER OTRO SEGURO MEDIANTE EL CUAL SE PUEDA OBTENER LA INDEMNIZACIÓN

a) Argumentos de la excepción

Se fundamenta en que en el contrato de seguro se estipuló:

*"(...) B. CONCURRENCIA DE SEGUROS.
(...) EL SEGURO PROPORCIONADO POR ESTA PÓLIZA SE APLICARÁ SOLO EN EXCESO SOBRE CUALQUIER OTRO SEGURO VÁLIDO Y QUE PUEDA SER COBRADO O CUALQUIER OTRO TIPO DE INDEMNIZACIÓN (...)"*

BERKLEY argumentó que los perjuicios solicitados por OCENSA deben ser cubiertos por el seguro de cumplimiento y el amparo otorgado por BERKLEY operaría en exceso de ese contrato de seguro.

c) Consideraciones del Tribunal

El Tribunal, en sus consideraciones, estudió el sentido de la estipulación aludida por BERKLEY y la diferencia en el interés asegurable amparado en los seguros de responsabilidad civil profesional y en las pólizas de cumplimiento, y concluyó que la estipulación citada no es pertinente en este caso, pues regula los casos en que el asegurado (MASSY) pudiera cobrar la indemnización derivada de otra póliza de seguro, que no es el caso del seguro de cumplimiento del contrato entre OCENSA y MASSY.

En consecuencia, la excepción es infundada.

5.5.5. Excepción denominada DEDUCIBLE

a) Argumentos de la excepción

Se propuso así:

*"En el remoto caso de que llegare a declararse que **BERKLEY** debe amparar el riesgo con base en el Contrato de Seguro, lo cierto es que, en todo caso, los señores Árbitros deberán aplicar el deducible contenido en el Contrato de Seguro".*

b) Consideraciones del Tribunal

En la medida en que no hay condenas contra BERKLEY, no se da el supuesto en el que se funda la excepción, razón por la cual no es necesario pronunciarse respecto a la aplicación del deducible.

5.5.6. Excepción denominada LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO

a) Argumentos de la excepción

Se propuso así:

*"En el hipotético caso de que se declare que **BERKLEY** deba pagarle alguna suma a **OCENSA** o a **MASSY** en virtud del Contrato de Seguro, solicito que se aplique, como es natural, el límite máximo del valor asegurado, que es el máximo nivel de exposición de la aseguradora".*

b) Consideraciones del Tribunal

En la medida en que no hay condenas contra BERKLEY, no se da el supuesto en el que se funda la excepción, razón por la cual no es necesario pronunciarse respecto al límite máximo del valor asegurado.

6. PRONUNCIAMIENTOS SOBRE LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS

El Artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por la Ley 1743 de 2014, establece:

"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.

(...)

<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

(...)

PARÁGRAFO. *<Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> 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”.

La norma citada consagró la figura del llamado juramento estimatorio, con miras a conjurar la promoción de causas judiciales con aspiraciones económicas sobreestimadas o la reclamación de perjuicios irreales, cuando quiera que se pretenda el reconocimiento de indemnizaciones, compensaciones, frutos o mejoras. El juramento estimatorio no aplica para la reclamación de prestaciones contractuales ni para perjuicios que se causarían con posterioridad a la presentación de la demanda.

Esta institución contempla la posibilidad de condena para quien incurra en un exceso superior al cincuenta por ciento (50%) en la estimación de su pretensión, frente a aquello que se determine como lo efectivamente acreditado en el proceso. Se castiga, así, la sobrevaloración de los perjuicios.

Por otro lado, el parágrafo sanciona el caso en que se nieguen las pretensiones de la demanda por falta de demostración de los perjuicios, es decir, cuando la causa de la negación de las pretensiones sea, enteramente, la falta de comprobación del daño.

Las intervinientes en el proceso, al presentar sus respectivas demandas (principal y de reconvención) formularon juramento estimatorio. Las pretensiones del llamamiento en garantía no debían ser objeto de juramento estimatorio, como en efecto no lo fueron en la "Reiteración del LLAMAMIENTO EN GARANTÍA" radicado el 26 de octubre de 2017, admitido en auto dictado el 2 de noviembre del mismo año.

Más allá de las objeciones formuladas contra los juramentos estimatorios, el Tribunal determinó las pretensiones que tienen sustento en el derecho sustancial y determinó, con las pruebas practicadas, las sumas a cargo de cada parte.

Como se dijo, el juramento estimatorio no aplica para la reclamación de prestaciones contractuales ni para perjuicios que se causarían con posterioridad a la presentación de la demanda, lo que significa que las reclamaciones de MASSY contra OCENSA por lo no pagado del precio del contrato y el Otrosí No. 1, y las pretensiones de OCENSA contra MASSY que se refieren a perjuicios que se causarían con posterioridad a la presentación de la respectiva demanda (la pretensión de OCENSA contra MASSY asociada a los perjuicios "*por suscribir y ejecutar el Contrato de mala fe*", en tanto se vinculó al resultado del proceso), no estaban sujetas al requisito del juramento estimatorio, de manera que no serán tenidas en cuenta las estimaciones hechas por las partes respecto a dichas pretensiones, para el cálculo de las eventuales sanciones previstas en el artículo 206 del C.G.P.

Así, solamente debe revisarse la eventual imposición de sanciones por el juramento estimatorio prestado por OCENSA, partiendo de que no se está ante un evento de negación de las pretensiones por total falta de

demostración de los perjuicios, sino de reconocimiento de valores inferiores a lo estimado, lo cual se ubica en lo regulado en el inciso cuarto del artículo 206 del C.G.P.

Los perjuicios estimados por OCENSA en el juramento estimatorio por "ajustes por calidad" (\$1.212.183.334), por "obras no ejecutadas" (\$1.702.082.491) y por "incumplimiento en el plazo establecido para la entrega de la totalidad de las obras objeto del Contrato" (\$923.979.652), suman \$3.838.245.477, cifra que no excede en el 50% (\$1.919.122.739), lo demostrado, que fue en total \$2.396.635.694⁴¹², de manera que no hay lugar a sanción.

7. CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES

Como quiera que el Artículo 280 del Código General del Proceso conmina al juez a calificar siempre la conducta procesal de las partes, y de ser el caso deducir indicios de ella, el Tribunal pone de presente que durante el presente trámite el comportamiento de las partes y de sus apoderados se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, y recalca su buena fe en el manejo de la problemática planteada.

8. LAS COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN

8.1. En el proceso principal

Procede a continuación el Tribunal a abocar el estudio de las pretensiones relativas costas y agencias en derecho, como sigue.

⁴¹² Resulta de la suma de 1.175.471.333 por obras no ejecutadas y 1.221.164.361 por ajustes por calidad.

Teniendo en cuenta la prosperidad de algunas de las pretensiones formuladas en la demanda principal y de reconvenición, así como el reconocimiento de algunas de las excepciones presentadas por las partes demandante reconvenida y demandada reconviniente, el Tribunal encuentra procedente dar aplicación al numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, que reza:

"Artículo 365. Condena en Costas. 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.

(...)".

El Tribunal toma en cuenta los derechos que asisten a cada una de las partes reconocidos en el laudo, comparados con los elementos que se desprenden de los distintos documentos creados luego de la finalización del plazo contractual de cara a identificar las sumas a favor y en contra de cada parte y que, en el tema más controvertido, relativo al límite de ajuste del 15% (de donde también derivan las pretensiones de OCENSA vinculadas a la presunta mala fe de MASSY), si bien MASSY sale parcialmente avante en su aspiración, se reconoce la posición de OCENSA en cuanto a la eficacia de dicho porcentaje como techo de remuneración al contratista, lo cual, en términos jurídicos, equipara la fuerza de las posiciones de las partes, de manera que es procedente reflejar dicha equiparación en el cálculo de las costas del proceso, determinando que ambas partes cubran las propias.

Así las cosas, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas, y cada una de las partes habrá de asumir los costos del presente proceso en las

proporciones legales que les corresponde. En concordancia con lo anterior, tampoco procede la imposición de agencias en derecho, a favor de ninguna de las partes.

En todo caso, respecto de las sumas que no se utilicen de la partida "*Gastos de secretaría*", se ordenará su devolución, si a ello hubiere lugar, después de la liquidación final de cuentas del Tribunal Arbitral.

8.2. En el llamamiento en garantía

De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P., "*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...*", disposición aplicable en lo que se refiere al trámite del llamamiento en garantía, tenidas la llamante y la llamada como partes de la contienda.

De acuerdo a lo expuesto en las consideraciones precedentes del laudo, MASSY es la "*parte vencida*" respecto al llamamiento en garantía, como quiera que sus pretensiones de reembolso son negadas en su totalidad.

En consecuencia, se condenará a MASSY en costas del llamamiento en garantía, compuestas por las expensas y gastos originadas por el mismo, y las agencias en derecho.

Las expensas están representadas en los honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal Arbitral, fijados en el numeral segundo del Auto No. 26 dictado en audiencia del 6 de junio de 2018 (Acta No. 20), en virtud del cual MASSY, en ejercicio de la facultad prevista en el inciso tercero del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012, pagó lo que correspondía a BERKLEY por el llamamiento en garantía.

De acuerdo con lo registrado en el Acta No. 22 del 18 de julio de 2018, "*El apoderado de la llamada en garantía dejó constancia del reembolso de la cuota a su cargo de los honorarios y gastos del Tribunal cubierta por la*

Convocante a MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., en lo cual el apoderado de la Convocante expresó conformidad”.

El valor recibido por el Tribunal fue \$600.895.850, mismo que, en consecuencia, deberá entregar MASSY a BERKLEY, por concepto de expensas.

En todo caso, respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “*Gastos de secretaría*”, se ordenará su devolución a MASSY, si a ello hubiere lugar, después de la liquidación final de cuentas del Tribunal Arbitral.

Con respecto a las agencias en derecho, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 366 del C.G.P.⁴¹³, el Tribunal se guía por los parámetros fijados en los Acuerdos 1887 de 2003, 2222 de 2003 y 9943 de 2013 proferidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura (el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, que derogó los anteriores, únicamente rige los procesos iniciados a partir del 5 de agosto de 2016, mientras que la convocatoria que inició este proceso fue radicada el 24 de junio de 2016), bajo el entendido de que las reglas contenidas en ellos no son perfectamente trasladables al proceso arbitral, por la naturaleza particular de este último.

Se atiende, entonces, a la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión de representación judicial, la cuantía y demás circunstancias relevantes, entre ellas, las tarifas propias de los tribunales arbitrales reguladas en el Decreto 1069 de 2015, por lo cual se señalarán las agencias en derecho en la suma de setenta millones de pesos (\$70.000.000), teniendo en cuenta que, si bien la actividad probatoria desplegada por el apoderado de la llamada en garantía fue relevante para la defensa de su representada, no

⁴¹³ “Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas”.

fueron las excepciones propuestas las que condujeron a la absolución de la Aseguradora. Esta cifra está dentro del límite que los Acuerdos mencionados establecen para los procesos de única instancia.

En resumen, las costas a cargo de MASSY a favor de BERKLEY son \$600.895.850 por expensas y \$70.000.000 por agencias en derecho, para un total de \$670.895.850.

III. PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar infundadas las excepciones propuestas por OCENSA contra la demanda principal denominadas MASSY VIOLÓ EL PRINCIPIO SEGÚN EL CUAL "CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES", OCENSA CUMPLIÓ CON TODAS Y CADA UNA DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES, LA ESTIPULACIÓN DEL 15% CONTENIDA EN LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO OBEDECE A UNA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS RESULTANTE DE LA SANA PLANEACIÓN DEL CONTRATO, MASSY OMITIÓ DAR APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN, MALA FE PRECONTRACTUAL DE MASSY POR PRESENTAR UNA OFERTA QUE SABÍA QUE NO PODRÍA CUMPLIR, MALA FE DE MASSY A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO, MEDIANTE SU REFORMA, MASSY SE ENCUENTRA CONTRADIENDO SUS PROPIOS ACTOS, NOTORIA AUSENCIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA ALEGADO POR MASSY, LA REFORMA DE MASSY ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA DE LOS DEMÁS OFERENTES QUE SE PRESENTARON PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO, LA REFORMA DE MASSY ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS DEMÁS OFERENTES QUE SE PRESENTARON PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO, INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA RECONOCER OBRAS ADICIONALES EN LA DEMANDA,

INEXISTENCIA DE PERJUICIOS ALEGADOS POR MASSY, IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE INTERESES MORATORIOS y AUSENCIA DE PRESUPUESTO PARA LA DECLARACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO, en los términos expuestos en la parte motiva.

SEGUNDO.- Declarar fundadas las excepciones propuestas por OCENSA contra la demanda principal denominadas LA ESTIPULACIÓN DEL PENÚLTIMO INCISO DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO NO ES ABUSIVA, LA ESTIPULACIÓN DEL PENÚLTIMO INCISO DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO TIENE PLENOS EFECTOS, OCENSA NO INCURRIÓ EN ABUSO DEL DERECHO y NO SE CUMPLEN LOS PRESUPUESTOS DE LA POSICIÓN DOMINANTE RESPECTO DE OCENSA, en los términos expuestos en la parte motiva.

TERCERO.- Declarar que entre **OCENSA** y **WOOD GROUP PSN COLOMBIA S.A. -hoy MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.-**, se celebró, el 21 de marzo de 2014, el Contrato No. 3801903, cuyo objeto era la "Ingeniería, Compras, Construcción, Precomisionamiento, Comisionamiento y Puesta en Marcha de las Modificaciones a los Sistemas de Bombeo y Sistemas Complementarios del Proyecto de Ampliación de Capacidad: Delta 35" (Pretensión PRIMERA PRINCIPAL de la reforma de la demanda de MASSY).

CUARTO.- Declarar que **OLEODUCTO CENTRAL S.A.** incumplió el Contrato EPC No. 3801903, al negarse a pagarle a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** la totalidad de la remuneración a la que tenía derecho de acuerdo con el valor del contrato, según ha sido determinada en el presente laudo, en razón de las obras contratadas y efectivamente ejecutadas, sumados el valor de los alcances sobrevinientes y los reconocimientos económicos a su favor (Pretensión SÉPTIMA PRINCIPAL de la reforma de la demanda de MASSY).

No es necesario pronunciarse sobre la pretensión PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA PRINCIPAL.

QUINTO.- NEGAR las Pretensiones SEGUNDA PRINCIPAL, TERCERA PRINCIPAL, CUARTA PRINCIPAL, QUINTA PRINCIPAL, PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL, SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL, TERCERA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL, CUARTA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL, QUINTA SUBSIDIARIA DE LA QUINTA PRINCIPAL, SEXTA PRINCIPAL, OCTAVA PRINCIPAL, NOVENA PRINCIPAL, DÉCIMA PRINCIPAL, DÉCIMA SEGUNDA PRINCIPAL, DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL, DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL, DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL, PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL, SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL, DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL y DÉCIMA SÉPTIMA PRINCIPAL de la reforma de la demanda de **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.**

SEXTO.- Declarar infundadas las excepciones propuestas por MASSY contra la reforma de la demanda de reconvenición denominadas PRIMERA: LA QUE DERIVA EN LA INEFICACIA (GENÉRICA) -INCLUIDA, PERO SIN LIMITARSE A LA NULIDAD ABSOLUTA. NULIDAD RELATIVA-, O INAPLICACIÓN DE LA CLÁUSULA QUINTA, SEGUNDA: ABANDONO -POR APLICACIÓN PRÁCTICA- DEL LÍMITE DEL 15% QUE SE ENCONTRABA INCLUIDO EN LOS DOCUMENTOS ACOMPAÑADOS CON LA INVITACIÓN A PROPONER (MUTUO DISENSO RESPECTO DE DICHO LÍMITE), TERCERA: INTERPRETACIÓN INADECUADA POR PARTE DE OCENSA DE LA CLÁUSULA QUINTA EN PUNTO DEL ALCANCE INICIAL DEL LÍMITE DEL 15%, CUARTA: LA QUE DERIVA DE LA MODIFICACIÓN DEL PLIEGO DE CONDICIONES PARA ESTABLECER QUE LAS CANTIDADES DEL CUADRO DE OFRECIMIENTO ECONÓMICO ELABORADO POR OCENSA RESULTABAN INMODIFICABLES PARA MASSY EN LA PREPARACIÓN DE SU PROPUESTA Y QUE, EN CONSECUENCIA, NO ERA POSIBLE PREVER EN LA MISMA MAYORES CANTIDADES DE OBRA O ÍTEMS NUEVOS, QUINTA: OBLIGATORIEDAD DE LO CONVENIDO POR LAS PARTES EN DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO DE CIERRE DE LIBROS SURTIDO PARA LOS EFECTOS DE DETERMINAR LA SUMA GLOBAL FIJA, SÉPTIMA: LA QUE DERIVA DE LA FORMULACIÓN DE

TRES 'SOLICITUDES DE MODIFICACIÓN A LA MINUTA DE CONTRATO Y DE SU RECHAZO POR PARTE DE OCENSA, LO CUAL EVIDENCIA LA POSICIÓN DOMINANTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE EN LA DEFINICIÓN DE LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO, OCTAVA: CUMPLIMIENTO SUSTANCIAL DE MASSY EN LA EJECUCIÓN DE LOS TRABAJOS A SU CARGO, NOVENA: LA QUE DERIVA DE HABERSE CELEBRADO UN ACUERDO ENTRE LAS PARTES RESPECTO DE LAS OBRAS QUE NO SERÍAN EJECUTADAS POR MASSY, DÉCIMA: LA QUE DERIVA DE HABERSE CONSTRUIDO LA TUBERÍA DE SUCCIÓN DE LA BOMBA INSTALADA EN LA ESTACIÓN COVEÑAS CON ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y BAJO LA REVISIÓN Y APROBACIÓN DE OCENSA, DÉCIMA SEGUNDA: LA QUE DERIVA DE LA EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS AJENAS AL CONTROL DE MASSY QUE AFECTARON EL RITMO DE LOS TRABAJOS, DÉCIMA TERCERA: LA QUE DERIVA DE LA INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL, Y ESPECIALMENTE DE LA AUSENCIA DE INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN Y DE PERJUICIOS SUPUESTAMENTE DERIVADOS DEL ALEGADO INCUMPLIMIENTO DE LA FECHA DE ENTREGA DE LAS OBRAS, DÉCIMA CUARTA: INEXIGIBILIDAD DE LA SUPUESTA OBLIGACIÓN DE PAGAR LOS DENOMINADOS AJUSTES DE CALIDAD, DÉCIMA QUINTA: INEXIGIBILIDAD DE LA SUPUESTA OBLIGACIÓN DE PAGAR LAS DENOMINADAS OBRAS NO EJECUTADAS, DÉCIMA SEXTA: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES COMERCIALES O MORATORIOS, DÉCIMA SÉPTIMA: INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR CORRECCIÓN MONETARIA, EXCEPCIÓN "SUBSIDIARIA" PRIMERA: Excepción de contrato no cumplido y EXCEPCIÓN "SUBSIDIARIA" TERCERA: Limitación contractual a la responsabilidad del contratista, en los términos expuestos en la parte motiva.

SÉPTIMO.- Declarar fundada la excepción propuesta por MASSY contra la reforma de la demanda de reconvención denominada DÉCIMA PRIMERA: BUENA FE EN LA FORMULACIÓN DE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA POR MASSY, en los términos expuestos en la parte motiva.

OCTAVO.- Abstenerse de pronunciarse sobre la excepción denominada SEXTA: BUENA FE DE MASSY EN LA PREPARACIÓN DE SU PROPUESTA POR HABERLA AJUSTADO A LAS CONDICIONES REALES DEL PROCESO DE SELECCIÓN CONTRACTUAL propuesta por MASSY contra la reforma de la demanda de reconvención.

NOVENO.- Declarar infundadas las excepciones propuestas por BERKLEY contra la reforma de la demanda de reconvención denominadas INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL, EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO, VIOLACIÓN DE OCENSA A LOS ACTOS PROPIOS y EXCEPCIÓN GENÉRICA, en los términos expuestos en la parte motiva

DÉCIMO.- Negar las siguientes pretensiones de la reforma de la demanda de reconvención de OCENSA: DECLARATIVAS PRINCIPALES 1, 4, 11, 12, 13, 16, 17, 21, 22, 23 y 24; DECLARATIVAS CONSECUCIONALES 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, "9.1. (SIC)" -léase 10.1.- subsidiaria de la 10, 11, "10.1 (sic)" -léase 11.1.- subsidiaria de la 11, "10.2 (sic)" -léase 11.2.- subsidiaria de la 11; y PRETENSIONES DE CONDENA 1, 3, 4, 5, 5.1 subsidiaria de la 5, 5.2 subsidiaria de la 5, y 6.

DÉCIMO PRIMERO.- Hacer las siguientes declaraciones, en los términos expuestos en las consideraciones de este laudo:

1. **Declarar** que en el Pliego de Condiciones entregado a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** en el marco del Proceso Competitivo, **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA** informó a los oferentes para efectos de elaboración de la propuesta que la Suma Global Fija del Contrato no superaría un ajuste del 15% del valor total estimado de la oferta (Pretensión 2 Declarativa Principal de OCENSA).
2. **Declarar** que en la etapa de preguntas y respuestas dentro del Proceso Competitivo, **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA** reiteró en varias ocasiones a los oferentes que el ajuste de la Suma Global Fija del

Contrato no superaría el 15% del valor total estimado de la oferta (Pretensión 3 Declarativa Principal de OCENSA).

3. **Declarar** que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** no presentó excepciones relacionadas con el límite de 15% de ajuste sobre la Suma Global Estimada en la propuesta presentada en el Proceso Competitivo (Pretensión 5 Declarativa Principal de OCENSA).
4. **Declarar** que en la propuesta presentada en el Proceso Competitivo **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** no presentó excepciones relacionadas con el no reconocimiento de ítems nuevos identificados en la ingeniería de detalle que debieron ser previstos e incluidos por el CONTRATISTA en su propuesta (Pretensión 6 Declarativa Principal de OCENSA).
5. **Declarar** que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** no solicitó a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA**, ajuste alguno respecto de las condiciones en que se calcularía el valor del Contrato antes de su celebración (Pretensión 7 Declarativa Principal de OCENSA).
6. **Declarar** que el 21 de marzo de 2014, **OLEODUCTO CENTRAL S.A. OCENSA** y **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** celebraron el Contrato, bajo la modalidad de E.P.C. (*Engineering, Procurement, and Construction*) y por valor de Suma Global Fija (Pretensión 8 Declarativa Principal de OCENSA).
7. **Declarar** que el contenido del Contrato reflejó el contenido del Pliego de Condiciones del Proceso Competitivo (Pretensión 9 Declarativa Principal de OCENSA).
8. **Declarar** que el contenido del Contrato reflejó las respuestas de **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA** a las solicitudes de aclaración y modificación del Pliego de Condiciones del Proceso Competitivo (Pretensión Declarativa Principal 10 de OCENSA).

9. **Declarar** que en la Cláusula Quinta del Contrato, las Partes acordaron un mecanismo de distribución del riesgo de variación del costo de las obras objeto del Contrato en el que **OLEODUCTO CENTRAL S.A. - OCENSA limitó** su responsabilidad al 15% del valor estimado en la oferta de **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** (Pretensión 14 Declarativa Principal de OCENSA).
 10. **Declarar** que las actas que se suscribieron durante la ejecución del Contrato no modificaron el límite del 15% de ajuste del valor estimado en la oferta (Pretensión 15 Declarativa Principal de OCENSA).
 11. **Declarar** que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** incumplió el Contrato al no terminar las obras objeto del mismo dentro del plazo acordado entre las Partes (Pretensión 18 Declarativa Principal de OCENSA).
 12. **Declarar** que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** incumplió el Contrato al ejecutar obras en la Estación Coveñas con una calidad inferior a la requerida en el Contrato (Pretensión 19 Declarativa Principal de OCENSA, repetida en la 20 Declarativa Principal).
- No es necesario pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria 20.1. Declarativa Principal.
13. **Declarar** que MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. no ejecutó la totalidad de las obras que se encontraban en el alcance del Contrato (Pretensión 21.1. Declarativa Principal de OCENSA).
 14. **Declarar** que **OCENSA** no debe pagar a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** por concepto de la ejecución de las obras objeto del Contrato valores que superen el 15% del valor estimado en la Oferta, excluidos los alcances sobrevinientes y otros reconocimientos económicos (Pretensión Subsidiaria 6.1. Declarativa Consecuencial de OCENSA).

15. **Declarar** que **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** tiene que pagar a OLEODUCTO CENTRAL S.A. — OCENSA los ajustes por calidad en obras de la Estación Coveñas, correspondientes a un valor de MIL DOSCIENTOS VEINTIÚN MILLONES CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$1.221.164.361), que queda saldado en virtud de la compensación decidida en este laudo (pretensión 8 Declarativa Consecuencial de OCENSA).

No es necesario pronunciarse sobre la pretensión subsidiaria 8.1. Declarativa Consecuencial.

16. **Declarar** que **OCENSA** tiene derecho a descontar de la Suma Global Fija el valor correspondiente a las obras no ejecutadas por MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., que se encontraban dentro del alcance del Contrato, descuento que ya ha sido tenido en cuenta por el Tribunal (Pretensión Subsidiaria 9.1. Declarativa Consecuencial de OCENSA).

DÉCIMO SEGUNDO.- Declarar fundadas las excepciones de compensación propuestas por MASSY, OCENSA y BERKLEY, en los términos expuestos en la parte motiva.

DÉCIMO TERCERO.- Como resultado de las compensaciones de las sumas en las que las partes son recíprocamente deudoras según lo decidido por el Tribunal, aplicada la compensación a las condenas pretendidas por las partes, de las cuales resulta un saldo a favor de MASSY, **Condenar** a **OLEODUCTO CENTRAL S.A. OCENSA** a pagar a **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.**, la suma de CINCO MIL SEISCIENTOS SEIS MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO PESOS (COP\$5.606.786.774) adeudada por las obras acordadas y ejecutadas en los términos definidos en el presente laudo, los alcances sobrevinientes y los reconocimientos económicos, de acuerdo con el Contrato No. 3801903 (Pretensión DÉCIMA PRIMERA PRINCIPAL de la reforma de la demanda de MASSY -salvo lo relativo a restablecimiento del equilibrio económico del contrato, respecto de lo cual operó la caducidad- y

PRETENSIÓN 2 DE CONDENA de la reforma de la demanda de reconvención de OCENSA).

DÉCIMO CUARTO.- Ordenar a OLEODUCTO CENTRAL S.A. OCENSA dar cumplimiento a este laudo arbitral de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437- (Pretensión PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL de la reforma de la demanda de MASSY).

DÉCIMO QUINTO.- Declarar infundadas las excepciones propuestas por BERKLEY contra el llamamiento en garantía formulado por MASSY, denominadas FALTA DE COBERTURA: LOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR OCENSA NO ESTÁN CUBIERTOS POR EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL CELEBRADO POR BERKLEY Y MASSY, FALTA DE COBERTURA. OCURRENCIA DE UNA EXCLUSIÓN: INOBSERVANCIA DE DISPOSICIONES LEGALES Y ORDENES DE AUTORIDAD, DE NORMAS TÉCNICAS Y ESTIPULACIONES CONTRACTUALES, FALTA DE COBERTURA. BERKLEY NO ESTÁ OBLIGADA A ASUMIR LOS GASTOS DE DEFENSA, EL CONTRATO DE SEGURO CELEBRADO POR BERKLEY Y MASSY OPERA EN EXCESO DE CUALQUIER OTRO SEGURO MEDIANTE EL CUAL SE PUEDA OBTENER LA INDEMNIZACIÓN, DEDUCIBLE y LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO, en los términos expuestos en la parte motiva.

DÉCIMO SEXTO.- Declarar la existencia del Contrato de Seguros celebrado entre **BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.**, y **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.**, cuyos términos y condiciones, tales como asegurado, cobertura, monto asegurado, interés, vigencia y deducible, objeto del seguro, entre otros, se encuentran plasmados en la "PÓLIZA SEGURO DE RESP. CIVIL ERRORES U OMISIONES" 1889 "RESPONSABILIDAD CIVIL SERVICIOS PROFESIONALES MISCELANEOS" (Pretensión Primera Principal del llamamiento en garantía).

DÉCIMO SÉPTIMO.- Declarar que la causal de exclusión contenida en la letra A) del numeral 3 de la citada Póliza 1889, según la cual la cobertura del contrato de seguro no ampara "CUALQUIER RESPONSABILIDAD REAL O PRESUNTA ASUMIDA POR EL ASEGURADO BAJO CUALQUIER CONTRATO...", debe interpretarse y entenderse en el sentido de que tal exclusión se refiere, única y exclusivamente, a aquella RESPONSABILIDAD que después de haberse consumado el respectivo riesgo o producido el daño (siniestro) por causa de la actividad profesional del Asegurado, hubiere sido aceptada o asumida por dicho Asegurado, sin contar para ello con el consentimiento previo de la Aseguradora (Pretensión Tercera Principal del llamamiento en garantía).

No es necesario pronunciarse sobre las pretensiones Primera Subsidiaria de la Tercera Principal, Segunda Subsidiaria de la Tercera Principal, Tercera Subsidiaria de la Tercera Principal y Cuarta Subsidiaria de la Tercera Principal del llamamiento en garantía.

DÉCIMO OCTAVO.- Abstenerse de pronunciarse sobre la Pretensión Cuarta Principal, Primera Subsidiaria de la Cuarta Principal, Segunda Subsidiaria de la Cuarta Principal, Tercera Subsidiaria de la Cuarta Principal y Cuarta Subsidiaria de la Cuarta Principal del llamamiento en garantía.

DÉCIMO NOVENO.- Negar las Pretensiones Segunda Principal, Quinta Principal, Sexta Principal, Séptima Principal, Octava Principal y Novena Principal formuladas por **MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.** frente a la llamada en garantía.

VIGÉSIMO.- Negar la Pretensión Décima Principal del llamamiento en garantía, y estarse a lo resuelto en materia de expedición de copias.

VIGÉSIMO PRIMERO.- SIN COSTAS para las partes dentro del trámite principal.

VIGÉSIMO SEGUNDO. - Condenar a MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S. en costas del llamamiento en garantía, compuestas por \$600.895.850 por expensas y \$70.000.000 por agencias en derecho, para un total de SEISCIENTOS SETENTA MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA PESOS \$670.895.850, a favor de BERKLEY INTERNATIONAL SEGUROS COLOMBIA S.A.

VIGÉSIMO TERCERO. - ENTREGAR el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para lo de su cargo (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012), una vez se encuentre en firme este laudo.

VIGÉSIMO CUARTO. - ORDENAR que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las Partes, la llamada en garantía y el Ministerio Público.

Las constancias de ejecutoria se expedirán atendiendo lo previsto en el inciso tercero del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012.

Notificado en audiencia.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Presidente

LUIS HERNANDO PARRA NIETO
Árbitro

FELIPE CUBEROS DE LAS CASAS
Árbitro

JAVIER RICARDO RODRÍGUEZ SUÁREZ
Secretario

Contenido

I. ANTECEDENTES	1
1. EL PACTO ARBITRAL Y LA COMPETENCIA	1
2. RESUMEN DEL TRÁMITE GENERAL DEL PROCESO.....	3
3. PRUEBAS RECAUDADAS.....	5
4. AUDIENCIA DE ALEGATOS	6
5. DURACIÓN DEL PROCESO	6
6. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA	7
6.1. LA DEMANDA	7
6.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA	24
6.3. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	37
6.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	58
6.4.1. CONTESTACIÓN POR PARTE DE MASSY.....	58
6.4.2. CONTESTACIÓN POR PARTE DE BERKLEY	70
6.5. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA	70
6.6. CONTESTACIÓN DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA	76
II. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER.....	78
1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES	78
1.1. PRONUNCIAMIENTO PREVIO.....	79
1.2. POSICIÓN DE LAS PARTES FRENTE A LA CADUCIDAD EN LA PRESENTE CAUSA ARBITRAL	84
1.2.1. Oleoducto Central S.A. – OCENSA	84
1.2.2. Massy Energy Colombia S.A.S. – MASSY	87
1.2.3. Posición del Ministerio Público	90
1.3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SOBRE LA CADUCIDAD.....	91
1.3.1. Naturaleza de las Partes	91
1.3.2. La Caducidad.....	93
1.3.3. Medio de Control de Controversias Contractuales invocado por las Partes	99
1.3.4. La terminación del Contrato como referente del cómputo del término de caducidad.....	101

1.4. PRONUNCIAMIENTO PARTICULAR SOBRE LA CADUCIDAD ESPECÍFICA DE LAS PRETENSIONES FORMULADAS EN LAS REFORMAS A LAS DEMANDAS PRINCIPAL Y LA DE RECONVENCIÓN	106
1.4.1. Pretensiones formuladas en la reforma de la demanda de la Convocante, cuya temática no fue abordada en el libelo inicial, y que en consecuencia resultaron afectadas por la caducidad, respecto de ellas:.....	107
1.4.2. Pretensiones formuladas en la reforma de la demanda de reconvencción de la convocada, cuya temática no fue abordada en el libelo inicial, y que en consecuencia resultaron afectadas por la caducidad, respecto de ellas.....	109
2. PRONUNCIAMIENTOS PRELIMINARES SOBRE LAS PRUEBAS DE EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS E INFORME ESCRITO DEL REPRESENTANTE LEGAL DE OCENSA.....	110
2.1. LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS A CARGO DE MASSY	110
2.2. LA EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS A CARGO DE OCENSA	111
2.3. EL INFORME ESCRITO A CARGO DEL REPRESENTANTE LEGAL DE OCENSA.....	115
3. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE OCENSA Y WOOD GROUP PSN COLOMBIA (HOY MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S.). SU INTERPRETACIÓN GENERAL Y EN ESPECIAL LA DE LA CLÁUSULA QUINTA.....	117
4. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES Y EXCEPCIONES	172
4.1. LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE MASSY	172
4.1.1. Pretensión Primera.....	172
4.1.2. Pretensiones Segunda, Tercera y Cuarta Principales	173
4.1.3. Pretensión Quinta	201
4.1.4. Pretensión Primera Subsidiaria de la Pretensión Quinta Principal	207
4.1.5. Pretensiones segunda y cuarta subsidiarias de la pretensión quinta principal	236
4.1.6. Pretensiones tercera y quinta subsidiarias de la pretensión quinta principal..	238
4.1.7. Pretensiones Sexta y Séptima Principales y Primera Subsidiaria de la Séptima Principal.....	240
4.1.8. Pretensión Octava Principal	265
4.1.9. Pretensiones Novena y Décima Principales.	266
4.1.10. Pretensión Décima Primera Principal	267
4.1.11. Pretensión Décima Segunda Principal.....	267
4.1.12. Pretensiones Décima Tercera, Décima Cuarta y Décima Quinta Principales, y subsidiarias de la Décima Quinta (primera y segunda subsidiarias).	268
4.1.13. Pretensiones Décima Sexta Principal y subsidiaria	270

4.1.14.	Pretensión Décima Séptima Principal.....	271
4.2.	EXCEPCIONES PROPUESTAS POR OCENSA CONTRA LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA PRINCIPAL	271
4.2.1.	MASSY VIOLÓ EL PRINCIPIO SEGÚN EL CUAL “CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES” (A).....	271
4.2.2.	OCENSA CUMPLIÓ CON TODAS Y CADA UNA DE SUS OBLIGACIONES CONTRACTUALES (B)	273
4.2.3.	LA ESTIPULACIÓN DEL 15% CONTENIDA EN LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO OBEDECE A UNA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS RESULTANTE DE LA SANA PLANEACIÓN DEL CONTRATO (C)	274
4.2.4.	MASSY OMITIÓ DAR APLICACIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN (D).....	276
4.2.5.	MALA FE PRECONTRACTUAL DE MASSY POR PRESENTAR UNA OFERTA QUE SABÍA QUE NO PODRÍA CUMPLIR (E)	279
4.2.6.	MALA FE DE MASSY A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO (F).....	281
4.2.7.	MEDIANTE SU REFORMA, MASSY SE ENCUENTRA CONTRADIENDO SUS PROPIOS ACTOS (G)	281
4.2.8.	LA ESTIPULACIÓN DEL PENÚLTIMO INCISO DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO NO ES ABUSIVA (H).....	283
4.2.9.	LA ESTIPULACIÓN DEL PENÚLTIMO INCISO DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO TIENE PLENOS EFECTOS (I)	284
4.2.10.	OCENSA NO INCURRIÓ EN ABUSO DEL DERECHO (J).....	286
4.2.11.	NO SE CUMPLEN LOS PRESUPUESTOS DE LA POSICIÓN DOMINANTE RESPECTO DE OCENSA (K)	286
4.2.12.	NOTORIA AUSENCIA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA ALEGADO POR MASSY (L)	287
4.2.13.	LA REFORMA DE MASSY ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA DE LOS DEMÁS OFERENTES QUE SE PRESENTARON PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO (M).....	288
4.2.14.	LA REFORMA DE MASSY ATENTA CONTRA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LOS DEMÁS OFERENTES QUE SE PRESENTARON PARA LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO (N)	289
4.2.15.	INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA RECONOCER OBRAS ADICIONALES EN LA DEMANDA (O).....	290
4.2.16.	INEXISTENCIA DE PERJUICIOS ALEGADOS POR MASSY (P)	291
4.2.17.	IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE INTERESES MORATORIOS (Q)	292

4.2.18.	AUSENCIA DE PRESUPUESTO PARA LA DECLARACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO (R).....	292
4.3.	PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.....	294
4.3.1.	Pretensiones Declarativas Principales relacionadas con información dada por OCENSA en el proceso competitivo (pretensiones declarativas principales 1, 2 y 3)	294
4.3.2.	Pretensiones Declarativas Principales relacionadas con la propuesta de MASSY (pretensiones declarativas principales 4, 5, 6, 7, 22, 23 y 24)	295
4.3.3.	Pretensiones Declarativas Principales relacionadas con el contenido del contrato (pretensiones declarativas principales 8, 9 y 10)	298
4.3.4.	Pretensiones Declarativas Principales relacionadas con la CLÁUSULA QUINTA del Contrato (pretensiones declarativas principales 11, 12, 13, 14, 15 y 16).....	299
4.3.5.	Pretensiones relacionadas con incumplimientos imputados a MASSY (pretensiones declarativas principales 17, 18, 19, 20 -repite la 19-, 20.1, 21 y 21.1; pretensiones declarativas consecuenciales 7, 8, 8.1, 9 y 9.1; pretensiones de condena 1, 2 y 3)	301
4.3.6.	Pretensiones en las que se imputa mala fe a MASSY (pretensiones declarativas consecuenciales 1, 2, 3, 4, 5, 10 y subsidiaria “9.1. (sic)” -léase 10.1.- y pretensión de condena 4).....	351
4.3.7.	Pretensiones relacionadas con el valor del Contrato (pretensiones declarativas consecuenciales 6 y subsidiaria 6.1.)	359
4.3.8.	Pretensiones relacionadas con actualización monetaria e intereses (pretensiones declarativas consecuenciales 11 y subsidiarias “10.1 (sic)” y “10.2 (sic)”, y pretensiones de condena 5 y subsidiarias 5.1 y 5.2)	360
4.3.9.	Pretensión relativa a costas (pretensión de condena 6).....	362
4.4.	EXCEPCIONES PROPUESTAS POR MASSY Y BERKLEY CONTRA LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	363
4.4.1.	EXCEPCIONES DE MASSY A LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.....	363
4.4.2.	EXCEPCIONES PROPUESTAS POR BERKLEY A LAS PRETENSIONES DE LA REFORMA DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	382
4.5.	EXCEPCIONES DE COMPENSACIÓN PROPUESTAS POR OCENSA, MASSY Y BERKLEY	386
4.5.1.	Los argumentos de la excepción de OCENSA.....	386
4.5.2.	Los argumentos de la “excepción Subsidiaria Segunda” de MASSY	387
4.5.3.	Los argumentos de BERKLEY	387
4.5.4.	Consideraciones del Tribunal	387

5.	EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA	390
5.1.	LA PÓLIZA No. 1889	392
5.2.	LA NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL (CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL) CUBIERTA EN LA PÓLIZA	404
5.3.	LA RECLAMACIÓN DE OCENSA CONTRA MASSY.....	412
5.3.1.	Oportunidad de la reclamación en general y, en especial, lo relacionado con la bomba BPC-42050 de Coveñas.....	413
5.3.2.	Las otras reclamaciones hechas en la demanda de reconvención	422
5.3.3.	Conclusión	430
5.4.	PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA 430	
5.4.1.	Consideración preliminar	430
5.4.2.	Pretensión primera principal.....	432
5.4.3.	Pretensión segunda principal	433
5.4.4.	Pretensión tercera principal y subsidiarias	434
5.4.5.	Pretensión cuarta principal y subsidiarias.....	435
5.4.6.	Pretensión quinta principal	438
5.4.7.	Pretensión sexta principal	438
5.4.8.	Pretensión séptima principal.....	438
5.4.9.	Pretensión octava principal	439
5.4.10.	Pretensión novena principal	439
5.4.11.	Pretensión décima principal	440
5.5.	EXCEPCIONES PROPUESTAS POR BERKLEY FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA 441	
5.5.1.	Excepción denominada FALTA DE COBERTURA: LOS PERJUICIOS RECLAMADOS POR OCENSA NO ESTÁN CUBIERTOS POR EL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL CELEBRADO POR BERKLEY Y MASSY	441
5.5.2.	Excepción denominada FALTA DE COBERTURA. OCURRENCIA DE UNA EXCLUSIÓN: INOBSERVANCIA DE DISPOSICIONES LEGALES Y ORDENES DE AUTORIDAD, DE NORMAS TÉCNICAS Y ESTIPULACIONES CONTRACTUALES.....	442
5.5.3.	Excepción denominada FALTA DE COBERTURA. BERKLEY NO ESTÁ OBLIGADA A ASUMIR LOS GASTOS DE DEFENSA.....	442

5.5.4. Excepción denominada EL CONTRATO DE SEGURO CELEBRADO POR BERKLEY Y MASSY OPERA EN EXCESO DE CUALQUIER OTRO SEGURO MEDIANTE EL CUAL SE PUEDA OBTENER LA INDEMNIZACIÓN	443
5.5.5. Excepción denominada DEDUCIBLE	444
5.5.6. Excepción denominada LÍMITE DEL VALOR ASEGURADO.....	445
6. PRONUNCIAMIENTOS SOBRE LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS	445
7. CONDUCTA PROCESAL DE LAS PARTES	448
8. LAS COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN	448
8.1. En el proceso principal.....	448
8.2. En el llamamiento en garantía.....	450
III. PARTE RESOLUTIVA.....	452