

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

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

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

**RAD. 128880**

**LAUDO ARBITRAL**

**BOGOTÁ D.C., VEINTIUNO (21) DE NOVIEMBRE DOS MIL VEINTIDÓS (2022)**

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Agotado el trámite procesal y dentro de la oportunidad para hacerlo, este Tribunal Arbitral procede a proferir en derecho el Laudo con el cual se pone fin al proceso promovido por **AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S** contra **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**, como parte Convocada.

**I. ANTECEDENTES**

**1. Partes procesales y representantes:**

**a) Parte Convocante (demandada en Reconvención).**

La parte Convocante está conformada por sociedad comercial **AVILA S.A.S**, identificada con NIT 892.115.345-7, representada legalmente por **JUAN PABLO PORTILLA FRANCO**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 16.642.858, en su calidad de Depositario nombrado por la Sociedad de Activos Especiales S.A.S. según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de La Guajira y<sup>1</sup> por la sociedad comercial **HAPIL INGENIERÍA S.A.S**, identificada con NIT 830.098.798-0, representada legalmente por **LUIS CARLOS HANI PIRA**, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.518.636, en su calidad de representante legal, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá;<sup>2</sup> integrantes del esquema contractual denominado por ellos como **CONSORCIO PUERTO AGUADULCE (LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS)**.

La parte Convocante ha comparecido al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido.

**b) Parte Convocada (demandante en Reconvención).**

La parte Convocada está conformada por la sociedad comercial **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**, identificada con NIT 835.000.149-8, con domicilio en la ciudad de Buenaventura, representada legalmente por **MIGUEL ARTURO ABISAMBRA VALENCIA**, identificada con la C.C. 12.544.217, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá.<sup>3</sup>

La parte Convocada ha comparecido al presente proceso por medio de apoderada debidamente constituida.

---

<sup>1</sup> Expediente virtual Cuaderno principal Demanda inicial y anexos documento 5\_5

<sup>2</sup> Expediente virtual Cuaderno principal Demanda inicial y anexos documento 6\_6

<sup>3</sup> Expediente virtual Cuaderno principal Demanda inicial y anexos documento 8\_8

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

**2. El Contrato origen de las controversias.**

Es el “CONTRATO PARA DISEÑAR, CONSTRUIR Y TRAMITAR ANTE LAS AUTORIDADES COMPETENTES, LAS EDIFICACIONES DE TIPOLOGÍA ADMINISTRATIVA DEL PROYECTO SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUA DULCE” (en adelante el Contrato) celebrado entre la **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.** y el **CONSORCIO PUERTO AGUADULCE (LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS)** integrado por las sociedades **AVILA LTDA.** (hoy **AVILA S.A.S.**) y **HAPIL INGENIERÍA S.A.S.**

**3. La cláusula compromisoria.**

El pacto arbitral aparece visible en la cláusula 14.03 del “CONTRATO PARA DISEÑAR, CONSTRUIR Y TRAMITAR ANTE LAS AUTORIDADES COMPETENTES, LAS EDIFICACIONES DE TIPOLOGÍA ADMINISTRATIVA DEL PROYECTO SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUA DULCE”, denominada “**CLÁUSULA COMPROMISORIA**”, cuyo tenor es el siguiente:

*“14.03 Cláusula compromisoria “Todos las Disputas y cualquier controversia derivada de, o en conexión con, el presente Contrato, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento de acuerdo al reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y amigable composición de la Cámara de Comercio de Bogotá de acuerdo a las siguientes reglas: i) El Tribunal de Arbitramento estará compuesto por tres árbitros, quienes deberán ser abogados admitidos para la práctica del derecho en la República de Colombia, quienes serán escogidos por acuerdo entre las Partes o, en caso de no existir acuerdo entre las mismas, elegidos de acuerdo con las reglas establecidas por la Cámara de Comercio de Bogotá. ii) El Tribunal de Arbitramento decidirá en derecho y aplicará la ley colombiana. “(iii) El idioma del procedimiento será el idioma Español. “(iv) El Tribunal de Arbitramento tendrá su sede en la ciudad de Bogotá D.C., en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C.”.*

Encuentra el Tribunal que dicha cláusula reúne los requisitos de habilitación previstos en la Constitución y la ley para su eficacia como pacto arbitral y, contiene los elementos mínimos requeridos de los actos jurídicos en general, sin que en el curso del proceso se hubiese invocado, evidenciado, ni puesto de manifiesto, ningún vicio o defecto que pudiese llegar a afectar su existencia o validez.

**4. Trámite del proceso arbitral.**

**a. Indicación de la cuantía y juramento estimatorio.**

En el escrito de subsanación de la demanda, la Convocante (demandada en Reconvención) del presente Tribunal de Arbitramento, bajo la gravedad de juramento, estimó sus pretensiones en **TRES MIL**

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

**QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$3.566.599.000).**

Por su parte la Convocada (demandante en Reconvención) en el escrito de reforma de la demanda de Reconvención, bajo la gravedad de juramento, estimó sus pretensiones en **NUEVE MIL TRESCIENTOS DIECISIETE MILLONES SESENTA Y CUATRO MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO (\$9.317.064.734)**

**b. La demanda arbitral.**

Con fundamento en la citada cláusula compromisoria, **AVILA S.A.S. y HAPIL INGENIERÍA S.A.S.**, presentaron el veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021) ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de convocatoria y demanda arbitral contra la **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

**c. Los árbitros.**

De conformidad con lo previsto en la cláusula compromisoria, mediante sorteo público realizado el dos (2) de marzo de dos mil veintiuno (2021), se designaron como árbitros a los doctores **MANUEL ANTONIO VILLA HINOJOSA, HERNÁN DE JESÚS SANÍN POSADA y RAFAEL GUILLERMO BERNAL GUTIÉRREZ**, quienes estando en término aceptaron la designación, presentaron las declaraciones de independencia y dieron cumplimiento a su deber de información.

**d. Instalación.**

El día dieciocho (18) de mayo de dos mil veintiuno (2021), se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal. Allí mediante Auto No. 1, se dispuso:

- Designar al doctor **MANUEL ANTONIO VILLA HINOJOSA** como Presidente, quien aceptó su nombramiento en ese mismo momento.
- Designar a la doctora **LILIANA OTERO ÁLVAREZ** como Secretaria, quien en tiempo aceptó el nombramiento, presentó la declaración de independencia y dio cumplimiento al deber de información.
- Establecer como lugar de funcionamiento y de secretaría del Tribunal las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Si bien se señalaron como lugar de funcionamiento y secretaría del Tribunal las instalaciones del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Bogotá ubicadas en la Calle 76 No. 11 – 52 de Bogotá D.C., por efecto de la pandemia y la orden de confinamiento en todo el Territorio Nacional, las audiencias se llevaron a cabo por medios virtuales, conforme a lo dispuesto por la Circular No. 002 del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, utilizando para tales efectos la Plataforma del Centro, todo conforme a las normas del estatuto arbitral, los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, del “Reglamento Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá” y la Ley 2213 de 2022.

**e. Admisión de la demanda.**

En la audiencia de instalación, el Tribunal mediante Auto No. 2, inadmitió la demanda y concedió el término de ley para que fuera subsanada. El día veinticinco (25) de mayo de dos mil veintiuno (2021), dentro del término otorgado, el apoderado judicial de la parte Convocante presentó escrito de subsanación de la demanda.

Finalmente, el veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021) fue admitida la demanda mediante Auto No. 3, el cual fue notificado de conformidad con la Ley a la parte Convocada, el primero (1) de junio de dos mil veintiuno (2021).

En contra del Auto No. 2 la parte Convocada interpuso recurso de reposición el día cuatro (4) de junio de 2021 el cual fue resuelto mediante Auto No. 4 del veintiuno (21) de junio de 2021 por el cual fue confirmado el Auto admisorio.

**f. Contestación de la demanda.**

El veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021), estando en término, la apoderada de **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.** radicó la contestación a la demanda, incluyendo la proposición de varias excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio.

El escrito de contestación fue remitido con copia simultánea a las demás partes.

**g. Demanda de Reconvención.**

Con fundamento en la misma cláusula compromisoria, **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.** presentó el veintidós (22) de julio de dos mil veintiuno (2021) demanda de Reconvención contra las sociedades **AVILA S.A.S.** y **HAPIL INGENIERÍA S.A.S.**

El escrito fue remitido con copia simultánea a las demás partes.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

La demanda de Reconvención fue admitida mediante Auto No. 5 del veintiséis (26) de julio de 2021, la cual fue reformada el veinte (20) de octubre de dos mil veintiuno (2021), escrito que fue remitido con copia simultánea a las demás partes y admitido mediante Auto No. 10 del veinticinco (25) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

**h. Contestación reforma de la demanda de Reconvención.**

El nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), estando en tiempo, el apoderado de **AVILA S.A.S. y HAPIL INGENIERÍA S.A.S.**, radicó su contestación a la demanda, incluyendo la proposición de varias excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio.

El escrito de contestación fue remitido con copia simultánea a las demás partes.

**i. Traslados contestaciones y objeción a los juramentos estimatorios.**

El veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021), por Auto No. 6 se corrió traslado de las excepciones de mérito propuestas en las contestaciones a la demanda principal y de reconvención, así como de las objeciones al juramento estimatorio.

El tres (3) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el apoderado de la parte Convocada (demandante en Reconvención) describió el traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio.

El tres (3) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), el apoderado de la parte Convocante (demandado en Reconvención) describió el traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio.

El trece (13) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), por Auto No. 11 se corrió traslado de las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la reforma de la de reconvención, así como de la objeción al juramento estimatorio.

El dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), la apoderada de la parte Convocada (demandante en Reconvención) describió el traslado de las excepciones y de la objeción al juramento estimatorio.

**j. Audiencia de fijación de honorarios y gastos del proceso.**

El quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), a través de Auto No. 8 el Tribunal señaló las sumas correspondientes a los honorarios de los árbitros y de la secretaria, los gastos administrativos del Centro de Arbitraje y los gastos de secretaría.

Estando en el término legal tanto la parte Convocante como la Convocada consignaron las sumas

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

correspondientes a los gastos y honorarios del Tribunal fijados mediante providencia ya mencionada.

En virtud de la reforma a la demanda de Reconvención mediante Auto No 12 del (18) dieciocho de enero de dos mil veintidós (2022) recalculó los gastos y honorarios del Tribunal los cuales fueron pagados tanto la parte Convocante como la Convocada las sumas a su cargo.

**k. Primera Audiencia de Trámite.**

El diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022) se dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite y por Auto No. 14, el Tribunal se declaró competente en los términos allí consignados, para conocer y resolver la demanda arbitral, la respectiva contestación incluidas las excepciones, la demanda de reconvención y su reforma y su contestación incluidas las excepciones.

A su turno, el Tribunal mediante Auto No. 15 resolvió sobre las pruebas pedidas por las Partes contra el cual se interpuso recurso de reposición por la apoderada de la Convocada, el cual fue resuelto mediante Auto No. 16.

**l. Etapa probatoria.**

Las pruebas fueron decretadas por Auto de pruebas No 15 del diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022) y Auto No. 16 del diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022) y se practicaron en audiencias virtuales desde el catorce (14) de marzo de dos mil veintidós (2022) hasta el cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022), fecha en la cual se dispuso a declarar concluida la instrucción del proceso.

Revisadas las actuaciones surtidas hasta esta etapa procesal, el Tribunal en Auto No. 39 del cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022), verificó que las mismas se efectuaron de conformidad con el procedimiento dispuesto en el ordenamiento aplicable, sin incurrirse en causal alguna de nulidad, ni haberse afectado o vulnerado el equilibrio de las partes, ni sus garantías y derechos fundamentales, principalmente el de defensa y contradicción.

Por lo anterior, en los términos del numeral 12 del artículo 42 del CGP y en ejercicio del control de legalidad previsto en el artículo 132 de ese estatuto, al encontrar que no se apreciaron vicios configurativos de nulidad u otras irregularidades que deban ser saneadas o que deban ser declaradas de oficio, el Tribunal dispuso continuar con el trámite arbitral, consideración y decisión éstas con las que estuvieron de acuerdo las Partes sin salvedad, ni recurso alguno.

**m. Alegatos. Audiencia de Laudo.**

Mediante Auto No. 38 del cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022), el Tribunal ordenó el cierre de la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

etapa de instrucción y citó para audiencia de alegatos de conclusión, la cual evacuaron oralmente los apoderados de ambas partes, allegando sendas copias de sus intervenciones para su incorporación al expediente, el día veintinueve (29) de agosto de dos mil veintidós (2022).

**n. Audiencias.**

El Tribunal sesionó durante este proceso en treinta y nueve (39) audiencias, incluyendo la correspondiente a la de lectura de la parte resolutive del Laudo.

**o. Control de legalidad.**

Al tenor de lo previsto en el artículo 132 del C.G.P., el Tribunal efectuó el control de legalidad según consta en el Acta No. 7 del quince (15) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) (Audiencia de Fijación de honorarios) y en el Acta No. 37 del cinco (5) de agosto de dos mil veintidós (2022) (Cierre Probatorio), sin haber encontrado vicio que afectara el trámite del Proceso y, por ende, que se requiera saneamiento, conclusión que no mereció objeción de las Partes y de la que estuvieron conformes.

**5. Término del proceso.**

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 la primera audiencia de trámite culminó el 17 de febrero de 2022; en consecuencia, y teniendo en cuenta el término de ocho (8) meses de duración del trámite arbitral, según lo previsto en el artículo 10 del Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, vencería el 17 de octubre de 2022.

Sin embargo y por solicitud de las Partes, el Tribunal decretó las siguientes suspensiones:

- Por 8 días hábiles, entre el 18 de febrero de 2022 al 1 de marzo de 2022, ambas fechas inclusive (Auto No. 17).
- Por 9 días hábiles, entre el 1 de abril de 2022 al 13 de abril de 2022, ambas fechas inclusive (Auto No. 23).
- Por 8 días hábiles, entre el 18 de febrero de 2022 al 1 de marzo de 2022, ambas fechas inclusive (Auto No. 17).
- Por 9 días hábiles, entre el 1 de abril de 2022 al 13 de abril de 2022, ambas fechas inclusive (Auto No. 23).
- Por 24 días hábiles, entre el 30 de agosto de 2022 hasta el 30 de septiembre de 2022, ambas fechas inclusive. (Auto No. 44).



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Para un total de **41** días hábiles suspendidos, con lo cual se tiene que, en concordancia con el mencionado decreto legislativo, el término, a la fecha, vence el **16 de diciembre de 2022**.

**II. PRESUPUESTOS PROCESALES**

Previo al análisis de fondo de la controversia, el Tribunal se refiere a continuación a los aspectos de índole procesal relevantes.

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso. Así mismo ha comprobado que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales, no ha advertido causal alguna de nulidad que invalide lo actuado y por todo ello, encuentra que está en condiciones para emitir laudo de mérito, en derecho, con el cual se pondrá fin a esta controversia, de acuerdo con lo previsto en la cláusula compromisoria contenida en el Contrato.

Finalmente, en la audiencia de cierre probatorio, como atrás se indicó, se le concedió la palabra a las Partes para que pusieran de presente si detectaron en el desarrollo del proceso algún vicio o causal de nulidad que pudiera afectarlo y si en el curso del mismo se les respetó su derecho fundamental a la defensa, habiéndose mostrado conformes con lo actuado.

En efecto, se acreditó:

**a. Demanda en forma.**

En su oportunidad se verificó que la demanda inicial, la demanda de reconvencción y su reforma, habían cumplido con las exigencias del artículo 82 y siguientes del Código General del Proceso y por ello el Tribunal les dio trámite.

**b. Competencia.**

El Tribunal es competente para conocer y resolver los asuntos materia de este proceso, en cuanto corresponden a controversias legalmente disponibles y referidas o directamente vinculadas al “CONTRATO PARA DISEÑAR, CONSTRUIR Y TRAMITAR ANTE LAS AUTORIDADES COMPETENTES, LAS EDIFICACIONES DE TIPOLOGÍA ADMINISTRATIVA DEL PROYECTO SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUA DULCE” cuyo pacto arbitral ha servido de base para promover el presente proceso.

**c. Capacidad.**

Del estudio de los documentos que obran en el expediente, se observa que tanto la parte Convocante como la parte Convocada, son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso; su existencia y

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

representación legal está debidamente acreditada y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por medio de sus representantes legales y apoderados debidamente constituidos.

**d. Oportunidad.**

Teniendo en cuenta que la oportunidad se refiere a si la demanda se interpuso en tiempo y si hay o no lugar a la caducidad de la acción en la medida que la Convocada, la propuso como excepción, el tema será tratado más adelante en esta providencia.

**III. LA CONTROVERSIA**

**1. La demanda**

**a. Las pretensiones**

La parte Convocante, por intermedio de su apoderado, solicitó que se profirieran las declaraciones y condenas que relacionó en la reforma a la demanda y que se transcriben a continuación:

*“PRIMERA: Que se declare que los descuentos y compensaciones que el numeral “12.02 Multas” del contrato autoriza hacer al contratante, en los porcentajes y eventos señalados en el Anexo 4.03 del otrosí No. 2 del contrato, requiere que de manera previa el juez del contrato declare que la multa es procedente para apremiar al contratista y que el contratista incumplió los plazos máximos de entrega de que trata el Anexo 4.03 del otrosí No. 2.*

*PRETENSIÓN SUBSIDIARIA, A LA PRETENSIÓN PRIMERA: Que se declare, que los oficios de la interventoría H MV-2859 CPA-0173 de febrero de 2017, y H MV-2859 CPA-0187 del 4 de julio de 2017, incumplieron el procedimiento contractual establecido en los numerales 12.4, 14.02 y 10.4 del contrato.*

*SEGUNDA: Que se declare La nulidad absoluta por objeto ilícito de los siguientes apartes que se subrayan del contrato, donde se autoriza a la contratante a hacer al contratista, descuentos, retenciones y deducciones de sumas de dinero por concepto de la aplicación de multa sin acudir al juez del contrato, así como los pactos contractuales derivados de tal autorización: 3.1. Subnumeral (iii) del numeral 5.02 Forma de Pago, de la “CLÁUSULA V ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO” “(...) “La Remuneración de pagos mensuales de obra seguirá el siguiente procedimiento: “(...)*

*(iii) El Contratante podrá descontar del valor de la factura los valores correspondientes a Multas que resulten aplicables de acuerdo con los establecido en la Sección 12.02, la Retención en*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*Garantía, así como cualquier otra suma que el Contratista adeude al Contratante en virtud de este Contrato.” “(...) 3.2. Numeral 12.02 de la “CLÁUSULA XII RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD” “12.02 Multas “Si durante la ejecución del Contrato se generaran incumplimientos del Contratista, se causarán las multas de apremio en los porcentajes y eventos señalados en el Anexo 4.03 de este Contrato (las “Multas”), las cuales podrán ser descontadas y compensadas contra cualquier suma que el Contratante le adeude al Contratista. Las multas a las que se refiere la presente Sección son apremios al Contratista para el cumplimiento de sus obligaciones y, por lo tanto, no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios, de manera que pueden acumularse con cualquier forma de indemnización, en los términos previstos en el artículo 1600 del Código Civil. El pago o el descuento de dichas Multas no exonerarán al Contratista de ejecutar o terminar las Obras, ni del cumplimiento de cualquiera de las obligaciones con respecto de las cuales se haya generado la respectiva Multa. “En cualquier caso, la imposición de una o varias Multas por parte del Contratante al Contratista no es un requisito previo para que el Contratante pueda dar por terminado el contrato, en razón a que, de conformidad con lo dispuesto por la Sección 16.03, cualquier incumplimiento por parte del Contratista de sus deberes y obligaciones contractuales constituye, por sí mismo, justa causa para que el Contratante esté facultado para terminar unilateralmente el Contrato. “La(s) Multa(s) se causará(n) por el solo hecho del incumplimiento y no requerirá(n) de reconvención judicial previa. El Contratista autoriza irrevocablemente al Contratante para que ésta retenga y deduzca cualquier suma por dicho concepto. En todo caso, las sumas así retenidas por parte del Contratante no generan ningún tipo de interés a favor del Contratista, ni siquiera en el caso en que exista controversia en relación con la obligación de pago por parte del Contratista al Contratante o con el incumplimiento del Contratista. “Las Partes acuerdan que las retenciones efectuadas por el Contratante en virtud de esta estipulación, no serán consideradas como un incumplimiento contractual, sino que serán tenidas como acciones que hacen parte de la ejecución del Contrato. En caso de que la(s) Multa(s) a cargo del Contratista y a favor del Contratante no pueda(n) pagarse mediante la deducción o retención de suma alguna de dinero por no existir sumas pendientes de pago a favor del Contratista, el presente Contrato prestará mérito ejecutivo por las sumas que el Contratista le adeude al Contratante.” (subrayado) 3.3. Numeral 14.02 de la “CLÁUSULA XIV SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS” “14.02 Reclamaciones del Contratante Si el Contratante se considera con derecho a cualquier pago o descuento, según cualquier estipulación del presente Contrato, el Contratante deberá notificar al Contratista y al Interventor. La notificación deberá remitirse tan pronto como sea posible, una vez que el Contratante tenga conocimiento del suceso o circunstancia que da lugar a la reclamación. La notificación deberá especificar la Cláusula o Sección de este Contrato, u otras razones, en que se basa la reclamación, e incluirá la justificación de la cantidad a la que el Contratante considere que tiene derecho. “El Interventor de la Obra procederá entonces, de acuerdo con lo establecido en la Sección 10.04. Lo determinado por el Interventor a favor del Contratante podrá deducirse de los pagos al Contratista en los términos de la Sección 5.02.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*Una vez notificada una Reclamación del Contratante y durante el tiempo que tome la resolución de la misma de conformidad con los mecanismos previstos en este Contrato y en las Leyes Aplicables, el Contratista estará obligado a continuar la ejecución de sus obligaciones derivadas de este Contrato” (Subrayado) 3.4. CLÁUSULA SEGUNDA DEL Otrosí No. 3, la cual dispone: “SEGUNDA: Se modifica la cláusula 5.04 Retención en Garantía, la cual quedará así: “5.04. Retención en Garantía “El Contratante retendrá al Contratista la suma equivalente al 7.5% por ciento del valor de cada factura hasta completar el valor total del contrato. Lo anterior con el fin de cubrir el cumplimiento de las obligaciones del Contratista en virtud de este Contrato, hacer los pagos por cuenta del Contratista autorizados en virtud de la Sección 5.02 anterior y cubrir cualquier suma adeudada por el Contratista al Contratante en virtud de ese Contrato, de forma tal que el Contratante podrá compensar contra las sumas retenidas como Retención en Garantía los anteriores conceptos. “El Contratante devolverá la totalidad o el saldo de la Retención en Garantía al Contratista cuando se cumplan las siguientes condiciones: “1. Que el Contratante firme el Acta de Terminación de garantías de Defectos, y “2. Que se resuelva la revisión de los descuentos decretados por la interventoría a través de la comunicación “H MV-2859 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS-0173 del 2 de febrero de 2017 – “Multas por incumplimiento en entrega de las Edificaciones”, conforme a la estipulación contractual, y que si de esta revisión se decreta que dichos descuentos proceden, se apliquen a las sumas retenidas como Retención en Garantía. “En todo caso, el Contratante tendrá derecho a descontar los valores por concepto de Multas por retrasos según lo previsto en la Cláusula 12.02 del Contrato, de cualquier suma que el Contratista adeude al Contratante, incluida la Retención en Garantía. “PARÁGRAFO PRIMERO: Lo anterior, en virtud de la suspensión del trámite de descuentos por concepto de Multas por retrasos previsto en el Plazo Máximo de Entrega, según regulación contemplada al respecto en las Cláusulas 5.02 y 12.02 del Contrato, con base en el otrosí N° 1, Anexo 4.03, “Plazo Máximo de Entrega – Multas” que aplicarían a la factura de venta N° 28, radicada por el Contratista el 1° de febrero de 2017. “PARÁGRAFO SEGUNDO: Las Partes acuerdan que la suspensión del trámite de descuentos por Multas en mención, obedece a la revisión que se adelantará conjuntamente como respuesta a los descuentos decretados por la interventoría a través de la comunicación H MV-2859 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS-0173 del 2 de febrero de 2017-“Multas por incumplimiento en entrega de las Edificaciones. “PARÁGRAFO TERCERO: Si al momento de la firma del Acta de terminación de garantías de Defectos no se ha resuelto la revisión de los descuentos decretado por la interventoría a través de la comunicación H MV-2859 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS-0173 del 2 de febrero de 2017 – “Multas por incumplimiento a las sumas retenidas como Retención en Garantía, y el Contratista emitirá la póliza de cumplimiento por estabilidad y calidad de las Obras. “En caso que el resultado de la revisión de los descuentos por Multas mencionados en el PARÁGRAFO SEGUNDO infra, no apliquen, el Contratante cancelará el 50% de la Retención en Garantía al Contratista dentro de los treinta (30) días siguientes a radicada la cuenta de cobro objeto de dicho valor y el otro 50% a la firma del Acta de Terminación de Garantía de Defectos.” (Subrayado) 3.5. Parágrafo de la cláusula primera del*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*“ACUERDO DE DESEMBOLSO PARCIAL DE VALORES POR CONCEPTO DE RETENCIÓN POR GARANTÍA” suscrito por las partes el 16 de enero de 2019, el cual dispone:*

*“PARÁGRAFO: Las partes reconocen que el remanente de la retegarantía continúa pendiente de revisión de las Partes a la luz del Contrato Llave en mano para la ingeniería, procura y construcción cuyo Objeto es el de diseñar, construir y tramitar ante las autoridades competentes, las edificaciones de tipología administrativa del Proyecto Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. suscrito por las partes el día 18 de febrero de 2015.” PRETENSIÓN SUBSIDIARIA, A LA PRETENSIÓN SEGUNDA: Que se declare, que los oficios de la interventoría HMV-2859 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS-0173 de febrero de 2017, y HMV-2859 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS-0187 del 4 de julio de 2017, no producen ningún efecto entre las partes porque incumplieron el procedimiento contractual establecido en los numerales 12.4, 14.02 y 10.4 del contrato.*

*TERCERA: Que se declare, que de conformidad con el numeral “4.03 Plazo Máximo de Entrega” de la “CLÁUSULA IV VIGENCIA, PLAZO Y ACTAS” del contrato, el plazo máximo de entrega de cada edificio construido por el contratista, de que trata el Anexo 4.03 del otrosí No. 2 del contrato, se empezaría a contar a partir de “... (a) la entrega formal por parte del Contratante al Contratista del área de cada una de las Edificaciones, y con (b) la expedición de la licencia de construcción...”*

*CUARTA: Que se declare, que el contratista Consorcio Aguadulce (LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS), no está obligado a cumplir la “FECHA DE ENTREGA DE CADA EDIFICIO” a su cargo construir, de que trata el anexo 4.03 del otrosí No. 2 del contrato, para las siguientes edificaciones: Taller de mantenimiento, Bodega de Inspección Antinarcóticos (etapas 1 y 2), Bodega CFS (etapa 1), Subestación Principal y Subestación Reefer, en razón a que la fecha de la expedición de la licencia de construcción es posterior a la “NUEVA FECHA DE ENTREGA DE TERRENO POR PARTE DE SPIA” de que trata el anexo 4.03 del otrosí No. 2 para las edificaciones mencionadas, tratándose de un requisito contractual necesario y de cumplimiento previo para el conteo de los plazos de que trata el anexo 4.03 del otrosí No. 2, entre los que se encuentra el plazo máximo de entrega de cada edificación.*

*QUINTA: Que se declare que la contratante, Sociedad Puerto Industrial Agua Dulce S.A., incumplió su obligación de entregar al contratista la totalidad del área de los terrenos en las fechas indicadas en el anexo 4.03 del otrosí No. 2, para las siguientes edificaciones: Taller de mantenimiento, Bodega de Inspección Antinarcóticos (etapas 1 y 2) y Bodega CFS (etapas 1 y 2).*

*SEXTA: Que se declare, que el contratista Consorcio Puerto Aguadulce (LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS), no está obligado a cumplir la “FECHA DE ENTREGA DE CADA EDIFICIO” a su cargo construir, de que trata el anexo 4.03 del otrosí No. 2 del contrato,*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*para las siguientes edificaciones: Taller de mantenimiento, Bodega de Inspección Antinarcóticos (etapas 1 y 2) y Bodega CFS (etapas 1 y 2), en razón a que la contratante, Sociedad Puerto Industrial Agua Dulce, incumplió la “NUEVA FECHA DE ENTREGA DE TERRENO POR PARTE DE SPIA” de que trata el anexo 4.03 del otrosí No. 2, tratándose de una obligación de cumplimiento previo a la del contratista, y de un riesgo contractual en cabeza de la contratante.*

*SÉPTIMA: Que se declare que el contratista Consorcio Puerto Aguadulce (LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS), se retrasó en el cumplimiento de su obligación de entregar los ajustes a los diseños en la fecha indicada en el anexo 4.03 del otrosí No. 2, por las razones que se indican en los cuadros “EVALUACIÓN PRESUPUESTO DE OBRAS ADICIONALES HMV-SPIA” anexos a la orden de variación No. 05-2017 del 30 de enero de 2017, en donde se justificó la ejecución del Rediseño Estructural de la Subestación Principal (numl 4.1) y de la Subestación Reefer (num 5.1) en que “Por ajustes solicitados por coordinación y especificaciones extemporáneas que eran responsabilidad de SPIA”*

*OCTAVA: Que se declare, que el contratista Consorcio Puerto Aguadulce (LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS), no está obligado a cumplir la “FECHA DE ENTREGA DE CADA EDIFICIO” a su cargo construir, de que trata el anexo 4.03 del otrosí No. 2 del contrato, para las siguientes edificaciones: Subestación Principal y Subestación Reefer, en razón a que la contratante, Sociedad Puerto Industrial Agua Dulce, solicitó el Rediseño Estructural de la Subestación Principal y de la Subestación Reefer, “Por ajustes solicitados por coordinación y especificaciones extemporáneas que eran responsabilidad de SPIA”*

*NOVENA: Que se declare que la contratante incumplió con el ajuste de los plazos máximos de entrega para la orden de variación No. 05-2017 del 30 de enero de 2017, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7.15 del contrato que indica: “... “Al instruir o aprobar una Variación, el Contratante determinará los ajustes en la Remuneración y el Plazo Máximo de Entrega, que corresponda...”*

*DÉCIMA: Que se condene a la contratante, Sociedad Puerto Industrial Agua Dulce S.A, a restituir al contratista la suma de DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ( \$2.392.600.000) correspondientes al saldo de la retención en garantía, descontado o compensado por la contratante al contratista en aplicación del numeral “12.02 Multas” del contrato, ante la improcedencia de su aplicación y/o porque el juez del contrato no ha declarado que el contratista es responsable en los porcentajes y eventos señalados en el Anexo 4.03 del otrosí No. 2 del contrato, por la entrega tardía de las edificaciones. PRETENSIÓN SUBSIDIARIA, A LA PRETENSIÓN DÉCIMA: Que se condene a la contratante, Sociedad Puerto Industrial Agua Dulce S.A, a restituir al contratista la suma de DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ( \$2.392.600.000) correspondientes al saldo de la retención en*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*garantía, descontado o compensado por la contratante al contratista en aplicación del numeral “12.02 Multas” del contrato, ya que los oficios de la interventoría HMV-2859 CPA-0173 de febrero de 2017, y HMV-2859CPA-0187 del 4 de julio de 2017, incumplieron el procedimiento contractual establecido en los numerales 12.4, 14.02 y 10.4 del contrato.*

*UNDÉCIMA: Que se condene a la contratante al pago de intereses de mora, de conformidad con lo estipulado en el artículo 884 del código de comercio, por la indebida retención del saldo de la retención en garantía, desde la fecha en que se pagó parcialmente la retención en garantía, hasta la fecha en que se efectúe el pago correspondiente. Los intereses de mora liquidados desde el 8 de febrero de 2019 hasta el 31 de enero de 2021 ascienden a la suma de MIL CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL (\$1.173.959.000).*

*PRETENSIÓN SUBSIDIARIA, A LA PRETENSIÓN UNDÉCIMA: Que se condene a la contratante, Sociedad Puerto Industrial Agua Dulce S.A., a la devolución debidamente actualizada, de las sumas de dinero retenidas del saldo de la retención en garantía, desde la fecha en que se pagó parcialmente la retención en garantía hasta la fecha en que se efectúe el pago correspondiente.”*

**b. Los Hechos**

Los fundamentos fácticos de las pretensiones están contenidos en la demanda subsanada a folios 5 a 31 del Documento 05 Subsanación Cuaderno Principal.

**2. Contestación de la demanda**

La **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.** se opuso expresamente al reconocimiento de todas y cada una de las pretensiones formuladas por **AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S**, basándose para ello en las razones de hecho y de derecho que expresaron a lo largo del escrito de contestación y solicitaron al Tribunal declarar fundadas y procedentes todas las excepciones de mérito que expone en el documento y, por lo tanto, la denegación de cada una de las pretensiones debiendo condenarse en costas y agencias en derecho.

**a. Excepciones de mérito**

En el escrito de contestación a la reforma de la demanda presentó las siguientes excepciones de mérito<sup>4</sup>:

- A. Inexistencia de nulidad absoluta por objeto ilícito de los apartes invocados en la Pretensión Segunda de la Demanda -las Cláusulas 5.02 (iii), 12.02, 14.02 del Contrato, Segunda del Otrosí

---

<sup>4</sup> Cuaderno Principal/ Documento 07 Contestación/ Folios 211-308.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

No. 3 y párrafo de la cláusula primera del Acuerdo de Desembolso Parcial satisfacen todos los requisitos legales de validez.

- B. Procedencia de la aplicación unilateral de las multas contractuales y del ejercicio del derecho de retención pactado contractualmente.
- C. Las disposiciones contractuales que LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS pretende se declaren nulas o dejen de aplicarse son producto de las negociaciones y acuerdos libres y mutuos de las partes.
- D. Improcedencia de la interpretación planteada por LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS en su demanda sobre el plazo contractual –LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS está obligado por los plazos de entrega pactados en el Anexo 4.03 del Otrosí 2 del Contrato.
- E. Procedencia de las multas impuestas a LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS -LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS incumplió sus obligaciones bajo el Contrato.
- F. La suscripción de los Otrosí es No. 1 y No. 2, desvirtúan las situaciones con base en las cuales el Contratista pretende excusar sus incumplimientos a los plazos contractuales.
- G. SPIA cumplió todas sus obligaciones contractuales -inexistencia de un atraso material que fuera contabilizado en las multas contractuales atribuible a la fecha de entrega de los terrenos.
- H. SPIA no tenía una obligación de ajustar los plazos contractuales en razón de las órdenes de variación.
- I. Improcedencia del reconocimiento de un plazo adicional por los rediseños de la Subestación Reefer y de la Subestación Principal.
- J. Inexistencia e improcedencia de los perjuicios alegados por LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS.
- K. Inexistencia de responsabilidad de SPIA respecto de los perjuicios alegados por LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS.
- L. LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS pretenden desconocer sus propios actos.
- M. LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS pretenden beneficiarse de su propia culpa.
- N. Excepción de contrato no cumplido.
- O. Genérica.
- P. Compensación.
- Q. Prescripción y Caducidad.

El Tribunal se referirá más adelante en este Laudo a las mencionadas excepciones, de conformidad con el artículo 282 del Código General del Proceso.

### **3. Demanda de Reconvención**

#### **a. Las pretensiones**

La parte Convocada (demandante en reconvención), por intermedio de su apoderada, solicitó que se



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

profirieran las declaraciones y condenas que relacionó en la reforma a la demanda de reconvencción y que se transcriben a continuación:

**A. “Pretensiones declarativas”**

- a)** Pretensiones declarativas relacionadas con los incumplimientos del Contrato por parte de Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce

*Primera Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato.*

*Segunda Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al no entregar las Edificaciones en las fechas establecidas en el Anexo 4.03, modificado por los otrosíes al Contrato.*

*Tercera Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., incumplieron el Contrato al no entregar el Taller de Mantenimiento en la fecha establecida en el Anexo 4.03, modificado por el Otrosí No 2.*

*Cuarta Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., incumplieron el Contrato al no entregar la primera etapa de la Bodega de Inspección en la fecha establecida en el Anexo 4.03, modificado por el Otrosí No 2.*

*Quinta Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., incumplieron el Contrato al no entregar la segunda etapa de la Bodega de Inspección en la fecha establecida en el Anexo 4.03, modificado por el Otrosí No 2.*

*Sexta Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., incumplieron el Contrato al no entregar la primera etapa de la Bodega CFS en la fecha establecida en el Anexo 4.03, modificado por el Otrosí No 2.*

*Séptima Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., incumplieron el Contrato al no entregar la segunda etapa de la Bodega CFS en la fecha establecida en el Anexo 4.03, modificado por el Otrosí No 2.*

*Octava Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., incumplieron el Contrato al no entregar la Subestación Principal en la fecha establecida en el Anexo 4.03, modificado por el Otrosí No 2.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*Novena Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., incumplieron el Contrato al no entregar la Subestación Reefer en la fecha establecida en el Anexo 4.03, modificado por el Otrosí No 2.*

*Décima Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., incumplieron el Contrato al no entregar la Subestación Crane en la fecha establecida en el Anexo 4.03, modificado por el Otrosí No 2.*

*Décima Primera Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de entregar las Edificaciones y cumplir las condiciones de aceptación en o antes del plazo máximo de entrega, en los términos de la cláusula 4.03 del Contrato y el Anexo 4.03.*

*Décima Segunda Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de cumplir el cronograma de obra contenida en la cláusula 6.01 (i) (1) del Contrato.*

*Décima Tercera Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de realizar la construcción y montaje de las Edificaciones de conformidad con las especificaciones técnicas y la ingeniería y hacer que, en relación con cada una de las Edificaciones, se verifiquen las condiciones de aceptación a más tardar en la fecha máxima de entrega, contenida en la cláusula 6.01 (i) (10) del Contrato.*

*Décima Cuarta Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de realizar la ingeniería cumpliendo el plazo máximo establecido en el Contrato, contenida en la cláusula 6.01 (xi) (1) del Contrato.*

*Décima Quinta Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de hacer que la ingeniería sea desarrollada de manera confiable, suficiente y satisfactoria para el buen funcionamiento, mantenimiento, seguridad y/u operatividad de las obras, contenida en la cláusula 6.01 (xi) (2) del Contrato.*

*Décima Sexta Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al no hacerse responsables por la Ingeniería en cumplimiento de los plazos, parámetros y estándares establecidos en las*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*especificaciones técnicas, en los términos de la cláusula 7.02 del Contrato.*

*Décima Séptima Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al no hacerse responsables por los diseños de las Edificaciones en los términos de la cláusula cuarta del Otrosí No.1.*

*Décima Octava Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al entregar obras con una ingeniería que no es adecuada ni apropiada para cumplir con los fines, objetivos y propósitos de las obras, en los términos de la cláusula 7.02 del contrato.*

*Décima Novena Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al no corregir, indemnizar ni mantener indemne a SPIA por los errores, brechas, omisiones, ambigüedades, inconsistencias, insuficiencias u otras deficiencias en la ingeniería, en los términos de la cláusula 7.02 del Contrato.*

*Vigésima Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron su obligación de garantizar la estabilidad de las obras en los términos del artículo 2060 del Código Civil.*

*Vigésima Primera Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de modificar, sustituir, reponer o adicionar equipos o materiales para cumplir con las especificaciones técnicas, contenida en la cláusula 6.01 (i) (5) del Contrato.*

*Vigésima Segunda Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de realizar la gestión de compra y adquirir los equipos y materiales que sean necesarios para la cumplida ejecución y terminación de las obras en el plazo máximo de entrega, contenida en la cláusula 6.01 (ii) (1) del Contrato.*

*Vigésima Tercera Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de poner a disposición del desarrollo de las obras, los equipos que sean necesarios o apropiados para la ejecución de las mismas, contenida en la cláusula 6.01 (ii) (3) del Contrato.*

*Vigésima Cuarta Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de suministrar, por su propia cuenta y riesgo, los materiales y equipos requeridos para la ejecución*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*de las obras en el plazo máximo de entrega, contenida en la cláusula 7.01 del Contrato.*

*Vigésima Quinta Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de proporcionar un número suficiente y adecuado de Personas que cuenten con la experiencia, entrenamiento y pericia necesarios para adelantar las actividades relacionadas con la ejecución y construcción de las obras, contenida en la cláusula 6.01 (ix) (1) del Contrato.*

*Vigésima Sexta Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de aumentar y/o cambiar el Personal del Contratista cuando se prevea un retraso comprobado en el Cronograma de Obras imputable al Contratista, contenida en la cláusula 6.01 (ix) (12) del Contrato.*

*Vigésima Séptima Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de cumplir con el plan de seguridad industrial y salud ocupacional y demás normas en virtud de las leyes aplicables sobre la materia, contenida en la cláusula 6.01 (ix) del Contrato.*

*Vigésima Octava Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de tomar en todo momento todas las precauciones necesarias para proteger la seguridad y salud del personal del Contratista, contenida en la cláusula 6.01 (ix) (6) del Contrato.*

*Vigésima Novena Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de adoptar todas las medidas preventivas de accidentes de trabajo y de riesgos profesionales que prevean los Estándares Laborales y las que sean razonablemente necesarias según los estándares generales de la industria, contenida en la cláusula 6.01 (ix) (11) del Contrato.*

*Trigésima Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, incumplieron el Contrato al desconocer su obligación de cumplir con las instrucciones impartidas por el interventor, contenida en la cláusula 6.01 (i) (4) del Contrato.*

**b) Pretensiones declarativas relacionadas con la imposición de multas contractuales por parte de SPIA**

*Trigésima Primera Pretensión: Que se declare que las multas contractuales establecidas en la*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*cláusula 12.02 del Contrato son aplicables con ocasión de los retrasos en la entrega del Taller de Mantenimiento, la Bodega de Inspección, la Bodega CFS, la Subestación Principal y/o la Subestación Reefer por parte de Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, de acuerdo con lo establecido en el Anexo 4.03, modificado por el Otrosí No. 2.*

*Trigésima Segunda Pretensión: Que se declare que las multas contractuales establecidas en la cláusula 12.02 fueron debidamente impuestas a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, con ocasión de los retrasos en la entrega del Taller de Mantenimiento, la Bodega de Inspección, la Bodega CFS, la Subestación Principal y/o la Subestación Reefer.*

*Trigésima Tercera Pretensión: Que se declare que, por el retraso en la entrega del Taller de Mantenimiento, la Bodega de Inspección, la Bodega CFS, la Subestación Principal y/o la Subestación Reefer por parte de Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, la Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. tiene derecho a aplicar, retener y cobrar a las Demandadas en Reconvención la suma de COP\$2.338.700.000 por concepto de multas contractuales.*

*Primera pretensión subsidiaria a la Trigésima Tercera Pretensión: Que se declare que, por el retraso en la entrega del Taller de Mantenimiento, la Bodega de Inspección, la Bodega CFS, la Subestación Principal y/o la Subestación Reefer por parte de Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. tiene derecho a aplicar, retener y cobrar a las Demandadas en Reconvención la suma que estime el Honorable Tribunal por concepto de multas contractuales.*

*Trigésima Cuarta Pretensión: Que se declare que Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. tiene derecho a deducir de los montos retenidos en garantía o de otros valores adeudados al Contratista, el valor por concepto de multas calculado por la Interventoría.*

c) Pretensiones declarativas relacionadas con los perjuicios generados a SPIA y la Cláusula Penal prevista en el Contrato

*Trigésima Quinta Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, causaron daños y perjuicios a la Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. como consecuencia del incumplimiento del Contrato.*

*Trigésima Sexta Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, están obligados a pagar a la Sociedad Puerto Industrial*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*Aguadulce S.A., la indemnización de los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento del Contrato.*

*Trigésima Séptima Pretensión: Que se declare que la Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. tiene derecho al pago, en adición a las multas contractuales, de la Cláusula Penal contenida en la Cláusula 12.03 del Contrato, por parte de Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, como consecuencia del incumplimiento del Contrato.*

*Primera pretensión subsidiaria a la Trigésima Séptima Pretensión: Que se declare que la Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. tiene derecho al pago de la Cláusula Penal contenida en la Cláusula 12.03 del Contrato, por parte de Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce.*

**d) Pretensiones declarativas relacionadas con el pago de intereses por parte de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS a SPIA**

*Trigésima Octava Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce están obligados a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley, sobre las condenas que se establezcan a favor de Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. en el laudo arbitral, 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.*

*Primera pretensión subsidiaria de la Trigésima Octava Pretensión: Que, en subsidio de la pretensión trigésima octava, se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce están obligados a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. intereses comerciales sobre las condenas que se establezcan a favor de Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A., 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.*

*Pretensión subsidiaria de la anterior: Que, en subsidio de la pretensión anterior se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce están obligados a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. 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 establezcan a favor de Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A., 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.*

*Segunda pretensión subsidiaria de la Trigésima Octava Pretensión: Que, en subsidio de la trigésima*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*octava pretensión, Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce están obligados a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley, sobre las condenas que se establezcan a favor de Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. en el laudo arbitral, desde el día siguiente a que éste sea proferido y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.*

*Pretensión subsidiaria de la anterior: Que, en subsidio de la pretensión anterior, se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce están obligados a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. intereses comerciales sobre las condenas que se establezcan a favor de Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. en el laudo arbitral, desde el día siguiente a que éste sea proferido y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.*

*Pretensión subsidiaria de la anterior: Que, en subsidio de la pretensión anterior, se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce están obligados a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. 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 establezcan a favor de Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. en el laudo arbitral, desde el día siguiente a que éste sea proferido y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.*

*Trigésima Novena Pretensión: Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, están obligados a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. las costas del proceso y agencias en derecho.*

*Cuadragésima Pretensión: Que se declare que la totalidad de las obligaciones a que se refieren las pretensiones anteriores deberán ser asumidas solidariamente por Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S.*

**B. Pretensiones de condena**

*Cuadragésima Primera Pretensión: Que se condene a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. el valor de la Cláusula Penal contenida en la cláusula 12.03 del Contrato.*

*Cuadragésima Segunda Pretensión: Que se condene a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. la suma que resulte probada en el proceso, a título de indemnización plena de los perjuicios causados con el incumplimiento del Contrato de Obra.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*Cuadragésima Tercera Pretensión: Que se condene a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. los intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley, sobre las condenas que se establezcan a favor de Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. en el laudo arbitral, 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.*

*Primera pretensión subsidiaria de la Cuadragésima Tercera pretensión: Que, en subsidio de la quincuagésima pretensión, se condene a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. intereses comerciales sobre las condenas que se establezcan a favor de Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A., 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.*

*Pretensión subsidiaria de la anterior: Que, en subsidio de la pretensión anterior, se condene a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. 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 establezcan a favor de Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A., 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.*

*Segunda pretensión subsidiaria de la Cuadragésima Tercera pretensión: Que, en subsidio de la quincuagésima pretensión, se condene a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley, sobre las condenas que se establezcan a favor de Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. en el laudo arbitral, desde el día siguiente a que éste sea proferido y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.*

*Pretensión subsidiaria de la anterior: Que, en subsidio de la pretensión anterior, se condene a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. intereses comerciales sobre las condenas que se establezcan a favor de Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. en el laudo arbitral, desde el día siguiente a que éste sea proferido y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.*

*Pretensión subsidiaria de la anterior: Que, en subsidio de la pretensión anterior, se condene a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. la actualización monetaria utilizando para el efecto el*



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*Índice de Precios al Consumidor (IPC) o el índice de actualización que el Honorable Tribunal considere aplicable sobre las condenas que se establezcan a favor de Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. en el laudo arbitral, desde el día siguiente a que éste sea proferido y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.*

*Cuadragésima Cuarta Pretensión: Que se condene a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, a pagar a Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. las costas del proceso y agencias en derecho.*

*Cuadragésima Quinta Pretensión: Que se condene a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, a asumir las obligaciones a las que se refieren las pretensiones anteriores de manera subsidiaria.”*

**b. Los Hechos**

Los fundamentos fácticos de las pretensiones están contenidos en la demanda de reconvención subsanada a folios 607 a 673 del Documento 20 Reforma demanda de Reconvención.

**4. Contestación de la demanda de Reconvención**

Las sociedades **AVILA S.A.S** y **HAPIL INGENIERÍA S.A.S** se opusieron expresamente al reconocimiento de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**, basándose para ello en las razones de hecho y de derecho que expresaron a lo largo del escrito de contestación y solicitaron al Tribunal declarar fundadas y procedentes todas las excepciones de mérito que expone en el documento y, por lo tanto, la denegación de cada una de las pretensiones debiendo condenarse en costas y agencias en derecho.

**a. Excepciones de mérito**

En el escrito de contestación a la reforma de la demanda presentó las siguientes excepciones de mérito<sup>5</sup>:

1. Inexigibilidad de las fechas máximas de entrega de que trata el anexo 4.03 del contrato, para 5 de las 6 edificaciones construidas, porque dicho anexo no está acorde con la fecha en que quedó en firme la licencia de construcción, tal como lo indica la cláusula 4.03 del contrato, la cual nunca fue modificada. El Tribunal se referirá más adelante en este Laudo a las mencionadas excepciones, de conformidad con el artículo 282 del Código General del Proceso.
2. Inexigibilidad de las fechas máximas de entrega de que trata el anexo 4.03 del contrato, porque

---

<sup>5</sup> Cuaderno Principal/ Documento 07 Contestación/ Folios 211-308.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

la contratante no hizo el ajuste al plazo máximo de entrega de que trata el numeral 7.15 del contrato, por la ejecución de la orden de variación No. 5, la cual involucró actividades para las 6 edificaciones construidas, y superó el 14% del valor del contrato.

3. Excepción de contrato no cumplido/ inexigibilidad de las fechas máximas de entrega de que trata el anexo 4.03 del contrato, porque: 1) la contratante no entregó de manera completa y con las adecuaciones requeridas los terrenos para la construcción de las edificaciones en la fecha indicada en dicho anexo.; taller de mantenimiento y bodegas CFS e Inspección, tal como lo indica la cláusula 4.03 del contrato, la cual nunca fue modificada. 2) la contratante no entregó de manera oportuna las definiciones requeridas para hacer los ajustes a los diseños las subestaciones reefer y principal.
4. El riesgo sobre la disponibilidad del sitio para las obras es un riesgo en cabeza de la demandante en reconvención.
5. Improcedencia de la aplicación de la cláusula de multas una vez culminada la construcción de las edificaciones entregadas.
6. La multa impuesta al contratista no cumplió el procedimiento previsto en el contrato.
7. Ilegalidad de la aplicación de la cláusula de multas sin acudir al juez del contrato.
8. Improcedencia de la cláusula penal, ante la inexistencia de obligación u obligaciones incumplidas.
9. No existen perjuicios por indemnizar como efecto del supuesto incumplimiento del contrato por vicios ocultos de la construcción o defectos en la estabilidad de las obras ejecutadas.
10. NO es obligación del contratista pagar los supuestos mayores costos por mayor permanencia en la obra por parte de la Interventoría, por pago realizado a HMV por los servicios contratados a través del Contrato SPIA-CI-IV- 2018-014 para cubrir los servicios adicionales de la Interventoría durante el tiempo adicional que LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS tomó para atender los defectos de las Edificaciones, pero además, el pago de los supuestos mayores costos no son imputables al demandado en reconvención.
11. No era obligación del contratista la construcción del muro cuantificado en el hecho 110 de la reforma de la demanda.

**IV. ACÁPITE PROBATORIO**

El Tribunal considera útil, para el sustento de la decisión, relacionar con mayor detalle los medios de prueba solicitados por las partes y decretados en el Auto de pruebas No 15 del diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022) y Autos No. 16 diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022) y referirse al mérito que se les reconocerá, así:

**1. Pruebas decretadas y practicadas.**

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

**a. Pruebas documentales.**

Se concederá el mérito legal que corresponda a cada una de las piezas documentales que se encuentran legítimamente incorporadas en el expediente, esto es, que hayan sido oportunamente solicitadas, decretadas y aportadas.

**b. Testimonios.**

El catorce (14) de marzo de dos mil veintidós (2022) el Tribunal Arbitral sesionando virtualmente, recibió el testimonio del señor **HARWIN STIVEN PRIETO PALADINES.**

Mediante Auto No. 20 del quince (15) de marzo de dos mil veintidós (2022) se aceptó el desistimiento de la prueba del testimonio del señor **ALEJANDRO LABBÉ.**

El dieciséis (16) de marzo de dos mil veintidós (2022) el Tribunal Arbitral sesionando virtualmente, recibió el testimonio del señor **CARLOS HUMBERTO CASSERES GARCÍA.**

El diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós (2022) el Tribunal Arbitral sesionando virtualmente, recibió el testimonio del señor **FAVIAN ENRIQUE SEGURA PRADO.**

El veintitrés (23) de marzo de dos mil veintidós (2022) el Tribunal Arbitral sesionando virtualmente, recibió el testimonio del señor **EDUARDO ENRIQUE RAMOS ARNEDO.**

El veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022) el Tribunal Arbitral sesionando virtualmente, recibió el testimonio del señor **JUAN CARLOS OPICHANYJ.**

El treinta uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022) el Tribunal Arbitral sesionando virtualmente, recibió el testimonio del señor **HORACIO PENNACCHHIOTTI.**

Mediante Auto No. 22 del treinta uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022) se aceptó el desistimiento de la prueba del testimonio de los señores **ALEJANDRO CASTILLO, ORLANDO LUQUE y ELKIN BERMÚDEZ.**

Mediante Auto No. 24 del veinte (20) de abril de dos mil veintidós (2022) se aceptó el desistimiento de la prueba del testimonio de los señores **LEÓN CARRILLO, JORGE HERRERA, JULIAN ANDRÉS RIAÑO ZAMUDIO, MARGARITA RESTREPO, KATERIN OROZCO, JORGE TEJERA MEJÍA, DEYTON HURTADO, ARTURO CROSBY, GALO CARRILLO, JULIÁN VILLARRAGA, JAIBER PALACIOS MOLINA, FRANCISCO HURTADO, BLANCA VIVIANA REYES, CAROLINA OBONAGA, CAROLINA SALAMANCA, LUZ ASTRID CALVO ACOSTA, JOSÉ OCTAVIO**

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

**CHEIBAIR, CATALINA MARIÑO DREWS, JULIO MARTÍNEZ, AUGUSTO AGUILAR y RICARDO DÍAZ.**

**c. Exhibición de documentos.**

De forma virtual, en audiencia del siete (7) de marzo de dos mil veintidós (2022) fue evacuada la exhibición de documentos decretadas por Auto de pruebas No 15 del diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022), la cual fue cerrada mediante Auto No. 19 del catorce (14) de marzo de dos mil veintidós (2022) en el cual se ordenó la incorporación de los documentos exhibidos y sus envíos complementarios.

**d. Dictámenes periciales.**

El dos (2) de mayo de dos mil veintidós (2022) se aportaron los dictámenes periciales de parte decretados en el Auto de pruebas No 15 del diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022) solicitados por la parte Convocada. En efecto se aportaron los siguientes dictámenes:

- Dictamen Pericial de perito experto en ingeniería civil y gestión de proyectos, elaborado por Delvasto & Echeverría Asociados Consultores y Consejeros en Gas y Energía LTDA.
- Dictamen Pericial de perito experto en patología estructural, elaborado por el ingeniero William Javier Fajardo Kudeyro, miembro de JFK Ingeniería y Consultorías S.A.S.

Los cuales se incorporaron en el expediente y se pusieron en conocimiento a la parte Convocante para su contradicción mediante Auto No. 27 del tres (3) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Mediante Auto No. 28 del diez (10) de mayo de dos mil veintidós (2022) se decretó la recepción los dictámenes periciales de contradicción solicitados por la parte Convocante y se ordenó la comparecencia de los peritos signatarios de los dictámenes de la parte Convocada.

El veinticinco (25) de mayo de dos mil veintidós (2022) se aportó el dictamen pericial de parte informático decretado en el Auto No 16 del diecisiete (17) de febrero de dos mil veintidós (2022) solicitado por la parte Convocada, el cual se incorporó en el expediente y se puso en conocimiento a la parte Convocante para su contradicción mediante Auto No. 30 del siete (7) de junio de dos mil veintidós (2022).

Mediante Auto No. 31 del veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022) se aceptó el desistimiento de los dictámenes de contradicción solicitados por la parte Convocante y decretados en el Auto No. 28 del 10 de mayo de 2022.

En audiencia virtual llevada a cabo el doce (12) de julio de veintidós (2022) se recibió el interrogatorio del

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

perito experto en patología estructural **WILLIAM JAVIER FAJARDO KUDEYRO.**

En audiencia virtual llevada a cabo el catorce (14) de julio de veintidós (2022) se recibió el interrogatorio del perito informático **RAÚL WEXLER PULIDO TÉLLEZ.**

En audiencia virtual llevada a cabo el dieciocho (18) de julio de veintidós (2022) se recibió el interrogatorio del perito experto en ingeniería civil y gestión de proyectos **GUSTAVO DELVASTO JAIMES.**

**e. Interrogatorios de parte.**

El veinticinco (25) de julio de veintidós (2022) se llevaron a cabo los interrogatorios de los representantes legales de las sociedades **HAPIL INGENIERÍA S.A.S.** Señor **LUIS CARLOS HANI PIRA** y sociedad **AVILA S.A.S.** Señor **JUAN PABLO PORTILLA FRANCO.**

**f. Declaración de parte.**

Mediante Auto No. 36 del veintisiete (27) de julio de veintidós (2022) se aceptó el desistimiento de la declaración de parte del representante legal de la **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**, sin embargo, se decretó de oficio mediante la misma providencia y la cual se llevó a cabo el cinco (5) de agosto veintidós (2022) la declaración del Señor **MIGUEL ARTURO ABISAMBRA VALENCIA.**

**2. Alegatos**

**a. Alegatos de la parte Convocante**

El 29 de agosto de 2022, la Convocante presentó sus alegatos de manera oral, radicando por escrito, en dos documentos separados (alegatos de la demanda principal y de la demanda de reconvención), el resumen de los mismos, el cual se encuentra en el expediente<sup>6</sup>.

**b. Alegatos de la parte Convocada**

El 29 de agosto de 2022, la Convocada presentó sus alegatos de manera oral, radicando por escrito, el resumen de los mismos, el cual se encuentra en el expediente<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Expediente virtual Cuaderno principal documentos 053 y 054

<sup>7</sup> Expediente virtual Cuaderno principal documentos 055

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

**V. ASPECTOS DE DECISIÓN PREVIA**

**1. Interpretación de la demanda**

En este estado de la decisión, es imperioso establecer el cumplimiento que se deberá dar al precepto del artículo 42, numeral 5° del GCP en cuanto al deber del juez de interpretar la demanda que se pone bajo su conocimiento.

Esta carga judicial es de imperiosa observancia por quien administra justicia, en el entendido de lo que la jurisprudencia ha señalado en providencia del Mag. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, STC6507-2017 /Radicación n.º 11001-22-03-000-2017-00682-01, en la que se estudió el tema.

En el sentir de tal pronunciamiento

*“...el Juzgador al definir el alcance de una demanda a fin de poder determinar el curso del litigio y la solución del mismo, ésta limitado únicamente a no variar la causa petendi, pero no así el derecho aplicable al juicio la denominación a la acción o tipo de responsabilidad, dado que en virtud del principio iura novit curia las partes no tienen la carga de probar el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario”. (...)*

Esto implica que tiene ese juzgador que dar rigurosa aplicación al principio del “*da mihi factum et dabo tibi ius*”, y ubicar el real querer de los litigantes en su exposición de pretensiones y defensas, según sea el caso, atendiendo más que al tenor de las palabras expresadas, a la finalidad de las pretensiones o excepciones y al soporte fáctico de ellas.

Enseña esta providencia que en razón del postulado “*da mihi factum et dabo tibi ius*” los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, porque lo que delimita la acción y constituye la *causa petendi* no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda –la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso–, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial.

Por el contrario, ya se ha recalcado, y nuevamente se enfatiza, que

*“...el juez tiene el deber de desentrañar el verdadero y más equitativo sentido de la demanda, por supuesto, sin distorsionarla, labor en cuya realización puede acontecer que el demandante, descuidada o ambiguamente sitúe su petición en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero al exponer el objeto de su reclamación o la causa para expedir evidencie con nitidez lo contrario, es decir que su pedimento se afincan en la responsabilidad derivada del incumplimiento negocial, pues en esa hipótesis deberá el juzgador emprender el ejercicio intelectual pertinente,*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*enderezado a establecer el genuino sentido de dicho libelo, sin que necesaria e ineludiblemente deba atenderse a la denominación que al desgaire le hubiere imprimido el accionante.” (...)*

En fin, lo que aquí se quiere significar es que cuando el actor ha explicitado de manera unívoca y contundente la especie de pretensión que quiere hacer valer contra el demandado, no le es dado al fallador desdeñar esa elección ni alterar a su gusto, sin importar los móviles que lo alienten, la clara y expresa decisión del demandante.

Se hace esta precisión atendiendo al uso indiscriminado que las partes dentro de este proceso utilizan, ambas, en relación a las obligaciones, responsabilidades, cargas y actuaciones del “CONSORCIO PUERTO AGUADULCE - LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS”, lo que obliga a ubicar qué entenderá el Tribunal frente a estas reiteradas menciones.

Para el panel es claro que, teniendo presente que desde el 2001, en la sentencia C-949, la Corte Constitucional estableció que, según lo expresado en el Estatuto General de la Contratación, las estructuras plurales previstas en la Ley 80 de 1993, tienen capacidad contractual sin exigirles como condición de su ejercicio la de ser persona jurídica independiente a la de sus miembros.

Sin embargo, interpretada en su literalidad, la Ley 80 en su artículo sexto, tan solo le concedió a los consorcios y a las uniones temporales la capacidad jurídica para suscribir los específicos contratos estatales en los que participen, consideración de la cual surgen innumerables interrogantes, y surge la duda en especial sobre la capacidad jurídica que tienen estas estructuras plurales de celebrar subcontratos con personas naturales o jurídicas, v.gr. contratos de fiducia , de suministro, de obra, contratos de compraventa de inmuebles sujetos a registro, entre otros.

Sobre el particular, la postura dominante que ha asumido el Consejo de Estado y otras autoridades públicas es la de no reconocer capacidad contractual a las estructuras plurales para la suscripción de contratos distintos al estatal, tal y como lo señaló el Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 25 de septiembre del 2013, cuando afirmó que la capacidad contractual aludida en la Ley 80 para estructuras plurales no se extiende a otros campos diferentes “como los relativos a las relaciones jurídicas que, de manera colectiva o individual, pretendan establecer los integrantes de esas agrupaciones con terceros, ajenos al respectivo contrato estatal”, según establece la norma. El vocablo, ajenos, bien podría prestarse para discusión al considerar fenómenos como la subsidiaridad o la coligación, por ejemplo.

En desarrollo de lo expuesto en concepto 220-104472 de 2010 la Superintendencia de Sociedades, refiriéndose a un contrato privado distinto del contrato estatal suscrito directamente por el representante de un consorcio estableció que éste no era válido, pero que, “*quienes sí pueden celebrar el mencionado contrato son los integrantes de los Consorcios o Uniones temporales*”, y en este mismo sentido, se pronunció la Superintendencia Financiera, en concepto 2015011812-002 del 2015, al indicar que “*resulta claro que los*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*consorcios y las uniones temporales en tanto no comportan una personalidad jurídica distintas a sus integrantes no podrán ser titulares de cuentas bancarias y otros productos bancarios”, así tenga relación con el manejo de los dineros del contrato estatal.*

Se ha discutido en la doctrina sobre la identidad jurídica de las uniones temporales y los consorcios, y a éstos últimos se los suele asimilar a la figura del *"joint venture"* del derecho americano o al *"paternish"* de los ingleses, y no pocos al de una sociedad de hecho por las informalidades que rodean su organización jurídica.

En nuestro régimen legal, la capacidad es la aptitud que se tiene para ser sujeto de relaciones jurídicas, es decir, para realizar sin el ministerio de otra persona, actos con efectos válidos en la esfera del derecho, y si bien esa habilitación se vincula con la noción de persona, hasta el punto de que toda persona, en principio, es capaz, salvo lo que en contrario disponga la ley, no es requisito necesario ser persona para disponer de capacidad jurídica.

De los contenidos de la ley 80 resultan confirmadas las aseveraciones precedentes. El artículo 6o. autoriza para contratar con las entidades estatales a *"..las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes"*. De igual modo señala que, *"también podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales"*.

En estos eventos el Estatuto no se refiere a una persona y sin embargo permite que los consorcios y a las uniones temporales puedan contratar con el Estado, lo cual, en resumen, significa que la ley le reconoce su capacidad jurídica a pesar de que no les exige como condición de su ejercicio, la de ser personas morales, capacidad que les circunscribe a la contratación estatal, exclusivamente, por puntual mención de la ley 80 que les dio vida en estos asuntos.

El consorcio es una figura propia del derecho privado, utilizado ordinariamente como un instrumento de cooperación entre empresas, cuando requieren asumir una tarea económica particularmente importante, que les permita distribuirse de algún modo los riesgos que pueda implicar la actividad que se acomete, aunar recursos financieros y tecnológicos, y mejorar la disponibilidad de equipos, según el caso, pero conservando los consorciados su independencia jurídica.

En la exposición de motivos correspondiente al proyecto de ley sobre contratación administrativa que presentó el Gobierno a la Cámaras Legislativas, convertido luego en la ley 80 de 1993, se expresó sobre el particular:

*"sin duda el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y del comercio. La mayor eficiencia y la menor ineficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada "ventaja comparativa" ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos o más personas con el*



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto”.*

Estos conceptos ontológicos, si bien son extensibles a la contratación entre particulares en asuntos eminentemente del derecho privado -como en el caso en examen en este Tribunal- ello en ningún momento implica que en este campo esa capacidad jurídica que antes mencionáramos también sea reconocida.

El Consejo de Estado, ya lo mencionamos antes, en sentencia del 25 de septiembre de 2013 unificó jurisprudencia sobre la capacidad procesal que les asiste a los consorcios y a las uniones temporales. Al respecto, la mencionada corporación concluyó que estas figuras asociativas sí tienen capacidad para ser parte de un proceso con fundamento, principalmente, en que la Ley 80 de 1993 (artículos 6 y 7) les dio capacidad de contratación, lo cual debe proyectarse en el ámbito procesal con base en una interpretación del efecto útil de la norma. La sentencia de unificación de 2013 fue de gran importancia, pues con base en ella se superó en Colombia una discusión jurídica basada en posturas jurisprudenciales del propio Consejo de Estado en las que no se reconocía capacidad procesal a estas figuras asociativas.

Así, en la referida sentencia, el Consejo de Estado consideró que la postura unificada de esta corporación según la cual los consorcios y las uniones temporales tienen capacidad procesal supone la aplicación de la Ley 80, con lo cual “frente a los contratos que están exceptuados de ella, salvo que la propia ley disponga otra cosa, sus artículos 6 y 7 no son aplicables y, por lo mismo, a fuerza de conclusión, tampoco el criterio adoptado en la sentencia de unificación”.

Nótese que el Consejo de Estado hace una importante aclaración sobre la capacidad procesal que fue conferida a las uniones temporales y a los consorcios, al considerar que el criterio adoptado mediante la sentencia de unificación del 2013 sólo resulta aplicable a contratos estatales regidos por la Ley 80 y no a aquellos que se rigen por el derecho privado.

Esta distinción respecto de la válida participación de modalidades contractuales colectivas en derecho privado, también la doctrina la ha abordado, en igual línea que la Jurisprudencia que hemos reseñado antes.

En efecto, la regulación más clara sobre los consorcios y uniones temporales está contemplada, precisamente, en las normas de contratación estatal y, con fundamento en lo establecido en el Estatuto de Contratación Estatal, se ha identificado como características de esta clase de agrupaciones las siguientes: a) generan un negocio jurídico, bilateral o plurilateral; b) tiene su fundamento en la necesidad de competir; c) su existencia es limitada, desde el proceso de selección hasta la liquidación del contrato (Estatuto de Contratación Estatal, Exp. 15.321/04).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

En 1982 (Ley 19, 1982) el Congreso de la República dio facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para que reformara la Ley 150 de 1976, modificando, entre otros aspectos, el régimen de capacidad, representación, incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado. En ejercicio de estas facultades extraordinarias, el Ejecutivo expidió un nuevo estatuto (Decreto Ley 222, 1983) que dispuso nuevamente que cuando se considerara que de la ejecución conjunta de un contrato se derivarían beneficios para la entidad contratante, ésta podría autorizar que dos o más personas presentarán conjuntamente la misma propuesta, generándose así el consorcio, en cuyo caso, el pliego de condiciones o en la invitación debía contener expresamente la posibilidad de proponer conjuntamente, sin que fuera posible contemplar esta opción mediante adenda a los pliegos, cuestión que actualmente no está vigente en nuestro ordenamiento.

De lo expuesto hasta aquí entonces quiere el panel dejar puntualizado, que apoyados en lo dicho, la parte actora y demandada en reconvencción recibirá el tratamiento de litisconsorte facultativo pues como Consorcio no tendría capacidad contractual reconocida en este contrato, tampoco capacidad procesal como tal y sus relaciones comerciales se regulan por los preceptos de la contratación regulados en el Código de Comercio para los casos de intervención colectiva en alguno de los extremos de una relación contractual entre particulares.

## **2. Situación jurídica de ÁVILA S.A.S.**

Obra en el expediente certificado de existencia y representación de la sociedad AVÍLA S.A.S. expedido por la Cámara de Comercio de la de este se desprende que la misma ha sido objeto de una medida por parte de la Fiscalía y forma parte del grupo de “activos especiales”.

Al respecto deberá tenerse en cuenta la normatividad aplicable, esto es Ley 1708 de 2014, y su Decreto reglamentario 2136 de 2015. En la primera de ellas en particular, en su artículo 102 se señala que el depositario es el representante legal de la sociedad y, por ende, debe ser inscrito en esa condición en el registro mercantil, como efectivamente ocurrió en el caso presente.

A su vez el segundo inciso del mencionado artículo 102, trata de la toma de posesión en carácter de simple conservación y de administración mientras el juez penal resuelve si extingue o no el dominio.

Dice ese inciso:

*“Para la administración de la sociedad, el administrador podrá nombrar un depositario provisional quien, además de tener todos los derechos, atribuciones y facultades, y estar sujeto a todas las obligaciones, deberes y responsabilidades que las leyes señalan para los depositarios judiciales o secuestres, ostenta la calidad de representante legal de la sociedad en los términos del Código de Comercio y lo dispuesto en la Ley 222 de 1995, 1116 de 2006 y demás normas que la modifiquen o replacen. En consecuencia, su nombramiento deberá registrarse en el registro mercantil correspondiente.”*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

No se advierte en principio limitación respecto de los preceptos y contenidos de las normas mercantiles a las que remite, en cuanto a obligaciones, deberes y responsabilidades, por lo que habrá que mirar si igualmente esa identidad se predica respecto de las facultades y atribuciones de un representante legal ordinario -que no creería se asimilen a los deberes- dependiendo del tipo de interpretación que se adopte y que creo no armonizan con el sentido y la finalidad de esa administración del agente designado.

A su paso, el Decreto Reglamentario 2136 de 2015, en su artículo 2.5.5.6.9., refiriéndose a las reglas especiales para los depositarios o liquidadores de sociedades, sí tiene una modulación en lo pertinente a la asimilación al representante legal. Dice:

*“Los depositarios provisionales o liquidadores de sociedades, acciones, cuotas, partes o derechos de una sociedad o persona jurídica, establecimientos de comercio y en general, unidad de explotación económica, **además de tener todos los derechos, atribuciones y facultades, y estar sujeto a todas las obligaciones, deberes y responsabilidades que las leyes señalan para los depositarios judiciales o secuestres, ostenta la calidad de representante legal de la sociedad** en los términos del Código de Comercio y lo dispuesto en la Ley 222 de 1995, 1116 de 2006 **en lo que resulte pertinente** y demás normas que la modifiquen o reemplacen.”* (Resaltado propio)

La mención que hace la norma de pertinencia en la aplicación de las normas propias, primero de los secuestres y luego de los representantes legales, hace pensar a este Tribunal que las facultades del “depositario provisional” son las propias de un secuestre, por lo cual dejaría fuera la capacidad de disposición sobre los bienes y derechos que administra.

Lo anterior resulta de gran importancia para el análisis del Tribunal, ya que el artículo 191 del CGP, que indica los requisitos que se deben reunir para que exista confesión válida, consagra:

*Artículo 191. Requisitos de la confesión*

*La confesión requiere:*

- 1. **Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.***
- 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.*
- 3. Que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba.*
- 4. Que sea expresa, consciente y libre.*
- 5. **Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.***
- 6. Que se encuentre debidamente probada, si fuere extrajudicial o judicial trasladada.*

*La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas.”* (Resaltado propio)

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Por lo tanto, este Tribunal considera que el depositario no tiene capacidad de disposición sobre los bienes que administra, lo que entra en pugna con el numeral 1° y conlleva a que no podrá entenderse la confesión ficta frente a las respuestas evasivas que haya podido brindar en el interrogatorio de parte que en calidad de representante legal de ÁVILA S.A.S. rindió.

**3. De la tacha de los testigos**

La parte Convocada tachó el testigo **HORARIO PENNACCHIOTTI**.

Debe entonces el Tribunal pronunciarse sobre las tachas formuladas, para lo cual estima en primer lugar recordar que el Código General del Proceso dispone sobre esta materia lo siguiente:

*“Artículo 211. Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.*

*“La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”*

Es igualmente pertinente recordar que la sola tacha por sospecha de falta de credibilidad o imparcialidad de un testimonio, así se acrediten sus fundamentos, no implica para el juzgador que deba prescindir de él o tener que descalificarlo, sino que debe hacer su ponderación de acuerdo con las normas legales y la sana crítica, para establecer si el hecho que en el mismo se relata es posible que haya acontecido en la realidad, si es factible o no que el testigo lo haya podido percibir y, si es probable que de haberlo percibido, se conserve en la memoria fielmente hasta el momento de haber sido rendida la declaración, para entrar finalmente a valorar qué tan responsiva, exacta y completa fue y si finalmente es digna de confianza y credibilidad.

De allí que la Corte Suprema de Justicia tenga señalado que<sup>8</sup>:

*“[...] la tacha de un declarante no le quita mérito al testimonio, sino que le exige al juez un mayor deber de crítica y ponderación en su valoración, por cuanto debe apreciarlos según las circunstancias de cada caso, como lo señala el inciso 3° del artículo 218 del C. de P.C. [...]”*

En el mismo sentido en que viene expresándose la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia. Magistrado ponente: Jorge Santos Ballesteros. Sentencia del veintitrés (23) de abril de dos mil dos (2002). Expediente No. 6840.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

septiembre de 2004<sup>9</sup> expresó:

*“Olvida, sin embargo, que la sola tacha por sospecha no es suficiente para menguar la fuerza demostrativa de un testimonio, ya que de esa circunstancia no cabe inferir sin más, que el testigo faltó a la verdad. Como lo advirtió el fallador, cuando la persona que declara se encuentra en situación que haga desconfiar de su veracidad e imparcialidad, lo que se impone no es la descalificación de su exposición, sino un análisis más celoso de sus manifestaciones, a través del cual sea permisible establecer si intrínsecamente consideradas disipan o ratifican la prevención que en principio infunden, y en fin, si encuentran corroboración o no en otros elementos persuasivos, criterios que en definitiva son los que han de guiar la definición del mérito que se les debe otorgar. Hoy, tiene dicho la Corte, [...] la sospecha no descalifica de antemano -pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio”<sup>10</sup>*

La tacha del testigo HORARIO PENNACCHIOTTI.

Hechas las consideraciones anteriores este Tribunal, precisa que el testimonio del Señor HORARIO PENNACCHIOTTI que fue tachado por el apoderado de la parte Convocante (demandada en reconvencción) fue analizado y apreciado con mayor atención por parte de este Tribunal, quien consideró que, a pesar de la vinculación alegada del testigo y aceptada por él mismo con ICSI y con la parte Convocada (demandante en Reconvencción), no existió vicio en su declaración, la cual fue espontánea, y se limitó a responder las preguntas formuladas.

En consecuencia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y el principio de buena fe; tomando en cuenta las situaciones manifestadas por la parte Convocante (demandada en reconvencción), identificando aquellas que pudieran llegar a incidir en la credibilidad e imparcialidad del testigo, concluye el Tribunal que no procede la tacha del mencionado testimonio.

**4. Consecuencias procesales por la indebida contestación de algunos hechos de la demanda y la incompleta exhibición de documentos.**

---

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Sentencia del veintiocho (28) de septiembre de dos mil cuatro (2004). Expediente No. 11001-31-03-000-1996-7147-01.

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia. Magistrado ponente: Manuel Isidro Ardila. Sentencia del diecinueve (19) de septiembre de dos mil uno (2001). Expediente No. 624.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

La parte Convocada en sus alegatos de conclusión solicita:

a) “(...) tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión de la reforma a la demanda de reconvencción que no fueron debidamente contestados por LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS” y b) “(...) tener por ciertos los hechos que se pretendían probar con la exhibición de documentos a cargo de la Parte Convocante”.

Es pertinente en el caso *in examine*, previo a entrar a resolver sobre el fondo del asunto, revisar las consecuencias jurídicas que prevé la legislación colombiana, en esta materia.

Sobre el particular, es preciso indicar que los efectos de la indebida contestación de la demanda están dados en el artículo 97 del Código General del Proceso, las cuales generan precisas consecuencias de orden procesal y probatorio. Sobre el particular, la presente normativa dispone:

*“La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.”* (Resaltado propio)

En su solicitud la parte Convocada expresa que algunos hechos de la demanda fueron indebidamente contestados, sin especificar expresamente a cuáles se refiere.

Por su parte, como da cuenta el acápite pertinente de esta providencia, las exhibiciones de documentos solicitadas se llevaron a cabo en audiencia del 7 de marzo de 2022 y fueron cerradas mediante Auto No. 19 del 14 de marzo de 2022.

En los alegatos de conclusión la Convocada solicita que se dé aplicación al artículo 267 del Código General del Proceso, que dispone:

*“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 aquélla 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*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*sumariamente, causa justificativa de su renuencia y exhiba el documento en la oportunidad que el juez señale.*

*Cuando es un tercero quien se opone a la exhibición o la rehúsa sin causa justificada, el juez le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv).*

*Los terceros no están obligados a exhibir documentos de su propiedad exclusiva, cuando gocen de reserva legal o la exhibición les cause perjuicio.” (Resaltado propio)*

En el presente caso la parte Convocada alega que la parte Convocante no realizó una completa exhibición de los documentos.

Frente a las dos solicitudes la sanción consagrada en los mencionados artículos 97 y 267, es tener por ciertos los hechos indebidamente contestados y los contenidos en la solicitud de la prueba de exhibición.

En la medida que ninguno de los hechos alegados requiere una prueba solemne de conformidad con la ley, la consecuencia sería aplicable, sin embargo, el Tribunal observa que:

- i) Frente a los hechos indebidamente contestados.

En la solicitud la Convocada no se singularizaron cuáles son y en ese sentido el Tribunal no encuentra sustento para acceder a la petición de manera genérica.

- ii) Frente a la exhibición.

El Tribunal encuentra que en la solicitud se anuncia cuáles fueron los documentos no exhibidos, no obstante, se recuerda que en el Auto de pruebas se enfatizó que la exhibición debería estar circunscrita con el objeto del proceso y no podía extenderse a la totalidad de documentos solicitados.

En efecto el Auto No. 15 del 17 de febrero de 2022 se observa:

*“Se advierte a las partes que la exhibición se limitará a los documentos relacionados con los hechos debatidos. Se hace hincapié en que, comoquiera que se advierte que, en el contenido de los documentos a exhibirse, algunos de ellos encajan en la restricción contenida en el art. 268 del C.G.P., deberá circunscribirse y limitarse a los asientos y papeles que tengan relación necesaria con el objeto del proceso y demás exigencias de dicha norma procesal.”*

Por tanto, considera el Tribunal que los documentos exhibidos fueron suficientes y tuvieron relación con el objeto del proceso y no se demostró por la Convocada, qué documentos debidamente singularizados y en poder del Convocante fueron omitidos en su exhibición.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Adicionalmente, es necesario resaltar que la confesión (ficta o expresa) es susceptible de ser desvirtuada por otras pruebas debidamente allegadas al proceso, como lo advierte el artículo 197 del Código General del Proceso al consagrar “*Información de la confesión. Toda confesión admite prueba en contrario.*”

Igualmente se enfatiza, que en el desarrollo del Laudo el Tribunal abordará todas las pruebas practicadas en conjunto de conformidad con el artículo 176 del Código General del Proceso.

**VI. DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN LA CONTROVERSIA Y  
LAS CUESTIONES A RESOLVER**

El Tribunal ha encontrado que los problemas jurídicos a resolver son:

1. Caducidad y prescripción.
2. La autonomía de la voluntad en contratación. La teoría del acto propio.
3. La interpretación de los contratos.
4. La validez de las cláusulas. Nulidad de contratos mercantiles.
5. El contrato “llave en mano”.
6. El concepto de incumplimiento.
7. Los daños resarcibles.
8. Las multas de apremio en contratos privados.
9. Cláusula penal.

**VII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL  
DEL DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER**

**1. Caducidad y prescripción**

La parte Convocada en la contestación a la demanda principal propone como excepciones de mérito la prescripción y la caducidad sobre las pretensiones de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS.

De conformidad con el inciso tercero del artículo 282 del CGP ... “*si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes.*”

Por lo anterior el Tribunal abordará en primer lugar las excepciones de prescripción y caducidad planteadas porque de prosperar no será necesario el estudio de las restantes.



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

La parte Convocada en el escrito de contestación de demanda se limita a expresar:

*En este proceso se dan los elementos necesarios para que sea declarada la excepción de prescripción y/o caducidad sobre las pretensiones de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS, lo que hace inviable una decisión a favor suyo.”*

La parte Convocante no se pronunció al respecto.

Al ser la caducidad y la prescripción dos figuras distintas que se configuran de manera diversa serán analizadas por aparte.

En primer lugar, el Tribunal se referirá a la prescripción y lo primero que deberá decir es que esta es una excepción denominada por la doctrina como “propia”, es decir que si no se alega el juez no puede declararla de oficio, aunque la encuentre probada.

De hecho, el ya mencionado artículo 282 del CGP indica que

*“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.*

*Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.”*

En el presente caso la parte Convocada se circunscribe a alegar expresamente la prescripción “sobre las pretensiones de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS” sin argumentar en qué se basa la pretendida excepción.

El Tribunal echa de menos la alegación de la Convocada de los hechos en los cuales funda su excepción, no se advierte en la contestación ni en acto posterior cuáles son las fechas que considera deben tenerse en cuenta para sustentar su dicho, como tampoco hace mención alguna sobre la forma como deben contarse los términos o los hechos que generen su cómputo, interrupción o suspensión. Es más, ni siquiera se refiere a la prescripción de la acción, sino que se simplemente invoca “la prescripción de las pretensiones”.

Al estar frente a una excepción que por su naturaleza debe ser alegada, al Tribunal le está vedado indagar sobre sus fundamentos de hecho y la prueba de estos.

Así lo considera la Corte Suprema de Justicia en reciente decisión que contiene una doctrina probable en los

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

términos del 4º de la Ley 169 de 1896, al sostener

*“(…) resulta indiscutible la necesidad de justificar factualmente aquellas defensas que no son declarables de oficio, sino a petición de parte, como acontece con la prescripción, la compensación y la nulidad relativa, pues la exposición de la relación fáctica en que se apoye cualquiera de ellas, además de darle justificación, le brinda certeza al demandante respecto de las circunstancias que la sustentan, al punto de permitirle prepararse para contraargumentar y dirigir su actividad probatoria encaminada a refutar tales planteamientos. Por tanto, si al proponerla el interesado se limita a nominarla, ha de entenderse que no planteó una contrapretensión y, por lo mismo, el juez, al decidir la litis, estará relevado de hacer alguna consideración al respecto, es decir, deberá proceder como si no existiera.”<sup>11</sup>*

Lo anterior es suficiente para negar la procedencia de la excepción de prescripción.

Entra el Tribunal a estudiar la excepción de caducidad, la cual a diferencia de la prescripción no es necesario alegarla, por tanto, a pesar de adolecer de los mismos errores en su proposición, es dable su estudio de fondo de conformidad con el artículo 280 ya citado.

Lo primero que debe advertirse es que el fenómeno de la caducidad – al igual que la prescripción- afecta la acción invocada, para el caso en estudio esta sería una acción ordinaria regida enteramente por el derecho privado.

En cuanto a la figura analizada la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado esclareciendo que un término de caducidad,

*“... fija precisa y fatalmente el tiempo durante el cual debe ejercitarse la acción. (...) dicho lapso ha sido calificado por la Corte, de tiempo atrás y de manera invariable, como uno de los presupuestos de prosperidad de la referida pretensión, bien pronto se advierte, entonces, que en ella el transcurrir del tiempo se comporta, por sí mismo, como una condición sustancial para su ejercicio, característica esta que, precisamente, se corresponde, como ya se dijera, con la funcionalidad típica de la caducidad. Subsecuentemente, su fijación no puede quedar supeditada, de ninguna manera, al arbitrio del demandado, esto es, a que este comparezca a invocar el vencimiento del plazo, cabalmente, porque dejaría de ser un elemento estructural de aquella.*

*Del mismo modo, dado que la mencionada acción postra la relación jurídica, llevándola a un innegable estado de fragilidad e incertidumbre, ha querido el legislador que tal situación desaparezca, supeditándola a un término fatal e improrrogable, de manera que la estabilidad de los*

---

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, SC1297-2022, 06 de junio de 2022.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*negocios jurídicos y, desde luego, la de los derechos que de ellos dimanar, queden consolidados, en un término objetivamente commensurable, ajeno por ende, a dilaciones derivadas de actitudes subjetivas, distintas, por supuesto, al ejercicio mismo de la acción.”<sup>12</sup>*

De acuerdo con lo ya dicho, la acción ejercida por el demandante es la acción ordinaria regida por el derecho privado, la cual tendría una prescripción de 10 años de conformidad con el artículo 2536 del Código Civil.<sup>13</sup>

Sin embargo, frente a la prescripción ya se aclaró que el Tribunal no se pronunciará.

Por otro lado, no se observa por este panel (y la parte Convocada no lo advierte tampoco) que exista término de caducidad alguno que rija una acción de incumplimiento contractual como la que se ejerce en el presente caso, razón por la cual se negará la excepción propuesta.

**2. La autonomía de la voluntad en contratación. La teoría del acto propio.**

Entra el Tribunal a analizar el principio de la autonomía de la voluntad y la real voluntad de los contratantes, los alcances del contenido del artículo 1618 del Código Civil Colombiano y demás criterios de interpretación de los contratos.

Deberá el Tribunal ser muy cuidadoso en centrar su atención, más que en el tenor literal del contrato suscrito entre las partes en conflicto<sup>14</sup>, en lo que realmente los interesados querían fueran sus obligaciones, deberes y cargas, fundamentado ello en sus actuaciones durante la duración de su relación contractual y en cómo esas actuaciones sean las que revelen esa voluntad contractual de ellas y si de contera con ello, esa real voluntad fue o no transgredida por parte de alguno o de ambos de los intervinientes en la vida del contrato real que efectivamente los vinculó de acuerdo con el imperio de sus voluntades independientes.

Para iniciar el acercamiento al concepto de la autonomía de la voluntad y pretender dar una definición de autonomía privada, siempre tendríamos que pensar en actitudes de tipo personal o subjetivas como autorregulación o autodeterminación, que de alguna forma dan una idea de autonomía privada como actitud subjetiva del ser humano; de acuerdo con esto definiríamos autonomía privada como aquella potestad que tiene el ser humano para autorregularse, y ser soberano en sus propias decisiones en general, potestad que está presente permanentemente en las personas como fuente generadora de obligaciones a su cargo, incluso como fuente de nuevas cargas que complementen y/o modifiquen obligaciones ya formalmente adquiridas como resultado de la celebración válida de contratos.

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Exp.: 2005-00794-00, 21 de junio de 2005.

<sup>13</sup> Artículo 2536 C.C. “La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10)”

<sup>14</sup> Expediente virtual. Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Pruebas 1

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Dada la importancia de la regulación contractual, se hace necesario, como antesala al análisis de la interpretación de los contratos, detenernos en el estudio de la actividad negocial de los particulares, como fuente de las obligaciones entre nosotros.

Para mayor claridad, es de revisar el artículo 1494 del Código Civil<sup>15</sup>, en donde se plasma la naturaleza progenitora de las obligaciones del negocio jurídico, para encontrar que ellas tienen su fuente fundamental en ese concurso de voluntades, así como en otras fuentes, siendo de especial interés ésta como soporte de la resolución de la demanda que nos ocupa, en razón, ya se advirtió, a la importancia que la mencionada autonomía tiene en la vida de los negocios de los particulares, así sea frente a negocios ya formalizados y aparentemente consolidados entre ellos.

En efecto, la primera de las fuentes generadoras de obligaciones, se insiste, es la autonomía de la voluntad de los contratantes, voluntad que tiene especial regulación legal en el propio artículo 1502 del mismo ordenamiento<sup>16</sup> donde se exige que esa voluntad esté libre de vicios y se exprese de manera inequívoca, manifestación que igualmente puede ser por directa expresión verbal y/o escrita de ella, o por la celebración y/o ejecución de actos que así lo hagan exteriorizar, tal y como adelante se expondrá.

No escapa a la claridad del texto el hecho de que es el consentimiento, y no la mera literalidad de las palabras, aquel que verdaderamente entraña la fuerza que confiere la posibilidad de obligarse a una persona. Por consiguiente, desentrañar el sentido ulterior y real que buscaban los convencionistas resulta, sin duda, la faena principal a la que el fallador debe abocarse, con el propósito de observar el conjunto de normas sobre las cuales se enarbola el derecho contractual en Colombia.

Es así y en desarrollo de esto, como el Título XIII del Libro IV del Estatuto Civil que gobierna lo relativo a la interpretación de los contratos, en su artículo 1618<sup>17</sup>, ibidem, en lo pertinente, alude a la prevalencia de la intención de los contratantes sobre la literalidad de las palabras contenidas en un documento al momento de

---

<sup>15</sup> Artículo 1494 C.C. “*Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.*” (subrayas fuera)

<sup>16</sup> Artículo 1502. C.C. “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:*

*1o.) que sea legalmente capaz.*

*2o.) **que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.***

*3o.) que recaiga sobre un objeto lícito.*

*4o.) que tenga una causa lícita.*

*La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.”* (Bastardillas, negrilla y subraya fuera del original)

<sup>17</sup> Artículo 1618 C.C. “*Conocida claramente la intención de los contratantes, **debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras**”.* (Bastardillas fuera del original)

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

entrar a decidirse sobre las prestaciones mutuas y los eventuales incumplimientos o desatenciones a esa voluntad consentida que gobierna realmente una relación contractual, poniendo esa intención, jerárquicamente en posición superior que el mismo tenor de las palabras contenidas en documentos por ellas suscritos.

Leyendo las definiciones de contrato de las diferentes codificaciones con las características mencionadas, encontramos en común en ellas que el contrato se sustenta fundamentalmente en el acuerdo de voluntades de las partes.

El artículo 864 del Código de Comercio colombiano dice que... *"El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial"*; por su parte el Código Civil colombiano en su artículo 1495 dice que *"(...) Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas."*

Ambos conceptos propios de nuestro derecho privado tienen como fuente el principio de la autonomía privada, donde es el querer de las partes el que está ejerciendo influencia directa en el nacimiento del contrato y por ende en su ejecución y terminación, incluyendo, por supuesto, las eventuales modificaciones que a él ellas-las partes-quieran introducir en ejercicio de esa autonomía de la que nos venimos ocupando. Esos dos conceptos citados son un aporte directo del Código Civil francés de 1804, aporte extendido a la mayoría de las codificaciones de derecho privado existentes actualmente en Latinoamérica.

Además de considerar los conceptos de contrato como aporte del principio de la autonomía privada, es de sentido común suponer que de ahí se desprenden situaciones jurídicas especiales como la libertad contractual, el consensualismo, la fuerza obligatoria de los contratos y su efecto relativo o interpartes.

Como situación igualmente especial surge la interpretación de los contratos, que desde ya le resaltamos por considerarse esta situación especial íntimamente ligada al querer de las partes, como bien lo expresa el artículo 1618 del Código Civil colombiano, arriba mencionado.

El principio de la libertad contractual como especie de la autonomía privada, hasta ahora y de acuerdo con muchas de las legislaciones vigentes, al menos las descendientes del Código Civil francés, sigue siendo en mayor o en menor medida la base de la contratación privada. Esos sistemas de derecho privado con influencia francesa mantienen como base del contrato el acuerdo de voluntades. La libertad contractual, frente a nuestra legislación, siempre deberá permanecer incólume como aspecto plenamente subjetivo del ser humano, entendiéndose la posibilidad que tiene ese ser de decidir cómo y cuándo satisface sus necesidades y si para lograr ese fin debe celebrar un contrato, goza de esa libertad individual y subjetiva de realizarlo<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Planiol, M., *Teoría de los Contratos.*, Tomo VI, pág. 34.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Si el principio que se está tratando, tiene como una de sus principales utilidades explicar la obligatoriedad del contrato, es en este preciso punto donde requerimos nuevamente de nuestro Código Civil, en su artículo 1602<sup>19</sup>, que, si bien no nos habla explícita y directamente sobre el principio de la autonomía privada, sí es una consecuencia directa del mismo.

El contrato, según esa norma, está siendo equiparado con la ley, nació de un acuerdo de voluntades que implica una obligatoriedad, posterior resultado de ese mismo acuerdo, que para este efecto es la consecuencia de un ejercicio autónomo de la voluntad y de la libertad contractual de los individuos. De acuerdo con lo anterior, el ejercicio de la libertad contractual es fuente de ley para las partes, elevándose el contrato a la característica de ley.

Aunque existen grandes diferencias en estricto sentido jurídico entre la ley y el contrato, se le da la calidad de tal a este bajo un aspecto de carácter privado, lo que en técnica jurídica se llama “el efecto interpartes”.

Lo cierto pues es que esa comparación del contrato y la ley es una realidad, y aunque teóricamente o bajo las pautas de la técnica jurídica existan diferencias esenciales entre los dos conceptos, el contrato es una ley para las partes, y lo que nos importa aquí específicamente es que esa obligatoriedad, como lo dijimos anteriormente, nace de un libre acuerdo de voluntades, pudiéndose afirmar de esta manera, enfáticamente, que el principio de la autonomía privada, con su especie de la libertad contractual, sigue vigente y con texto positivo en la mayoría de los sistemas de derecho privado del mundo.

La obligatoriedad del contrato como consecuencia, más que de un acuerdo de voluntades, del principio de la autonomía privada, es algo de gran relevancia en la contratación privada, si pensamos que, de ahí, de ese acuerdo, nace un vínculo que, llevado a las esferas de la ley misma, sólo podrá ser extinguido o modificado por sus propios creadores, es decir, las partes. Esto de acuerdo con el artículo 1602 del C.C. y equivalente de otras legislaciones surgidas del original Código de Napoleón, caracterizado por ser el artífice de la autonomía privada en nuestro sistema normativo.

A todo lo anterior debemos igualmente comentar, que, si bien el contrato surge como tal de un acuerdo de voluntades, que a su vez nace de la libertad contractual de los individuos, su obligatoriedad en el cumplimiento para las partes, expresada en los diferentes códigos de derecho privado, incluyendo el nuestro en el artículo 1602 del Código Civil, se debe no a la voluntad de las partes sino al reconocimiento que el derecho objetivo hace a ese acuerdo de tener fuerza de ley.

Al respecto podemos citar a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de octubre 10

---

<sup>19</sup> Artículo 1602 C.C. “*Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.*”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

de 1978:

*"Cuando en los negocios jurídicos las partes contratantes sujetan sus estipulaciones a las pautas legales, o sea, en sus declaraciones de voluntad no comprometen el conjunto de normas que atañen al orden público y a las buenas costumbres, el derecho civil les concede a los contratos celebrados en esas condiciones fuerza de ley, de tal manera que no pueden ser invalidados sino por el consentimiento mutuo de los contratantes o por causas legales".*

Analizando la posición de la Corte, denotamos claramente que es el derecho objetivo, a través del derecho civil, el que se encarga de darle al contrato privado la fuerza obligatoria de ley que se viene tratando, lo que hace pensar en la importancia que adquiere la libertad contractual, al ser reconocido el fruto de la misma - el contrato - como ley para las partes.

Además, igualmente es del parecer del Tribunal, que ese reconocimiento de fuerza de ley dado al contrato por parte del derecho objetivo tiene como fin proteger tanto el interés particular de los contratantes, como el interés colectivo, al expresar la Corte que esas declaraciones de voluntad nunca deben comprometer el orden público ni las buenas costumbres.

En conclusión, se debe afirmar que la obligatoriedad de los contratos plasmada por el legislador es un reconocimiento o una confirmación de la existencia de ese acuerdo de voluntades nacido de una libertad contractual, que ciertamente en la actualidad se va a restringir por causas diferentes como el orden público, por ejemplo.

Relación directa con el principio de la autonomía privada y más específicamente con la alusión puntual, al papel del juez y sus efectos frente al principio, está la referencia ya anotada antes del Código Civil a la interpretación de los contratos. Es tan claro el código en reconocer la importancia que juega la voluntad de los contratantes en la formación de los contratos, que le otorga al juez autonomía para interpretar los contratos en sus mismas estipulaciones.

Al mismo tiempo la ley, además de otorgar la mencionada facultad, le está exigiendo al juez parámetros fijados por la ley misma a través del artículo 1618 del Código Civil, de interpretación de la intención de los contratantes, afirmando que *"Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras"*.

Lo confirma la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de diciembre 16 de 1968, al expresar:

*"Las referidas reglas de interpretación contractual **no son meros consejos del legislador, sino verdaderas normas de obligatoria aplicación por parte de los jueces;** que, si bien es cierto que ellas*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*no tienen índole sustancial, puesto que no confieren derechos subjetivos ni imponen obligaciones civiles propiamente dichas, si son preceptos instrumentales que señalan las nociones, factores y conceptos que el juez ha de tener en cuenta para descubrir la intención de las partes contratantes, para apreciar la naturaleza jurídica de las convenciones y para determinar los efectos de éstas".*  
(Subrayas fuera)

Sin embargo, es importante resaltar la importancia del artículo 1618, frente al tema a decidirse. Hasta aquí se han revisado temas de obligatoria alusión, como la libertad contractual, la libertad para contratar, la voluntad como protagonista principal en la formación del contrato, las consecuencias de la unión de esas voluntades y su dimensión y efectos en la vida misma del hombre en sociedad.

Pues bien, esa norma del Código Civil recoge mucho de la importancia del principio de la autonomía privada en nuestra legislación, su inmensa trascendencia y creó definitivamente su gran vigencia en lo que se puede definir o se ha definido como época de auge del contrato, como principal acercamiento del hombre moderno.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de agosto 27 de 1971, condensa mucho de la importancia de la norma sobre interpretación de contratos:

*"En punto a interpretación de los contratos, la exigencia es más imperativa, si cabe, en razón de la materia que se refiere, cual es la libertad humana considerada como fuente de relaciones de derecho. El acto jurídico es uno de los medios con que el hombre ejerce esa libertad, y se comprende que su interpretación por parte de los jueces no tenga otro fin que respetar y garantizar esa libertad. Ello quiere decir que la operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo, es traicionar la personalidad del sujeto comprometido en el acto jurídico, o en otros términos, adular o desvirtuar la voluntad plasmada en él. Por lo mismo y con el objeto de asegurar siempre el imperio de la voluntad, las declaraciones vagas, confusas, oscuras o inconsonantes deben ser interpretadas, ya que todo proceso del querer persigue un fin. No interpretarlas sería anularlas, cancelarlas como expresión de la voluntad, y por ello, su augusta función que toca con las más altas prerrogativas humanas, la de desentrañar el verdadero sentido de los actos jurídicos."* (Subrayas fuera)

Además de la posibilidad que tiene el juez de intervenir en la relación de los particulares, bien sea interpretando las cláusulas contractuales de acuerdo a lo expresado por el Código Civil, o bien ejerciendo autoridad cuando el desequilibrio se presente por circunstancias imprevisibles resultado del actuar libre de las partes posteriormente a la creación del contrato, el principio de la autonomía privada permite a los particulares mismos un fingimiento de la voluntad que implica una discrepancia entre la voluntad subjetiva y objetiva del individuo, con la intención de producir una apariencia de un negocio jurídico diferente al que



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

realmente ellos están efectivamente celebrando. Es la justificación de la simulación.<sup>20</sup>

Al considerarse el acto simulado como un contrato válido a la luz del derecho civil colombiano y de acuerdo con lo anteriormente expresado por la Corte Suprema de Justicia, esta figura que tiene su fuente jurídica en los artículos 1.757, 1.760 y 1.766 del Código Civil colombiano, es una clara confirmación de la vigencia del principio de la autonomía privada.

Solo se podrán hacer ese tipo de fingimientos gracias a la libertad contractual con que cuentan los particulares. La simulación es un acuerdo de voluntades para obligarse a hacer una cosa: fingir un acto. Ese acuerdo tiene como objeto determinado conservar una situación jurídica que no se quiere ver afectada y que a su vez no contraría el orden público y las buenas costumbres. El acto simulado además de cumplir con las características del artículo 1.495 del Código Civil tiene una causa real y lícita, al haberse producido por un perfecto consentimiento de las partes, conociendo su contenido plenamente, su fin, siendo claros en la existencia de una ficción y existiendo plena seguridad de la capacidad de los contratantes.

---

<sup>20</sup> Nos referimos específicamente a la posibilidad que otorga la libertad contractual a través del principio de la autonomía privada de simular y/o modificar contratos. La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de marzo de 1.995, Magistrado ponente: Dr., Pedro Lafont Pianetta. Santafé de Bogotá, DC; expediente 4478 expresó lo siguiente:

*"Conforme a la autonomía de la voluntad, los particulares gozan de libertad para acudir en la regulación de sus relaciones negociales entre sí, a una cualquiera de las formas contractuales típicas, que la ley pone a su disposición como instrumentos eficaces e idóneos para el desarrollo de la operación proyectada y de los intereses a ella vinculados, o, si así lo prefieren, pueden cambiar elementos diversos para crear un contrato atípico, que se adecúe a sus particulares circunstancias y a las finalidades perseguidas en la celebración de ese contrato. Dentro del campo propio de la autonomía de la voluntad privada, el legislador permite que los particulares sin vulnerar normas de orden público lleven a cabo un acto jurídico complejo, en virtud del cual se da apariencia de realidad a un negocio como si existiera, pese a que efectivamente no existe; o se reviste públicamente un acto, jurídico con la apariencia de otro, esto es, que intencionalmente se produce una distorsión entre la voluntad declarada y la voluntad real, de manera tal que acordados entre sí de ello los agentes del acto, en razón de un convenio ordinariamente mantenido en secreto y realizado con sigilo y precaución para ocultarlo, le restan eficacia a la manifestación externa o declarada de la voluntad. En cualquiera de los dos casos, con la aquiescencia del otro contratante, se priva de los efectos que le son propios a la declaración de voluntad, pues si no existe negocio jurídico y se aparenta su existencia, esto último persigue que la situación patrimonial a que el acto jurídico se refiere no se altere, permanezca tal cual se encontraba antes de la celebración del mismo, lo que se conoce con el nombre de simulación absoluta; y, si se disfraza bajo la forma y contenido propios de un acto jurídico diferente, entonces se presenta la simulación relativa, ya en cuanto a la naturaleza misma del negocio, ya respecto del contenido o de los sujetos, o de la causa de éste. (...) "En uno y otro caso, la declaración de voluntad es única, sin que pueda aceptarse que se trata de dos actos jurídicos, uno público y el otro secreto, pues si así fuera, "se tendría que aceptar una dualidad de consentimiento - de vender y de donar simultáneamente, verbigracia - que necesariamente implicaría su mutua destrucción y por ende la inexistencia de ambos actos, pues el recíproco consentimiento de las partes para uno de ellos quedaría eliminado por el acuerdo de las mismas para acto distinto. Esto, en caso de que ese pretendido doble consentimiento fuere simultáneo, como forzosamente no podría dejar de serlo para quienes quieren ver en la simulación una duplicidad de acuerdos de voluntades. Y tampoco sería aceptable sostener que para defender la tesis de la duplicidad de actos o de contratos, el consentimiento para uno de ellos - para cuál se preguntaría - se conjuga en primer término, y luego, como sucedáneo, lo reemplaza uno nuevo y distinto consenso para el otro acto o contrato. Se tratará en esta hipótesis de un fenómeno de sustitución o sucesión de voluntades y actos jurídicos asimilables a fenómenos de novación o de mutuo disenso de suyo ajenos al simulatorio", como lo dijo la Corte en sentencia de 28 de febrero de 1.979, G.J.T. CLIX, pág. 49-50." (Subrayas fuera)*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ya lo dijimos antes, ha establecido que las normas de interpretación de los contratos, aun cuando no son normas de naturaleza sustancial, por cuanto no son creadoras de derechos subjetivos ni imponen obligaciones civiles, son, en efecto, un mandato del legislador que los falladores deben tener en cuenta en el momento en el que decidan sus controversias<sup>21</sup>.

Por lo anterior, el juez, al momento de interpretar un contrato, debe escudriñar el sentido jurídicamente relevante del mismo a través de las normas que el legislador le impone para el efecto.

Así como ha desarrollado genéricamente las normas de interpretación de los contratos, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, también ha estudiado por separado cada una de estas normas. Respecto de la norma citada, ha manifestado la Corporación que el juez debe dar prevalencia a la real intención de los contratantes sobre la mera literalidad del texto:

*“Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la "recíproca intención de las partes" (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aun siendo "claro" el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, **impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocia; la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que "...los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato**”*. (Se subraya y resalta)

Del texto transcrito se colige que el juez debe utilizar, *verbi gratia*, las conversaciones o actos preliminares y/o posteriores a la celebración del contrato para identificar claramente el motivo que llevó a las partes a contratar o a desarrollar su contrato de determinada forma libre. Ello entraña, naturalmente, el reconocimiento de que la voluntad de las partes, habida cuenta de su circular importancia en materia

---

<sup>21</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – MP: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo – 16 de diciembre de 2005. En esta providencia la Corte decidió sobre la admisibilidad de la demanda de casación interpuesta por la Sociedad Promotora de Energía Eléctrica de Cartagena. En la misma se reiteró jurisprudencia de la Sala sobre el tema referenciado del 16 de diciembre de 1968 en el acápite de consideraciones.

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – MP: William Namén Vargas – 7 de febrero de 2008. Jurisprudencia reiterada en fallo de 1 de julio de 2009, mismo magistrado.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

contractual, debe ser la fuente primigenia para la resolución de controversias surgidas en obligaciones *ex contractu*.

En el mismo sentido, en sentencia del 28 de enero de 2005 (Exp: 7504), el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo refiere en su fallo al texto del 1618, en estudio, de la siguiente manera:

*“Esa búsqueda –o rastreo ex post- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, prima facie, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el que, in radice, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera voluntad de los convencionistas, ratio medular del laborío hermenéutico”*. (Se subraya)

La posición jurisprudencial es prístina en reseñar que no es posible, so pretexto de exigir el cumplimiento de una obligación, echar de menos la voluntad de los contratantes. Y no puede ser de otro modo, pues dotar de un carácter pétreo a las estipulaciones plasmadas en el texto llevaría al absurdo de desconocer que, en materia contractual, la fuerza de obligarse proviene de la autonomía de la voluntad de los convencionistas.

Como consecuencia de lo dicho, éstos -las partes contratantes- en cualquier tiempo, están autorizados para modificar, sustituir, abrogar, derogar o novar las obligaciones que han contraído de común acuerdo, sin solemnidades distintas a las que la ley haya impuesto para el contrato de que se trate.

Por eso, con acertado criterio, la Corporación reitera en una y otra oportunidad que, sin perjuicio del tenor literal de las cláusulas, cuando exista claridad meridiana respecto de la intención de las partes en un negocio jurídico, ésta deberá primar sobre aquélla.

En consecuencia, de todo lo hasta aquí dicho, de la inalterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es posible concluir que, en tratándose de la interpretación de los contratos, la aplicación del artículo 1618 y siguientes del Estatuto Civil reviste una nodular importancia y es de obligatoria observancia por el fallador.

Como ya se ha anotado, al ser el negocio jurídico un acuerdo de voluntades, el fallador se encuentra en la forzosa obligación de colegir la voluntad real, la obligación respecto de la cual los contratantes prestaron su verdadero consentimiento.

### **2.1 Los actos propios como expresión de la voluntad de las partes.**

Establecida la obligación del juez de adentrarse en el real querer de las partes contratantes en los términos expuestos en el numeral anterior, sea de continuar precisando las posibles maneras de cómo las partes exteriorizan esa real voluntad para que, en aplicación del precepto del art. 1618 atrás estudiado, pueda el juez

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

darle cabal aplicación, especialmente cuando hay discrepancias con los textos del contrato suscritos por ellas.

Adicionalmente a las expresas manifestaciones de voluntad, verbales y/o escritas que denoten esa intención de los contratantes de exteriorizar su real querer, es de importancia prima revisar la manera cómo con sus actuaciones y desarrollos contractuales esas personas protagonistas del contrato comunican sus intenciones y cómo esas actuaciones al ser percibidas por su contratante tienen unos efectos que deben ser reconocidos y especialmente respetados por quien con esas actuaciones así lo hizo percibir. Es lo que se conoce en la doctrina como *“La Teoría de los Actos Propios”*.

En las relaciones contractuales, cuando una parte con sus actuaciones da lugar a su correspondiente a pensar algo y luego desconociéndose tales actuaciones inductoras de tal creencia se pretende por ella reclamarle a quien así se indujo un incumplimiento, se incurre en lo que se conoce por la doctrina como *“Venire contra factum proprium”*, o el Desconocimiento de los Actos Propios.

Las Altas Cortes han declarado la proscripción de estos actos, estableciendo el reproche que se hace a quien, rayando en la mala fe, pretende desconocer actuaciones suyas que hacen creer a la otra parte que las condiciones contractuales se desarrollan de determinada manera que luego se le desconoce para, amparados en una verdad formal, reclamarle un eventual incumplimiento.

Así pues, se puede concluir que el silencio, al igual que las palabras, los gestos y, en fin, el comportamiento de las partes contratantes, son objeto de interpretación para el posterior entendimiento de una relación negocial, razón por la cual las partes deben asegurarse de imprimir en su conducta el sentido exacto de lo que se quiere dar a entender a los demás, so pena de que el efecto que se atribuya a determinada conducta no sea el esperable o razonable.

Esto significa para Ghestin, y el profesor Billau, que,

*“el acreedor no debe simplemente ejecutar de manera escrupulosa sus propias obligaciones; debe cuanto menos no haber provocado la inejecución del contrato por el deudor y además haberle facilitado su cumplimiento”*,

Refiriéndose al proceder de la parte que desconociendo lo que hizo sentir a su correspondiente, pretende ella hacer cumplir lo que dio ella misma a entender estaba convenido de otra forma.

La Teoría de los Actos Propios se funda en esta razón por la que, la conducta de las partes en las relaciones contractuales ha de analizarse a la luz de los principios de la buena fe y lealtad contractual, fundamento de la teoría que busca la protección de la coherencia de la conducta contractual y de las expectativas legítimas que de ella se derivan. Conforme a la teoría de los actos propios, dice Betti:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*“El declarante está obligado porque ha desarrollado un comportamiento del que la contraparte pudo legítimamente inferir-obrando con buena fe, como hombre razonable y correcto- la existencia de una determinada voluntad.”*<sup>23</sup>

Corresponde al Tribunal en su condición de juez de la presente causa, examinar a la luz de estas consideraciones, cuál fue la conducta de las partes en las distintas etapas de su relación contractual según se observó en el curso del debate probatorio a través de las pruebas recaudadas, lo que necesariamente le dará al mismo la medida de la actitud con la que obraron las partes en todas las fases del negocio en litigio, y poder concluir así que la actitud y manifestación de las partes, que hoy reclaman como sustento de sus peticiones, no va en contra de sus propios actos, ni se sale de los parámetros de la buena fe.

El apoyo de esta teoría de la que venimos ocupándonos se encuentra en la legislación colombiana, especialmente en el Constituyente de 1991 que dotó de particular relevancia las actuaciones de los particulares y de los funcionarios públicos, enderezadas a cumplir con el principio de la *buena fe*:

*“Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas.”* (Bastardillas y subrayas fuera del original)

De lo anterior se colige que, en materia contractual, la libertad negocial de los individuos está igualmente irradiada por el principio que la Carta Política consagra como fundamental para el cumplimiento y protección de los derechos de las personas. Naturalmente, el carácter mandatorio de la buena fe hace de suyo necesario el cumplimiento de unas conductas que garanticen confianza entre los contratantes.

Como complemento del mandato superior, el artículo 1603 del Código Civil plasma, expresamente, la obligación de observar el principio a que aquí se alude, en tratándose de contratos.<sup>24</sup>

Para efectos de desarrollar la denominada *teoría de los actos propios*, palmaria dimanación del principio de buena fe, amerita estudiar los componentes subjetivo y objetivo de ésta, de manera que sea posible avizorar sus verdaderos alcances.

En palabras del tratadista Juan Pablo Cárdenas, la buena fe *“en sentido subjetivo hace alusión a un estado de conciencia. Una persona actúa de buena fe cuando ignora determinado hecho o cree que existe una circunstancia relevante. (...) sentido objetivo se hace referencia a un patrón de conducta.”*<sup>25</sup>, por lo tanto,

---

<sup>23</sup> Betti, E. *Teoría General de las Obligaciones*.

<sup>24</sup> Artículo 1603 C.C. *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”* (Subrayas fuera del original)

<sup>25</sup> Cárdenas Mejía, J., *Contratos. Notas de Clase*. Primera edición. Bogotá. Editorial Legis. 2021. Pág 9.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

la fuerza obligatoria del contrato se explica, no ya por la libertad contractual, sino por la confianza que se genera con las actuaciones enderezadas al cumplimiento de la obligación, fruto de la buena fe.

Sirve lo dicho para precisar que una definición sencilla del concepto de esta teoría puede ser la inadmisibilidad del ejercicio de derechos o cualquier facultad que resulte contraria a conductas previamente realizadas y que de las mismas sea predicable algún tipo de eficacia en el universo jurídico.

Resulta palmario que, si la buena fe es la fuente primigenia para la generación de confianza entre los convencionistas, hecho del cual se desprende su obligatoriedad, uno de ellos no podría asumir actitudes tan diametralmente opuestas que den lugar a que el otro no pueda avizorar, con claridad meridiana, el cauce que la ejecución del contrato está llamada a seguir.

Lo anterior nos hace concluir que no es permitido, bajo la óptica de la teoría de los actos propios, un cambio injustificado de comportamiento cuando se ha generado una expectativa razonable en lo atinente a las conductas futuras del agente.

Ahora bien, sobre el tema, ha sido la jurisprudencia de las Altas Corporaciones la que ha ilustrado la teoría, siendo dicho desarrollo jurisprudencial de naturaleza Constitucional y Civil, en virtud de las normas que inspiran su desarrollo. Así, la Corte Constitucional ha manifestado desde tiempo atrás, y así la ha mantenido, su posición en este sentido en diversos fallos:

*“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. Principio constitucional, que sanciona como inadmisibile toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto. 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<sup>26</sup>”.* (Subraya fuera del original)

De lo anterior, es posible colegir que se presenta la teoría del acto propio como una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, ya que los mismos se encuentran supeditados a conductas realizadas por alguno de los contratantes.

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional – MP: Alejandro Martínez Caballero – 4 de mayo de 1999 – sentencia t-295-99.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Siguiendo la misma línea, en sentencia T-608 de 2004, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, el máximo tribunal de la jurisdicción Constitucional estableció:

*“En esta medida, uno de los aspectos de mayor importancia y que hace parte del ámbito de protección del derecho al debido proceso, es el relativo al principio del respeto del acto propio, cuya esencia radica en que un sujeto de derecho que ha producido un acto generador de efectos particulares y concretos a favor de otro, no puede variar de manera unilateral e inconsulta su propio acto, pues de hacerlo, estaría violando los principios de buena fe, confianza legítima y el derecho al debido proceso”.* (Subrayas fuera del original)

En el mismo sentido, es ahora la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la que también se ha manifestado sobre el particular en diferentes oportunidades. En sentencia de fecha 9 de agosto de 2007, el Magistrado Pedro Antonio Munar propuso lo siguiente, en relación con la teoría objeto de análisis:

*“Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, **no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada “Teoría de los Actos Propios”**.”* (Resaltas fuera del original)

Esto se reitera en fallo del 24 de enero del 2011, cuando la Sala también se manifestó al respecto, aludiendo a que la teoría pretende que exista coherencia en las conductas relacionadas de los agentes y sus eventuales pretensiones:

*“Ahora, referir a la doctrina de los actos propios, **es reclamar la exigencia de un comportamiento coherente**; de ahí que, la concreción de una u otra conducta, según su extensión y efectos, vista en retrospectiva, permite precisar **si lo cumplido estaba en la misma línea de lo que, otrora, se ejecutó**. Realizado este ejercicio, si lo acaecido no correspondió a lo que en el pasado inmediato tuvo lugar; si no hay puentes comunicantes entre una y otra conducta que le mantengan en su esencia, significa que el acto propio no fue respetado y, contrariamente, el proceder desplegado contradijo su inmediato antecedente, esto es, vulneró el principio analizado”<sup>27</sup>.* (Resaltas fuera del original)

Fluye de contera de la jurisprudencia transcrita que, sin lugar a dudas, los *actos propios* son la materialización del sentido objetivo del principio de buena fe, rector en materia contractual, y, por tanto, el ordenamiento jurídico repudia actuaciones manifiestamente contrarias de un mismo contratante, al punto de advertir que puede devenir en la imposibilidad del ejercicio de algunos derechos que, de otra manera, serían lícitamente ejercitables por el convencionista, pero que, como resultado de sus propios actos, ahora le estaría vetado.

---

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia Sala Civil – 24 de enero de 2011 – MP: Pedro Antonio Munar Cadena Exp: 00457

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

La más completa referencia y decisión unificadora en esta materia se encuentra quizás en el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia T- 295 de 1999, en relación con la teoría de los actos propios, expuesto de la siguiente manera:

*“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 Díaz 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.”*

Agrega la misma sentencia de la Corte Constitucional, que para que pueda ser aplicada la doctrina del acto propio se requiere de la existencia de tres condiciones, pronunciamiento que se ha convertido en el eje conceptual consultado al tocarse este tema:

***“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.*



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*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 ulterior”*

La doctrina ha hecho lo propio desde su esquina, tal y como lo sostiene el tratadista Vincenzo Roppo, al afirmar:

*“La buena fe impide a las partes ejercer sus propios derechos contractuales de modo lesivo, desleal y dañoso para la otra parte (...) La buena fe obliga a las partes a la coherencia de sus propios comportamientos (...) ello se fundamenta en el antiguo precepto que prohíbe venire contra factum proprium”<sup>28</sup> (Bastardillas fuera del original)*

La anterior premisa encuentra asidero en que, en materia contractual, lo reiteramos en el numeral anterior de manera extensa, es la voluntad de los convencionistas aquella que permite enderezar el negocio jurídico y la que debe prevalecer al determinar cargas recíprocas entre ellos. Por lo mismo, autorizar el cambio intempestivo de intención, incluso en desmedro de quien ha cumplido a pie juntillas con lo pactado, implica desconocer, en todas sus partes, la regulación normativa que de ordinario dota de carácter mandatorio a la coherencia conductual de las partes.

En suma, la doctrina mundial es pacífica en reconocer plenos efectos a la teoría de los actos propios, porque se erige como el fundamento verdadero de la conducta de la que se desprenderá la confianza en la ejecución de un contrato entre dos o más partes. Así mismo, la normativa doméstica autoriza el pleno desarrollo de esta

---

<sup>28</sup> Cfr. Roppo, Vincenzo. *Il Contrato*. Milán, Italia. Ed. Giuffrè. 2001. P. 496.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

doctrina, con fundamento en las normas transcritas.

También, y para concluir, el profesor JORGE CUBIDES CAMACHO se ha pronunciado en relación con este tema de orden contractual:

*“Muchas veces las conductas o actos anteriores son opciones jurídicas o acuerdos adoptados con suficiente fuerza jurídica que proyectan sus efectos hacia delante de tal manera que la actuación contraria a ellos debe rechazarse, (...). En otras ocasiones no son ya esas posiciones de orden jurídico, sino la repetición de actitudes y decisiones de las partes, o de una parte con la aquiescencia de la otra, como la excusa reiteradamente aceptada en el cumplimiento de algún requisito convenido, el recibo de pagos periódicos con algún retraso sin aplicar la sanción por la mora o la opinión compartida sobre el alcance de alguna de las cláusulas contractuales. (...). En este mismo sentido, esas actuaciones anteriores constituyen el criterio para interpretar y fijar el alcance de las prestaciones que aún faltan por cumplir dentro del contrato, porque han creado o han suscitado un entendimiento que se tornó vinculante, lo cual, desde luego, implica una variación respecto de lo inicialmente acordado o previsto.”<sup>29</sup>*

En conclusión y acorde con lo expuesto en relación con la aplicación y alcances del artículo 1618 del C.C., una inequívoca manera de exteriorizar la voluntad de los contratantes encuentra soporte precisamente en sus actuaciones y en el desarrollo de sus propios actos en relación y con el lleno de las exigencias jurisprudenciales anotadas, pero es innegable que allí deberá centrarse cuidadosamente la atención del juez que busca la real voluntad de los contratantes que ahora demandan la desatención de las obligaciones para con ellos contraídas por su contraparte y verificar cuál es el real alcance de las presuntas obligaciones desatendidas, principio que además recoge de manera paralela el inciso 1º del art. 280 del CGP.<sup>30</sup>

### **3. El contrato llave en mano**

Entra el Tribunal a analizar la caracterización de contrato “llave en mano” del contrato objeto del trámite arbitral.

Considera el panel que, de la mano de las reglas de interpretación de los contratos que se abordaron atrás y las que más adelante se volverán a revisar, es imperioso ubicar en derecho colombiano cuál es el adecuado

---

<sup>29</sup> Cubides Camacho, J. *Los Deberes de la Buena Fe Contractual. Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*. Derecho Privado. Tomo IV. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Editorial Temis. 2010. Pg. 272.

<sup>30</sup> Artículo 280 CGP. Contenido de la sentencia. - La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella. (...) Subrayas fuera

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

tratamiento que se debe dar a un contrato que, como en este caso, tiene sus raíces y orígenes en otros sistemas legales diferentes.

Como aparece dentro del trámite arbitral definido, tanto por las partes como por sus referencias, el Contrato Celebrado entre ellas y que corresponde a la controversia sometida al Tribunal Arbitral, se le encaja dentro de los conocidos como LLAVE EN MANO, concepto que no se ha desarrollado como tal, ni entre nosotros, ni en general, si bien ha surgido de la práctica especializada y, de ella, de los Textos, Manuales y modelos que se han desarrollado por diversas instituciones que como FIDIC – Federación Internacional de Ingenieros Consultores- desde hace ya largo tiempo institucionalizaron y especializaron, según la actividad, los textos y guías que suelen ser utilizados en la industria.

Colombia, lejos de ello, no tiene una regulación al respecto y sigue trabajando bajo el amparo de la figura del “contrato de obra”, pero no ha sido ajena a la penetración de las nuevas figuras y desarrollos, en la medida en que el país se ha abierto a contratistas internacionales para los que estos son “de uso y costumbre” y de allí que nos hayamos aventurado a utilizarlos como algo cada vez más del día a día.

El problema surge, al utilizar dichos modelos, injertos con la “idiosincrasia local” y sin mayor conocimiento de ellos, lo que, con frecuencia, como lo ha reconocido la jurisprudencia y los autores, los ha convertido en textos que resultan estar lejos de lo ideal y con contradicciones y características que llevan, en más de una ocasión, a tener un cuerpo jurídico de difícil lectura y aplicación y más directamente con lo que nos ocupa en “mezclas” con lo que la práctica Colombiana ha utilizado bajo el amparo de la antigua y limitada legislación sobre el contrato de obra.

Así las cosas, para el caso resulta preciso, antes que nada, confirmar si verdaderamente o nó, lo que han llamado como “contrato llave en mano” lo es, y si no resulta ser así, cual es en últimas su verdadera connotación ya que, a partir de allí, surgen consecuencias en cuanto a las cargas y obligaciones de las partes que, de otra suerte, deberían ser concordantes con lo que esos modelos o los que con otras denominaciones o modalidades han surgido con posterioridad a los “llave en mano”.

De la mano del estudio elaborado por Aurora Hernández sobre estos contratos, su evolución y problemática, tratará el Tribunal de dibujar el concepto, su evolución y alcances para, posteriormente, cuando se haga el análisis frente al caso, se puedan sacar las conclusiones pertinentes.

Señala la autora que,

***“Lo que realmente define y caracteriza a los contratos internacionales de construcción «llave en mano», siendo éste el único aspecto en el que existe un cierto consenso generalizado, es, precisamente, junto a la combinación de otras obligaciones, la asunción de responsabilidad del contratista por la realización completa del proyecto. En este sentido, el contrato «llave en mano» o***

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*Turnkey Contract puede definirse como aquel en el que el contratista (Contractor) se obliga frente al cliente (Client/Owner) a cambio de un precio, generalmente, alzado, a concebir, construir y poner en funcionamiento una obra determinada que él mismo previamente ha proyectado. En este tipo de contratos, el énfasis recae en la responsabilidad global que asume el contratista frente al cliente. Esto no significa, sin embargo, que el contratista asuma todos y cada uno de los riesgos que se derivan de la ejecución del proyecto. Cuestión esta que dependerá en cada caso concreto de factores de diversa índole –tipo de financiación, obra, injerencia del cliente en la ejecución del proyecto, etc...”*

*Otras prestaciones que siempre están presentes en los contratos «llave en mano», formando parte de la obligación global del contratista, son: a) el suministro de materiales y maquinaria; b) el transporte de los mismos; c) la realización de las obras civiles; d) la instalación y montaje; y e) la puesta a punto y en funcionamiento de la obra proyectada. En determinados casos, también es posible incluir en este tipo de contratos otras obligaciones posteriores a la ejecución de la obra, como la formación de personal y la asistencia técnica. Estas, sin embargo, a diferencia de las anteriores no llegan a formar parte de la obligación global del contratista sino que, generalmente, quedan configuradas como simples obligaciones accesorias.”<sup>31</sup>(Resaltado propio)*

Por lo que hace al punto anotado, esto es, las características que ayudan a definir la presencia de un contrato “llave en mano”, dice la autora

*“conviene precisar que las diferentes formas contractuales que se observan en la práctica y que sirven de sustento a las distintas clasificaciones doctrinales, en ningún caso alteran ni las **características esenciales del contrato «llave en mano», ni su denominador común: la responsabilidad global asumida por el contratista frente al cliente de concebir, construir y poner en funcionamiento un determinado proyecto, generalmente, una planta industrial**<sup>32</sup>”*

Para el efecto, resulta preciso continuar en la identificación de los contratos “llave en mano” y sus características, a lo que se procede siguiendo la versión de la autora en cita:

*“No obstante, los dos rasgos esenciales de los contratos «llave en mano», de un lado la fusión de las misiones de concepción y ejecución de la obra en una sola persona y la obligación global asumida por el contratista frente al cliente de entregar una fábrica completamente equipada y en perfecto estado de funcionamiento, dotan a estos contratos de unas características particulares.*

*En primer lugar, conviene precisar que el contrato «llave en mano», a diferencia del contrato*

---

<sup>31</sup> Hernández Rodríguez, A. *Los contratos internacionales de construcción “Llave en mano”*. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2014), Vol.6, No. 1, pp. 161-235, pag. 174

<sup>32</sup> Citado por Hernández Rodríguez, A. Ob. Cit. pag. 176

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*tradicional, implica la celebración de un sólo y único contrato, el concluido entre el cliente y el contratista. Generalmente, en la elección de este tipo de contratos ejerce una influencia decisiva la tecnología implicada en el proyecto que se pretende realizar y que se va a manifestar no sólo en los planos y especificaciones técnicas sino también en los derechos de propiedad industrial implicados en el proceso de producción y, en determinados casos, en la formación de personal y en la asistencia técnica proporcionada por el contratista.*

*105.El hecho de que en los contratos «llave en mano», **el contratista asuma la concepción y la ejecución de la obra** condiciona no sólo el procedimiento de adjudicación del contrato, - generalmente, un procedimiento restringido o negociado-, sino también la determinación del objeto, que tiene lugar una vez celebrado el contrato, y la función del cliente y la del ingeniero. En efecto, **a diferencia de los contratos tradicionales de construcción, en los contratos «llave en mano» la elaboración detallada del proyecto tiene lugar una vez concluido el contrato, circunstancia esta que justifica conceder al contratista un derecho a introducir modificaciones en sus planos a su propio coste y riesgo, y siempre que se respeten los parámetros contractuales acordados, -calidad, cantidad de materias primas, rendimientos, etc...-, sin que sea necesaria a tal efecto la previa aprobación del cliente. Esta estructura sobre la que descansa el contrato «llave en mano», que ha venido a revolucionar ciertamente la industria de la construcción, implica, a su vez, una pérdida de control sobre el proyecto por parte del cliente y una reducción considerable en las funciones del ingeniero que en este tipo de contratos actúa, generalmente, como representante del cliente o como subcontratista de la empresa constructora.**<sup>33</sup> (Resaltados propios)*

Visto lo anterior, resulta necesario aproximarse a una definición sobre la naturaleza jurídica del contrato “llave en mano” y a partir de allí, las obligaciones relevantes y a cargo de quien corren bajo este modelo de contrato.

Para el efecto, siguiendo de la mano de la autora mencionada, revisemos estos aspectos:

**107** *“Uno de los aspectos más oscuros y controvertidos de los contratos «llave en mano» es, precisamente, su naturaleza jurídica. La relativa novedad de este tipo de contratos unido a la laguna legal existente en torno a los mismos, son factores que, sin lugar a dudas, fomentan esta confusión jurídica.”<sup>34</sup>*

Varias teorías sobre el particular se han venido construyendo: dentro de las cuales vale la pena detallar la relevante conocida como “de la calificación autónoma”:

*“Uno de los inconvenientes que presenta esta teoría se encuentra, precisamente, en la necesidad de*

---

<sup>33</sup> Citado por Hernández Rodríguez, A. Ob. Cit. pag. 195

<sup>34</sup> Hernández Rodríguez, A. Ob. Cit. pag. 195

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*interpretar la intención de las partes como único medio para determinar la prestación preponderante del contrato. Algo que no sólo da lugar a una ineludible diversidad de opiniones doctrinales, que lejos de disipar la incertidumbre existente en torno a este tipo de contratos la aumenta, sino que también conduce a afirmar que, siguiendo la intención de las partes, el contrato «llave en mano» tendría una naturaleza jurídica variable según el momento contractual considerado.*

*En cualquier caso, la teoría de la calificación global no tiene en cuenta la finalidad del contrato «llave en mano», que no es otra más que otorgar unidad jurídica a una operación económica compleja como es la concepción, construcción y puesta en funcionamiento de una instalación industrial determinada. Además, establecer una jerarquía entre las distintas prestaciones que se derivan del contrato resulta cuanto menos difícil, especialmente, si se tiene en cuenta que todas ellas forman parte, por igual, de la obligación global de resultado que constituye, en definitiva, la verdadera esencia del contrato «llave en mano» (...).*

**(...) c. Teoría de la calificación autónoma**

*116. Según esta teoría, los contratos «llave en mano» al igual que otros contratos surgidos en el ámbito internacional, escapan a cualquier calificación jurídica tradicional. Más bien, son contratos sui generis que, pese a combinar en su seno los elementos de diversos contratos típicos, poseen unas características y un régimen jurídico propio, que se ha ido forjando paulatinamente en un contexto peculiar, -el comercio internacional-, según las necesidades de los agentes económicos*

*117. A diferencia de cualquier otro contrato complejo, en los contratos «llave en mano» las diferentes prestaciones que lo integran forman parte de una única obligación global de resultado, que no hace más que reflejar la intención de las partes de otorgar unidad jurídica a una operación económica compleja. De ahí que descomponer abstractamente el contrato «llave en mano» con vistas a su calificación jurídica en diversas categorías contractuales, suponga desconocer no solo la intención de las partes sino también, tal y como se ha indicado más arriba, la propia finalidad y esencia del contrato.*

*118. Así mismo, conviene tener en cuenta que en la reglamentación de los contratos «llave en mano» ha jugado un papel fundamental el poder autonormativo de los particulares, que ante las inadecuadas regulaciones nacionales, han ido forjando conforme a sus propias necesidades el contenido de los mismos. Esta cierta uniformidad jurídica que se ha ido creando en el comercio internacional en torno a los contratos de construcción «llave en mano» se ha visto favorecida por la elaboración de contratos-tipo y condiciones generales de asociaciones profesionales y de organismos internacionales, así como por el recurso constante al arbitraje internacional. Con este telón de fondo, cabe afirmar que estamos ante una manifestación del denominado Derecho autónomo del comercio internacional que, junto al Derecho sustancialmente uniforme, ha favorecido la unificación del*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*Derecho mercantil internacional en general.*

*Es, por tanto, desde esta perspectiva, desde la que deben ser analizados los contratos internacionales de construcción «llave en mano», es decir, teniendo en cuenta el contexto en el que estos han surgido y en el que se desenvuelven.»<sup>35</sup>*

Para efectos del caso que nos ocupa y su incidencia en cuanto hace a los mutuos reproches sobre el cumplimiento de ciertas obligaciones y su incidencia en los resultados del proyecto, vale la pena anotar lo referente a la parte inicial del desarrollo del contrato:

**145.***“Durante el periodo de tiempo comprendido desde la fecha de entrada en vigor del contrato hasta el inicio ejecución material del proyecto, se derivan del contrato una serie de obligaciones para cada una de las partes. Así, el cliente debe, generalmente: a) proporcionar la asistencia necesaria al contratista para la adquisición de los permisos, licencias o autorizaciones administrativas requeridas para la ejecución de las obras -los permisos de construcción, los permisos de entrada, residencia y salida del personal del contratista o las licencias de importación y exportación de los materiales y equipos-. En determinados casos, este deber de asistencia que se sustenta sobre el mejor conocimiento del Derecho local y de las prácticas administrativas por parte del cliente puede quedar supeditado, sin embargo, a la previa solicitud del contratista b) poner a disposición del contratista el lugar dónde han de ser ejecutadas las obras; y c) seleccionar al personal de explotación de la planta industrial correspondiente.*

*Por su parte, el contratista antes de que se inicie la ejecución de las obras debe: a) obtener todos los permisos, autorizaciones o licencias exigidas por las autoridades públicas del país de ejecución y b) elaborar y entregar al cliente o a su representante en la fecha que haya sido acordada en el documento de oferta, el programa de ejecución. En este, normalmente, ha de indicarse el orden sucesivo en el que van a ser desarrolladas las obras, así como los aspectos y actividades más relevantes de los documentos necesarios para la ejecución del contrato. No obstante, cualquier alteración importante que efectúe el contratista en el programa durante la ejecución de las obras debe ser comunicada al cliente o a su representante.*

*(...) De forma general, cabe afirmar que el contratista en los contratos «llave en mano» asume frente al cliente una obligación global de resultado: la obligación de concebir, construir y poner en funcionamiento un proyecto determinado. Casi todos los contratos «llave en mano» contienen una cláusula, la denominada cláusula «llave en mano», en la que se especifica que, como consecuencia de esta obligación de resultado, el contratista no solo está obligado a realizar lo expresamente pactado sino también todo lo que sea necesario para la efectiva ejecución del contrato”*

---

<sup>35</sup> Hernández Rodríguez, A. Ob. Cit. pag. 198

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*(...) d) **Construcción de las obras.** Como requisito previo a la realización de las obras, el contratista tiene la obligación de obtener todos los permisos exigidos por las autoridades públicas del país de ejecución. También debe suministrar todas aquellas máquinas y materiales que, aun siendo de su propiedad, sean necesarios para la efectiva ejecución de la obra, sin que estos puedan ser retirados sin el previo consentimiento del cliente o su representante.*

*Ahora bien, si al cliente le corresponde la obligación de poner a disposición del contratista el lugar donde ha de ser ejecutada la obra, es competencia de este último, encargarse de los accesos por carretera, de su señalización, de la obtención de los permisos necesarios, a tal efecto, así como hacer frente a las posibles cargas legales que graviten sobre los mismos. También es frecuente que se prevean durante la ejecución del contrato determinadas obligaciones de organización y mantenimiento de la obra tales como la retirada de escombros o la adopción de medidas de seguridad y protección al medio ambiente, que no son más que una consecuencia de la aplicación inmediata de la reglamentación local a esta materia.*

*(...) Las propias características de los contratos «llave en mano», especialmente su larga duración y los importantes intereses económicos que ponen en juego, justifican que, en ellos, se recurra con el fin de **asegurar el cumplimiento de todas las obligaciones que se derivan del contrato a un sistema reforzado de garantías.** Las funciones que estas desempeñan son, sin embargo, distintas. Así, mientras que unas sirven para precisar el contenido de la obligación de resultado del contratista - tal y como se verá más adelante al hilo de la recepción de las obras por ser, ese, el momento en el que entran en juego, otras tienen por objeto proporcionar una cierta seguridad financiera al cliente en caso de incumplimiento del contratista. Estas últimas, siguiendo un uso extendido en el tráfico mercantil, adoptan generalmente la forma de garantías bancarias.»<sup>36</sup> (Resaltado propio)*

Dentro de los incidentes que son relevantes en la ejecución de estos contratos, llama la atención sobre algunos de los que, por su eventual incidencia para el caso, basados en la misma fuente, se mencionan.

En primera instancia, las llamadas “*cláusulas de variación*”, que se refiere a las modificaciones ordenadas por el cliente, con el objeto de aumentar, rediseñar o suprimir parte de los elementos de la obra objeto del contrato y que vale la pena acotar:

**184.** *“En la práctica, la mayor parte de los contratos internacionales de construcción, contienen una cláusula destinada a regular lo que en el Derecho anglosajón se conoce con el término de «Variations». Con este, se hace referencia de forma general a aquellas modificaciones ordenadas por el cliente, destinadas a aumentar, reducir o suprimir la cantidad, la calidad y/o la duración, incluida la suspensión de la obra, y que dan lugar a un ajuste del precio y en su caso, del plazo fijado*

---

<sup>36</sup> Hernández Rodríguez, A. Ob. Cit. pag. 204



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

para la ejecución del contrato. Estas modificaciones o variations, que encuentran su fundamento en el propio carácter evolutivo del proyecto, pueden proceder, a su vez, de una propuesta del ingeniero y/o del contratista según el tipo de contrato. En cualquier caso, para que den lugar a una compensación, es necesario que antes de su ejecución se obtenga del cliente, siguiendo el procedimiento establecido a tal efecto en el contrato, una orden escrita de modificación (Variation Order) que, generalmente, ha de contener: una especificación detallada de los trabajos que deben ser modificados, el modo de cálculo del precio y el plazo de su ejecución.”<sup>37</sup> (Resaltado propio)

En segundo lugar, las llamadas cláusulas “hardship” para llevar a cabo la adaptación del contrato, en tanto sea pertinente:

187.“Pero los contratos internacionales de construcción también pueden verse alterados por un cambio en las circunstancias económicas, políticas o tecnológicas existentes en el momento de concluir el contrato, que pueden llegar a provocar la ruptura del equilibrio de las prestaciones contractuales. Así, por ejemplo, en los contratos de construcción de plantas industriales existe el riesgo de que durante su ejecución aparezcan en el mercado nuevos procedimientos de fabricación que hagan obsoleta la tecnología que se está suministrando. En este tipo de situaciones, y salvo que se prevea lo contrario en el contrato, ni el contratista está obligado a proporcionar tales mejoras, en tanto que su prestación se haría más onerosa, ni el cliente tiene el derecho a exigir las. Para intentar solucionar estas fluctuaciones, características de la vida económica actual, sobre el principio de equidad, se viene recurriendo en la práctica de la contratación internacional desde hace ya algún tiempo a las denominadas cláusulas de adaptación.

188. Aunque estas cláusulas, en las que las partes manifiestan su voluntad de acomodar o ajustar el contrato a las nuevas circunstancias, pueden adquirir diversas formas, cabe distinguir fundamentalmente dos clases: por una parte, las cláusulas de adaptación particulares, tales como las cláusulas de perfeccionamiento, las cláusulas de revisión de precios o las cláusulas de cliente más favorecido, y las cláusulas de adaptación generales, entre las que se incluyen las cláusulas de hardship. La diferencia esencial entre ambas es que mientras las primeras prevén una adaptación automática del contrato, esto es, sin intervención de las partes, las segundas provocan una negociación y una readaptación del contrato. La inclusión de ambas en un mismo contrato es perfectamente compatible.

Precisamente, el efecto que se deriva de estas últimas, así’ como el uso cada vez más extendido en la contratación internacional, son razones suficientes que justifican una referencia especial a las mismas.

---

<sup>37</sup> Hernández Rodríguez, A. Ob. Cit. Pág. 212

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*Las cláusulas de hardship, también denominadas cláusulas de imprevisión y de salvaguarda, tienen por objeto readaptar y renegociar el contrato cuando una alteración de las circunstancias inicialmente presentes provoca un desequilibrio sustancial de las obligaciones de las partes. Para que pueda aplicarse una cláusula de hardship, tal y como se desprende de esta definición, es necesario que concurran los siguientes tres requisitos: a) una alteración sustancial de las circunstancias; b) la imprevisibilidad y exterioridad del cambio, es decir, que aunque las partes sean conscientes de una posible alteración, no sean capaces de prever en el momento de concluir el contrato las consecuencias que se pueden derivar, y que, además, esa alteración no sea imputable a la parte que la invoca; y c) finalmente, un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, que haga la ejecución del contrato más onerosa para una ellas.*

*Aunque algunas cláusulas de hardship, enumeran las circunstancias particulares que pueden dar lugar a una negociación del contrato, lo más habitual, por el carácter de imprevisibilidad que ha de concurrir en las mismas es que, estas, queden redactadas en términos generales, limitándose a establecer, a tal efecto, que para que tenga lugar una renegociación del contrato como consecuencia de un acontecimiento sobrevenido durante la ejecución del mismo, independientemente de su naturaleza política -acciones discriminatorias del gobierno, aplicación de nueva legislación sobre importaciones y exportaciones-, económica -cambios en el sistema monetario o restricciones a la transferencia de divisas- o tecnológica -aparición de nuevas técnicas o procedimientos de producción-, es necesario que se rompa el equilibrio económico del contrato.*

*En cualquier caso, las consecuencias que, generalmente, se derivan de las cláusulas de hardship son: a) una renegociación del contrato, que pese a no implicar la interrupción del mismo, frecuentemente queda limitada a un plazo de tiempo determinado con el fin de evitar las consecuencias adversas que pueden llegar a derivarse de una negociación prolongada, siendo también posible que se prevea en el contrato la suspensión temporal del mismo y b) en su defecto, es decir, en caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, tiene lugar o la adaptación del contrato por un tercero, generalmente, un árbitro, o si así lo han pactado las partes, la resolución unilateral del contrato, conservando siempre la otra parte contratante el derecho a recurrir a los órganos jurisdiccionales o arbitrales.”<sup>38</sup>*

Por lo que respecta a la entrega de la obra, resulta interesante retomar algunos de los precisos comentarios de la autora, en particular, respecto de la recepción provisional de la misma y luego, la definitiva entrega y recepción y los efectos de cada una de estas:

*196.“De forma general, cabe afirmar que en los contratos de construcción para que se consideren cumplidas las obligaciones del contratista es necesario que el cliente, tras comprobar su conformidad con las estipulaciones contractuales, acepte la obra. Concretamente, en la praxis*

---

<sup>38</sup> Hernández Rodríguez, A. Ob. Cit. pág. 213

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*internacional, este acto queda dividido en dos momentos: la recepción provisional (Substantial Completion) y la recepción definitiva (Final Acceptance).*

*Esta dualidad de recepciones, conocida ya por los distintos sistemas nacionales, tiene por finalidad “asegurar el cumplimiento exacto de las obligaciones del contratista, ante la presunta existencia de deficiencias, que solo el tiempo y el uso pueden poner de relieve”. La recepción provisional constituye, en definitiva, una garantía para el cliente que, aun habiendo tomado posesión de la obra, se reserva el derecho frente al contratista de exigir la reparación de los vicios o defectos que se manifiesten durante el plazo que transcurre entre ambas recepciones.*

*Como en los demás contratos internacionales de construcción, en los contratos «llave en mano» también es habitual que se distingan dos recepciones. No obstante, la obligación global que en ellos asume el contratista frente al cliente de concebir, construir y poner en funcionamiento una planta industrial, justifica por su amplitud y complejidad, que se efectúen durante distintos momentos de la vida del contrato, y antes de que tenga lugar la recepción de las obras una serie de controles que adquieren la forma de pruebas o tests, cuyo fin no es otro sino el de verificar progresivamente el exacto cumplimiento de las obligaciones contractuales. Generalmente, los contratos «llave en mano» contienen minuciosas disposiciones que tienen por objeto regular el procedimiento a seguir para la realización de estas pruebas -condiciones en las que han de llevarse a cabo, resultados que se deben alcanzar, etc...- así como las consecuencias de la no obtención de los resultados acordados. A través de ellas, se precisa el resultado final garantizado por el contratista y se lleva a cabo, a su vez, una distribución de los riesgos entre este y el cliente”*

*(...) Las verdaderas dificultades técnicas aparecen, sin embargo, cuando el contratista intenta demostrar al cliente, a través de las pruebas de rendimiento, que la planta industrial en cuestión cumple los parámetros funcionales garantizados contractualmente pues de estos depende, en definitiva, que tenga lugar o no, la recepción provisional de la fábrica. En este sentido, cabe afirmar que las pruebas de rendimiento (Test en Completion) constituyen una pieza clave en los contratos «llave en mano». A través de ellas, no solo se verifica la capacidad de producción de la fábrica, sino que también sirven, a su vez, para comprobar otros dos factores de especial importancia en los contratos «llave en mano»: la eficacia del proceso de fabricación y la concepción de la obra en su conjunto.*

*Aunque en la práctica contractual existen distintas formas de sancionar la no obtención de los resultados garantizados por el contratista, lo más habitual es que este esté obligado en primer lugar a una ejecución in natura, es decir a llevar a cabo todas las reparaciones y modificaciones necesarias para el correcto funcionamiento de la instalación industrial, siendo también frecuente que, posteriormente, se proceda a una repetición de las pruebas. Es posible, que este deba pagar además una penalidad por demora, calculada sobre la base de una tarifa -generalmente, un tanto por ciento*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*del precio del contrato-, si como consecuencia del periodo de tiempo requerido para efectuar las reparaciones, no entrega la obra en el plazo determinado en el contrato. Tanto estas penalidades financieras como las que tienen por objeto sancionar el incumplimiento parcial de las obligaciones del contratista, no pueden exceder, sin embargo, la cantidad máxima establecida en el contrato, quedando de esta forma limitada la responsabilidad del contratista. Para referirse a ellas, los contratos internacionales de construcción, utilizan frecuentemente el concepto de liquidated damages. En el Common Law, se conocen dos tipos de cláusulas penales: los liquidated damages, que no son más que una valoración llevada a cabo por las partes, en el momento de concluir el contrato, del perjuicio ocasionado por el incumplimiento o el retraso en la ejecución, y los penalties, que generalmente establecen una penalidad enorme y sin proporción al perjuicio sufrido por las partes. Estos últimos, a diferencia de los primeros, son frecuentemente objeto de modificación e, incluso, de anulación por parte de los tribunales nacionales y arbitrales. De ahí, la importancia de la precisión”<sup>39</sup>.*

Si bien, en nuestra casuística, se aprecia que el concepto de los contratos llave en mano ha incursionado con fuerza, igualmente, como lo ha señalado la jurisprudencia, en particular del Consejo de Estado, los ensambles que se hacen de los modelos que internacionalmente se han venido desarrollando para llevar a cabo este tipo de contratos, los han desfigurado en ocasiones, sin que se pueda afirmar que pierde sus características pero sí generando dudas e inquietudes que tan solo pueden llegar a definirse, a partir del estudio del contrato y la confrontación con las características del contrato llave en mano, para poder deducir, finalmente, las consecuencias de esta práctica tan común en nuestro medio y que, como lo expresó el testigo Juan Carlos Opichany en su declaración, entendía que se había tomado como base algunos modelos de contratos internacionales, le habían hecho algunos ajustes y adiciones<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Hernández Rodríguez, A. Ob. Cit. pág. 216

<sup>40</sup> Expediente virtual Cuaderno de Audios y Videos. 24.03.2022: “SR. OPICHANY: [00:38:12] Sí, mire, no fue así. El tema precontractual por eso les dije. Hubo una nota de proceder en el cual las partes se pusieron de acuerdo como para avanzar sin llegar todavía a la faz contractual el contrato se firma el 18 de febrero. En ese momento había un interventor, el cuatro digamos de abril. Entra la empresa a trabajar. El interventor hace una nota, hace el acta de inicio directamente y lo hace el interventor que en ese momento era Gómez Cajiao y el día 26 se declara el incumplimiento del contrato porque no había presentado las pólizas.

*Entonces había una comunicación oficial a partir de que el contrato se formalizó, todas las comunicaciones se hicieron a través de la interventoría, todas entonces después el cambio que hubo, digamos de interventor, se le notificó a LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS que era HMB y HMB hizo todas las comunicaciones como corresponde en este tipo de contratos, el contrato en sí para poder ilustrar este contrato es un híbrido donde las condiciones y las obligaciones de las garantías estaba relacionado o estaban vinculadas con el Código Civil Colombiano.*

*Y toda la parte del de la parte técnica por decir así órdenes de variación. La función de la interventoría y demás cosas era un calco de lo que era el civil los pliegos tipo de la Federación de Ingenieros de la Federación Internacional de Ingenieros Constructores entonces el BIC sirvió de base de este tipo de contrato, pero toda la comunicación era a través de la interventoría.”*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Si bien esa circunstancia, no los desnaturaliza en la mayoría de los casos, deben tenerse en cuenta para su puntual aplicación los acuerdos de las partes que, como tales, son ley para ellas desde la óptica del Contrato y sus consecuencias jurídicas.

Diversos pronunciamientos en controversias arbitrales se han dado respecto del contrato llave en mano, de los cuales, tomamos los siguientes, que confirman lo que las líneas puestas ya de presente en detalle se encuentran en nuestra práctica, y ayudan al Tribunal a orientarse en lo que corresponde al caso que nos ocupa:

<b>Fecha</b>	<b>Caso</b>	<b>Tema</b>
14 de agosto de 2015	<b>CASS CONSTRUCTORES &amp; CIA S.C.A. contra EAAB E.S.P.</b> <sup>41</sup> Luis Hernando Gallo Medina, Saúl Flores Enciso, Herman Arias Gaviria.	Naturaleza y alcance de los contratos llave en mano. Limitación de las obligaciones del Contratista en ejecución del contrato. Aplicación de normas del régimen privado. Riesgos y sobrecostos del contratista.
23 de mayo de 2017	<b>UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO contra INVÍAS</b> <sup>42</sup> Ruth Stella Correa Palacio, Hernán Fabio López Blanco, Luis Guillermo Dávila Vinuesa	Naturaleza jurídica, contrato de obra a precio global. Alcance. No proceden reclamaciones por objetos que no están expresamente previstos.
18 de abril de 2017	<b>NOARCO EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL contra SOCIEDAD AEROPORTUARIA DE LA COSTA S.A.</b> <sup>43</sup> Luis Hernando Parra Nieto, Gabriela Monroy Torres, Arturo Solarte Rodríguez	Contratos EPC con modelos FIDIC.

De lo dicho y como más adelante se observará, concluye el Tribunal que, para el caso que nos ocupa, el

Entonces había una comunicación oficial a partir de que el contrato se formalizó, todas las comunicaciones se hicieron a través de la interventoría, todas entonces después el cambio que hubo, digamos de interventor, se le notificó a LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS que era HMV y HMV hizo todas las comunicaciones como corresponde en este tipo de contratos, el contrato en sí para poder ilustrar este contrato es un híbrido donde las condiciones y las obligaciones de las garantías estaba relacionado o estaban vinculadas con el Código Civil Colombiano.

Y toda la parte del de la parte técnica por decir así órdenes de variación. La función de la interventoría y demás cosas era un calco de lo que era el civil los pliegos tipo de la Federación de Ingenieros de la Federación Internacional de Ingenieros Constructores entonces el BIC sirvió de base de este tipo de contrato, pero toda la comunicación era a través de la interventoría.

<sup>41</sup> [3108\\_CASS\\_CONSTRUCTORES\\_vs\\_EAAB\\_14\\_08\\_15.pdf \(ccb.org.co\)](#)

<sup>42</sup> [TRIBUNAL ARBITRAL DE UNIÓN TEMPORAL SEGUNDO CENTENARIO VS. INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS \(INVÍAS\) \(ccb.org.co\)](#)

<sup>43</sup> [LAUDO ARBITRAL \(ccb.org.co\)](#)

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

contrato celebrado entre las partes y que ocupa su atención, es un contrato típico “llave en mano”, como ellas mismas, en las Definiciones del Contrato lo mencionan y que sigue en líneas generales sus principios fundamentales y la regulación internacional del mismo y toma de los diversos modelos, puntualmente, la estructura general. De ello, surge, como se ha mencionado de la doctrina que ha servido de guía, que de cargo de la contratista corría la elaboración de la obra para ser entregada a SPIA bajo las condiciones pactadas en cuanto a oportunidad y calidad y dentro de los términos y condiciones adoptadas. No sobra desde aquí reiterar, como la doctrina lo refiere y se volverá en esta providencia, que bajo este esquema, las obligaciones del contratista son de las conocidas universalmente, como en nuestra legislación ocurre, como “de resultado”, lo que, unido a la circunstancia antes mencionada, reafirma la naturaleza de la obligación del contratista que, para efectos del proceso, se traduce en una particular exigencia en materia de la carga de la prueba, sin vaguedades ni generalizaciones y así será analizada y ponderada por el Tribunal.

**La interpretación de los contratos.**

Adicional a lo expuesto de manera general en el punto 2° de este capítulo, se ocupa el panel ahora de encuadrar los criterios que la ley indica al juez debe él seguir para la correcta interpretación de los contratos en derecho colombiano, de cara a las especiales características del contrato en examen y que arriba se detallaron.

Como aparece de las declaraciones de las partes y declaraciones rendidas en el trámite arbitral, antes de solemnizar el contrato y de obtenerse todas las autorizaciones y licencias necesarias, por razón de la urgencia manifestada por la parte Contratante, las obras contratadas tuvieron comienzo sin el lleno de estos requisitos, aspecto éste que será analizado probatoriamente en el capítulo siguiente de esta providencia.

Resulta relevante en este momento y frente al contrato, tener en cuenta algunos hitos del proyecto, que confirman lo dicho y serán base de los análisis del Tribunal:

- 1.El Contrato se firmó el 18 de febrero de 2015;
- 2.Las obras iniciaron el 4 de marzo de 2015;
- 3.El Acta de inicio es del 26 de marzo de 2015<sup>44</sup> y,
- 4.La licencia de construcción, queda en firme solo el 28 de noviembre de 2015<sup>45</sup>.

Importante resulta, por lo que incide en el presente trámite y el análisis del Tribunal en aspectos centrales de lo sometido a su consideración, dejar sentada su posición respecto de quien, a la luz del Contrato, considera que ha de tenerse por “*juez del contrato*” al que este hace relación y delega expresamente en él la definición

---

<sup>44</sup> Expediente Virtual. Cuaderno de Pruebas 08\_DICT INGE CIVI GESTI DE PROYE NUME 2 8 AUT 15. Anexo 4. “INFORME PERICIAL DEL CONTRATO PARA DISEÑAR, CONSTRUIR Y TRAMITAR ANTE LAS AUTORIDADES COMPETENTES LAS EDIFICACIONES DE TIPOLOGÍA ADMINISTRATIVA DEL PROYECTO SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL DE AGUADULCE S.A.”

<sup>45</sup> Expediente virtual. Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba 5

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

de determinadas e importantes controversias de las que forman parte de este proceso, tal como lo que acontece con la debida y definitiva pertinencia y cuantificación de las multas que la demanda considera fueron indebidamente impuestas por quien carecía de tal facultad como lo es la Interventoría y, a partir de lo cual, se adoptaron las determinaciones que forman parte importante de este trámite arbitral.

De hecho, este Tribunal en fecha 17 de febrero de 2022, asumió la competencia para conocer del proceso, sin que ello fuera discutido por parte de ninguno de los intervinientes en el mismo, con lo que en atención al pacto arbitral base de este proceso, consignado en la cláusula 14.03 del Contrato celebrado entre las partes que a este trámite concurren, se encuentra en firme y define el ámbito dentro del cual han de resolverse los motivos de controversia que convoca a aquellas y será quien, con la connotación a que se refiere el contrato, como el juez del mismo, debe atender todo lo que en virtud del pacto arbitral se le señaló como el ámbito de su competencia :

**“Todas las Disputas y cualquier controversia derivada de, o en conexión con, el presente Contrato, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento...”** (Resalta el Tribunal)

Ello, conlleva que lo referente a punto central de la demanda que da origen a este Arbitramento, como lo es lo relativo a las multas, el trámite dado a las mismas y su eventual viabilidad o no, así con el diverso entendimiento de lo pactado en el contrato, en cuanto a los puntos litigiosos propuestos por ambas partes, corresponde por voluntad de las mismas a este Tribunal, con exclusión de cualquier otra autoridad, y así lo ha entendido y lo asumió al abordar la competencia, sin reclamo de las partes, en el momento procesal establecido para el efecto.

De las piezas procesales que enmarcan el presente caso, tanto de la demanda principal, como la de reconvenición, así como de sus respectivas respuestas y la propuesta de los medios de defensa propuestos, encuentra el Tribunal puntos de vista encontrados respecto de la realidad misma del negocio jurídico celebrado, como de su apreciación con relación a la forma en que ocurrieron los sucesos y, como consecuencia, posiciones encontradas respecto de quien, finalmente, fue el contratante incumplido dentro de la relación, así como la pertinencia y legalidad de los procedimientos sancionatorios acordados en el contrato.

Como se aprecia de la cronología del contrato, antes detallada, es aceptado por las partes que la obra contratada comenzó a ejecutarse, por acuerdo entre ellas, antes de haberse concluido la obtención de la licencia en firme para adelantar las obras, , habida cuenta de la premura de la parte contratante para la puesta en operación del puerto y, también, es punto de acuerdo, el que por razones de diverso orden, incluida la celeridad requerida, el objeto del contrato y puntos específicos del mismo fueron cambiados a través de OTRO SI suscrito por ellos, fundamentalmente los números 1 y 2 que alteraron objeto, plazos y sanearon algunos de los eventos de incumplimiento de que dan cuenta las piezas procesales que son la génesis de este proceso, sin dejar de lado CINCO órdenes de variación que igualmente tuvieron por efecto ajustar la ejecución del contrato sin controversia de las partes al respecto, si bien en este trámite se hacen algunas

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

referencias y objeciones a las mismas, su alcance y contenido.<sup>46</sup>

Así las cosas, resulta indispensable, a la luz de las disposiciones que rigen la materia y a partir de la interpretación de lo ocurrido, tanto en la parte preliminar, cuando acordado el negocio jurídico celebrado entre las partes no se encontraba este formalizado del todo como se ha indicado, como con el texto del contrato y sus reformas, y así, contrastado con las pruebas presentadas y practicadas, llevar adelante el análisis y resolución del caso que nos ocupa

Si bien las partes coinciden en lo referente a la firma del contrato y las demoras surtidas en la obtención en firme de la licencia de construcción, así como en la necesidad de iniciar sin dilación la obra con antelación a esos requisitos, sus divergencias se centran en la diferente visión respecto de la legalidad de lo acordado, en algunos aspectos, la incidencia de haber obrado “de facto” de esta manera y la forma como algunos de los pactos, en cuanto a temas específicos, en particular con lo atinente a las multas, forma y oportunidad de imponerlas, autoridad competente para hacerlo y la interpretación sobre la garantía de las obras y la viabilidad de llevarse a cabo la liquidación de las sanciones y su retención, llevada a cabo por la parte demandada, demandante en reconvención, tienen o no soporte en el contrato y en la ley.

La presente relación jurídica, enmarca dentro de una de naturaleza comercial, bajo los términos de los artículos 10 y 20 del Código de Comercio, en tanto quienes la integran tienen la condición de Comerciantes y el objeto del negocio jurídico celebrado, se subsume dentro de las hipótesis que el art. 20 citado señala como mercantiles.

Conforme al art. 822 del Código citado, aplicable para el caso y en cuanto a las normas que se aplican al mismo, sin perjuicio de eventuales particularidades derivadas de las reglas contractuales acordadas, son las señaladas en la legislación civil.

*“Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa”,* señala el inciso primero de la norma citada y, es con base y a partir de ella que ha de abordarse el estudio del contrato que nos ocupa, de la diversa aproximación de las partes a lo ocurrido y sus consecuencias.

Lo anterior, nos remite a las disposiciones que señalan el marco establecido para la interpretación de los contratos en la legislación civil, en tanto, como se ha señalado, existen divergencias y discrepancias respecto del alcance de lo ocurrido y la responsabilidad de cada una de las partes en el devenir de la relación contractual acordada entre ellas y los términos mismos del contrato suscrito y aceptado originalmente por ellas.

---

<sup>46</sup> Expediente virtual. Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Pruebas 13 y 14.



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Punto de partida para el efecto, lo constituye el artículo 1618 C.C., que a la letra, como ya había indicado, dispone:

*“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”*

Lo anterior supone que, más allá del texto mismo, ha de estarse a lo que las partes del contrato, entendieron y asumieron como los términos y condiciones del negocio jurídico que, acordadas, dieron lugar, como se ha dicho, a que aun antes de solemnizarse la relación contractual con la firma del contrato llevada a cabo el 18 de febrero de 2015 lo que se había convenido entre ellas, inició su ejecución, por mutuo acuerdo y por la necesidad de tiempo de entrada en operación del puerto, implicaba y así se hizo darle curso a la obra objeto de dicha relación.

Para el efecto, y tomado del Laudo de fecha 9 de abril de 2018, en el caso de Técnicas de Inventarios y Almacенamientos S.A.S.- TIAL S.A.S.- VS Colombia Comunicaciones S.A. E.S.P. parece pertinente fijar el alcance de la labor que, para el caso, ha de desarrollar el Tribunal, ante la diversa y opuesta posición de las partes frente a los acuerdos celebrados, su legalidad y contenido.

*“A este propósito, la interpretación del contrato es pertinente frente a la oscuridad, insuficiencia, ambigüedad, anfibología, conflicto o disparidad en sus estipulaciones, respecto de textos claros cuando las partes le atribuyen un alcance divergente<sup>47</sup>, y en todo caso, no autoriza su modificación, ni el juez, so pretexto de interpretarlo, puede alterar su contenido<sup>48</sup>.”*

*Las reglas hermenéuticas están disciplinadas en el Título XIII del Libro Cuarto del Código Civil para los contratos civiles (Artículos 1618 a 1624, C.C.), son aplicables también a los mercantiles, además de sus específicas (Artículos 1º, 822 y 823, C. de Co), y de acuerdo con éstas, la interpretación no se reduce al contenido escrito, gramatical, literal o natural de las palabras, pues “por claro que sea el tenor literal del contrato” (cas. civ. agosto 1/2002, exp. 6907) no es dado al intérprete “encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato...” (cas.civ. junio 3/1946, LX, 656), y ha de examinar conjunta, sistemática e integralmente el contenido del contrato, los actos tendientes a su formación,*

---

<sup>47</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01: “[...]la claridad del articulado o su significación lingüística, no exceptúa el deber de precisar la finalidad común convergente de las partes, pues la particular relevancia dinámica de la hermenéutica del negocio jurídico, se explica ante la imposibilidad pragmática de prever toda contingencia, el significado disímil de la terminología, lenguaje o redacción y no se reduce a hipótesis de ambigüedad, insuficiencia, disfunción u oscuridad, siendo pertinente en todo caso de disparidad, divergencia o diferencia respecto de su entendimiento recíproco (cas. civ. de 1 de agosto de 2002 exp. 6907)”.

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 27 de marzo de 1927; cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01: “[...] la labor del juez no se orienta a enervar, reemplazar o suplantar la autoridad del *dominus negotii*, ni a modificar, eclipsar, adulterar o desvirtuar sus estipulaciones (cas. marzo 27/1927), está ceñida a “la fidelidad” del pacto (cas. agosto 27/1971, CCLV, 568)”, sin convertirse en “mero reproductor” ni “autómata”.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*su celebración, ejecución y la conducta de las partes<sup>49</sup>.”*

El principio rector, fundamental, esencial o cardinal de la interpretación contractual, está consagrado en el artículo 1618 del C.C., ya citado.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado que

*“(…) en el derecho privado nacional en materia de interpretación contractual rige el principio básico según el cual conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras (artículo 1618 del Código Civil). Desde antiguo, la jurisprudencia y la doctrina han señalado que este principio es el fundamental dentro de la labor interpretativa, al lado del cual los demás criterios y reglas establecidos en el código civil toman un carácter subsidiario, instrumental o de apoyo, en la labor de fijación del contenido contractual.”<sup>50</sup>*

Ha dicho igualmente que

*“la operación interpretativa del contrato parte necesariamente de un principio básico: la fidelidad a la voluntad, a la intención, a los móviles de los contratantes. Obrar de otro modo es traicionar la personalidad del sujeto comprometida en el acto jurídico, o en otros términos, adular o desvirtuar la voluntad plasmada en él (G.J. T. LXXVII, pág 150).”<sup>51</sup>, y reiterado “En esta tarea [de interpretar el negocio jurídico], como lo ha expuesto insistentemente la doctrina, el criterio normativo que debe guiar al fallador ha de encaminarse siempre a darle efectividad a la voluntad convencional, indagando, dentro de los principios generales de la hermenéutica contractual, cuáles fueron realmente los objetivos y las finalidades que se propusieron los contratantes al ajustar el pacto.”<sup>52</sup>*

---

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], Exp. 2001-06915-01, reiterada en sentencias de 30 agosto de 2011, Exp. 11001-3103-012-1999-01957-01, 5 de diciembre de 2011, exp. 25269-3103-002-2005-00199-01 y 21 de febrero de 2012, Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01: “Por lo mismo, la interpretación se predica de los negocios jurídicos existentes, es ulterior a la existencia del acto dispositivo y, en rigor, consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la “*recíproca intención de las partes*” (art. 1618 C.C.), de ordinario plasmada en las cláusulas, párrafos, condiciones o estipulaciones, a las cuales, sin embargo, no se reduce ni supedita, por cuanto, aún siendo “*claro*” el sentido idiomático, literal o textual de las palabras, en toda divergencia a propósito, impónese reconstruirla, precisarla e indagarla según el marco de circunstancias, materia del negocio jurídico, posición, situación, conocimiento, experiencia, profesión u oficio de los sujetos, entorno cultural, social, económico, político, geográfico y temporal en una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que “*…los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato*” (cas. civ. junio 28/1989)”.

<sup>50</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2008, Exp. 11001-3103-012-2000-00075-01.

<sup>51</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de septiembre de 1998, Exp. 5068 (G.J. T. CCLV No. 2494, págs. 557 y siguientes), citada por la sentencia de la misma corporación y sala, del 1º de agosto de 2002, Exp. 7504.

<sup>52</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de junio de 1972, G.J. T. CXLII, NO. 2352-2357, pág. 218

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

En el mismo sentido, los artículos 1621<sup>53</sup> y 1622<sup>54</sup> del C.C. contemplan pautas relevantes para indagar la común intención de las partes.

Por consiguiente,

*“(…) de acuerdo con las directrices rectoras de la interpretación del contrato, debe indagarse la común, convergente, homogénea, y verdadera intención de las partes, sin limitarse al texto exegético o semántico (Principio de la prevalencia de la intención de las partes)<sup>55</sup>; los términos del contrato aplican a la materia contratada (Principio de especificidad)<sup>56</sup>; se prefiere el sentido eficaz de la estipulación conforme a la naturaleza del contrato respecto de aquel en que no la produzca (Principio de interpretación útil, efectiva o conservatoria)<sup>57</sup>; debe estarse “a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato”, incluidas las “cláusulas de uso común aunque no se expresen” (art.1621, C.C., Principio de Interpretación naturalística o usual); menester examinar de manera sistemática, integral, contextual y en conjunto las cláusulas “dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad” (Principio de interpretación contextual e integral,*

---

<sup>53</sup> Artículo 1621 C.C. “*En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.*”

<sup>54</sup> Artículo 1622 C.C. “*Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.*

*Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.*”

<sup>55</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], Exp. 2001-06915-01: “Con referencia a la común intención, el legislador impone la regla de no limitarse al sentido literal, esto es, al significado gramatical o semántico natural del vocablo utilizado, sea en el contexto general del contrato, sea en el contexto específico de cada palabra, sea en su expresión textual y literal o en su conexión sintáctica por elementales márgenes de disimilitud, ambigüedad u oscuridad semántica, trascendiendo la esfera del simple motivo (interpretación subjetiva), del escrito y la actuación (interpretación objetiva), para lo cual, el juez, [...] indagará desde su fase genética *in toto* el acto dispositivo, la conducta previa, coetánea y ulterior de las partes inserta en la época, lugar y medio predeterminado, verificará su conformidad o desavenencia con el ordenamiento y precisará sus efectos, o sea, la relevancia jurídica del sentido de la *communis intentio*, [...] cuyo alcance es menester *subiecta materia* en una perspectiva más concorde con sus diversas expresiones y, en particular, con la función práctica o económica social, o sea, en consonancia a la función coordinada, coherente, racional y convergentemente perseguida por las partes con su celebración. (cas. civ. junio 12/1970, cas. civ. sentencia de 14 de enero de 2005, exp. 7550), Sentencia de 3 de junio de 1946. Gaceta Judicial LX, 656”.

<sup>56</sup> Artículo 1619 C.C: “Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de noviembre de 1899. Gaceta Judicial año 14, pp. 376 ss. “*Los términos de un pacto que se refiere a casos que admitan diferentes formas o grados, deben entenderse en la acepción que mejor cuadre al razonamiento en que se introducen a la materia de que se trata. Si algunos de los términos o expresiones de un pacto, son susceptibles de significados diversos, no es necesario que se le dé en todas partes un sentido invariable, sino el que comprende el asunto, pro substantia materia*”. cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01.

<sup>57</sup> Artículo 1620 C.C: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01: “[...], el hermeneuta preferirá la interpretación más conveniente al efecto útil del acto respecto de aquél en que no lo produzca (*Utile per inutile non viatiatur*),”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*art.1622, C.C.)<sup>58</sup>; las cláusulas contractuales pueden interpretarse por “las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia”<sup>59</sup>, o “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte” (Principios de interpretación extensiva y auténtica) art.1622, C.C.)<sup>60</sup>; no debe restringirse la explicación dada en un contrato a aquellos casos a los cuales naturalmente se extienda, salvo pacto en contrario (Principio de interpretación excluyente o extensiva, art. 1623, C.C.); y subsistiendo alguna duda, las estipulaciones ambiguas se interpretan a favor del deudor (favor debitoris o pro debitoris), pero las extendidas o dictadas por una parte, acreedora o deudora se interpretarán en su contra, siempre que la ambigüedad provenga de omitir la explicación debida (interpretatio contra proferentem o stipularorem, art. 1624 C.C).<sup>61</sup>*

*Por otra parte, en presencia de cambios, modificaciones, sustituciones o adiciones al contenido del contrato, han de examinarse en forma conjunta, armónica y sistemática para auscultar en sus estipulaciones, iniciales y ulteriores, la común intención de las partes. En esta dirección, la jurisprudencia civil ha precisado que los “[a]cuerdos celebrados posteriormente al contrato original, amplían el entramado contractual básico o matriz, y la labor del interprete, en tal virtud, consistirá en auscultar el contenido íntegro del tejido contractual, integrado por la pluralidad de negocios o acuerdos celebrados por las partes, con el fin de esclarecer cuales de las estipulaciones inicialmente establecidas han sido modificadas o adicionadas y cuales no. Expresado de otro modo,*

---

<sup>58</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de agosto de 1935; Gaceta Judicial XLII, pág. 343. “El estudio aislado de las disposiciones contractuales, como si cada una de ellas se bastara a sí misma, confunde al intérprete e impide la concordia entre los diversos puntos. Las cláusulas han de interpretarse unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor cuadre con la naturaleza del contrato y que más convenga a peste en su totalidad. Sólo así es posible aprehender la idea dominante de las partes y construir con sus palabras una figura jurídica”; cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01: “En sentido análogo, los cánones hermenéuticos de la *lex contractus*, comportan el análisis *in complexu*, sistemático e integral de sus cláusulas “dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad” (art.1622 C.C.), plenitud e integridad y no el de uno de sus apartes o segmentos (*Tota in toto, et tota in qualibet parte*), según de vieja data postula la Corte al destacar la naturaleza orgánica unitaria, compacta y articulada del acto dispositivo “que por lo regular constituye una unidad y en consecuencia sus estipulaciones deben apreciarse en forma coordinada y armónica y no aislando unas de otras como partes autónomas” (cas. civ. 15 de marzo de 1965, CXI y CXII, 71; 15 de junio 1972, CXLII, 218; sentencia de 2 de agosto de 1935, Gaceta Judicial XLII, pág. 3437, 7 de octubre de 1976)”.

<sup>59</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 12 de noviembre de 1897. Gaceta Judicial, año 13, p. 117. “Cuando un contrato es reformativo de otro, deben tenerse en cuenta, para fijar su inteligencia, las cláusulas de ambos y no tan solo las del segundo”; Sentencia de 1º de octubre de 2004; Exp.: 7560.

<sup>60</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, SC-007-2008], exp. 2001-06915-01.” En la búsqueda del designio concurrente procurado con el *pactum*, se confiere singular connotación a la conducta, comportamiento o ejecución empírica significativa del entendimiento de los sujetos al constituir de *lege utenda* una “interpretación auténtica que le imprime vigor al real sentido del contrato por la aplicación práctica que las partes han hecho del mismo” (art. 1622, C.C. cas.civ. S-139-2002 [6907], agosto 1/2002 reiterando cas. octubre 29/1936, XLIV, 456).

<sup>61</sup> Luís CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Editorial Jurídica de Chile, tomo duodécimo, De las obligaciones, Santiago de Chile 1979, pág. 28 y ss: “Esta regla supone que la duda sobre el verdadero sentido de las cláusulas o de una cláusula de un contrato no ha podido desaparecer con la aplicación de todas las demás reglas interpretativas que pudieran ser aplicadas y que resultan, por lo tanto, inaplicables o insuficientes para solucionar la ambigüedad de la cláusula”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, cas. civ. sentencia de 1º de agosto de 2002, Exp. 6907.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*el hermeneuta deberá, in complexu, analizar la integridad de manifestaciones volitivas que, articuladas, conforman una red negocial, objeto de auscultación. De allí, que no puedan interpretarse tales agregaciones o adiciones como pactos insulares”<sup>62</sup>, pues “[c]uando un contrato es reformatorio de otro, deben tenerse en cuenta, para fijar su inteligencia, las cláusulas de ambos y no tan solo las del segundo”<sup>63</sup>.*

En igual sentido, el Laudo de fecha 2 de diciembre de 2021, en el caso de Transportadora de Gas de Internacional S.A. E.S.P. vs. Transgas de Occidente S.A. acoge y reitera los criterios antes puestos de presente.

La doctrina más autorizada, señala al respecto en particular, por lo que hace a la “ambigüedad” del texto contractual, confrontado con el diverso entendimiento de las partes, como acontece en el caso presente, lo que a continuación se trae a colación.

El Profesor Juan Pablo Cárdenas dentro del análisis del artículo 1618 del Código Civil, hace referencia a la ambigüedad, poniendo de presente como ella puede ser intrínseca o extrínseca.

*“La ambigüedad intrínseca resulta de la pluralidad de sentidos que puede tener una palabra o una expresión incluida en el acto o negocio jurídico. La ambigüedad extrínseca puede resultar de diferentes circunstancias, como, por ejemplo, del hecho de que una cláusula en si misma clara y precisa, no lo sea frente a las de más estipulaciones de las partes incorporadas en el mismo contrato. Igualmente, puede resultar de la confrontación de actos materialmente distintos pero que concurren al mismo objeto (la aceptación que dio lugar al contrato y el texto escrito del mismo elaborado posteriormente o la confrontación del texto con la realidad en la cual las partes se encuentran colocadas al momento de celebrar o ejecutar sus obligaciones. (...)*

*Además, y aun cuando no existiera ambigüedad alguna, si se prueba que la voluntad común es distinta a la que quedo consagrada en el documento contractual, a esta debe atenderse el juez.*

*En todo caso, el texto del contrato es un elemento de partida en la interpretación del mismo, en la determinación de la voluntad de los contratantes, de cardinal importancia, si se tiene en cuenta que la común intención de las partes de ordinario queda plasmada en las cláusulas del contrato, pues es de suponer que los contratantes quisieron reflejar el negocio celebrado en las palabras que expresaron.*

*De esta manera, cuando de hermenéutica contractual se trata, lo razonable es acudir al texto*

---

<sup>62</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1º de octubre de 2004; Exp.: 7560.

<sup>63</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 12 de noviembre de 1897. Gaceta Judicial, año 13, pag. 117.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*mismo del contrato, para determinar si las partes expresaron claramente su voluntad sin perjuicio de que se pueda acreditar que su real intención sea otra. En ese sentido obra el adagio in claris non fit interpretatio. Al respecto señala la doctrina que la regla no debe entenderse como exclusión de la interpretación en los casos de claridad, sin como presunción en favor del sentido literal. (...)*

*Finalmente, debe observarse que aunque el Código Civil no señala que los contratos deben interpretarse de buena fe, así debe procederse, dado que los contratos deben ejecutarse de buena fe”.*<sup>64</sup>

Así las cosas, con fundamento en lo expresado, para la interpretación de este contrato el Tribunal adoptará los parámetros que rigen la figura del contrato “llave en mano” a nivel universal, en la forma como se han incluido en el contrato celebrado por ellas y la interpretación, que, conforme a los autores y la jurisprudencia indican, en particular en los aspectos en los que alguna de las partes, en especial, los contratistas, proponen se tomen en consideración criterios que no coinciden con el contrato y su recta lectura e interpretación, a partir de la cronología de lo acontecido, de lo cual, existe, en entender el Tribunal, pruebas que confirman el criterio que el Tribunal habrá de seguir.

#### **4. La validez de las cláusulas. Nulidad de contratos mercantiles.**

##### Las nulidades contractuales en derecho mercantil.

Para el estudio de la controversia en definición por el panel, toma especial importancia aproximarse a este tópico en razón a que mucho de su soporte fáctico se soportaría en la validez o no de un acuerdo contenido en el contrato en disputa el cual, afirma uno de los extremos de la litis, debería declararse nulo de nulidad absoluta, circunstancia que necesariamente cobija en mucho el objeto de las pretensiones y defensas en análisis.

De la mano con el profundo estudio que sobre la materia entregó el Profesor Jorge Hernán Gil Echeverry en publicación de LEGIS titulada “LA NULIDAD ABSOLUTA EN CONTRATACIÓN MERCANTIL” se abordarán algunos aspectos respecto del tema que, en criterio del panel, establecerán el marco legal dentro del cual deberá definirse su viabilidad.<sup>65</sup>

Iniciamos mencionando la coexistencia en nuestro sistema legal de dos regímenes normativos diferentes que integran el Derecho Privado, en los que, en ambos, se regulan aspectos y problemáticas atinentes a contratos, de manera que hoy se distingue el tratamiento legal en todos sus aspectos- individualizado dependiendo si se trata de un contrato regulado por el Código Civil o se está frente a uno de los que regula el Código de

---

<sup>64</sup> Cárdenas Mejía, J., *Contratos, Notas de Clase*, Primera Edición, Bogotá, Edit. Legis págs. 56 a 65.

<sup>65</sup> Gil Echeverry, Jorge Hernán, *LA NULIDAD ABSOLUTA EN CONTRATACIÓN MERCANTIL*, Ed. Legis, 2018.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Comercio- en especial con lo que nos interesa que es el régimen de sanciones aplicables a cada uno de ellos, sus requisitos, alcances y casuística.

Señalaremos cómo las instituciones mercantiles han incluido, en el capítulo sancionatorio contractual, figuras represivas propias como son la ineficacia y la inoponibilidad, sin desconocer, por supuesto, la opción de la inexistencia regulada expresamente en temas comerciales. Por lo dicho es menester entrar a determinar cuáles son los rasgos determinantes, esos elementos de identificación que permitan acudir a uno u otro de los estatutos legales referidos para asumir la decisión en materia contractual sancionatoria.

Desde los primeros artículos del Código de Comercio se comienzan a indicar los “*Criterios de Mercantilidad*”, más específicamente la noción de acto de comercio para determinar si se trata de una relación jurídica de carácter civil o de carácter mercantil, lo que de manera prolija desarrolla el art. 20 del ordenamiento en mención, resaltando éste que las relaciones jurídicas allí especificadas se consideran mercantiles para todos los efectos legales, independientemente de quién las ejecute, lo que constituye la noción del acto objetivo de comercio el que se regula en su integridad por dicho Código.

Complementa este criterio, la disposición del art. 22 op.cit, conocida como la del “Acto Mercantil Mixto”, según la cual baste que el acto sea mercantil para una de las partes intervinientes en él, para deba ser regulado íntegramente por las normas del derecho comercial, disposición que se conjuga con lo dispuesto en el art. 21 del ordenamiento. según el cual son mercantiles “...*todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio...*”, lo que necesariamente involucra a los actos desarrollados por cualquiera con sociedades en desarrollo de su objeto social,<sup>66</sup> ya que se presume que cuando una sociedad mercantil celebra un contrato relacionado directamente con su objeto social, tal relación jurídica se regulará por el derecho comercial.

Para cerrar este punto solo resta indicar que el contenido de los arts. 20, num. 19 y 24 del C.de. Co<sup>67</sup>, que se conoce como el criterio residual del acto de comercio, según el cual todos los actos regulados por la ley mercantil son actos de comercio y las disposiciones enunciativas de ellos son eso, enunciativas y nunca taxativas, enmarca el concepto que nos interesa: el del acto de comercio indicador del régimen legal a aplicarse.

Superada la etapa de la determinación del acto de comercio, vale la pena definir el alcance de lo que se considera para su regulación legal como un contrato de carácter comercial, frente a lo que se entiende por contrato bajo la égida de las normas del Código Civil.

---

<sup>66</sup> CSJ, Sala Cas.Civ, Sent.dic 13/2023, Ref., Exp. 1100131030401999-01651-01

<sup>67</sup> ARTÍCULO 20. <ACTOS, OPERACIONES Y EMPRESAS MERCANTILES - CONCEPTO>. Son mercantiles para todos los efectos legales: (...) 19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil. ARTÍCULO 24. <ALCANCE DECLARATIVO DE LAS ENUMERACIONES CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 20 Y 23>. Las enumeraciones contenidas en los artículos 20 y 23 son declarativas y no limitativas.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

El art 1495 del ordenamiento civil dispone:

*“ARTICULO 1495. DEFINICIÓN DE CONTRATO O CONVENCION. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.” (Énfasis propios)*

Coincidiendo con el Profesor Gil, resaltamos que esta concepción de contrato solamente se configura cuando las partes han convenido obligaciones, es decir cuando se trata de crear obligaciones de dar, hacer o no hacer, y al parecer se restringe a contratos bilaterales, puede ser con partes plurales en algún extremo, pero definitivamente solo bilaterales.<sup>68</sup>

Por su parte, la definición de contrato en el Código de Comercio es más ambiciosa. Dice su art. 864:

*“ARTÍCULO 864. DEFINICIÓN DE CONTRATO. El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.  
Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851.” (Énfasis propios)*

Rescatemos de esta definición lo que sigue: i) el contrato mercantil puede ser bilateral, multilateral o plurilateral (Conc. Art. 865 C.de.Co) y, ii) el contrato mercantil puede tener tres finalidades: a) constituir obligaciones, b) modificar obligaciones y c) extinguir obligaciones, mientras que -ya lo vimos arriba- el contrato civil se ajusta a los contratos bilaterales en el sentido que una de las partes o extremos se obliga para con la otra, mientras que en el contrato mercantil perfectamente algunos de sus suscriptores no asumen directamente obligaciones correlativas (contratos de colaboración, sociedades comerciales...) concepto que se descarta para los primeros.

Bajo el criterio de estos contratos multilaterales, se comienza a advertir un exclusivo tratamiento para las sanciones contractuales en derecho mercantil, como ya lo anuncia el art. 903 op.cit, indicando que “...la nulidad originada en la relación que vincula a una sola de las partes no suscita necesariamente la nulidad de todo el contrato”, fenómeno que mencionamos por ahora solo como antesala a la diferencia que se presenta cuando se trata de nulidades contractuales en contratos civiles y cuando se trata de las mismas en contratos mercantiles.

La presencia del régimen mercantil en contratación presupone un régimen sancionatorio exclusivo para las

---

<sup>68</sup> Op.cit. pág. 24.



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

relaciones que él regula, como lo son la ineficacia, la nulidad, la anulabilidad y la inoponibilidad, lo cual difiere mucho de lo establecido en el sistema civil, anunciando desde ya que con respecto a las nulidades absolutas y las relativas se establecen causales específicas así como reglas adicionales tales como la nulidad parcial y la nulidad de contratos plurilaterales, por lo que no sería afortunado, para este tipo de tratamiento sancionatorio, acudir al derecho común.

Aquí es conveniente establecer un parámetro para evitar confusiones: una vez establecido que un negocio jurídico se regula por el derecho mercantil, deben aplicarse en su integridad esas disposiciones y solamente si existiere vacío se acudirá por vía de analogía a lo establecido en la legislación civil. Se resalta que es solo en caso de vacío, según lo señalado en los arts. 1° y 2° del C.de.Co.<sup>69</sup>

Esto por cuanto en el art. 822 del ordenamiento comercial <sup>70</sup>se hace una remisión, en tema de contratos mercantiles, a los principios del derecho civil sólo en cuanto al modo de extinguir o anular sus contenidos, lo que en ninguna parte puede extenderse a que otros tópicos contractuales, v.gr las nulidades previstas en el Código Civil en materia de contratos, se añadan o apliquen a los contratos mercantiles. La remisión para los efectos del art. 822, es exclusivamente dirigida a los principios del derecho civil y no a la aplicación de sus textos de ley.<sup>71</sup>

Así las cosas, de cara a las disposiciones explícitas del ordenamiento comercial en materia de nulidades contractuales (arts. 899 y concs.) no será de recibo invocar ese art 822 para aplicar a los contratos mercantiles las reglas de nulidad de los civiles, pues ese tópico no se enmarca en el concepto de “principios”, remisión a ellos que, ya lo dijimos, no puede interpretarse como una remisión directa, pues esas reglas de nulidad no son principios, son normas especiales.

Esta remisión del 822 que venimos revisando, en la práctica ha significado que la aplicación de las normas del Código Civil en asuntos mercantiles sea excepcional y esporádica, toda vez que principios del derecho común tales como la buena fe, el no abuso del derecho y el enriquecimiento sin justa causa, en derecho comercial son textos normativos de carácter general e imperativo.

Adentrándonos ya en lo que toca con la nulidad contractual en materia de contratos mercantiles, se debe resaltar la existencia del artículo 899 C.de.Co., que consagra de manera especial, taxativa y específica las causales de nulidad, por lo que no es de recibo, insistimos, acudir a ordenamiento distinto cuando existe en el derecho comercial norma expresa que lo regula. Dice ese artículo:

---

<sup>69</sup> Artículo 1o. C. de Co. “*Aplicabilidad de la ley comercial. Los comerciantes y los asuntos mercantiles se regirán por las disposiciones de la ley comercial, y los casos no regulados expresamente en ella serán decididos por analogía de sus normas.*”

Artículo 2o. C. de Co. “*Aplicación de la legislación civil. En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil.*”

<sup>70</sup> Artículo 822. C. de Co. “*Aplicación del derecho civil. **Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. (...)***”

<sup>71</sup> Sentencia C-284/2015 – Corte Constitucional.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*“Nulidad absoluta. Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos:*

- 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa;*
- 2) Cuando tenga causa u objeto ilícitos, y*
- 3) Cuando se haya celebrado por persona absolutamente incapaz.”*

Nótese cómo en materia mercantil existen estas causales expresas para invocar la nulidad contractual, autónomas e independientes cada una de la otras, lo que no impide que concurren varias, solo que, a diferencia de lo que acontece en las normas civiles, ellas nunca se confunden.

A manera solo de ilustración, se examina cómo sería el manejo de la presencia de una nulidad apoyada en la violación de la norma imperativa y/o en la existencia del objeto ilícito, de cara al contenido del art 1523 del Código Civil que prácticamente las equipara, cuando su texto reza que *“...Hay así mismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.”*

Esta condición se predicaría en contratos civiles y no tendría salida diferente a la del fenecimiento contractual, mientras que, en asuntos mercantiles, sería viable subsanar una eventual violación de una norma imperativa respecto de una convención contractual, ajustándola al tenor de las normas al parecer vulneradas, lo que superaría la falla, mientras que, si hubiere objeto ilícito, ése sí no es solucionable por ninguna vía. Es un tratamiento distinto cuando estamos en materia de contratos comerciales. Sobre ello volveremos adelante.

Para el esclarecimiento de la declaración de una nulidad, tanto en derecho civil como en derecho mercantil, siempre se deberá partir de lo que la doctrina conoce como el *Principio de Reserva de Ley*, que no es otra cosa a que siempre se requerirá antes de atender peticiones en tal sentido, la necesidad de que esa sanción de nulidad sea previamente determinada por el legislador, pues la sanción de nulidad absoluta no es aplicable nunca por vía de aplicación analógica y/o extensiva. En ese orden de ideas es que las causales de nulidad absoluta son taxativas, es decir operan bajo el principio de enumeración cerrada.<sup>72</sup>

No creemos sea prematuro, en este estado de la revisión en curso, afirmar sin lugar a duda que en este proceso arbitral se está en presencia de un contrato mercantil, apoyados en las reflexiones expuestas al inicio, razón por la que se impone profundizar en el art. 899 mencionado, regulatorio del fenómeno de la nulidad en materia de esta calidad de contratos.

Iniciemos por resaltar cómo la primera de las causales por las que en estos contratos operaría una nulidad absoluta -como cláusula general- es la probada presencia de una trasgresión de una norma imperativa, si otra cosa no dispone expresamente el mismo legislador para esa determinada y puntual violación legal.

---

<sup>72</sup> C.E., Secc.4ª, Sent, ago. 21/14 – Exp. 1100103150002013191900  
CSJ, Sala Civil, Sent, ago 15/2006 – Exp. 08001-31-10-003-1995-9375-01

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de julio de 2008, Exp. 2001-00803-01, señala que, en relación con lo dispuesto en el art 899 plurimentado, la primera causal tiene relación con la violación del orden público, *ius cogens*, el derecho imperativo y la ética media, entendiendo como normas imperativas,

*“ ...las normas de observancia forzosa, imprescindible e ineludible, impuestas por el legislador a contrariedad de sus destinatarios al obedecer al ius cogens u orden público, intereses vitales de mayúscula significación e importancia y, por ello, no admiten en forma alguna discusión, sustitución, exclusión, alteración, modificación ni aplicación e interpretación extensiva o analógica y comportan restricciones a la autonomía de la voluntad y libertad particular, por lo cual, se comprende su efecto vinculante y la imposibilidad de extenderlas a casos análogos y próximos. Su desconocimiento, tratándose del negocio jurídico, se sanciona con nulidad absoluta.”<sup>73</sup>*

Como se concluye fácilmente, esa existencia de esas normas imperativas, como determinantes de esta sanción, no son de fácil determinación, empero existen en la legislación casos en los que el propio legislador expresamente señala cuáles son normas imperativas o de orden público y por ende su trasgresión deviene en nulidad absoluta, v.gr el contenido del artículo 1162 de este ordenamiento mercantil, regulador de los contratos y obligaciones mercantiles,<sup>74</sup> motivo por el que, será labor del juez, en cada caso, determinar si la norma que se acusa transgredida tiene o no el carácter de ser imperativa.

Tendrá en cada caso el juzgador que distinguir sin esa norma mal tratada es de aquellas que son imperativas para sus destinatarios, es decir que se imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra pues sus efectos de todas formas deben producirse, de aquellas de las que tienen solamente un carácter supletorio, esto es, se aplicarán en ausencia de decisión diferente adoptada por los particulares, o de aquellas que son opcionales y que aplican a elección y conveniencia de los contratantes, al decir de la Corte Constitucional.<sup>75</sup> En las dos últimas calidades de la ley transgredida, no operará la nulidad absoluta.

Como se colige, el estudio previo a una declaración de nulidad absoluta en este supuesto exige una clara y precisa determinación de esa ley imperativa que fue desatendida, la verificación de que tal transgresión no tiene una distinta sanción por ello (v.gr. inoponibilidad, ineficacia ...) por lo que pretender la imposición de tal castigo sin que exista tal precisión, estará llamada al fracaso.

El segundo de los supuestos para una nulidad absoluta en contratos mercantiles tiene que ver con la existencia

---

<sup>73</sup> Ídem.

<sup>74</sup> Artículo 1162 C. de Co. “Normas inmodificables y modificables solo en sentido favorable. Fuera de las normas que, por su naturaleza o por su texto, son inmodificables por la convención en este Título, tendrán igual carácter las de los artículos 1058 (incisos 1o., 2o. y 4o.), 1065, 1075, 1079, 1089, 1091, 1092, 1131, 1142, 1143, 1144, 1145, 1146, 1150, 1154 y 1159. Y sólo podrán modificarse en sentido favorable al tomador, asegurado o beneficiario los consignados en los artículos 1058 (inciso 3o.), 1064, 1067, 1068, 1069, 1070, 1071, 1078 (inciso 1o.), 1080, 1093, 1106, 1107, 1110, 1151, 1153, 1155, 1160 y 1161.”

<sup>75</sup> Corte Constitucional Sentencia T-597/95

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

de una causa y/o un objeto ilícito en su estructura.<sup>76</sup>

En lo que tiene que ver con la presencia de nulidades por causa ilícita, son muy escasas las posibilidades para que ello se determine, siendo casi la única la predicable del contrato societario celebrado en contravía del precepto del art. 104 del C.de.Co., por lo que en general en relación con la causa lícita de todos los contratos y operaciones mercantiles, no se puede concluir que la violación a un indeterminado orden público sea causa de nulidad absoluta.

La mejor forma de acercarse, para los contratos mercantiles en general, al concepto de la causa ilícita, requiere inicialmente que habrá que probarse por quien lo alegue, o por el juez oficiosamente, que esa causa acusada fue común y conocida por todos los contratantes y que los móviles que indujeron a la celebración del contrato estaban destinados a hacer fraude a la ley, esto es, dirigidos a soslayar expresas prohibiciones legales, obviamente, de carácter imperativo, como atrás señalamos, lo mismo que cuando esa intención común, estaba encaminada a contradecir un principio general o fundamental del sistema legal (orden público) o a vulnerar las reglas de conducta de la moral común (buenas costumbres). Aquí se distinguiría entre: negocio ilícito, negocio ilegal y negocio inmoral.

La prosperidad de una nulidad por causa ilícita se predica de la existencia de prácticas encaminadas a hacer fraude a la ley, utilizadas como mecanismos para eludir inhabilidades y prohibiciones legales, v.gr. La celebración de contratos para regularizar actuaciones viciadas.

Una de las primeras definiciones del fraude a la ley, se encuentra en el Digesto de Justiniano el cual establece que ... *"obra contra la ley el que hace lo que la ley prohíbe; en fraude de ella el que, respetando las palabras de la ley, elude su sentido"* <sup>77</sup>

Ascarelli afirma respecto a la restricción que impone la ley que ... *"al dictar una orden o una prohibición, quiere que produzca sus efectos aun en contra de combinaciones que tratan de eludirla y aun cuando éstas adopten formas legales; aquél no puede tolerar que la norma sea burlada por maniobras ingeniosas que adopten formas o vestiduras de esta naturaleza"* <sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Artículo 104 C. de Co. "Vicios en el contrato de sociedad-nulidades. Los vicios del contrato de sociedad o el defecto de los requisitos de fondo indicados en el artículo 101 afectarán únicamente la relación contractual u obligación del asociado en quien concurren.

*La incapacidad relativa y los vicios del consentimiento sólo producirán nulidad relativa del contrato; la incapacidad absoluta y la ilicitud del objeto o de la causa producirán nulidad absoluta.*

**Habrá objeto ilícito cuando las prestaciones a que se obliguen los asociados o la empresa, o la actividad social, sean contrarias a la ley o al orden público. Habrá causa ilícita cuando los móviles que induzcan a la celebración del contrato contraríen la ley o el orden público y sean comunes o conocidos por todos los socios.** (Resaltado propio)

<sup>77</sup> *Contra legemfacit, qui id facitquodlexprohibet, in fraudem vero, quisalvisverbislegissententiam eiuscircumvenit.* Digesto de Justiniano, I (1968) 1, 3, 29 Pág. 57.

<sup>78</sup> ASCARELLI, T., "Il negozio indiretto e le società commerciale" en Studi per Vivante. Roma. 1931. p. 23.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Por otra parte, para Emilio Betti el acto jurídico encaminado a defraudar la ley ocurre cuando... *"pese a salvar las apariencias y respetar la letra de la ley, logra violar su precepto en espíritu"*.<sup>79</sup>

Ricardo Balestra, a su turno, define el fraude a la ley como ... *"la realización de actos que aisladamente serían válidos, pero que se hallan presididos en su comisión por una intención, dolosa del agente con la finalidad de alcanzar un resultado prohibido por el derecho y más específicamente por la norma de derechos internacional privado"*<sup>80</sup> (Resaltas fuera)

Otros autores señalan que el fraude a ley se constituye por ... *"actos reales queridos y realizados efectivamente y combinados de tal manera que, aun siendo lícitos en sí, aisladamente considerados, permiten, como resultado de la combinación, burlar la ley y hacerla producir efectos contrarios a su espíritu y a su fin"*. En este orden de ideas, se configura el fraude a la ley cuando los interesados buscan librarse de obligaciones impuestas por la ley, *"realizando actos ajustados aparentemente a la misma, pero que suponen una contravención o un falseamiento de su espíritu"*<sup>81</sup> (Resaltas fuera)

En el caso colombiano, en Sentencia del 13 de febrero de 1992, la Sección Tercera del Consejo de Estado expresó que el hecho de intentar, mediante la alteración calculada de un comportamiento, el nacimiento de un derecho a través de una norma que no es la correctamente aplicable, constituye fraude a la ley.

Por otra parte, la Corte Constitucional aplicó el concepto de fraude a la ley en la Sentencia SU-1122 de 2001. Al respecto, la Corte manifestó:

*"En estas circunstancias, se puede hablar de un fraude a la ley (o fraude al derecho), por cuanto se aprovecha las opciones hermenéuticas que se desprenden de una regla, para fines o resultados no queridos (en tanto que incompatibles) por el ordenamiento jurídico. No se trata de un acto ilegal o ilícito en la medida en que no existe regla que prohíba el resultado hermenéutico. La calificación de fraude, entonces, tiene por objeto permitir que se corrija este fenómeno, a pesar de no ser típico. En este orden de ideas, el juez y la administración tienen el deber de evitar que se interpreten los textos legales de manera que se cometa fraude a los principios del sistema."* (Resaltas fuera)

Según las anteriores referencias, a juicio de la Sala quien actúa en fraude a la ley, ejecuta actos que guardan fidelidad al texto de la norma o que se desprenden de una interpretación en apariencia razonable de ella, pero que en realidad eluden el sentido de las disposiciones y conducen a resultados que desbordan la naturaleza y finalidades de la respectiva institución jurídica.

---

<sup>79</sup> Betti, E., *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado. 2da ed. Madrid. 1959. p 283.

<sup>80</sup> Balestra, R., *Derecho Internacional Privado*, parte especial; Buenos Aires, Editorial Abeledo – Perrot; Pág. 19

<sup>81</sup> Vodanovic, Antonio; Alessandri, Arturo; Somarriva, Manuel, *Ibid.* p. 369.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Tales actos pueden o no tener lugar por la voluntad del agente. Por ello el fraude a la ley no debe confundirse con el fraude susceptible de sanción penal o de otra naturaleza. En su dimensión objetiva, el fraude a la ley únicamente requiere que exista un aprovechamiento de las opciones hermenéuticas del agente.

En conclusión, continuando en la línea trazada por el profesor Gil Echeverry, “...es más acertado sostener que el fraude a la ley, como mecanismo contractual utilizado para eludir prohibiciones e inhabilidades legales, generaría nulidad absoluta del contrato, por existir causa ilícita”.<sup>82</sup>

El arriba citado art. 104, aproxima, en derecho comercial, a un concepto claro de lo que se entiende por objeto ilícito. Dice lo pertinente:

*“ (...) Habrá objeto ilícito cuando las prestaciones a que se obliguen los asociados o la empresa, o la actividad social, sean contrarias a la ley o al orden público. (...)”*

Entendemos esto afirmando que en materia mercantil el objeto ilícito se refiere exclusivamente al contenido de las obligaciones que adquieren las partes, esto es la relación económica representada en bienes y servicios que los contratantes convienen en dar, hacer o no, por lo que, si esa prestación asumida como obligación es contraria a la ley, habrá objeto ilícito. Ello significará que no habrá nulidad absoluta en relación con el objeto del contrato (las obligaciones que se constituyen) sino en relación con el objeto de la prestación prometida. No hay objeto ilícito p.ej. al contratar el pago de un servicio de protección, hay objeto ilícito cuando ese servicio presupone el asesinar personas en desarrollo de esa protección. Este sería el ejemplo más relevante para entender esta diferencia.

En resumen, para que sea exitosa una pretensión de nulidad absoluta por objeto ilícito será menester que se acredite en el expediente que la manera de ejecutar la prestación convenida transgrede la ley o el orden público, conforme lo enseñado en el citado art. 104.

Por no considerarlo cercano a la casuística en estudio, la causal de nulidad absoluta por incapacidad de los contratantes, la dejaremos sin examinar.

Para nadie es novedoso el resaltar que, bien sea en contratación civil o mercantil, no es solo facultad, es deber del juez decretar oficiosamente la nulidad absoluta del contrato, pero solo cuando esta sea evidente y manifiesta, directriz que encuentra su sustento en el conocido como “Principio de la Preservación del Contrato”.<sup>83</sup> Esta prerrogativa se extiende a la declaratoria oficiosa de una nulidad parcial, que a continuación revisaremos.

---

<sup>82</sup> Op. Cit, pág. 76.

<sup>83</sup> CSJ, Sala Civil,. Sent. 25/04/06 – Exp. 1997-10347-01 y Sent. 2006-00403, 31/08/12

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Dice la jurisprudencia que es carga de los contratantes el evitar causales que puedan invalidar sus contratos y es carga del juez interpretar el convenio de manera favorable a la eficacia de éste (arts. 1618 y ss. CC). Así las cosas, cuando la existencia de una nulidad absoluta sea dudosa, el juez deberá propender por darle validez al contrato, y esa declaratoria de nulidad absoluta será excepcional. Esa facultad del juez para declarar una nulidad absoluta “...es excepcional y delimitada al estudio del contrato respectivo”, debiendo verificarse por ese juez la validez contractual, esto es, el efecto práctico que las partes buscaron al celebrar el contrato.<sup>84</sup>

Para concluir este capítulo, tendrá el panel que ocuparse de lo regulado por la ley mercantil en los arts. 902 y 903<sup>85</sup>, reguladores de la institución conocida como “la nulidad parcial del negocio jurídico afectado de invalidez”, haciendo gala del ya mencionado Principio de la Preservación del Contrato.

Esta regulación mercantil enmarca la existencia de dos fenómenos: i) la nulidad de alguna de sus cláusulas, y, ii) la nulidad del vínculo de alguno de sus suscriptores, para casos de contratos plurilaterales. Para lo que nos atañe en este proceso solo revisaremos la primera calidad de estos fenómenos.

Esta posibilidad, exclusiva del derecho mercantil y desarrollada en el art 902 citado, tiene como finalidad de indicarle al juez que determine él que cuando una cláusula del contrato mercantil esté afectada de nulidad absoluta (cfr., art 899) solamente dicha cláusula podrá ser declarada inválida, conservando plena eficacia y validez el contrato en todo lo demás. Tal invalidez solo afecta a la cláusula en la que se cometió la irregularidad sancionable, lo que equivaldría, en palabras del Profesor Gil Echeverry, a “echarle tijera” al contrato y cortar esa cláusula continuando con el resto del negocio jurídico.

Por vía jurisprudencial, el Consejo de Estado se adentró a regular esta modalidad sancionatoria al decir que:

*“...la finalidad principal de la nulidad parcial se concreta en procurar la preservación del contrato, pero para que sea procedente se requiere el cumplimiento de ciertos requisitos, saber: i) que solo una parte del negocio jurídico se encuentre viciada de nulidad, ii) que ese negocio jurídico pueda subsistir sin la parte que se encuentra viciada y. iii) que las partes de cualquier forma manifiesten el querer preservar su validez, esto es que aún si esa parte nula, el contrato lo hubieren celebrado.”<sup>86</sup>*

Esta directriz tiene una limitación y es la de que cuando “aparezca” prueba seria y razonable de que sin la cláusula viciada el contrato no se celebraría, se entenderá que todo el contrato es nulo, lo que necesariamente requerirá del juez especial cuidado y severidad para adoptar tamaña decisión y tendrá que tenerse por ese juez la convicción de ello una vez sopesada seria y razonadamente la evidencia que lo haga concluir que tal

---

<sup>84</sup> Sent. C-345/2017 – Corte Constitucional.

<sup>85</sup> Artículo 902 C. de Co. “Nulidad parcial. La nulidad parcial de un negocio jurídico, o la nulidad de alguna de sus cláusulas, solo acarreará la nulidad de todo el negocio cuando aparezca que las partes no lo habrían celebrado sin la estipulación o parte viciada de nulidad.”

<sup>86</sup> C.E. Sala Tercera, Sent. 22/10/15, Rad 190012331000200700555 01.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

cláusula nula resulta sustancial o estructural para la vida del negocio jurídico en debate.

Expuestas las reflexiones que anteceden, es claro para el panel que:

1. En contratos mercantiles, como el que nos convoca, debe atenderse, en materia de nulidades absolutas, al contenido del art. 899 del C.de.Co., exclusivamente.
2. La prosperidad de la causal primera estará atada al carácter imperativo de la norma que se transgredió y no debe existir otro remedio que el legislador haya considerado sea posible aplicar.
3. Es diferente un objeto ilícito de unas obligaciones ilícitas
4. Deberá probarse, para la causa ilícita como causal, que el fraude a la ley fue el móvil para la contratación.

Con estas apreciaciones queda entonces referenciado el marco teórico legal sobre el cual se definirá, en lo que al caso corresponda, lo atinente a la nulidad parcial que se plantea como pretensión en este proceso.

## **5. El concepto de incumplimiento en el derecho contemporáneo**

Antes que nada, es preciso tener en consideración un principio que resulta fundamental y cuyo alcance, como ocurre hoy día con varias de las reglas que rigen los contratos y los efectos de los mismos, así como el cristal con el que se miran las normas clásicas relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las partes, el incumpliendo contractual y las penas que dicha conducta llegan a causarse a cargo de las partes intervinientes, ha variado, llevando a la doctrina y la jurisprudencia a avanzar a la par.

### De la buena fe

Fundamental principio al cual se da hoy día un grado de valoración que corresponde a la trascendencia del mismo y su incidencia en el análisis frente a los eventuales incumplimientos, resulta ser el principio de la buena fe, no solo en la celebración del contrato, sino en el examen del mismo en la ejecución dada y, a partir de allí, las eventuales consecuencias.

Señalado originalmente en el artículo 1603 del Código Civil, conforme al cual “ **los contratos deben ejecutarse de buena fe**, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”, ha sido refrendado y acotado en la legislación mercantil donde, en el artículo 871, se dispone: “ **los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe** y, en consecuencia, obligarán no solo 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”. (Resaltado propio)

La Carta Constitucional de 1.991, reafirma este principio, al señalar el artículo 83 de la misma que “**Las**



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante esas.*” (Resaltado propio)

Al respecto y sobre la actualización del alcance de este principio, la doctrina ha señalado que “La buena fe es la recta disposición de ánimo. Aplicada a la ejecución del acto jurídico es la recta disposición del agente en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acto (...) De ahí las consecuencias que las normas trascritas deducen de la buena fe **no solo está obligado el agente a cumplir literalmente lo pactado**, al estilo del derecho estricto de Roma; **deben cumplirse las obligaciones según la naturaleza del acto que las origina, pero sobre todo deben cumplirse bajo los dictados de la equidad natural (...)** La buena fe, criterio central de toda actuación jurídica, puede verse lesionada por conductas negligentes o imprudentes en virtud de las cuales quedaría reducida a concepto pasivo insuficiente para constituirse en criterio o postulado de ejecución jurídica. Por esto **el derecho contemporáneo exige que la buena fe vaya acompañada de positiva diligencia y cuidado**, que la actuación de los agentes no solo sea elusiva del mal sino constructiva del bien real, que la disposición del ánimo, en fin, **además de no ser pasiva se concrete en la inteligente y leal realización del objeto del acto**. Este es el contenido del moderno concepto de la buena fe exenta de culpa, al cual en numerosas normas alude nuestro ordenamiento pasivo y reiteradamente la jurisprudencia”.<sup>87</sup> (Subraya el Tribunal).

De igual manera, desde una visión contemporánea y universal, es claro que los conceptos que acompañan la recta aplicación de las consecuencias respecto de los eventos en que se ha producido el incumplimiento de las obligaciones adquiridas bajo el amparo de un contrato, dichos conceptos, anclados en nuestra legislación, valga decir, lo señalado por el Código Civil, y el Código de Comercio, hoy deben ser vistos a la luz de la visión actualizada que propugnan textos de amplia aceptación y aplicación universal.

Los principios UNIDROIT, de general aceptación, en su versión actualizada – 2004 - reafirman sobre la materia que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional, sin que las partes puedan excluir ni limitar este deber. (art. 1.7)

Por su parte la Convención sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías, contiene principios generales sobre el incumplimiento de algunas de las partes de las obligaciones adquiridas contractualmente que, de aplicar estricta y literalmente los principios contenidos en nuestra normatividad, generan un margen de discusión y aplicación que, han de tenerse presentes en casos como el que nos ocupa.

En efecto, nuestro Código Civil, respecto de la materia, establece cuando se encuentra en mora el deudor de la prestación – de dar, hacer o no hacer- conforme lo señala en el art. 1608 se permite, en términos del artículo del artículo 1613 reclamar la indemnización por los perjuicios causados, según se demuestren, o bien la

---

<sup>87</sup> Cubides Camacho, J., *Obligaciones*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Colección Profesores, Cuarta Edición, 1999, Pag.214

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

cláusula penal pactada conforme a lo reglado en el artículo 1592 de la misma obra.

Por su parte, el Código de Comercio, en sus artículos 870 consagra las acciones alternativas que surgen para la parte cumplida frente a la que no lo ha sido e igualmente reglamenta lo relativo a la cláusula penal en el art. 867 para los eventos de incumplimiento o de mora que surjan en un contrato de naturaleza mercantil.

Para nada, nuestra legislación trae requerimiento alguno respecto de la “entidad” del incumplimiento, sino que, con independencia de este, establece las consecuencias que se han señalado, si bien la jurisprudencia ha venido introduciendo criterios al respecto para atenuar la fulminante posibilidad que nuestras reglas señalan.

La Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías consagra parámetros para verificar y determinar las consecuencias, que no basta el incumplimiento liso y llano, sino que ha de ser calificado y como tal establece como parámetro, el llamado “incumplimiento esencial” que define de la siguiente manera:

*Artículo 25 “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.” (Subraya el Tribunal)*

En esa misma dirección los textos de UNIDROIT, como acontece con la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, contienen un marco de referencia diferente a nuestro régimen legal vigente, conforme al cual, no todo incumplimiento termina fatalmente en las posibilidades y consecuencias que señalan nuestras disposiciones legales.

Al respecto, define en su art. 7.1.1., el incumplimiento, como ...

*“El incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el defectuoso o el cumplimiento tardío.”*

Y en el Comentario a la disposición, señala:

*“Este artículo define el “incumplimiento” para los fines de los Principios. Se debe prestar especial atención a dos características de la definición.*

*La primera es que la definición de “incumplimiento” incluye tanto las formas de cumplimiento defectuoso o tardío, como las de incumplimiento total. Por lo tanto, el constructor de un edificio incurre en incumplimiento si ha cumplido parcialmente conforme al contrato y parcialmente en forma defectuosa, al igual que si termina de construirlo con retraso.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*La segunda característica es que, para los propósitos de los Principios, el concepto de incumplimiento incluye tanto el incumplimiento no excusable como el excusable.*

*El incumplimiento puede ser excusable por motivo de la conducta de la otra parte (véase los Arts. 7.1.2 (Interferencia de la otra parte) y 7.1.3 (Suspensión del cumplimiento) y sus comentarios o por acontecimientos imprevisibles y fuera de su control (Art. 7.1.7 (Fuerza mayor) y sus comentarios). Una parte no está facultada para reclamar el resarcimiento o el cumplimiento específico por un incumplimiento excusable de la otra parte, pero la parte que no recibió el cumplimiento tiene derecho, en principio, a resolver el contrato independientemente de que el cumplimiento haya sido o no excusable. Véase los Arts. 7.3.1 y ss., y sus comentarios. “*

Por su parte, el art. 71.6, separa dos conceptos que suelen confundirse, respecto del cumplimiento tardío y el cumplimiento parcial o defectuoso.

Al respecto, el Comentario, señala los siguientes criterios que, para el caso resultan de particular utilidad en el análisis de lo ocurrido y sus consecuencias.

*“Art. 7.1.6 Principios UNIDROIT El artículo reconoce que el cumplimiento tardío es sustancialmente diferente del cumplimiento parcial o defectuoso. El cumplimiento tardío no puede ser subsanado, porque una vez que la fecha de cumplimiento haya transcurrido, no lo hará nuevamente. No obstante, en muchos supuestos el acreedor puede preferir un cumplimiento con retardo a ningún cumplimiento. En segundo lugar, no es fácil anticipar, al momento en que una parte incurre en mora, cuán prolongado ha de ser el retraso en el cumplimiento. El interés comercial del acreedor permite presumir que un retraso razonable puede ser aceptable, pero no así un incumplimiento que se demore demasiado. El procedimiento establecido en este artículo autoriza al acreedor a otorgar una segunda oportunidad al deudor, sin perjuicio de los demás remedios que le puedan corresponder. (Se subraya)*

## **2. Efectos del otorgamiento de un período suplementario para el cumplimiento**

*La parte que brinda un periodo suplementario no puede resolver el contrato ni solicitar el cumplimiento específico durante el periodo de gracia. Tampoco queda afectado el derecho a obtener el resarcimiento por los daños originados por el retardo.*

*La situación al final del periodo concedido dependerá de si el retardo en el cumplimiento ya era esencial al momento de otorgarse el periodo suplementario. En este caso, si el contrato no se cumple durante la prórroga, el derecho a resolver el contrato por incumplimiento esencial simplemente renace al vencimiento del periodo otorgado. Por otra parte, si el retardo en el cumplimiento no era*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*entonces esencial, la resolución sólo será posible al final del periodo de gracia, siempre este hubiera sido razonablemente amplio.”*

Lo que nos lleva, para completar la secuencia, en la necesidad de entender el alcance del **cumplimiento esencial**, noción que a partir de y como se verá, es la interpretación actual más autorizada. No todo incumplimiento bajo dicha perspectiva produce los fatales efectos que nuestra tradicional legislación propone, sino que lo reserva a aquellos que, como se ha ya sugerido, encajan dentro de la categoría señalada de ser “esenciales” vía en la que nuestra jurisprudencia y doctrina llevan una positiva ruta de actualización.

El Artículo 7.3.1. de los principios UNIDROIT a que nos venimos refiriendo, sobre la resolución del contrato dispone al respecto:

*“(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.*

*(2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:*

*(a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;*

*(b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;*

*(c) el incumplimiento fue intencional o temerario;*

*(d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;*

*(e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento.*

*(3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5.”*

El Comentario a este principio fundamental, señala lo siguiente:

***“1. Resolución del contrato si el incumplimiento es excusable***

*Las reglas establecidas en esta sección son aplicables tanto a los casos en que la parte que incumple*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*es responsable, como a aquellos en que el incumplimiento es excusable y, en estos casos, la parte perjudicada no puede reclamar ni el cumplimiento específico ni una indemnización de los daños y perjuicios por el incumplimiento.*

**2. Derecho a resolver el contrato cuando el incumplimiento es esencial**

*En los casos de incumplimiento de una de las partes, la determinación de si la otra puede resolver el contrato depende de una ponderación de las circunstancias. Por un lado, la prestación puede tener tal demora o defectos que la parte perjudicada ya no pueda emplearla para los fines proyectados, o bien el comportamiento de la parte incumplidora ha sido tal que se debería permitir a la parte perjudicada el derecho a resolver el contrato.*

*Por otro lado, la resolución del contrato habrá de causar un detrimento serio a la parte incumplidora, cuyos gastos en la preparación para ofrecer la prestación podrían no ser recuperados.*

*Por ello el parágrafo (1) de este artículo dispone que la parte perjudicada puede resolver el contrato sólo si el incumplimiento de la otra parte es “esencial”, esto es, si es substancial y no de poca importancia.*

**3. Circunstancias significativas para determinar si el incumplimiento es esencial**

*El parágrafo (2) de este artículo presenta un elenco de circunstancias relevantes para la determinación de si, en un determinado caso, la falta de cumplimiento de una obligación contractual constituye un incumplimiento esencial.*

*a. Si el incumplimiento priva substancialmente a la otra parte de sus expectativas*

*El primer factor al que hace referencia el parágrafo (2)(a) es que el incumplimiento sea tan esencial que prive a la parte perjudicada de algo fundamental que tenía derecho a esperar en el momento de celebrarse el contrato.*

*La parte perjudicada no podrá resolver el contrato si la parte incumplidora puede demostrar que no pudo prever, y que razonablemente no hubiera podido prever, que el incumplimiento sería esencial para la otra parte.*

*b. Carácter esencial del cumplimiento estricto de la obligación*

*El parágrafo (2)(b) no atiende a la gravedad efectiva del incumplimiento sino a la naturaleza de la obligación contractual cuyo cumplimiento podría ser esencial. Tales obligaciones que exigen su estricto cumplimiento no son infrecuentes en los contratos mercantiles. Por ejemplo, en los contratos*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*de venta de artículos de consumo, el tiempo de entrega suele considerarse esencial y en una operación de crédito documentario los documentos ofrecidos deben conformarse fielmente con las cláusulas del crédito.*

*c. Incumplimiento intencional*

*El párrafo (2)(c) trata de la situación en la que el incumplimiento es intencional o temerario. Podría, sin embargo, ser contrario a la buena fe y lealtad negocial (Art. 1.7) resolver el contrato en un supuesto de incumplimiento insignificante, aun cuando haya sido intencional.*

*d. Falta de confianza en el cumplimiento futuro*

*El párrafo (2)(d) le otorga importancia al hecho de que el incumplimiento brinde a la parte perjudicada un motivo para desconfiar del cumplimiento futuro de la otra parte. Si una parte debe una de las primeras prestaciones permite anticipar que estos se repetirán en todas las prestaciones subsiguientes, la parte perjudicada puede resolver el contrato, aun cuando los defectos evidenciados en las primeras entregas no justifiquen en sí mismos la resolución del contrato.*

*A veces el incumplimiento intencional puede demostrar que no se puede confiar en la otra parte.*

*e. Pérdida desproporcionada*

El párrafo (2)(e) se ocupa de supuestos en los que la parte que no ha cumplido el contrato ha confiado en dicho contrato y se estaba preparando para cumplirlo o se ha ofrecido a hacerlo. En estos casos se debe prestar atención a si dicha parte sufriría un menoscabo desproporcionado en el caso de que su incumplimiento sea considerado como esencial. Es menos probable que el incumplimiento sea considerado esencial en el caso de cumplimiento moroso, posterior a la preparación de la prestación, que si el incumplimiento tiene lugar mucho antes de tal preparación. También cabe tener en cuenta si la parte de la prestación que ha sido ofrecida o efectivamente entregada puede ser de algún beneficio para la parte incumplidora, si dicha parte de la prestación es rechazada o devuelta.”

Finalmente, resulta pertinente traer a colación la parte final del comentario, en tanto se refiere al evento de la resolución ocurrida luego de haber una de las partes aceptado prorrogar los plazos bien sea mediante modificación contractual o por la conducta asumida frente a la propuesta del contratante retrasado en el cumplimiento de sus obligaciones. Al respecto, el comentario señala:

**“3. Resolución del contrato después del periodo suplementario (Nachfrist)**

*El párrafo (3) está enlazado con el Art. 7.1.5(3), donde se dispone que la parte perjudicada pueda otorgar a la parte que incumple un periodo suplementario (Nachfrist) para resolver un contrato que,*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*de otro modo, no podría resolver por retraso. “*

Esta última disposición, resulta de relevante importancia en tanto como se ha mencionado, en el presente contrato, se dieron, expresamente -otro sí- o tácitamente algunas variaciones en los plazos que ahora se consideran fuente de diferencias de las sometidas a la consideración del Tribunal.

**El incumplimiento esencial en la legislación colombiana. La importancia de su determinación.**

Para la cabal construcción de estos soportes conceptuales, el panel se apoyó en los trabajos que sobre el alcance e inclusión de lo que se entiende por el “*Incumplimiento esencial en Colombia*”, más específicamente, la aplicación de todo lo que ello conlleva en desarrollo del derecho contractual en nuestro medio, de Carmen Alicia Polo Martínez<sup>88</sup> y Sebastián Velásquez Hoyos<sup>89</sup>, aporte doctrinario que mucho ilustra sobre esta nueva tendencia del derecho contractual en nuestro sistema legal colombiano.

Sea lo primero reiterar, como atrás se expuso, que la Convención de Viena de 1980 entró en vigor en Colombia el 1 de agosto de 2002 por cuanto el 4 de agosto de 1999 se expidió la ley 518, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-529 del 2000, de acuerdo al trámite previsto en la Constitución Nacional para la incorporación en el derecho nacional, y que posteriormente fue reglamentada por el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 2826 del 21 de noviembre de 2001 con el objetivo de promover su promulgación determinando su vigencia a partir del 1 de agosto de 2002, fecha a partir de la cual quedó integrada al derecho interno de Colombia.

Por tal motivo, se hace necesario hacer una revisión de la legislación colombiana, en cuanto a los supuestos normativos respecto de los cuales podríamos determinar si en efecto, del estado actual de las normas generales y especiales el Código Civil y el Código de Comercio, es posible hablar de incumplimiento esencial del contrato como supuesto para que proceda indemnización y/o resarcimientos por incumplimientos, como está pretendida por uno de los contratantes.

Al revisar las reglas sobre contratos, y como aproximación al tema, se observa que hay ciertas acciones conducentes a la resolución del contrato que sí requieren un importante grado en la gravedad del supuesto fáctico que también pueda calificarse como de incumplimiento, como lo sería , por ejemplo, la acción redhibitoria, donde se requiere para su procedencia que el vicio alegado para pretender sanciones contractuales sea “grave”, atendiendo el decir del artículo 1914 del C.de.Co en concordancia con el contenido artículo 1915 ib., lo que nos permite concluir tal afirmación, al enunciarse allí las calidades

---

<sup>88</sup> Revista Vis Iuris, 66(11): pp.9-69. Enero - Junio, 2019. P-ISSN: 2389-8364 - E-ISSN:2665-3125

<sup>89</sup>[https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/17710/Sebastian\\_VelasquezHoyos\\_2020.pdf;jsessionid=199EB2741C7381E20C0801C84A428863?sequence=2](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/17710/Sebastian_VelasquezHoyos_2020.pdf;jsessionid=199EB2741C7381E20C0801C84A428863?sequence=2)

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

requeridas para considerar cuales son los vicios redhibitorios susceptibles para ejercer la referida acción. El Código Civil textualmente regula que los vicios requeridos en la cosa para el ejercicio de esta acción sean tales que, por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural o que, sirviendo, sirva de modo imperfecto de tal manera que el comprador jamás hubiera comprado la cosa, o habiéndola comprado lo hubiera hecho a un menor precio.

Jurisprudencialmente, para casos de acciones resolutorias por vicios, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, ... *“la presencia del vicio no da lugar per se, a la indemnización de perjuicio; depende del conocimiento que el vendedor hubiera tenido o debió tener, al tiempo del contrato, del vicio o defecto”*, lo que configura una diferencia con la acción resolutoria general o común (artículo 870 Código de Comercio).

Para la Corte la naturaleza del vicio es lo que determina las opciones que el comprador pueda hacer valer para su resarcimiento, si la acción redhibitoria o la estimatoria por rebaja de precio, aunque, no obstante, la misma Corte también expresa que esto es posible sin que sea inexorable que todo defecto origine la acción resolutoria general del artículo 870 del Código de Comercio.<sup>90</sup>

En consonancia con esta postura de la Corte, en el citado fallo no existe al parecer claridad entre la diferencia que realiza ella respecto de esta acción por vicios ocultos, en relación con la acción resolutoria general para todos los contratos, pues ambas tienen como sustento la ocurrencia de un vicio grave.

En el presente estudio nos referiremos a la acción de resolución general consagrada en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio. Sin embargo, las conclusiones que se adopten en cuanto a la gravedad del incumplimiento y los criterios para su determinación serán aplicables a las figuras de la terminación de contratos de tracto sucesivo por incumplimiento, a la disolución unilateral del contrato por incumplimiento del deudor y a la terminación unilateral y extrajudicial del contrato pactada en una cláusula resolutoria frente a un incumplimiento del deudor, en el caso de que ellas aún procedan por estar el contrato en ejecución, lo que no excluye su aplicabilidad a los casos en que se demande *ex post* a la terminación del contrato por cualquier razón consensuada, y se pretenda resarcimiento de daños por incumplimientos presentados durante la ejecución del contrato el cual, por ya haber concluido, no sería viable pedir su resolución, tal y como aquí acontece.

Se entiende que todas las anteriores figuras y acciones, que pueden tener alguna diferencia puntual frente a la acción de resolución en cuanto a la forma de ejercerse o en sus efectos, realmente son manifestaciones o aplicaciones de la acción resolutoria general consagrada en los artículos ya referidos, solo que, para los efectos de este proceso, lo importante es determinar cuándo se está frente a un incumplimiento de tal calado

---

<sup>90</sup> Sentencia 7524,2005.

<https://www.redjurista.com/Documents/corte-suprema-de-justicia-sala-de-casacion-civil-e.-no.-7524-de-2005.aspx#/>



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

que presuponga un nivel de resarcimiento pleno a cargo del contratante aparentemente incumplido.

En el sentir del panel, los conceptos del derecho moderno respecto de la cualificación y graduación de los incumplimientos que se aleguen como presupuesto para pedir la resolución de un contrato, son de absoluto recibo en el asunto a resolverse, toda vez que, si bien es cierto el contrato en examen ya no es ontológicamente viable sea declarado resuelto, la existencia de pretensiones encaminadas a que se decreten pagos indemnizatorios resultado de eventuales incumplimientos, sí obliga al juez a determinar las calidades y condiciones de esos alegados incumplimientos a fin de determinar si su envergadura puede considerarse de la contundencia que amerite una compensación indemnizatoria originada en ellos. Si bien es cierto, se reitera, estos estudios de apoyo estudian el fenómeno del Incumplimiento esencial como presupuesto para una acción resolutoria, resultan absolutamente necesarios sus conceptos para los propósitos del caso en estudio por este Tribunal.

Al implicar la pretensión de resolución, el aniquilamiento del contrato, en virtud del principio de la conservación del negocio jurídico se ha entendido que medida tan extrema solo puede permitirse cuando se trate de un incumplimiento que afecte de forma importante los intereses contractuales del acreedor. No basta cualquier incumplimiento para destruir el contrato. Se requiere que sea relevante, importante, grave, sustancial, o como se le llama en los instrumentos del derecho contractual uniforme: **esencial**. De igual manera, para perseguir resarcimientos originados en las mismas causas, el tratamiento de medición y graduación de esos incumplimientos alegados debe tratarse con el mismo rasero.

Las normas internas reguladoras de la intensidad de un incumplimiento que amerite una sanción contractual en su literal redacción guardan silencio sobre si ese incumplimiento debe tener alguna cualificación o entidad para que se abra paso la acción de resolución. Tampoco mencionan nada sobre los criterios o parámetros que se deben tener en cuenta para examinar la entidad del incumplimiento.

Cosa diametralmente distinta ocurre en los instrumentos del derecho contractual uniforme, que no solo nos señalan que la acción de resolución procederá únicamente cuando el incumplimiento sea esencial, sino que le definen al intérprete una tipología clara y organizada de incumplimientos resolutorios y sancionatorios.

Identificado así el vacío en el texto legal, puesto que el legislador guardó silencio en lo referido a si el incumplimiento debe tener alguna cualificación para abrir paso a la acción de resolución, es pertinente recurrir al principal procedimiento de integración legal establecido en la ley colombiana: la analogía. Esta nos permitirá encontrar soluciones normativas a supuestos específicos no previstos por el legislador en las dos normas ya referidas, a partir de la extensión de las soluciones que otras normas similares, del Código Civil y del Código de Comercio, sí contienen.

Insistimos en señalar cómo los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio demandan que los contratos sean ejecutados de buena fe. No se observaría la presencia del principio de la buena fe cuando

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

abusivamente se pretende terminar un contrato por un incumplimiento irrelevante, o cuando se pretenda una compensación no proporcional a determinado grado de incumplimiento, pues el acreedor estaría, en el primer escenario, actuando en contra de su interés contractual que todavía puede ser satisfecho por el deudor, y, en el segundo, además desconociendo y afectando los intereses de su contraparte contractual. Este principio consagrado legalmente es general y por lo tanto es aplicable a cualquier negocio jurídico.

Veamos ahora, como refuerzo a lo expuesto, el lineamiento del artículo 1648 del Código Civil<sup>91</sup>, de especial importancia por tratarse de disposición de carácter general. Si bien se refiere específicamente a obligaciones de cuerpo cierto, exigiendo que el deterioro de este sea de importancia para dar lugar a la resolución, también es cierto que se trata de una norma transversal a cualquier negocio jurídico, pues siempre que el negocio contenga una obligación de cuerpo cierto la norma será aplicable. Es tal la relevancia de esta norma, por su carácter general, que hasta se podría pensar que ella bastaría para integrar las normas generales de la resolución (1546 CC y 870 C.de.Co), pues no es posible encontrar un argumento válido y razonable para explicar por qué razón al legislador le importaría conservar el negocio jurídico ante incumplimientos defectuosos de una obligación con prestación de dar o entregar cuerpo cierto y no frente a obligaciones con prestaciones de hacer y de no hacer.

En materia de compraventa, existen diferentes normas como los artículos 1909, 1911, 1915 y 1925 del Código Civil y artículos 932, 937 y 940 del Código de Comercio, que solo permiten al acreedor dejar sin efectos el contrato por la vía judicial cuando se verifique que los vicios redhibitorios o la evicción de la cosa son de elevada entidad, lo habíamos esbozado arriba. Si no se cumple dicho requisito el comprador solo tendrá derecho a las acciones de saneamiento, como la rebaja del precio o la indemnización de perjuicios respectivamente.

Estas precisiones anuncian ya la jerarquización que la ley acoge para darle tratamiento a la atención defectuosa de obligaciones, dejando asomar la existencia legal del concepto del Incumplimiento esencial que venimos examinando.

Culminando este análisis de nuestra legislación civil y mercantil, podemos concluir que el vacío en los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de comercio es más aparente que real, en tanto podemos dar cuenta que en nuestro derecho privado subyace el principio de que aquellos eventos que sean presupuesto de la ineficacia del negocio jurídico (como la resolución del contrato, la nulidad parcial, la disolución o la

---

<sup>91</sup> Artículo 1648. “*Si la deuda es de un cuerpo cierto, debe el acreedor recibirlo en el estado en que se halle; a menos que se haya deteriorado y que los deterioros provengan del hecho o culpa del deudor, o de las personas por quienes éste es responsable; o a menos que los deterioros hayan sobrevenido después que el deudor se ha constituido en mora, y no provengan de un caso fortuito a que la cosa hubiese estado igualmente expuesta en poder del acreedor.*”

**En cualquiera de estas dos suposiciones se puede pedir por el acreedor la rescisión del contrato y la indemnización de perjuicios; pero si el acreedor prefiere llevarse la especie o si el deterioro no pareciere de importancia, se concederá solamente la indemnización de perjuicios. (...)** (Resaltado propio)

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

terminación unilateral), solo pueden producir el aniquilamiento completo del negocio y la eventual obligación de algún resarcimiento, cuando dicho hecho (sea un vicio o un incumplimiento), tenga un impacto sustancial e importante en el negocio jurídico. Mucho más si la mayoría de las normas que sustentan la existencia de este principio, que ya citamos, se refieren a la acción de resolución por incumplimiento en un contrato bilateral.

Para finalizar este módulo, sea de mencionar que el artículo 35 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (aprobada mediante ley de la república No. 518 de 1999), el cual señala que “ *El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.* ”, no podrá pasar inadvertido y tendrá que ser mojón de referencia para lo aquí se resuelva sobre el particular.

Obsérvese ahora que el artículo 870 del Código de Comercio al prescribir que, ... “ *En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios* ”. (Énfasis fuera), ya anuncia la concomitancia de la resolución contractual con una posible compensación exigible, apreciación que ata necesariamente a que, para exigir compensaciones por perjuicios por incumplimiento, esos incumplimientos que los ocasionan no pueden ser de cualquier talante e intensidad.

La intensidad de los incumplimientos que activan regímenes sancionatorios se expuso por la Corte Suprema de Justicia, resolviendo un recurso de casación en diciembre de 2009 al indicar que:

*“...no toda separación por parte del deudor respecto del ‘programa obligacional’ previamente establecido, permite poner en funcionamiento los mecanismos encaminados a extinguir la relación que une al obligado con el acreedor –particularmente la resolución contractual–, toda vez que, en ciertas ocasiones, retrasos en el cumplimiento o cumplimientos parciales, que en principio podrían dar lugar a la resolución contractual, no se consideran de entidad suficiente como para justificar tan radical determinación, en cuanto se podrían producir con ello situaciones inequitativas, facilitar ejercicios abusivos o contrarios a la buena fe de la señalada facultad resolutoria, además de afectarse el principio de conservación del contrato”<sup>92</sup>*

A través de esta sentencia encontramos presente el requisito de la importancia al que hace referencia la Corte y que la ley requiere para considerar el incumplimiento susceptible de resolución, es decir, la necesidad de

---

<sup>92</sup> Sentencia 9616, 2009.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

un incumplimiento esencial del contrato, tendencia jurisprudencial que se ha mantenido en cuanto a que cuando el incumplimiento acaecido sea de un tipo de incumplimiento parcial y donde el valor del saldo de la prestación adeudada es ínfimo, en comparación con el monto pagado, no se configurarían los requisitos necesarios para optar por la resolución del contrato, y la eventual plena compensación por perjuicios de tales incumplimientos. Estos conceptos serán vitales para el momento en que sea menester modular sanciones derivadas de transgresiones contractuales.

Al tratarse de un incumplimiento parcial del contrato, la Corte Suprema se detiene en el análisis de varios requisitos que, a su juicio, son importantes para determinar o no, la gravedad del incumplimiento. Uno de estos requisitos es, por ejemplo, la cuantía del incumplimiento parcial, el propósito serio que tenía el deudor de pagar el dinero y el consentimiento del acreedor de la mora que posteriormente pretendió utilizar como fundamento para instaurar la acción sancionatoria.

De estos requisitos se derivan algunos criterios que van a configurar el incumplimiento esencial del contrato a la luz de la interpretación realizada por la Corte Suprema del artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio. Tal es el caso, lo anunciamos, de la cuantía en el cumplimiento de la prestación debida, que va a tener incidencia en la afectación o no de la economía del contrato; el propósito serio del contratante incumplidor de mantener la relación comercial y el allanamiento a la mora frente a los retrasos en el pago en que incurre el contratante incumplidor, que dan cuenta del interés que mantienen las partes de continuar con el contrato o no, además de configurarse con este último requisito una medida de control si se quiere, para que ese contratante que habiendo recibido pagos extemporáneos y aceptando esa situación en repetidas ocasiones, pretenda posteriormente sacar provecho de tal condición a su arbitrio mediante el ejercicio de esa acción sancionatoria.

La necesidad de que el incumplimiento sea grave, importante o de trascendencia, tal y como expresa la Corte Suprema, no se predica solo del incumplimiento de un tipo de prestaciones o de otras; la Corte ha sido muy clara al manifestar que este requisito también es aplicable a los incumplimientos defectuosos, o parciales o tardíos, respecto de una de las prestaciones del contrato.

La Corte ratifica la importancia que tiene el requisito de la gravedad en el incumplimiento, o lo que es lo mismo el incumplimiento esencial, esclareciendo en mayor medida las características del mismo, esto es, que el incumplimiento sea de una trascendencia tal que se afecte el interés de las partes, que se afecte la economía del contrato, que se prive al acreedor afectado de lo que tenía derecho a recibir en virtud del contrato, en fin que sea un incumplimiento tal que no permita el ejercicio de otro remedio favorable para él, sino la resolución del contrato, reflexiones totalmente extensibles a pretensiones compensatorias, bien por la vía del daño resarcible -donde se aplicarían las reglas generales para su determinación- o por la vía de las cláusulas que se activan por el solo hecho del incumplimiento, como sería el de una cláusula penal previamente determinada en el contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

En esta labor de realizar una revisión del estado actual de las normas que sobre contratos en general regulan tanto el Código Civil como el Código de Comercio y después de analizar y comparar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, respecto de la procedencia de la acción resolutoria consagrada en el artículo 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, a la luz del incumplimiento esencial del contrato como supuesto para que proceda la resolución, tenemos que en el derecho privado colombiano si bien no existe de manera taxativa en el estado actual de las normas vigentes, el requisito del incumplimiento esencial para que proceda la resolución, ha sido la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación civil, quien ha determinado el incumplimiento esencial del contrato como requisito para que proceda la resolución pretendida. Si bien la sentencia de casación de la Corte Suprema no utiliza de modo directo el concepto de incumplimiento esencial, sí expresa la necesidad de tal requisito, al requerir que el incumplimiento determinante para que proceda la resolución sea grave.

De lo anterior resulta claro, que la gravedad del incumplimiento requerido para que prospere la acción resolutoria de un contrato, y/o por extensión un régimen sancionatorio por su presencia, no es predicable, únicamente, del incumplimiento total o parcial de una obligación, o incluso del incumplimiento extemporáneo o tardío, como lo ha expresado la Corte en las referidas sentencias, sino que además es posible ejercer esas acciones frente a incumplimientos defectuosos, caso en el cual para que prosperen esas acciones que consagra el artículo 1546 del Código Civil (870 del Código de Comercio) es requisito indispensable que las disfuncionalidades que se predicen sean de una magnitud tal que justifiquen su ejercicio.<sup>93</sup>

Así las cosas, tenemos que el entendido que tiene la Corte de incumplimiento esencial se resume en los siguientes términos:

*“un incumplimiento de entidad y gravedad suficiente, imputable al contratante demandado, siempre que el actor no haya observado, por su parte, un comportamiento excluyente del derecho de resolución y, además no se halle en situación de incumplimiento respecto de las obligaciones a su cargo”<sup>94</sup>*

La esencialidad del incumplimiento, no es predicable del tipo de obligación sobre la cual recae la inexecución, es decir, si la obligación que se incumple es principal o es accesorio, lo verdaderamente importante es el incumplimiento en sí mismo en la medida en que este afecte diametralmente la finalidad del contrato, la economía del mismo, y el interés de las partes, sin embargo, de manera secundaria, sí es procedente analizar la importancia del incumplimiento que recae respecto de una obligación u otra, en la medida en que se afecta o no la esencia del contrato.

---

<sup>93</sup> Sentencia 7524, 2005.

<sup>94</sup> Sentencia 2439, 1990.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

La definición de incumplimiento esencial que resulta del análisis efectuado por la Corte, después de sentar su postura al respecto, insistimos, es aquel incumplimiento jurídicamente relevante, de entidad suficiente, que lesiona el derecho del crédito del acreedor afectado, que es suficientemente grave, de gran importancia y trascendencia, como para ser considerado un incumplimiento resolutorio del contrato válidamente celebrado por las partes contratantes.

El incumplimiento esencial, resaltamos, es ese incumplimiento que rompe enteramente el contrato, lo destruye, de tal modo que no quedan más opciones para la parte afectada que su resolución y la correspondiente indemnización, y en algunos casos, la posibilidad de contratar con otra persona de acuerdo con las condiciones del mercado para ello.

Como conclusiones de este tópico respecto de la existencia de la graduación de incumplimientos y de la presencia en la ley colombiana del concepto del Incumplimiento esencial, para los propósitos que venimos anunciando podríamos indicar:

- El requisito de la gravedad del incumplimiento no se encuentra consagrado expresamente en las normas generales que regulan la resolución contractual, artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio; sin embargo, la posibilidad de que los contratos sean extinguidos por cualquier incumplimiento contraviene la sustancia de diversos principios generales de rango constitucional y legal como lo son la buena fe, el no abuso del derecho y la equidad, entre otros. En esa medida los principios de normatividad y conservación del contrato, cuyo fundamento empírico es la relevancia económica y social que le adjudica el ordenamiento jurídico al contrato, impiden su aniquilamiento cuando el incumplimiento no haya afectado sustancialmente los propósitos e intereses que el acreedor buscó satisfacer mediante su celebración. Estas claridades, lo hemos ya dicho, serán de necesaria observancia al momento de sancionarse cualquier situación derivada de un incumplimiento.
- El vacío en los artículos mencionados puede integrarse a partir de múltiples normas, tanto especiales como generales, del Código Civil y del Código de Comercio. Si se mira cada una de las manifestaciones de la acción de resolución en las diferentes tipologías negociales especiales, se constata que en un gran número de casos se exige la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución contractual. Igualmente existen algunas normas de carácter general y transversales a todo contrato que soportan el concepto del incumplimiento esencial: 1603, 1618, 1620, 1624 y 1648 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.
- En relación con los criterios de determinación de la gravedad del incumplimiento aplicables en Colombia, podemos decir que no resulta fácil su identificación. Ello en razón a que no existe norma expresa que los determine ni una jurisprudencia consolidada que los haya ordenado y sistematizado apropiadamente. Por demás, cada sentencia, cada laudo, cada doctrinante, expone

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

los criterios que considera pertinentes, sin que exista una clara organización y sistematización que permita acogerlos con seguridad. Sin embargo, sí podría señalarse en términos generales cuales son los criterios que más recurrentemente encontramos en la jurisprudencia y doctrina colombianas para determinar la esencialidad del incumplimiento. Ellos son:

En primer lugar, un criterio conceptual diferenciador entre obligaciones esenciales y accesorias. Se adopta generalmente la idea de que solo el incumplimiento de obligaciones esenciales da lugar a la resolución y compensación, entendiéndose como obligaciones esenciales aquellas que constituyen la reciprocidad o sinalagma de la relación jurídica.

En segundo lugar, un criterio formal cuantitativo, en donde se hace una relación porcentual o matemática entre el monto o cantidad incumplida en relación con el monto o cantidad de la prestación convenida, con el fin de determinar si la diferencia es importante o significativa.

Finalmente, encontramos un criterio material, en virtud del cual se hace un análisis del impacto del incumplimiento en el interés del acreedor, esto es, se considera si el incumplimiento ha frustrado el propósito práctico que llevó al acreedor a contratar; si la afectación de sus intereses fue suficientemente sustancial como para afirmar que de haber sabido que ese incumplimiento se presentaría el acreedor no habría contratado.

En este escenario, advertida ya en la ley local la presencia del concepto del Incumplimiento esencial, en principio como determinante del ejercicio de acciones resolutorias, y siguiendo el trabajo del Dr. Sebastián Velásquez Hoyos, debe recalcar para estos eventos la necesidad de observar un criterio de justicia sancionatoria en lo que tiene que ver con el principio de la proporcionalidad de las sanciones eventualmente derivadas cuando se alegue la presencia de transgresiones contractuales.

Es importante anunciar que respecto de estas acciones resolutorias se ha venido sosteniendo, no de manera pacífica y unánime, que ellas tienen un componente dual en su naturaleza: la de ser extintivas y la de ser sancionatorias. Esto último se sostuvo en la sentencia del 14 diciembre 2001<sup>95</sup>, donde además se reiteró era la postura que asume la mayoría de la doctrina contemporánea la de inclinarse por su componente extintivo, más que por el segundo.

Sin embargo, hoy en día la doctrina vigente en la Corte Suprema de Justicia colombiana es considerar de naturaleza mixta la acción de resolución, esto es, tanto como sanción, pues busca reprimir la conducta del deudor mediante la extinción del contrato y sus posibles condenas compensatorias, como de extinción del vínculo, al tener como objeto recomponer el equilibrio perdido.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Trujitillas. vs. Seguros La Andina, radicado 6230, M. P. Jaramillo Jaramillo

<sup>96</sup> Sentencia Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 5 de julio de 2019, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Este carácter sancionatorio, por supuesto no exclusivo, y si se quiere secundario, parece desprenderse igualmente del artículo 6° del Código Civil Colombiano: *“La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones”*.

Así también lo entienden Mantilla & Ternera (2005, p.48)., citado por Velásquez Hoyos.

Las anteriores consideraciones son completamente aplicables a la acción de resolución, con su doble componente, por lo que se puede afirmar con facilidad que aquel contratante que busca extinguir el contrato y/o pretender compensaciones plenas a partir de un incumplimiento irrisorio de su contraparte, sin importarle los intereses de esta, se aleja del principio constitucional imperativo de la solidaridad.

La solidaridad, consagrada como principio en los artículos 1 y 95 de la Constitución Política de Colombia<sup>97</sup>, es un deber no solo en cabeza del Estado sino de todos los ciudadanos y con plena aplicación en las relaciones jurídico-privadas (sentencias T- 251 de 1993 y C-459 de 2004 de la Corte Constitucional).

En la esfera contractual le impone el deber a ambas partes de cooperar y colaborar entre sí con el objetivo de que sus intereses sean debidamente satisfechos, y ello en virtud de la reciprocidad implícita en los vínculos contractuales de carácter bilateral. El vínculo contractual necesariamente es participativo, pues sin participación de ambas partes no hay unión, y por ende ambas partes deben realizar todos los esfuerzos necesarios para que el contrato sea cumplido cabalmente<sup>98</sup>. Este principio es desarrollado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que ha sido prolífica en sus pronunciamientos sobre la aplicación del principio de solidaridad a nivel contractual, menciónese por ejemplo la sentencia del 29 de julio de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, en donde se exployó en consideraciones sobre ese deber de solidaridad.

Así las cosas, es el sentir del panel, que será de prioritaria utilidad para el asunto que nos congrega, tener muy claro, apoyados en los soportes probatorios allegados, cuando se trate de definir tópicos derivados de

---

<sup>97</sup> Artículo 1o. *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”*

Artículo 95. *“La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.*

*Son deberes de la persona y del ciudadano:*

- 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;*
- 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; (...)”*

<sup>98</sup> Ob. Cit., pag. 24



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

incumplimientos eventuales, tener siempre presente, para todos sus efectos, de qué tipo de incumplimientos se trata y en qué medida ellos afectaron o no el equilibrio contractual de los participantes.

**6. Los daños resarcibles.**

Para una general conceptualización del concepto de daño, el Tribunal consultó el trabajo llamado “*Aproximación conceptual a la tipología del daño en Colombia y Daño al buen nombre de la persona natural como perjuicio autónomo*”, realizado por Sigifredo Wilches Bornacelli,<sup>99</sup> el cual completa lo requerido en este proveído para lo que interesa al panel indicar al respecto.

Por daño, iniciaremos diciendo, debe entenderse el hecho notorio causante del perjuicio, mientras que por perjuicio debe entenderse la consecuencia de ese daño, la cual debe ser probada y valorada para la determinación de la reparación. Estos conceptos procedemos a independizarlos desde ya.

En Colombia, la más completa, sofisticada y sistematizada obra sobre la responsabilidad, generadora de los fenómenos mencionados, la constituye las 2400 páginas del abogado, Javier Tamayo Jaramillo, quien enseña en sus escritos que:

*“Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima”<sup>100</sup>*

Otras definiciones de autores nacionales y extranjeros que reportan interés son: “*daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que le acongoja*”<sup>101</sup>

Se justifica así sobradamente que hayan sido la jurisprudencia y la doctrina las llamadas a establecer con autoridad, las características que deben reunir los hechos demandados en calidad de daño. Así pues, se tiene que, el daño resarcible está revestido de los siguientes rasgos distintivos, a saber: cierto, personal y antijurídico (ilícito).

En Colombia, Gilberto Martínez Rave (citado por Wilches Bornacelli) defendió además de esta trilogía, la existencia de un cuarto rasgo, al que denominó subsistencia; con todo, el consenso se encamina a reconocer hoy la caracterización tripartita citada arriba, puesto que, por obra de los estudios y de la actividad judicial se ha decantado el tema, además, del peso académico de los hermanos Mazeaud -quienes tildan de

---

<sup>99</sup> <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1830/Wilchessigifredo2016.pdf>

<sup>100</sup> Ob. Cit Tamayo, J.,. 326

<sup>101</sup> Hinestrosa, F.,2001, p. 529 en Wilches B, S.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

perogrullada la subsistencia- es impronta de singular valor referente en estas lides.

Daño Cierto

Por daño cierto debe entenderse, aquel que *“será cierto en la medida en que el juzgador conozca con evidencia que la acción dañosa ha producido o producirá desmedro patrimonial o moral en el perjudicado. La certidumbre del daño se contrapone a lo hipotético o eventual del perjuicio”*<sup>102</sup> (Énfasis propios); lo anterior no excluye la futuridad como adelante se verá, en realidad hace referencia a la certeza, a la realidad, a la verdad, que, a no dudar, constituyen elementos necesarios para que, en sede judicial, se produzca el convencimiento de su existencia, bien que sea pasada, presente o futura.

En similar línea de argumentación, Martínez enseña que *“la certeza del daño se refiere a la realidad de su existencia. **Es la certidumbre sobre el mismo.** Por tanto, el concepto está referido a su existencia y no a su monto o actualidad”*<sup>103</sup> (Énfasis propios). Como se aprecia, este carácter del daño guarda relación directa con el nivel de convencimiento que se tenga de su existencia, de su entidad, sea pasada, presente o futura, por lo que con razón se ha dicho que *“el concepto de certeza no tiene que ver con la futuridad. **Si el daño existe, no interesa que sea pasado, presente o futuro.** Insistimos en este concepto porque comúnmente nuestros jueces confunden certeza con futuridad”* (Énfasis propios), siendo esta, la causa de que exista un sector que desconozca la posibilidad de alcanzar la indemnización de un daño futuro.

Se debe tener presente que, *“**el daño indemnizable debe ser cierto** y, en principio, salvo contadas excepciones, corresponde al demandante probarlo. **Si no existe esa certidumbre, no habrá lugar a condenar al autor de la acción lesiva”***<sup>104</sup> (Énfasis propios); evidentemente, la certeza debe ser analizada cuidadosamente desde su vinculación con el hecho que genera el daño, en su relación con el nexo causal y en su diferenciación con la certidumbre de la cuantía a la que ascienda el perjuicio. Es por ello por lo que le asiste la razón al maestro Tamayo Jaramillo<sup>105</sup> cuando afirma: *“la certidumbre del daño está sujeta a una serie de matices y de dificultades en el espacio y en el tiempo que hacen demasiado volátil cualquier principio general que trate de establecerse al respecto”*.

La certeza como concepto jurídico en la responsabilidad civil es uno de los requisitos establecidos por la jurisprudencia colombiana para que el daño se considere como resarcible y se pueda ordenar su indemnización, cumplidas las demás exigencias y presupuestos para que surja la obligación indemnizatoria. Este requisito, que es considerado por la jurisprudencia colombiana al menos desde el año 1946, presupone que un daño resarcible debe ser cierto en su ocurrencia para que en efecto se ordene su reparación, lo que en

---

<sup>102</sup> Velásquez P., 2013, p. 270 en Wilches B, S..

<sup>103</sup> Martínez, G., 2003, p. 259; en Wilches B, S.

<sup>104</sup> Tamayo, J., 2007, Vol. II, p. 336 en Wilches B, S.

<sup>105</sup> Id. 2007, Vol. II, p. 336

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

otras palabras significaría que es necesaria la efectiva cadena de mutaciones en el mundo exterior que consecuentemente terminan por lesionar efectivamente un bien patrimonial o extrapatrimonial y que debe ser probado por quien lo alega.<sup>106</sup>

En esa línea, algunos importantes doctrinantes de la materia han logrado dilucidar con éxito lo que implica la certeza del daño. Mosset Iturraspe expresa que “*el daño cierto es aquel que “no sea puramente eventual o hipotético”*”<sup>107</sup>, pues sin la certeza de este no es siquiera posible hablar de daño como tal.

Consecuente con eso, es posible decir que el mencionado requisito es el primero que debe cumplirse o comprobarse, pues sin la ocurrencia certera del daño en mención, lo que le sigue como lo es, el cumplimiento de demás requisitos, la tasación y posterior reparación, no se concibe.

Lo anterior, vale anotar, implica que la reparación de un daño que no se ha probado - de acuerdo con el tan arraigado principio indemnizatorio- acaba convirtiéndose en un enriquecimiento sin causa de quien recibe la compensación.

Sobre el particular, Tamayo Jaramillo considera que la certeza del daño consiste en que la acción lesiva que ha producido o producirá un daño patrimonial o extrapatrimonial aparezca con evidencia a los ojos del juez, quien a raíz de lo anterior puede ordenar la reparación.

Como también lo anota Tamayo Jaramillo, la certeza como requisito debe exigirse en el nexo causal entre el hecho y el daño cierto, pues puede generarse la incertidumbre de si tal hecho en concreto fue el generador, a nivel causal, de un determinado daño. Habiendo dicha incertidumbre, aun con la presencia de un daño que es cierto, de no comprobarse la certeza en el nexo entre uno y otro, naturalmente la reparación puede que no proceda o sea otra persona distinta la llamada a reparar. Es conveniente esta mención con el fin de apreciar la importancia del criterio general de certeza trae en el ámbito de la responsabilidad y sus presupuestos.

La misma certeza debe revisarse en lo relativo a la diferencia entre la certeza del daño y la certeza de la cuantía del mismo daño. Pues bien, el primero es todo lo que se ha venido comentando a lo largo de estas líneas, y que como se ha establecido múltiples veces, es innegociable; de no haber certeza del daño, sencillamente no hay daño. La certeza de la cuantía del daño, en cambio, no es necesaria para condenar. Apenas con la existencia de un daño cierto, el juez está llamado a ordenar la reparación, con independencia a si la cuantía está determinada.<sup>108</sup>

### Daño personal

---

<sup>106</sup> Tamayo Jaramillo, J.NOMBRE DEL LIBRO, CIUDAD, EDITORIAL . (2007) Óp. cit. Página 337

<sup>107</sup> Mosset Iturraspe, J., *Responsabilidad por Daños*. Santa Fe, Editorial Rubinzal – Culzoni, 197, página 259-260.

<sup>108</sup> <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/57929/Tesis%20Simo%CC%81n%20Garci%CC%81a%20Polchlopek.pdf?sequence=1>

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Ahora, por daño personal, debe pensarse primero en la evolución que el mismo carácter ha sufrido. *“Para la jurisprudencia francesa una persona sufría personalmente un perjuicio cuando había sido víctima de la violación de un derecho o de una situación jurídicamente protegida o legítima, radicados en su cabeza”* <sup>109</sup>

Sin embargo, puede pensarse que, la voz personalmente”, *...tiene un valor procesal y hace alusión al fenómeno de la legitimatio ad causam, en este caso, por activa; empero, doctrinal y jurisprudencialmente se ha elaborado el concepto de „perjuicio de rebote o contragolpe”*, que con fundamento en el artículo 2342 del Código Civil, admite que un hecho dañoso cause perjuicio directo sobre un individuo y al tiempo, irradie menoscabo a terceros; en consecuencia, es claro que la lesión de un derecho constituye una condición de existencia del daño, necesaria para que proceda la indemnización.

*“La lesión del derecho es entonces un elemento para apreciar el perjuicio reparable”*<sup>110</sup> con lo que se puede apreciar que, la legitimación en la causa por activa y el carácter personal del daño, tienden a identificarse al punto de confundirse, llegándose a cuestionar si lo protegido es un derecho o una situación. Entonces, aunque parecía claro, lo expresado adquiere su complejidad cuando se pregunta si el bien lesionado debe tener su fundamento en un derecho.

Si esto es así, *“el quebranto basado en una simple situación de hecho no merecería reparación”*<sup>111</sup>. No obstante, el rasgo del daño al que se ha denominado personal viene a ser una concreción del aforismo que sentencia: *“donde no hay interés no hay acción”*; empero, se debe ajustar la afirmación a un término saludable.

El profesor Tamayo Jaramillo<sup>112</sup>, zanja la cuestión al aclarar que *“el derecho colombiano no puede sentar un principio tan categórico, pues nuestra legislación expresamente establece las denominadas acciones por daño contingente”*; entonces, el carácter personal del daño dependerá directamente del derecho invocado, pues se hace distinción entre la legitimación para demandar en casos de amenazas o daños contingentes; y lo mismo para los casos de daño cierto.

### Daño antijurídico

En relación con el daño antijurídico (ilícito) el doctor Obdulio Velásquez expone: *“A diferencia del daño ontológico, la antijuridicidad o ilegalidad es la esencia del concepto jurídico de daño resarcible, es daño porque es antijurídico o por ser antijurídico es daño indemnizable”*. <sup>113</sup>

---

<sup>109</sup> Henao, 1998, p. 88.

<sup>110</sup> Henao, 1998, p. 103;

<sup>111</sup> Tamayo L., 2009, p. 71

<sup>112</sup> Tamayo, 2007, Vol. II, p. 421

<sup>113</sup> O. Velásquez, 2013, p. 277

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Con anterioridad, el maestro Arturo Valencia<sup>114</sup> había estudiado la cuestión del daño antijurídico, estableciendo una identificación entre el daño directo y el daño antijurídico.

Sin lugar a duda, después de estos referentes legales en abstracto, se puede exponer como corolario que, el aforismo según el cual *“todo aquel que cause un daño, debe responder”* –*alterum nom laedere*- es, el principio más fecundo para la investigación jurídica en la actualidad; y lo es, porque cada día, el desarrollo de la sociedad impone en consecuencia el desarrollo de la técnica, de suerte que las actividades riesgosas no cesan.

En este orden, también con carácter definitivo, es dable afirmar que la responsabilidad civil es una de las dos fuentes de obligaciones con mayor incidencia en las relaciones entre sujetos de derecho, la otra es el negocio jurídico.

Para comprender la dimensión del vocablo daño debe partirse del entendimiento de la noción de derecho subjetivo. Efectivamente, según la doctrina, se ha sostenido que estos *“son poderes (o facultades) de goce cuyo ejercicio (o gobierno) se deja a la iniciativa de su titular (o representante legal cuando se trata de incapaces) y que se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico frente a las violaciones provenientes de la conducta de los obligados a respetarlos”*<sup>115</sup>; y en ese sentido, se tiene que daño es toda aminoración, menoscabo, lesión, vulneración, merma, perturbación y quebranto de una facultad o prerrogativa -derecho subjetivo-, sin que medie justificación alguna.

Para que el daño sea reparable, además de ser personal y cierto, debe haber afectado un beneficio del que lícitamente disfrutaba la víctima; es decir, se requiere que el causante del daño no tuviera el derecho de producirlo, ya que la víctima tenía el derecho a disfrutar del beneficio alterado, lo que soporta su prerrogativa a ser reparado, compensado, o como se dice coloquialmente, ser indemnizado.

En lo que respecta a la diferenciación o identificación de los vocablos “daño” y “perjuicio”, la etimología expone argumentos sólidos en beneficio de la pretendida diferenciación; en efecto, el origen de cada voz las sitúa de la mano, pero, con contenidos diferentes. En concreto: la *Lex Aquilia* en un sentido estricto establecía el *damnum* –daño- para referirse al deterioro de la res – cosa-; mientras que, por *iniuria* –injuria- el perjuicio que recaía sobre el propietario o beneficiario de la cosa dañada. No obstante, el decurso demuestra que las palabras pueden variar fonéticamente y de significación también; tanto es así que, no se puede precisar en qué momento terminaron siendo utilizadas como sinónimos.

De la tipología de los perjuicios en Colombia, no está de más reconocer, que corre por cuenta de la jurisprudencia la clasificación que tal cual hoy sirve de estado del arte. En ese orden, bueno es tener presente

---

<sup>114</sup> Valencia Zea, 2004, T. III, p. 181 y ss.

<sup>115</sup> Valencia, 2004, T. I, p. 240

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

que la norma es insuficiente y arcaica; lo que, es más, la construcción de la técnica ha llevado a la diferenciación de los perjuicios, muy lejos de lo originalmente previsto en el Código Civil de Don Andrés Bello, a saber: perjuicios materiales, los cuales tienen un valor de reemplazo que facilita su reparación; y perjuicios inmateriales, que no solamente morales, sin valor de reemplazo definido.

Se impone entonces ubicar este concepto de Indemnización de perjuicios.

Indemnización de perjuicios

La indemnización de perjuicios es una pretensión judicial que surge del artículo 2341 del Código Civil que a su vez da lugar a la responsabilidad civil contractual y extracontractual en los siguientes términos:

*“El que ha cometido un delito o culpa, **que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido**”.* (Énfasis propios)

Así, de la indemnización de perjuicios surge un criterio de justicia generado por el deber de reparar el daño ocasionado por parte de actor de ese daño, traduciéndolo en reparar económicamente a la víctima de sus acciones u omisiones, según haya sido el caso, mediante el pago de una suma determinada y probada de dinero, ello conforme a las reglas procesales que regulen la fijación de los montos de este concepto resarcitorio. Este deber lo atiende el artículo 1546 del Código Civil, al estipular que, acompañado de la acción resolutoria y la acción de cumplimiento forzado de la prestación, se puede pretender la indemnización de perjuicios.

Lo anterior se basa en el incumplimiento que es el determinante que lleva a que una parte pretenda la resolución del contrato o la ejecución forzada de la prestación; es un daño que hay que reparar y por ello es necesario acompañar las referidas acciones de una correspondiente indemnización.

Esta indemnización en el ordenamiento jurídico colombiano está revestida de dos elementos a reparar, y que en el campo de la responsabilidad civil contractual tiene su fundamento en el incumplimiento de las obligaciones. Así, el artículo 1613 del Código Civil dispone que ...

*“la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.*

Más adelante el artículo 1614 establece que...

*“entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse o consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplida imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.*

A partir de la división de elementos de la indemnización de perjuicios es que tanto la doctrina como la jurisprudencia han llegado a establecer que existe la indemnización compensatoria de perjuicios y la indemnización moratoria y en general la doctrina moderna clasifica el daño en daños materiales e inmateriales, de tal suerte que se repare integralmente el daño.

No obstante, la pretensión indemnizatoria si va acompañada de las acciones resolutoria y de ejecución forzosa de la prestación, supone necesariamente que se cumplan los presupuestos de aquellas acciones y que ya hemos venido exponiendo. Lo anterior, porque si no se puede alegar el incumplimiento, dada la presencia de una excepción de contrato no cumplido, por ejemplo, es evidente que tampoco habrá lugar a indemnización. Lo anterior, debido que para que exista responsabilidad civil contractual, es necesario el cumplimiento de tres requisitos: i.) un contrato existente y válido, ii.) La inejecución de prestaciones que dan lugar al incumplimiento y iii.) Un nexo de causalidad entre la inejecución de la prestación y el sujeto deudor de ella.

En este sentido para que sea viable la indemnización de perjuicios es necesario que pueda alegarse y sobre todo pueda probarse el incumplimiento, exista certeza, en los términos arriba señalados, respecto de la ocurrencia del daño reclamado, dado que como hemos venido reiterando, es el fundamento de la responsabilidad civil contractual.

Sea de mencionar finalmente, de la mano de lo ya arriba expresado respecto de la certeza que debe existir sobre la ocurrencia del daño reclamado y de su prueba, que si bien, como lo dice la Corte Suprema de Justicia<sup>116</sup> el juez está investido de plenas facultades para allegar al expediente, vía pruebas de oficio, lo requerido para la formación de esa convicción o certeza que hemos venido exponiendo, ello es fundamentalmente residual y no puede desplazar la obligación de las partes de aportar lo que conforme a la carga de la prueba a ellas corresponda. Solo cuando de ese acervo aportado, aún surjan dudas respecto de los hechos alegados, será procedente echar mano de esas prerrogativas judiciales encaminadas al esclarecimiento de lo pedido al juez.<sup>117</sup>

---

<sup>116</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC282-2021.

<sup>117</sup> “...los juzgadores han sido investidos de precisas facultades inquisitivas que les permiten escudriñar el contexto factual, siempre de frente a los caros postulados del debido proceso, igualdad procesal e imparcialidad judicial. El decreto de pruebas de oficio es expresión de esta búsqueda incesante por la justicia y la verdad, de allí que no pueda considerarse como una mera facultad, sino también como una obligación para los jueces de conocimiento, quienes tienen que hacer uso de la misma para que la sentencia proferida salvaguarde la correcta adjudicación de los derechos en litigio. El numeral 4° del artículo 37 del CPC es diáfano en consagrar, como deber del juez, «[emplear los poderes que este código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias]». Por tanto, «El decreto oficioso de pruebas, según lo ha reiterado esta Corporación, es una potestad otorgada por el Estado al administrador de justicia con el fin de que, desde la posición imparcial que tiene en el juicio, acerque 'la verdad procesal a la real', y, por tal camino, profiera decisiones acordes con la legalidad, la justicia y la verdad' (CSJ. SC. 7. Nov. 2000 Exp. 5606)» (SC8456, 24 jun. 2016,

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

En materia de responsabilidad civil contractual o extracontractual, continúa diciendo la Corte Suprema en el fallo referido, las reglas de la carga de prueba imponen al demandante, salvo excepciones legales o convencionales, o de una eventual flexibilización, demostrar los elementos constitutivos de la misma -hecho, factor de atribución, daño y nexo causal-, laborío que no puede ser sustituido por el fallador a través de pruebas oficiosas, pues se convertiría en un juez-parte.

Y es que, la atribución para decretar pruebas de oficio no es ilimitada o absoluta, ni puede servir de pábulo para suplir la falta de diligencia de las partes, pues de otra forma, se desdibujaría el equilibrio judicial que gobierna a los litigios y que impone respetar las cargas probatorias procesales que la normatividad vigente ha reservado para cada uno de los sujetos que intervienen en esa relación procesal.<sup>118</sup>

De allí que deba rehusarse la condena cuando falte la prueba del daño, bajo el entendido que su demostración corresponde a la parte.<sup>119</sup>

En otras palabras, la facultad-deber de decretar pruebas de oficio a la luz del entonces canon 307 del C.de. P.C, [hoy art. 170 del C.G.P], sólo tiene cabida cuando el juzgador, a pesar de estar demostrado el daño, no emprendió actividad alguna para fijar su intensidad a pesar de que la parte lo intentara diligentemente; diferente a los casos en que falta la prueba del daño, pues esta carga procesal se encuentra prima facie en cabeza del petente.<sup>120</sup>

---

rad. n.º 2007- 00071-01) . La consagración como «facultad-deber» va más allá de un nominalismo vacuo, pues tiene consecuencias concretas en caso de que el sentenciador omite satisfacerlo, en tanto puede configurar un error de juzgamiento atacable por medio de recursos o, incluso, subsumirse dentro de un motivo de invalidez procesal.

Claro está, **este deber no exime de las cargas probatorias a cargo de los sujetos procesales, pues sobre ellas pesa la responsabilidad de traer el proceso los medios suasorios requeridos para fallar (artículo 177); empero, cuando a pesar del acopio realizado por iniciativa de los interesados, el juez conserva dudas sobre sus alegaciones, se impone acudir a las pruebas de oficio para alcanzar la certeza requerida para fallar, como expresamente lo señala el canon 179 del anterior estatuto procesal, a saber:** «Las pruebas pueden ser decretadas... de oficio cuando el magistrado o juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes» (...)

En este contexto, la omisión en el decreto de pruebas de oficio constituirá un error de juzgamiento «*cuando existiendo motivos serios para que acuda a las facultades conferidas por los artículos 179 y 180 del estatuto procesal no lo hace, lo que ocurre, por ejemplo, cuando se requieren para 'impedir el proferimiento de fallos inhibitorios y para evitar nulidades'* (...) y en el evento de ser 'necesarias en la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes', **sin que ello conlleve suplir las cargas desatendidas por éstas y que le son propias**» (SC8456, 24 jun. 2016, rad. n.º 2007- 00071-01, reiterada SC5676, 19 dic. 2018, rad. n.º 2008- 00165-01). (Énfasis propios).

Para el efecto, es menester que la prueba que pretenda recaudarse oficiosamente *aparezca «físicamente en el proceso, aunque de manera irregular, ya a través de otros elementos de juicio o de cualquier otro acto procesal de las partes que las mencionen, cual acaece con la declaración de terceros»* (SC1656, 18 May. 2018, rad. n.º 2012-00274-01); como cuando «*el respectivo medio de prueba obra de hecho en el expediente, pero el sentenciador pretexta que no es el caso considerado por razones que atañen, por ejemplo, a la aducción o incorporación de pruebas*» (SC, 12 sep. 1994, Exp. n.º 42932)”. (Énfasis propios)

<sup>118</sup> Sent. Cas. Civ. 23 de agosto de 2012, Exp. 2006 00712 01)» (SC10291, 18 jul. 2017, rad. n.º 2008-00374-01; reitera SC, 3 oct. 2013, rad. n.º 2000-00896-01

<sup>119</sup> . SC2758, 16 Jul. 2018, rad. n.º 1999-00227-01

<sup>120</sup> CSJ, SC del 9 de agosto de 1999, Rad. n.º 4897 ...SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.º 2000-00196-01.



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

**7. Las multas de apremio en contratos privados.**

La *stipulatio poenae* en el Derecho Romano permitía a las partes fijar de antemano los daños e intereses a abonar en caso de incumplimiento total de la obligación o en caso de mora.

Podría agregarse tanto a un contrato de derecho estricto como de buena fe, como así también a una obligación natural.

Las ventajas que aparejaban su utilización era:

I) En las obligaciones que tenían por objeto una cosa que no fuera dinero o cuando la prestación consistía en un *facere*, el acreedor no debía probar el perjuicio que el incumplimiento total o el cumplimiento tardío de la obligación le había provocado.

II) Cuando se agregaba a una obligación natural cumplía una función compulsiva, ya que a falta de cumplimiento voluntario del deudor, el acreedor podía exigir el pago de la pena.

III) Como las partes estimaban los daños al constituirse la obligación, se evita que la estimación la fijara el juez a su arbitrio.

En la primera época del Derecho Romano las únicas obligaciones jurídicamente exigibles fueron las que tenían por objeto sumas de dinero; las demás, y especialmente las que tenían por objeto un hecho o una abstención, no eran coercitivamente exigibles por cuanto se consideraba, en esa época, que la misión de los jueces no llegaba hasta autorizarlos para imponer a un ciudadano el cumplimiento forzado de un hecho que no quería ejecutar. Por otra parte, dominaba también durante ese período, la idea de que el juez no tenía el poder de fijar el monto de los perjuicios que un ciudadano debía pagar en caso de inejecución de una obligación cuya prestación consistiera en otra cosa que una suma de dinero.

La "*stipulatio poenae*" era un medio para asegurar el cumplimiento de la obligación; las partes establecían que, en caso de incumplimiento, el deudor debía pagar una suma de dinero al acreedor.

Posteriormente en Roma pese a que todas las obligaciones se hicieron exigibles, la "*stipulatio poenae*" subsistió, por las ventajas derivadas de su utilización.<sup>121</sup>

Con estas raíces, las legislaciones civiles derivadas de esta tradición latina incorporaron en sus codificaciones regulaciones que incorporaron esta rápida forma de obtener, más que un aseguramiento, una expedita manera

---

<sup>121</sup> <http://www.saij.gob.ar/mirta-beatriz-alvarez-stipulatio-poenae-derecho-romano-su-recepcion-derecho-civil-argentino-obligaciones-clausula-penal-dacf000128-1998/123456789-0abc-defg8210-00fcanirtcod>

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

de poder compensar y/o sancionar -como adelante se expone- una desatención a las obligaciones debidamente asumidas por alguna de las partes que han intervenido en una relación contractual.

Con este fundamento, es que el artículo 1592 del Código Civil introduce la definición de clausula penal como, “...*aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal*”, lo que ya establece la opción de utilizar esta modalidad, básicamente en dos escenarios: el no ejecutar una obligación y/o el cumplirla de manera retardada. Como adelante se desarrolla, nace de allí la posibilidad de compensarse de manera expedita bien por la inejecución de una obligación o por su ejecución tardía o defectuosa. De allí parte la concepción de poder constreñir a una parte contractual a cumplir rigurosamente los términos de un contrato.

Esta dura línea de regulaciones contractuales, inspirada, reiteramos, en normas propias del derecho privado, dentro del marco de la Constitución colombiana de 1886, fue referente para lo que allí, en caso de contratación estatal se conoció como “clausulas exorbitantes”.

Es por ello que el Decreto Ley 222 de 1983 (estatuto contractual anterior) reflejaba la concepción estatal del constituyente de 1886, caracterizada por el monopolio Estatal, en donde los particulares colaboradores de la administración estaban sometidos a un régimen de fuertes exorbitancias, privilegios estatales, estrictos y rigurosos controles y reglamentaciones, desligado de la normativa comercial y civil, para otorgarle mayor autonomía al derecho público y, en últimas, para prolongar el modelo de un Estado interventor. La regulación de las “cláusulas exorbitantes”, en el estatuto de 1983, reflejaba una orientación estatal y el querer del legislador de dotar al Estado de claros privilegios frente a los particulares, en donde éstos se encontraban claramente sometidos a su imperio, desligados de la prestación de los servicios públicos, constituyéndose la administración en la única gestora del interés general.<sup>122</sup>

El estatuto contractual posterior (Ley 80/1993), se ajusta al nuevo diseño constitucional en el que se le otorga participación a los particulares en la prestación de los servicios públicos y por esta vía en el cumplimiento de los fines estatales, dentro del marco de la observancia y el respeto de la libre competencia y la iniciativa privada (limitados constitucionalmente por el bien común), los cuales colocan al Estado y a los particulares, por norma general, en un plano de igualdad que les permite al amparo del principio de la autonomía de la voluntad determinar las condiciones negociales de los pactos contractuales, sometidos además a los principios y régimen del derecho comercial y civil (Art. 13, Ley 80/1993). Así las cosas, en el ámbito académico, se ha admitido que ese estatuto recuperó para la contratación estatal el principio de la autonomía de la voluntad y desregula de manera drástica el régimen excepcional, precisamente por la nueva concepción y diseño constitucional del Estado.

---

<sup>122</sup> PALACIO JARAMILLO, María Teresa. “Cláusulas excepcionales” Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho: En Revista de Derecho Público Nro. 17, 2004. pp 101 a 110.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Así hoy, la cláusula penal pecuniaria y las multas contractuales, si fueron pactadas en el contrato, se constituyen en sanciones para el particular contratista (colaborador) las cuales se pueden imponer unilateralmente a manera de cláusula excepcional (convirtiendo la excepción en regla general) y hacerse efectivas directamente (léase unilateralmente) por parte de la administración, quien funge como Juez y parte, en observancia del privilegio de decisión previa y ejecutoria. Esta situación como tal no es de pacífica aceptación y como lo ha sostenido el Consejo de Estado, pues resultaría contrario a los principios de igualdad absoluta y de autonomía de la voluntad, como transversales a la contratación sometida al régimen privado, en donde los contratistas no pueden sancionarse mutuamente y la declaratoria de incumplimiento y la sanción del contratista se encuentra reservada al Juez del contrato.<sup>123</sup>

Como lo anotáramos antes, el derecho civil colombiano adoptó la figura de la "*stipulatio poenae* en el artículo 1592 citado, dando pie con ello a que el derecho mercantil también acogiera la posibilidad de incorporarla.

En cuanto hace referencia al estatuto comercial, la cláusula penal se encuentra consagrada el artículo 867, norma que no la define propiamente.

Sin perjuicio de lo anterior el Profesor Jaime Arrubla Paucar, para efectos del estudio de la contratación mercantil, la define y caracteriza así:

*“Entendemos por cláusula penal, toda estipulación contractual, que previendo el incumplimiento de alguna de las partes establece una obligación accesoria la cual deberá pagar el contratante incumplido, a título de indemnización o de pena. En la anterior conceptualización de la cláusula penal se pueden destacar sus principales características: a) Se trata de una cláusula accidental de los contratos mercantiles. Las partes pueden estipularla o no hacerlo. b) Con la estipulación se pretende predeterminedar las consecuencias del incumplimiento de las demás obligaciones del contrato. c) Es fuente de una obligación accesoria que puede tener un doble carácter, la indemnización del perjuicio que ocasiona el incumplimiento o simplemente una pena por incumplimiento. La obligación es el objeto de la cláusula, bien puede cumplir ambos cometidos o solamente uno de ellos. Queda plenamente diferenciada la cláusula penal, como fuente obligacional, de su efecto propio, que puede ser: la pena o la indemnización por incumplimiento”.*<sup>124</sup>  
(Énfasis propios)

Se destaca de la cita del Dr. Arrubla la doble posibilidad de esta cláusula: la indemnización o la pena.

---

<sup>123</sup> <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/47092/7176361.2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>  
<sup>124</sup>

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. “Contratos Mercantiles – Teoría General del Negocio Mercantil. Tomo I”. 12 ed. Bogotá: Biblioteca Jurídica DIKE, 2008. págs. 177 – 189

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Comoquiera que, desde el Código Civil, lo indicamos ya, se contempla la opción de sancionar por retardo, la ley y la jurisprudencia comenzaron a implementar una herramienta que, evitara el retardo, para no tener que ser impuesto por decisión judicial ex post, sino que permitiera constreñir y disuadir a las partes a incurrir en él. Así surgen las multas de apremio.

En decisión de Consejo de Estado, absolviendo consulta del Ministerio Defensa, la Sala citando al Maestro Hernando Morales Molina, advertía que, a la cláusula penal, por regla general pueden oponerse las mismas excepciones que a la obligación principal, entre ellas la de contrato no cumplido. Mas para librar ejecución se contempla exclusivamente la obligación que ella sustituye por equivalente, sin consideración a la que exista a favor del deudor en caso de contrato bilateral. El incumplimiento del acreedor ejecutante constituye excepción, tanto para la obligación principal según se dijo, como para efectos de mora del deudor, para poder cobrarle la cláusula penal, lo cual fue decisivo para la asunción generalizada de las multas de apremio.<sup>125</sup>

Es entonces cuando, en uso de esas facultades exorbitantes que antes mencionáramos, comienza la Administración, en sus contratos, a incluir, amén de las cláusulas penales, la posibilidad de imponer multas a sus contratistas poco disciplinados.

Ya en vigencia del nuevo estatuto de contratación (ley 80) el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado ponente: Ricardo Hoyos Duque, Auto del 4 de junio 1998, Expediente Nro. 13.98, indicó, refiriéndose a que dicho estatuto no incluyó las multas como una de las posibilidades utilizables por las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común y ésta muy seguramente fue la razón por la cual la ley 80 de 1993 no la incluyó en el art. 14. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado -artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio- antes mencionados.<sup>126</sup>

La misma Alta Corte reiteró que, en cuanto a las multas, al caracterizarlas que,

*“Tienen una finalidad de constreñimiento, de coerción, de coacción, para presionar o apremiar al*

---

<sup>125</sup> Concepto Sala de Consulta C.E. 1748 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, de mayo veinticinco (25) de dos mil seis (2006). Radicación: 1.748.

<sup>126</sup> “(...) Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la cláusula de multas no es excepcional al derecho común y ésta muy seguramente fue la razón por la cual la ley 80 de 1993 no la incluyó en el art. 14. Y no lo es, sencillamente porque aparece prevista en las normas de derecho privado (artículos 1592 del Código Civil y 867 del Código de Comercio). En efecto, de acuerdo con la primera de estas disposiciones pueden establecer las partes de un contrato obligaciones con cláusula penal, la que define la ley como “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”. Y el artículo 867 del C. Co. Por su parte expresa: “Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse...” **De estas dos previsiones se desprende que es perfectamente lícito y ello no comporta ninguna exorbitancia, que las partes de un contrato puedan pactar dentro de sus cláusulas una pena (multa) en caso de inejecución o mora en el cumplimiento de una obligación, como una manera de conminar o apremiar al deudor**”. (Énfasis propios)

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*contratista a darle cumplimiento a sus obligaciones, cuando en los términos y desarrollo del contrato, se observó que aquel no está al día en sus obligaciones, que se encuentra en mora por retardo para satisfacer oportunamente, conforme al plazo pactado, los compromisos contractuales asumidos.*”<sup>127</sup>

En concepto del 25 de mayo de 2006, el Consejo de Estado, en su Sala de Consulta y Servicio Civil, definió las multas contractuales en los siguientes términos:

*“Para el Diccionario de la Real Academia, la palabra multa significa “pena pecuniaria que se impone por una falta, exceso o delito, o por contravenir a lo que con esta condición se ha pactado,…”* proposición que indica claramente que en el lenguaje común el término multa se emplea para definir sanciones pecuniarias tanto de carácter público, esto es derivadas de la “falta, exceso o delito”, como de carácter privado, que son las pactadas convencionalmente. *Se trae a cuento esta definición con el fin de indicar que una estipulación contractual denominada “multas” puede ser una cláusula penal de las reguladas por el derecho privado en las normas que se comentan, de manera que no necesariamente una cláusula así intitulada en un contrato estatal, implica por sí misma que se esté pactando una “sanción pecuniaria” a manera de potestad exorbitante”.* (Énfasis propios)

Completando esta individualización del concepto en examen, sea de mencionar que entonces de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, adicionalmente si la multa es una “*Sanción administrativa o penal que consiste en la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero.*”, una multa coercitiva será la que se refiere a aquella que “*se reitera por plazos determinados para compeler al infractor al cumplimiento de la obligación que desatiende.*”<sup>128</sup>

En esta misma investigación se encuentra que el diccionario de la Real Academia define “apremiar” como “*dar prisa, compeler a alguien a que haga prontamente algo*”; así mismo significa “*compeler u obligar a alguien con mandamiento de autoridad a que haga algo.*”<sup>129</sup>

En ese orden de ideas, las multas de apremio se deberán entender como aquellas sanciones que tienen como objetivo acelerar o constreñir el cumplimiento de las obligaciones pactadas. No son sanciones que busquen castigar ni resarcir, pues si éste fuera su fin habría que denominar las multas de otra manera y lograr los objetivos perseguidos con procedimientos específicamente dirigidos a esos fines.

Se ha llegado incluso a encontrar, en posición que puede ser un inicio, pero no cree el Tribunal sea el soporte

---

<sup>127</sup> CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistradopponente: Daniel Suárez Hernández. Sentencia del 5 de Septiembre de 1996, Expediente 10.265.

<sup>128</sup> Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. Concepto del 25 de mayo de 2006.

<sup>129</sup> Real academia de la lengua española: diccionario de la lengua española, 23° Ed, [versión 23.5 en línea] <<https://dle.rae.es>>

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

legal monolítico que se desearía, que el contenido del art. 1594 del C.C. sirve para apoyar la multa de apremio.

Al decir de esa norma

*“...Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, [hablando del cobro de cláusula penal] sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos cosas a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal.”. (Énfasis propios)*

Nótese que la materia regulada, si bien es la manera de exigir esas conminaciones convenidas, dependiendo de cómo se convinieron, sí deja claro que es posible pactar multas por el solo hecho del retardo, lo que es en últimas el propósito de una multa de apremio.

Hemos insistido en el origen de este tipo de medidas contractuales coercitivas en las fuentes del derecho romano como el nacimiento de las relaciones del derecho entre los particulares, por lo que para el Tribunal no existe duda de que las partes en un contrato privado están plenamente facultadas para acordar la inclusión de multas de apremio en todo contrato, como en el contrato de obra - llave en mano EPC bajo estudio.

Tal como ya fue explicado de manera extensa en este laudo, las relaciones entre sujetos de derecho privado se rigen por el principio de autonomía de las partes, por lo que lo acordado en el contrato es ley para ellas.

En relación con el denominado principio de la “autonomía de la voluntad” ya desarrollado en capítulo especial en este laudo, solo se reitera aquí cómo la Corte Suprema de Justicia considera que ella – la autonomía- se trata de un axioma que gobierna las relaciones jurídico-negociales:

*“(...) Principio de la autonomía de la voluntad. 1. Como es suficientemente conocido, uno de los principios fundamentales que inspiran el Código Civil es el de la autonomía de la voluntad, conforme al cual, con las limitaciones impuestas por el orden público y por el derecho ajeno, los particulares pueden realizar actos jurídicos, con sujeción a las normas que los regulan en cuanto a su validez y eficacia, principio este que en materia contractual alcanza expresión legislativa en el artículo 1602 del Código Civil que asigna a los contratos legalmente celebrados el carácter de ley para las partes, al punto que no pueden ser invalidados sino por su consentimiento mutuo o por causas legales (...). (Negrilla propia)”<sup>130</sup>*

---

<sup>130</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación del 17 de mayo de 1995. Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

En otras palabras, el acuerdo de voluntades estructura la esencia del negocio jurídico, y las reglas contenidas en este constituyen una verdadera ley, a cuyo obligatorio cumplimiento están sujetos los extremos contratantes durante toda la permanencia de su relación negocial.

Sobre la fuerza obligatoria de los acuerdos que nacen de la autonomía de la voluntad la doctrina ha sido paralela al sentir de las Cortes. Dice Jorge Suescún Melo:

*“Se reconoce igualmente libertad para la determinación del contenido del contrato, esto es, para la auto regulación de los contratantes, dejándoles un amplio campo de maniobra limitada tan solo por unas cuantas normas imperativas o prohibitivas. Así las cosas, se reconoce a la voluntad privada un amplio poder regulador, permitiendo a los particulares definir el contenido de sus estipulaciones según sus intereses y necesidades.*

*Todo lo anterior está respaldado en la fuerza vinculante del contrato, vale decir, en el poder de los individuos para auto obligarse en virtud del efecto normativo de sus pactos, los cuales ligan a los contratantes y a sus causahabientes impidiéndoles evadir sus compromisos. Se dice que esta fuerza obligatoria es fruto del uso de la libertad, mediante la cual cada parte se auto obliga. Y este poder normativo vincula también a los Jueces e incluso al legislador, pues aquellos deben aplicar y hacer cumplir las previsiones contractuales que no vulneren disposición imperativa y éste no puede afectar con ordenamientos nuevos las relaciones jurídicas anteriores, las que deben ser gobernadas por la legislación vigente al tiempo de la celebración del contrato”* (Negrilla propia).<sup>131</sup>

En este mismo sentido, de acuerdo con el denominado principio *pacta sunt servanda*<sup>132</sup>, como aplicación del principio de la Buena fé que debe regir las relaciones de las personas, surge entonces para las partes la obligación de cumplir lo acordado por ellas, obligación que las habilita para pactar mecanismos que den seguridad y conminen a que ello se aplique, por lo que el apremio, como uno de esos mecanismos es de perfecto recibo.

Este principio -“*lexcontractus, pacta sunt servanda*”- según lo ha admitido el Consejo de Estado (citando a la Corte Suprema de Justicia), en providencia de Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Magistrado ponente: Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del veintinueve (29) de agosto de 2012, Radicación Número: 05001-23-25-000-1994-01059(21315) se relacionan con criterios como el de integridad, efectividad y oportunidad.<sup>133</sup>

---

<sup>131</sup> Melo Suescún, Jorge. “La aplicación del postulado de la autonomía de la voluntad en la contratación de las Entidades Estatales”. Pág. 15.

<sup>132</sup> Incluido en el artículo 1602 del Código Civil que establece: [t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes.

<sup>133</sup> “Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

En la atención de la consulta arriba mencionada hizo el Consejo de Estado a lo solicitado por el Ministerio de Defensa se advirtió que una estipulación contractual denominada "multa" puede ser una cláusula penal de las reguladas por el derecho privado en las normas que se comentan, de manera que no necesariamente una cláusula así intitulada en un contrato estatal implica por sí misma que se esté pactando una "sanción pecuniaria" a manera de potestad exorbitante. Habrá que analizar en cada caso concreto el pacto en cuestión, aplicando las reglas sobre interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, según las cuales debe estarse a la intención de las partes una vez sea conocida claramente, y también la que expresa que el sentido en que una cláusula sea capaz de producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.<sup>134</sup>

En esa línea y para el caso en examen de este panel, entonces, es claro que las partes dejaron consignada en el contrato la posibilidad de que la contratista fuera multada, en los términos y circunstancias que igualmente se acordaron y que así se regulen por las leyes, ante el incumplimiento o retraso en la atención oportuna de sus obligaciones en el contrato de obra llave en mano. También es evidente para el Tribunal, como también ya fue expuesto, que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, estas multas, tal como fueron pactadas, correspondían a sanciones de apremio y tenían como única finalidad constreñir a la contratista a cumplir sus obligaciones dentro de los plazos acordados y en las condiciones convenidas que a ellas las vincularan. En esa medida, la oportunidad y el procedimiento para imponerlas es de fundamental relevancia en este caso.

Así, por parte del panel igualmente se precisa que, en este Contrato, las partes determinaron que la finalidad de las multas acordadas sería puramente conminatoria, esto es, lo que en palabras del Consejo de Estado significa que:

*“ ... las cláusulas penales de apremio o las multas tienen el objeto de conminar al contratista para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones. La jurisprudencia administrativa ha precisado que la función de las multas (...) “es eminentemente compulsiva, ya que tienen por objeto apremiar al contratista para que ejecute las prestaciones a su cargo, de conformidad con lo acordado en el*

---

las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato). En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “*lex contractus, pacta sunt servanda*”, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial”.

<sup>134</sup> Op. Cit.



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*contrato*”. ”<sup>135</sup> (Negrilla propia)

Es por esta razón que, se destaca, en el Contrato las partes definieron que las multas así convenidas no serían una “*estimación anticipada de perjuicios*”, descartando así su carácter punitivo o sancionatorio, reservando ese carácter para la Cláusula Penal que igualmente acordaron ellos.

Para dar claridad en este punto, debemos indicar que la jurisprudencia ha sido clara en precisar que, entre tanto la multa tiene por fin “*conminar*”, es decir, apremiar al contratista en el cumplimiento de su contrato cuando se presente mora o incumplimiento parcial durante su ejecución, la cláusula penal tiene por razón de ser la tasación anticipada de perjuicios ante la ocurrencia de incumplimiento total del contrato; presentando ambas orígenes diferentes para su imposición, así como consecuencias jurídicas y patrimoniales igualmente diversas ante su declaratoria en firme:

*“Se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato”*<sup>136</sup> (Énfasis y subrayado añadido).

En relación con la finalidad conminatoria y no sancionatoria de la multa, insistimos la doctrina ha afirmado que las multas constituyen una forma de coerción que se ejerce sobre el contratista para que cumpla con las obligaciones que están a su cargo y, por consiguiente, cuando éste las ejecuta, la finalidad de la medida desaparece y con ella la posibilidad de imponer la sanción<sup>137</sup>.

En esa medida, la oportunidad para imponer dichas multas y cumplir con su finalidad, como se colige de lo anteriormente analizado, deberá ontológicamente que ser antes de que el contratista ejecute las prestaciones por las que está siendo convenido, pues precisamente su finalidad está orientada a ello, a buscar del Contratista el “*cumplimiento oportuno de sus obligaciones*”, situación que es diametralmente opuesta a pretender imponerlas una vez cumplida la obligación y con un carácter eminentemente “*sancionatorio*”.

Así lo señala la jurisprudencia, al afirmar que la multa, como medida coercitiva, sólo procede cuando está pendiente la ejecución de obligaciones a cargo del Contratista<sup>138</sup>:

---

<sup>135</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 13 de agosto de 1987, Expediente: 4145. Reiterada en las sentencias del 28 de abril de 2005, Expediente: 14393; del 14 de julio de 2005, Expediente: 14289; y Subsección C, sentencia del 1 de junio de 2020, Expediente: 48645.

<sup>136</sup> Consejo de Estado, M.P. Enrique de Jesús Gil Botero, en Sentencia del 13 de noviembre de 2008, Expediente 17009.

<sup>137</sup> Palacio H., J. “*La contratación de las entidades estatales*”. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, Medellín, 2010, pág. 453.

<sup>138</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009, Expediente No. 17.936.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*“... sólo podrá adoptarse [las multas como medida coercitiva] mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, lo cual significa que, además que se encuentra prevista para incumplimientos parciales y no totales, procede siempre que el contratista no haya satisfecho a cabalidad sus prestaciones, toda vez que su finalidad es la de garantizar el cumplimiento cabal y oportuno de un contrato constriñendo al contratista a su ejecución en caso de mora o retardo” (Negrilla propia)*

En caso de aceptarse que la imposición de las multas de apremio se haga posterior al plazo de su ejecución, el Tribunal no estaría haciendo nada distinto a desnaturalizar lo acordado por las partes, pues se trataría de otro tipo de sanción, distinto a la naturaleza de “apremio” que tiene como objetivo presionar el correcto cumplimiento de las obligaciones.

*“Las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo”<sup>139</sup>. (Negrilla propia)*

Como conclusión a lo aquí expuesto, el contrato en estudio contiene, dentro de sus opciones para preservar y disciplinar eventuales incumplimientos, como medidas compensatorias: la general de todo contrato, esto es, el deber de responder por los daños causados por acciones u omisiones, la asunción por mutuo acuerdo del mecanismo de la cláusula penal, que a continuación se aborda y la posibilidad de conminar al contratista a la oportuna atención de sus compromisos mediante multas, entendiendo que, para esta última, tal prerrogativa, ontológicamente tiene cabida, hasta el instante de la finalización y recibo del objeto en ejecución que conlleva esos disciplinables eventuales retrasos.

## **8. Cláusula penal.**

### **Cláusula penal.**

Como se advirtió antes, el contrato en revisión incorpora varios mecanismos que buscan preservar el cumplimiento exacto de las obligaciones de las partes, siendo uno de ellos la adopción de una Cláusula Penal, por lo que se impone establecer el marco legal en que el Tribunal la entiende.

Frente a la cláusula penal, lo primero es señalar que nuestro ordenamiento jurídico se refiere a este tipo de cláusula en las normas relativas al derecho privado. Así, tanto el Código Civil como el Código de Comercio contienen estipulaciones sobre la cláusula penal. Por un lado, el artículo 1592 del Código Civil se ocupa de definir la cláusula penal como *“aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una*

---

<sup>139</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio. Sentencia de 10 de septiembre de 2014.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.”*

*Por su parte, el artículo 867 del Código de Comercio, establece que “Cuando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse (...).”*

Ahora bien, para entender la finalidad de la cláusula penal, es relevante referirse a su origen histórico. Sobre el particular, señala el Consejo de Estado que.

*“Desde sus orígenes en el derecho romano, la stipulatio poenae fue concebida como una obligación de pagar una pena en caso de que otra obligación fuera incumplida, y tuvo una función originalmente represiva –punitiva-, en tanto se dirigía a sancionar cualquier incumplimiento del deudor, con independencia de la idea de si éste había causado o no un perjuicio al acreedor, pero que, con el tiempo, fue adoptando una finalidad indemnizatoria de los perjuicios derivados para el acreedor, a partir del incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor.”<sup>140</sup>*

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha definido la cláusula penal cómo,

*“el acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación.”<sup>141</sup>*

Al definirla, además, la Corte Suprema ha reiterado que la cláusula penal tiene carácter de obligación accesoria, toda vez que su objeto es asegurar el cumplimiento de otra obligación (la principal), y de obligación condicional, pues la pena solo se debe cuando se configura el incumplimiento total o parcial de la obligación principal.

Este atributo de la condicionalidad encuentra su fundamento en el artículo 1595 del Código Civil, que establece que

*“Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva. Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha*

---

<sup>140</sup> Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Adriana Marín, Sentencia del 28 de noviembre de 2019.

<sup>141</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de julio de 2018, Radicación n.º 25899-31-03-002-2013-00162-01, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*obligado a abstenerse.”*

Ahora bien, resulta necesario resaltar, nuevamente, que la cláusula penal puede tener varias finalidades. Por un lado, puede tratarse de una cláusula penal estimatoria, que, como su nombre lo indica, tiene como objetivo determinar al momento de celebrar el contrato - y, por tanto, antes de cualquier incumplimiento - la indemnización que deberá pagar una parte a la otra en caso de incumplir el negocio jurídico que están acordando. Este tipo de cláusula penal, por su naturaleza, tiene consecuencias similares a las de una indemnización, y busca que la parte que incumple la obligación principal deba compensar a la otra parte por su incumplimiento.

En respuesta de consulta elevada en su momento por el Ministerio de Defensa, la Sala de Consulta del Consejo de Estado, con ponencia del Mag. Dr. Enrique Arboleda estableció en Concepto Sala de Consulta C.E. 1748 de 2006 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil, de mayo veinticinco (25) de dos mil seis (2006). Radicación: 1.748, cómo desde los orígenes del derecho privado la posible doble finalidad de esta figura en el ámbito de la contratación, aplicable tanto a contratos privados como estatales, de forma que la Sala llama la atención sobre el hecho de que en el derecho privado las cláusulas penales cumplen las funciones de apremio, de garantía y de valoración de perjuicios de conformidad con la jurisprudencia y doctrina citada que interpreta las reglas de los artículos 1592 al 1601 del Código Civil.<sup>142</sup>

Por otro lado, puede tratarse de una cláusula penal moratoria, sancionatoria o punitiva, que tiene como finalidad simplemente la de castigar o sancionar a una de las partes ante el incumplimiento con solo probarlo. No se trata ya de estimar anticipadamente el valor por el que se debe indemnizar en caso de incumplimiento, sino simplemente de castigar a una de las partes por no cumplir con la obligación principal a su cargo. De ahí su nombre de cláusula penal punitiva.

Una vez definida la cláusula penal y sus distintas finalidades, es clave para el Tribunal señalar que, tanto el Código Civil como el Código de Comercio, establecen límites a las sumas que se deriven de la invocación de cláusulas penales, y en ambos casos se prevé su control judicial en algunas oportunidades.

Tal como señala Verónica Barrios en un artículo publicado por la Universidad de los Andes, en Colombia

*“... existen cuatro límites legales a la cuantía de la cláusula penal, a saber: (i) la cláusula penal enorme de la que habla el artículo 1601 del Código Civil, que se configura cuando la pena es superior al doble de la obligación principal, (ii) la rebaja por cumplimiento parcial del artículo 1596 ibid, (iii) si es una obligación mercantil, la reducción del artículo 867 del Código de Comercio, que procede cuando la prestación es apreciable en dinero y la pena es superior a la obligación principal*

---

<sup>142</sup> “...las cláusulas penales son una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo. La ley le permite a las partes, que al margen de sus mandatos, incluyan algunas estipulaciones en los contratos con estas finalidades, las que se conocen como cláusulas penales”. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=21359>

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*o cuando la prestación no es apreciable en dinero y la pena es manifiestamente excesiva y (iv) si es una obligación dineraria, las tasas de usura, en virtud del artículo 65 de la Ley 45 de 1990.”<sup>143</sup>*

En el Código Civil, tal como se desprende del artículo 1601, la ley permite pedir la reducción de la cláusula penal, tanto cuando la obligación corresponde al pago de una cantidad determinada, como cuando la obligación es de valor indeterminado, caso en el cual se le otorga al juez la potestad de reducir o limitar la cláusula penal si llegase a considerarla enorme, dadas las circunstancias particulares del caso. Así mismo, el artículo 1596 establece la rebaja ante cumplimiento parcial.

El Código de Comercio, por su parte, establece que la reducción de la cláusula penal, en este caso, no proviene de la petición de alguna de las partes, sino que la ley faculta expresamente al juez a limitarla. Si se trata de una suma cierta de dinero, el monto de la pena no podrá ser superior al de la prestación, y si la obligación principal no tiene dicho carácter, el juez está facultado para reducir la pena cuando la considere manifiestamente excesiva.

Es claro entonces que, en los contratos regidos por el derecho privado, los jueces tienen la facultad de limitar y moderar las cláusulas penales acordadas por las partes según las circunstancias del caso particular. No es lo mismo, entonces exigir el pago de la cláusula penal en un caso en el que la obligación principal ha sido incumplida en su totalidad y uno en el que el incumplimiento sea apenas parcial.

De igual manera, en ciencias conexas como el derecho penal y el derecho administrativo, ha sido unánime la opinión doctrinaria y la jurisprudencial al aceptar la gradualidad de una pena como consecuencia de una infracción cometida teniendo en cuenta, entre otras, los diferentes atenuantes.

Al respecto, afirma la Corte Constitucional en sentencia C-125 de 2003 con ponencia del Honorable Magistrado Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra que:

*“en cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, este exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma... La proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta.”*

Corresponde al juez, en este caso al tribunal arbitral examinar las estipulaciones contractuales que tienen como finalidad garantizar el cumplimiento del contrato, pero guardando equilibrio para no caer en facultades exorbitantes como en los contratos con entidades públicas o en un enriquecimiento sin causa por indebida aplicación o por coexistencia de varias sanciones por un mismo hecho.

Al respecto, el Consejo de Estado expresa que:

---

<sup>143</sup> <https://una.uniandes.edu.co/blog/226-lecciones-de-la-emergencia-sobre-la-moderacion-de-la-clausula-penal>

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*“Aunque las multas y la cláusula penal pecuniaria tienen una finalidad común - en lo sustancial-, que se concreta en el logro de los objetivos propuestos en el contrato; se diferencian en que la multa por regla general es conminatoria del cumplimiento de las obligaciones en razón al acaecimiento de incumplimientos parciales; la cláusula penal constituye en principio una tasación anticipada de perjuicios, a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones.”<sup>144</sup>*

Es por ello que se debe ponderar con sana crítica la gravedad del incumplimiento atribuible a la culpa del deudor y la ventaja que esta le produce al acreedor.

La realidad del contrato delega y exhorta al juez para que, en caso de una disputa, sea este quien establezca el monto y legalidad de la cláusula penal en casos de incumplimientos parciales, defectuosos o totales teniendo en cuenta, incluso, que conforme al artículo 1592 del Código Civil, la pena *“consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”*.

Bajo ese entendido, para analizar el origen de la facultad del juez de reducir la cláusula penal, es oportuno acudir a lo expuesto en el Laudo Arbitral expedido el 12 de junio de 2015 en el caso de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. contra Conexcel S.A., donde claramente se reiteró la facultad jurisdiccional de entrar a fijar los topes aplicables a las sumas de dinero que deba asumir alguna de las partes como consecuencia de la aplicación de una cláusula penal del tipo punitivo, específicamente.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D. C., noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008), Radicación número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)

<sup>145</sup> Laudo Arbitral del 12 de junio de 2015, Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. contra Conexcel S.A.

*“La facultad del juez de reducir la cláusula penal tiene raíces muy antiguas. Pothier al hacer referencia a ella se fundaba en Dumoulin, quien a su turno invocaba el derecho romano. Sin embargo, los criterios que se aplican en el derecho comparado para tal efecto no son homogéneos, lo cual obedece a las diversas aproximaciones sobre la naturaleza y función de la cláusula penal. En derecho francés el Código Civil no siguió inicialmente a Pothier y por ello no contempló la facultad para el juez de reducir la pena. Posteriormente el legislador modificó el artículo 1152 del Código Civil en los años 1975 y 1985 para incluir la facultad para el juez de reducir o aumentar la pena pactada, aún de oficio, si la misma es manifiestamente excesiva o irrisoria.*

*Ahora bien, en relación con esta norma la Corte de Casación Francesa ha precisado que para determinar si la pena es manifiestamente excesiva debe tomarse en cuenta el perjuicio que sufre el acreedor y no los motivos de la conducta del deudor. Además el carácter excesivo debe apreciarse cuando el juez adopta su decisión.*

*Por su parte el Código Civil Alemán establece en su artículo 343 que una cláusula penal puede ser reducida a un monto razonable cuando es desproporcionadamente alta. A tal efecto precisa el Código que para juzgar la desproporción debe tomarse en cuenta todo interés legítimo y no sólo el interés financiero. Señala la doctrina que en cuanto se excede el interés patrimonial se debe ponderar la gravedad de la culpa del deudor y la ventaja que le produce el incumplimiento o el cumplimiento no pertinente, así como su situación patrimonial.*

*El Código Suizo de las Obligaciones igualmente contempla la facultad de reducir la pena, y la jurisprudencia del Tribunal Federal ha señalado que la pena debe ser reducida cuando hay una desproporción crasa entre el monto convenido y el interés del acreedor en mantener la totalidad de su pretensión, medida al momento en el que se produce la violación, tomando en cuenta todas las circunstancias concretas, incluyendo la naturaleza y duración del contrato, la gravedad de la culpa y de la violación contractual y la situación económica de las partes, particularmente la del deudor.*

*El Código Civil Italiano en su artículo 1384 contempla también la posibilidad de reducir la cláusula penal cuando la obligación*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Con base en este análisis histórico, pasa entonces el Tribunal a reiterar lo establecido sobre las cláusulas penales en nuestro Código de Comercio, teniendo en cuenta que el caso que nos ocupa versa sobre un contrato mercantil, como ya se ha establecido. En ese sentido, dicha norma no distingue la finalidad que persiguen las cláusulas penales para efecto de limitarlas. En cualquier caso, es claro que el juez está facultado para poder moderar el monto de la cláusula penal acordada entre las partes según las circunstancias particulares, siempre que considere que el monto es excesivo.

En esa medida, es fundamental que, a la hora de limitar o moderar el monto de la cláusula penal se tengan en cuenta distintos factores, como bien se desprende del análisis comparado antes transcrito. Uno de estos factores, sin lugar a dudas, es el cumplimiento parcial de la obligación principal, pues configura un caso distinto al del incumplimiento absoluto. Así, cuando el contratante ha cumplido parcialmente con sus obligaciones, el cobro de la totalidad del monto establecido en la cláusula penal puede resultar excesivo, toda vez que este fue acordado para el caso en el que el contratista simple y llanamente no cumpliera con la obligación. Ante un incumplimiento parcial, lo que procede, para el Tribunal, es la moderación del monto de la cláusula penal, de manera que sea proporcional a la afectación generada por el incumplimiento.

Se debe entonces, a la hora de limitar el monto de la cláusula penal entrar a determinar si el incumplimiento fue total o parcial, además de estudiar a profundidad el daño causado al contratante como consecuencia de este incumplimiento. Solo en ese sentido, puede el juez, en este caso el presente Tribunal, determinar si se trata de una cláusula penal excesiva, tal como se establece en el artículo 867 del Código de Comercio, en cuyo caso estará plenamente facultado para moderar y determinar al valor que, en virtud del incumplimiento probado, tenga derecho como resultado de la cláusula penal acordada entre las partes en el contrato de obra.

## **VIII. LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL**

### **Cuestión previa**

El soporte de toda decisión judicial. Los criterios auxiliares. La jurisprudencia.

Inicia el Tribunal el estudio, análisis y definición de los problemas jurídicos puestos a su consideración, tal y como en anterior acápite se determinó.

---

*se ejecutó en parte o cuando es manifiestamente excesiva, teniendo en cuenta el interés que el acreedor tenía en el cumplimiento. La Corte de Casación Italiana ha precisado que el juez puede reducir de oficio la cláusula penal y que para tal efecto el interés del acreedor no debe examinarse solamente al momento de pactar la cláusula sino también al momento en el cual la prestación se ha ejecutado tardíamente o se ha incumplido definitivamente.*

*Por su parte, los Principios de Contratación Comercial Internacional de Unidroit señalan en su artículo 7.4.13 que “la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias.”*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Para el desarrollo de tal tarea, es el interés del panel establecer que se partirá de los lineamientos constitucionales y legales aplicables a los jueces para la confección y emisión de sus decisiones, considerando y ponderando los elementos que sobre tales propósitos el ordenamiento jurídico contiene.

Como primer referente a considerar, se atiende al precepto del artículo 230 Superior, dejando de presente que el panel, como administrador de justicia por delegación de las partes debe observarlo, todo en desarrollo del concepto contenido en el artículo 116 Constitucional, que hace que el árbitro entre en la tercera de las categorías allí contenidas para la administración de justicia y que la Norma Superior así incluyó, esto es la de ser investidos transitoriamente de esa función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determinó la ley.

Esta condición, pese a su carácter transitorio y resultado de una habilitación, tendrá unas connotaciones frente al asunto a resolverse que adelante se desarrollarán, pero que por ahora es suficiente soporte para imponerles a estos investidos para la función de administrar justicia, el deber de cumplir con todas las cargas y responsabilidades que a sus pares de la primera categoría de los administradores de justicia que la norma contiene esto es *“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia (...) la Justicia Penal Militar. El Congreso [que] ejercerá determinadas funciones judiciales”*- les corresponde observar y que se incorporan en normas jurídicas obligatorias.

La primera de estas normas a observarse, de rango constitucional, como ya se anunció, corresponde al sentido del art. 230 de la Norma Superior, conforme el cual, *“Los jueces, [y quienes ejerzan funciones de Administración de Justicia] en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*, lo cual significa que para la adopción de las decisiones que correspondiere emitirse al administrar justicia, existe un derrotero claro de qué debe observarse al fallar y cuál es el rango de prioridades de los elementos a observarse para este propósito.

Estos principios Superiores tienen actualmente desarrollo legal, en especial en las normas que regulan la actividad de la administración de justicia, más exactamente, las normas de procedimiento a observarse.

En la estructura de estos preceptos inicialmente se encuentra el incluido en el artículo 7° de la ley 1564 (Código General del Proceso-CGP) según el cual, *“Los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley. Deberán tener en cuenta, además, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.”*, lo que indica básicamente que el referente inicial a analizarse por un juzgador será el contenido de la ley, en la abstracción que las Cortes han definido, como el ordenamiento jurídico completo y no solo las leyes formalmente expedidas por el Poder Legislativo, y cómo los elementos adicionales a observarse -, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina- en armonía con la norma superior servirán de soporte, apoyo y complemento al primero de los elementos revisables para la producción de una decisión por



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

parte del operador judicial.

Sin pretender adentrarnos, por no ser la materia de esta decisión, en los alcances de conceptos como lo son “El Precedente Judicial” y/o “La Doctrina Probable”, desarrollados prolijamente en la Sentencia C-621 de 2015, bastará mencionar que en tal pronunciamiento se definieron los criterios en los que tales conceptos deben ser observados y acatados y cuál deberá ser la línea de conducta del juez al proferir sus decisiones, acorde con estos conceptos.

De manera esquemática, respecto de tal decisión, para este panel es claro que las decisiones de las Altas Cortes, en especial las de la Corte Constitucional son vinculantes para los jueces en general, lineamiento que se fundamenta en (i) el respeto al principio de la seguridad jurídica, el cual implica el respeto por las normas superiores y la unidad y armonía de las demás normas con éstas, de manera que al ser la Corte Constitucional el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional,

*“sus determinaciones resultan ser fuente de derecho para las autoridades y particulares, cuando a través de sus competencias constitucionales establece interpretaciones vinculantes de los preceptos de la Carta”; (ii) la diferencia entre decissum, ratio decidendi y obiter dicta, ratificando la obligatoriedad no solo de la parte resolutive sino de los contenidos de la parte motiva de las sentencias, en el control abstracto de constitucionalidad, que son determinantes para la decisión o constituyen la ratio decidendi del fallo; y (iii) las características de la ratio decidendi y, por tanto, de la jurisprudencia como fuente de derecho, por cuanto “la ratio decidendi de las sentencias de la Corte Constitucional, en la medida en que se proyecta más allá del caso concreto, tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones, por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional.”<sup>146</sup>*

En desarrollo de este criterio, dice la misma providencia, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.

---

<sup>146</sup> Sentencia C-621 de 2015

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Sin embargo, estos derroteros no son absolutos y permiten al juzgador, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, apartarse de la misma, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; ó, (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial.

Similar tratamiento se tiene en relación con el concepto de “La Doctrina Probable”, a la cual la Corte Constitucional procuró darle un valor jurídico explícito, fundamentando para ello su fuerza normativa en “el derecho de los ciudadanos a que las decisiones judiciales se funden en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico.”, y que debe ser entendida al tenor del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, aún vigente, que establece que:

*“Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.”*

Sin embargo, y para concluir el tema, debe enfatizarse que la Corporación ha sido muy clara en recalcar la importancia del principio de igualdad como fundamento de la obligatoriedad del precedente jurisprudencial y la doctrina probable, pues el trato diferenciado por parte de los jueces a ciudadanos cuyos casos se fundamentan en iguales cuestiones fácticas, no sería otra cosa que una vulneración al principio de igualdad que es un pilar fundamental del Estado Social de Derecho y un eje definitorio de la Constitución Nacional, lo que significa, sin lugar a dudas para este panel arbitral, que la identidad de los soportes fácticos de los casos a fallarse aplicando estos principios enunciados aquí, será un factor definitivo, insoslayable e improrrogable, para poder pretender acogerse al tratamiento expuesto.

Así las cosas, es entonces imperativo adoptar esos derroteros, desarrollo legal del principio superior expuesto, tal y como se examinó respecto del art. 7° del CGP analizado.

Le sigue en estudio el artículo 164 del mismo ordenamiento procesal, que de manera perentoria indica que *“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.”*, lo que no es cosa distinta que indicar que adicionalmente a los factores a estudiarse según lo venimos revisando, son las pruebas aportadas regular y oportunamente en las que debe descansar y se debe afianzar esa decisión judicial a emitirse.

Desde finales del siglo pasado, ya los Maestros del derecho procesal iban en tal sentido. Es así como el Tratadista Doctor Hernando Morales Molina enseñaba cómo en una decisión judicial el juez debe hacer las consideraciones necesarias sobre los hechos y sus pruebas, pues los primeros constituyen la premisa histórica, pero solo podrán ser valorados y apreciados de conformidad con sus pruebas pertinentes para concluir cuáles

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

han sido demostrados y cuáles no. Dicho de otra forma, no bastará con hacer un exhaustivo y muy completo relato de los hechos en los que se funda una pretensión, si ellos no están soportados y apoyados en unas pruebas que permitan que el juez pueda darlos por ciertos y entonces cotejarlos con las normas legales aplicables y con los demás elementos influenciadores de esa decisión, como antes lo dijimos.

El Profesor Morales era enfático al sostener que para que una motivación de una decisión judicial sea legítima, deberá fundarse en esas pruebas legal y oportunamente producidas y allegadas y que según esa ley sean eficaces para demostrar esos hechos, por lo que se deberán analizar los medios de prueba de acuerdo con las normas que los rigen en cuanto a su producción, y luego apreciarlos según las reglas de la sana crítica. Estas enseñanzas hoy son norma perentoria que está contenida en el artículo 176 del ordenamiento procesal (CGP) aplicable al arbitraje.

Ese precepto señala que,

*“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.”*

En 1975, el día 2 de diciembre la Corte Suprema de Justicia, en vigencia del art. 187 del C.de.P.C., se ocupó de esbozar qué se debe entender por “Sana Crítica”. Según la Corte de la época, tal concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, pues no tiene la rigidez de la primera ni los niveles de incertidumbre de la segunda, sino que se configura el sistema como el uso de las reglas del correcto entendimiento humano donde convergen las reglas de la lógica y las reglas de la experiencia del juez, es decir con arreglo a la sana razón y al conocimiento experimental de las cosas por parte del juzgador, sin que le sea dado razonar libremente a voluntad, discrecional y arbitrariamente.

De lo expuesto este Tribunal entiende que tiene que mirar de manera sistémica y global para el caso y el expediente, primeramente y con sumo cuidado, el acervo probatorio acopiado en el término procesal correspondiente y, con base en la sana crítica, aportarles el valor que lo lleve a una acertada decisión, emitida con esa disciplina de pensamiento.

Cierra este decálogo de reglas aplicables a las decisiones judiciales, los señalamientos de los arts. 280 y 281 del ordenamiento procesal en examen.

Al decir del inciso primero de ellos, *“La motivación de la sentencia deberá limitarse al examen crítico de las pruebas con explicación razonada de las conclusiones sobre ellas, y a los razonamientos constitucionales, legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión, con indicación de las disposiciones aplicadas. El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella...”*, se

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

reitera lo que hemos venido puntualizando, en la dirección de que deberá ser sobre las pruebas existentes en el proceso que se base y sostenga la decisión que se adopte, sin perjuicio de lo que adicionalmente él considere pueda ser hecho determinante de pruebas indiciarias revisables y apreciadas.

De su lado el art 281 mencionado, al enunciar respecto de las excepciones planteadas por las partes pasivas de la litis que *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. (...)”* ratifica nuevamente el valor definitivo que, para una decisión judicial, más que todos los demás elementos que analizáramos someramente atrás, será lo que se haya probado o no lo que defina la suerte y el destino de las pretensiones y defensas de los interesados.

Establecido el marco legal de los puntos a atender en derecho reguladores de los asuntos puestos a consideración del Tribunal y la forma en que el panel los entiende, sigue en lista el revisar, verificar y precisar si los presupuestos fácticos que enmarcan las pretensiones y excepciones expuestas por las partes se encuadran dentro de los presupuestos que la ley consagra para su aplicación. Posterior a este ejercicio examinará el panel los soportes probatorios allegados para soportar dichos desarrollos casuísticos.

Se debe advertir de nuevo para esta etapa -como en el punto correspondiente ya se desarrolló- cómo las reglas de interpretación de los contratos que la ley consagra no son meras recomendaciones para el juez, sino que denotan patrones de comportamiento de rigurosa atención por parte de éste, motivo por el cual no es dado a las partes indicar de qué manera deberá interpretarse un contrato según las reglas que ellas eventualmente señalaren. Los efectos y consecuencias de esta interpretación no es materia modulable por los contratantes.

Lo señaló este escrito en su momento, pero se hace necesario ubicar sus implicaciones procesales desde otra óptica, que las menciones que indistintamente las partes hacen, al referirse a los demandantes iniciales, sociedades HAPIL SAS y AVILA SAS, como “El Consorcio” (LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS) se entenderían haciendo abstracción a que la aplicación de figura consorcial no es de recibo, en los términos y alcances que se le da en contratación estatal, en el marco de los contratos mercantiles como es el que nos ocupa, debiendo en este punto dejar sentado que, si bien esta circunstancia podría, teóricamente, conllevar consecuencias de ausencia de capacidad por quienes suscribieron el contrato en el extremo Contratista, esta eventual nulidad relativa la encuentra el panel totalmente superada.

En efecto, el contrato allegado indica en su texto que las partes de él son la sociedad demandada, en condición de Contratante, y las demandantes , bajo la figura de “Consorcio Puerto Aguadulce” (LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS) son las Contratistas y el Señor ANTONIO AVILA lo suscribe en condición de representante de este, lo que podría textualmente hacer concluir que la real parte contratista - las dos sociedades demandantes- no suscribieron ellas el contrato demandado y que el firmante, Sr. Ávila, no ostentaba condición de ser su representante legal, lo que podría indicar una ausencia de capacidad o capacidad insuficiente por parte de la parte que él expresa representar.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Para esta aclaración que se hace se mencionará cómo la teoría de las nulidades ha distinguido dos clases: absolutas y relativas. La llamada rescisión es una especie de nulidad relativa, con efectos generalmente iguales a los de ésta. El criterio de la distinción entre la nulidad absoluta y la relativa reside en la importancia de la norma violada. Si ésta es de interés general, la nulidad es absoluta; si es de aquellas que tutelan el interés particular de las personas, la nulidad es relativa.

El Código de Comercio, establece que será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo conforme al Código Civil (Código de Comercio, art. 900). Al igual que la normatividad civil, el Estatuto Comercial señala que la anulabilidad sólo podrá ejercitarse por la persona en cuyo favor se haya establecido o por sus herederos, y prescribirá en el término de dos años, contados a partir de la fecha del negocio jurídico respectivo.

Por los derechos que se protegen a través de la nulidad relativa, (anulabilidad en derecho mercantil) esta no puede ser declarada por el juez sin que exista una solicitud de parte. Tampoco puede ser solicitada por el Ministerio Público en el solo interés de la ley. En general, puede afirmarse que la nulidad relativa puede alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios. Ello significa que, en la ejecución de un contrato, la nulidad relativa sólo podría ser alegada por la parte protegida por el ordenamiento y no por la parte que eventualmente puede verse beneficiada con la ocurrencia de la causal de nulidad.

La nulidad relativa puede ser saneada, subsanada o corregida, y puede sanearse por el lapso de tiempo, o por ratificación de las partes ya sea tácitamente o de forma expresa.

Para zanjar esta coyuntura entiende el Tribunal que el hecho de que ésta no haya sido invocada por quien tendría esa prerrogativa y que el tiempo que la ley establece como oportuno para la petición de declaración judicial haya expirado ya, tiene por saneada esa aparente falta de capacidad de quien suscribiera el contrato en condición de Contratista en el documento materia de este proceso y que la actuación de las partes deja al panel la certeza de la ratificación de tal circunstancia que, de todas formas, debía señalarse previo a las decisiones a adoptarse.

Hecha esta precisión y con el propósito de evacuar los asuntos a decidirse, para adoptar una metodología ordenada que incorpore la totalidad de lo pendiente de decirse, el Tribunal acogerá la segmentación que las partes presentaron en sus alegatos de conclusión como manera de agrupamiento temático de sus pretensiones y procederá a evacuarlos bajo esta clasificación adoptada por cada una de las partes.

Consideraciones comunes a la demanda principal y de reconvenición

Para acometer lo pertinente al estudio de las pretensiones y defensas de las partes frente a la demandas principal y la de reconvenición, debemos centrarnos en el Contrato, y en lo pactado explícita, clara y

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

detalladamente sobre la finalización y liquidación de las labores contratadas y los pasos a seguir, lo que no ha sido objeto de modificación y da cuenta de cómo cada una de las partes, sin consideración a lo pactado y a la realidad del desenvolvimiento del Contrato, ha presentado argumentos y solicitudes mutuas lejanas a lo por ellas mismas acordado y ratificado en los instrumentos convenidos para la parte final de liquidación y cierre del contrato, centrándose en aspectos parciales que resultan descontextualizados de lo realmente acontecido y, salvo los aspectos que el Tribunal ha señalado como determinantes de incumplimientos de la contratista, en términos generales, contraevidentes a lo acordado y firmado por ellas.

En ese orden de ideas, debemos acudir a dos textos de particular importancia, a los que el Tribunal, en tanto son expresión de lo acordado por las partes en el Contrato, y su voluntad, concluido el objeto de este y, teniendo en cuenta las mutuas diferencias, acuerda y decide sobre parte sustancial de las mismas y llega a acuerdos finales que, como se ha señalado, se dejan de lado en las mutuas acciones propuestas en el caso que ocupa el quehacer del Tribunal.

En primera instancia, el Acuerdo de desembolso parcial de valores por concepto de retención por garantía suscrito el 29 de agosto de 2018

De conformidad con lo acordado en el contrato suscrito el 18 de febrero de 2015 las partes suscribieron el denominado **“ACUERDO DE DESEMBOLSO PARCIAL<sup>147</sup>** conforme al cual, acuerdan llevar a cabo un pago parcial de la Retención en Garantía, reconociendo que el remanente quedaría pendiente de revisión, dejando la constancia de los Contratistas de la renuncia a presentar reclamaciones en relación con dichos valores y se declara a SPIA a paz y salvo por esos conceptos y se obliga a mantenerla indemne por causa de lo acordado. Esta acta, conforme lo expresamente convenido, reemplazó cualquier otro convenio sobre el mismo objeto celebrado antes de esta fecha.

De otra parte, se deja en claro que el Acuerdo no es un OTRO SI al contrato ni una renuncia a las reclamaciones, derechos y obligaciones contenidas en él y por ende y salvo en lo relacionado con el acuerdo de desembolso parcial convenido, el contrato y sus OTROSIES no han sufrido, por razón de su firma, alteración de ninguna especie.

De otra parte, en el **ACTA DE ACEPTACIÓN FINAL Y DETERMINACIÓN DE GARANTÍAS<sup>148</sup>**, se deja constancia de que se han dado las condiciones de aceptación de la cláusula 7.18 del Contrato, conforme da fe el documento, se señala que se han afectado actas parciales de entrega y recibo para cada Edificación, conforme al detalle y salvedades que en dicha acta se detallan.

Respecto de la denominada garantía *post venta* de las Edificaciones recibidas por el CONTRATANTE,

---

<sup>147</sup> Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba 53

<sup>148</sup> Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba 50

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

efectivamente se facilitó el inicio de la prestación del servicio portuario. Es así que en el contrato de la referencia se suscribieron en el año 2015, 2016 y enero de 2017 las actas de entrega y recibo de cada una de las Edificaciones, en las cuales, se consignó la intención reiterada de mantener los efectos del acta de recibo definitivo, haciendo referencia a que la atención de defectos se realizará como garantías *post venta*, pero además, no es menos cierto que las partes decidieron suscribir un acta de entrega y recibo que no está regulada en el contrato, como tampoco sus efectos, a lo que también se suma, que la contratante ha estado usando desde la fecha de entrega y recibo las Edificaciones para los propósitos que fueron construidas.

**A. Las pretensiones de la parte Demandante en la demanda principal**

**1. “Sobre la necesaria intervención del juez del contrato para que declare su incumplimiento y la procedencia de la multa de que trata el numeral 12.02 del contrato.”**

Esta primera pretensión va encaminada a puntualizar el tratamiento contractual, de cara con las normas legales y procesales vigentes, que ante un incumplimiento de los términos del contrato podría adoptarse en desarrollo del mismo.

Sin perjuicio de lo que ya se puntualizó arriba respecto al entendimiento que tiene el panel en lo que respecta al concepto “incumplimiento contractual”, es menester revisar lo que el contrato en estudio recogió, más que a nivel de determinar incumplimientos, sí respecto del tratamiento de los correctivos a desatenciones en general de las obligaciones de las partes.

Distingue el panel tres categorías acordadas en relación con este asunto: i) la reparación de daños indemnizables, ii) la activación de la cláusula penal y iii) la imposición de las multas apremio, eventualidades estas tres, para las que, contractualmente se acordaron diferentes estadios.

Entiende el panel que la materia de la petición del actor tiene que ver con la tercera de las categorías correctivas y/o sancionatorias acordadas, sin embargo, considera que el tratamiento para las tres es transversal y confluye a lo convenido respecto al tratamiento de las controversias.

Haciendo, como en la parte del soporte legal de lo que se resuelve en este laudo se precisó era menester, una interpretación del contrato en la materia que nos ocupa bajo las directrices del artículo 1622 del Código Civil<sup>149</sup>, es imperioso centrar la atención en el capítulo del contrato que se ocupa del manejo de las diferencias surgidas entre las partes.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> Artículo 1622. CC. “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.” (Subrayas fuera)

<sup>150</sup> SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Esta parte del contrato distingue del tratamiento que tendrá la solución de una reclamación, dependiendo si ella proviene del Contratante o es originada a instancias del Contratista y señala, en caso de desacuerdo, cómo se zanja la diferencia y se decide de fondo.

Es aquí oportuno revisar el rol del Interventor en este contrato, donde no queda muy claro cuál realmente es su campo de actividad.

---

**14.01 Reclamaciones del Contratista**

Si el Contratista considerara que tiene derecho a una ampliación del plazo previsto como Plazo Máximo de Entrega o a cualquier pago o compensación dineraria distinta a lo contemplado en la CLÁUSULA V, al amparo de cualquier disposición del presente Contrato, el Contratista deberá notificarlo al Interventor y al Contratante, describiendo el acontecimiento o circunstancia que origina la reclamación. La notificación deberá realizarse tan pronto como sea posible, y no más tarde de 5 Días Hábiles después de que el Contratista tuviera conocimiento del acontecimiento o circunstancia.

Si el Contratista no lo notificara dentro del mencionado plazo de 5 Días Hábiles, no se ampliará el Plazo Máximo de Entrega, ni el Contratista tendrá derecho a ningún pago adicional quedando liberado el Contratante de cualquier responsabilidad relacionada con la reclamación. En caso contrario, las siguientes disposiciones de esta Sección serán aplicadas: El Contratista deberá conservar, en el Sitio o en sus oficinas principales y a disposición del Contratante los registros relacionados que puedan ser necesarios para fundamentar cualquier reclamación. El Interventor podrá, después de recibir cualquier notificación según lo dispuesto en la presente Sección, controlar la conservación de los registros y ordenar al Contratista que conserve cualquier otro registro relacionado. El Contratista deberá permitir que el Interventor inspeccione dichos registros, y deberá (si se le ordena) remitirle copias.

Dentro de los 10 Días siguientes a la notificación de la Reclamación del Contratista de que trata esta Sección, el Contratista deberá enviar al Contratante una reclamación completamente pormenorizada, que incluya toda la información que sirve de base a la reclamación y a la ampliación del plazo para entrega de la Ingeniería, o al Plazo Máximo de Entrega o al pago adicional reclamado. Con base en los soportes documentales proporcionados por el Contratista, el Interventor decidirá, mediante la emisión de una determinación en los términos de la Sección 10.04, si a la luz de las disposiciones del Contrato concede (i) ampliación del Plazo de Máximo de Entrega y/o (ii) modificación al Precio del Contrato en aplicación de la Sección 10.04.

**En caso que el Interventor no acceda o sólo acceda parcialmente a las peticiones del Contratista, dará traslado de su decisión también al Contratante y se entenderá que existe una Disputa y que el Contratista ya hizo el reclamo correspondiente al Contratante.**

Ningún pago efectuado por el Contratante a favor del Contratista podrá ser entendido en el sentido de liberar a este último de cualquier obligación o responsabilidad prevista bajo del presente Contrato, ni como una manifestación del Contratante en relación con la inspección y/o aceptación de las Obras.

Una vez notificada una Reclamación del Contratista **y durante el tiempo que tome la resolución de la misma de conformidad con los mecanismos previstos en este Contrato y en las Leyes Aplicables,** el Contratista estará obligado a continuar la ejecución de sus obligaciones derivadas de este Contrato.

**14.02 Reclamaciones del Contratante**

Si el Contratante se considera con derecho a cualquier pago o descuento, según cualquier estipulación del presente Contrato, el Contratante deberá notificar al Contratista y al Interventor.

La notificación deberá remitirse tan pronto como sea posible, una vez que el Contratante tenga conocimiento del suceso o circunstancia que da lugar a la reclamación.

La notificación deberá especificar la Cláusula o Sección de este Contrato, u otras razones, en que se basa la reclamación, e incluirá la justificación de la cantidad a la que el Contratante considere que tiene derecho.

El Interventor de la Obra procederá entonces, de acuerdo con lo establecido en la Sección

10.04. Lo determinado por el Interventor a favor del Contratante podrá deducirse de los pagos al Contratista en los términos de la Sección 5.02.

Una vez notificada una Reclamación del Contratante **y durante el tiempo que tome la resolución de la misma de conformidad con los mecanismos previstos en este Contrato y en las Leyes Aplicables,** el Contratista estará obligado a continuar la ejecución de sus obligaciones derivadas de este Contrato.

(Subrayas fuera)



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Según el contrato “El Interventor representará al Contratante y por ende estará facultado para hacer por escrito observaciones técnicas y/o administrativas durante la ejecución de las Obras, complementar antecedentes técnicos o administrativos e impartir Instrucciones al Contratista, que éste estará obligado a cumplir.” definición que plantea zonas grises, tales como ¿cuál es el nivel de representación del Interventor como delegado o agente del Contratante, esas facultades son realizadas a nombre de este, y dónde se comienza a esbozar esa potestad sancionatoria y de decisión que da origen a estas reclamaciones?

Revisando el contenido de esa Cláusula 10ª del contrato, solo en el señalamiento de las funciones de la Interventoría se abre esa opción de juzgador al revisar el numeral 10 del punto 10.01 de la cláusula que señala que el Interventor podrá “Tomar Determinaciones en los términos de la Sección 10.04”. Inmediatamente adelante se examinará esa prerrogativa y sus alcances.

Lo que por ahora queda establecido, es que el mecanismo contractual convenido, teniendo presente esa “representación” del Contratante para con el Contratista a través del Interventor, hacía que fuera por su conducto que se ventilara la solución de reclamaciones cruzadas generadas en desarrollo del cotidiano contractual, ello, al parecer, como vehículo para la puesta en ejecución de la prerrogativa convenida de la utilización de multas de apremio, de ser el caso.

Independientemente del procedimiento logístico que se convino, se establece en el texto del contrato, para las reclamaciones planteadas a instancias del Contratista, que ...” En caso que el Interventor no acceda o sólo acceda parcialmente a las peticiones del Contratista, dará traslado de su decisión también al Contratante y se entenderá que existe una Disputa y que el Contratista ya hizo el reclamo correspondiente al Contratante.”, indicándose que, si el Interventor considera que la reclamación del Contratista no es fundada, por la razón que fuere, se lo comunicará al Contratante y se consolidará entonces allí mismo una situación de “Disputa”, en los términos que se concibe ella según el mismo contrato.

Existiendo esta situación, para esa “Disputa” se contempla qué acontece con el contrato y las obligaciones del contratista -que deberán atenderse- “ durante el tiempo que tome la resolución de la misma de conformidad con los mecanismos previstos en este Contrato y en las Leyes Aplicables”

Nótese que, esa decisión negativa a las pretensiones del Contratista se contempla, tiene un tratamiento de “Disputa” y deberá ser resuelta conforme los mecanismos del contrato y la ley. No es entonces definitiva esa decisión desfavorable al Contratista que el Interventor asumió y existe una instancia diferente donde ella se ventilará y resolverá.

Ahora, cuando es una reclamación a instancias del Contratante (quien está representado en el contrato por el Interventor) se remite su actuación a lo dispuesto en la Sección 10.04 del contrato.<sup>151</sup>, que reglamenta la

---

<sup>151</sup> 10.04 Determinaciones del Interventor

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

intervención del Interventor para dos eventualidades: para *llegar a un acuerdo o decidir sobre cualquier asunto*, lo que ya deja una sensación de trato diferencial de la intervención de éste dependiendo de quién reclame y pareciera se le diesen aquí omnímodas atribuciones.

Empero esta impresión, una vez se surta un trámite allí consignado, las partes podrán disentir del sentido de esa decisión, indicando dicha cláusula que frente a ese desacuerdo (Disputa) *“el Interventor decidirá en justicia, de acuerdo con lo establecido en el Contrato y considerando todas las circunstancias pertinentes.”*

Si la disconformidad de las partes, cuando la reclamación negada es del Contratista consolida una situación de “Disputa” que se resuelve según el contrato, ¿por qué cuando la discrepancia es a instancias de una decisión generada a instancias del Contratante, es el Interventor -su representante- quien la decide?

¿Cómo y con qué fundamento legal se “*decide en justicia*” por el Interventor de acuerdo con lo establecido en el contrato y qué acontece con esa decisión? ¿Si para la reclamación del contratista que se desatiende por el Interventor se genera una situación de “Disputa” también ella se genera cuando la reclamación del Contratante no es aceptada por el Contratista?

Esa creativa creación inclina más la percepción a concluir que sería esa una decisión final, solo que, examinando cuidadosamente el conjunto y de acuerdo con el inciso final de la misma cláusula 10.04 en examen, esa “*decisión en justicia*” del Interventor se asume por las partes “...*hasta y salvo que se determine lo contrario de conformidad con los mecanismos de solución de controversias previstos en la CLÁUSULA XIV.*”

De nuevo nótese que esa “*decisión en justicia*” no es entonces definitiva, toda vez que sobre ella es posible que se determine lo contrario, por la expresa remisión que se hace al tenor de lo dispuesto en la Cláusula 14ª del contrato. Ella, en su numeral que correspondería al 14.03, (numerado allí como 14.05) contempla la decisión de los contratantes de que sea por la vía arbitral <sup>152</sup>que se decida, ahí sí con fuerza coercitiva, la

---

Siempre que el presente Contrato disponga que el Interventor deba realizar o emitir una Determinación, *para llegar a un acuerdo o decidir sobre cualquier asunto*, éste deberá consultar con cada una de las Partes para alcanzar un acuerdo. Cada una de las Partes dispondrá de un término de 7 Días *para manifestar de manera razonada su posición frente al contenido de dicha Determinación Si en virtud de lo anterior no hubiere un acuerdo en las posiciones de las Partes, el Interventor decidirá en justicia, de acuerdo con lo establecido en el Contrato y considerando todas las circunstancias pertinentes.*

El Interventor deberá notificar a ambas Partes cada acuerdo o decisión, junto con información detallada complementaria. Cada una de las Partes deberá aceptar y proceder con arreglo a cada acuerdo o Determinación *hasta y salvo que se determine lo contrario de conformidad con los mecanismos de solución de controversias previstos en la CLÁUSULA XIV.*  
(Subrayas fuera)

<sup>152</sup> 14.05 (sic) Cláusula compromisoria

*Todas las Disputas y cualquier controversia derivada de, o en conexión con, el presente Contrato, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento de acuerdo al reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y amigable composición de la Cámara de Comercio de Bogotá,* de acuerdo a las siguientes reglas:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

suerte de esa circunstancia de desacuerdo generada con la reclamación del Contratante que el Interventor sí acogió, otra vez, en contra del Contratista.

De este análisis en Tribunal, con fundamento inicial en el texto mismo del contrato allegado por las partes como prueba y dando aplicación expresa al mandato del art. 1620 del CC<sup>153</sup>, entiende que, conforme esa cláusula arbitral mencionada. “... Todos [sic] las Disputas y cualquier controversia derivada de, o en conexión con, el presente Contrato, serán sometidas a la decisión de un Tribunal de Arbitramento de acuerdo al reglamento del Centro de Conciliación, Arbitraje y amigable composición de la Cámara de Comercio de Bogotá (...)” por lo que esas circunstancias que generen controversia entre los contratantes son todas de la órbita de la decisión de un panel arbitral, sea cual sea su origen, incluida por supuesta, la ejecución de la potestad de la cláusula 10.04 que examináramos arriba.

Así las cosas, para cualquiera de las tres categorías de medidas sancionatorias contempladas en el contrato: indemnización, cláusula penal y definición de multas de apremio, en las que exista una discrepancia entre las partes, será el panel de árbitros que se convoque quien tendrá la última palabra sobre la definitiva oponibilidad de lo pretendido por parte de quien reclame alguna de esas tres medidas sancionatorias a las que hemos hecho mención, no el Interventor “decidiendo en justicia” de acuerdo con ese numeral 10.04, tan comentado.

Baste para concluir lo dicho, amén de lo ya expresado, atender lo que las partes acordaron se entendía como Disputa, al tenor de la cláusula 1.01, numeral (xxii), que reza:

(xxii) *“Disputa” significa las disputas, reclamos, controversias, conflictos, diferencias o reclamaciones que surjan entre las Partes con ocasión del presente Contrato. Para estos efectos, se entenderá que existe una Disputa cuando cualquiera de las Partes informe a la otra por escrito de la respectiva Disputa.*

Así las cosas, entiende el Tribunal que el contrato, interpretado de manera sistémica, ya contiene un mecanismo, algo confuso si no se mira en conjunto todo el clausulado, para la determinación de la suerte de

- 
- (i) El Tribunal de Arbitramento estará compuesto por tres árbitros, quienes deberán ser abogados admitidos para la práctica del derecho en la República de Colombia, quienes serán escogidos por acuerdo entre las Partes o, en caso de no existir acuerdo entre las mismas, elegidos de acuerdo con las reglas establecidas por la Cámara de Comercio de Bogotá.
  - (ii) El Tribunal de Arbitramento decidirá en derecho y aplicará la ley colombiana.
  - (iii) El idioma del procedimiento será el idioma Español.
  - (iv) El Tribunal de Arbitramento tendrá su sede en la ciudad de Bogotá D.C., en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. (Subrayas fuera)

<sup>153</sup> **Artículo 1620.CC. Preferencia del sentido que produce efectos**

El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

lo que según su mismo tenor se tiene como “Disputa” y que siempre culminará con la decisión del juez del contrato, esto es el panel arbitral, por lo que la pretensión examinada no prospera como se plantea, ya que no se está declarando incumplimiento contractual alguno para el específico punto de las multas de apremio, tópico sobre el cual “*in extenso*” se pronunciará el Tribunal más adelante.

Se apoya el Tribunal además para lo resuelto en lo que en el acervo probatorio existe, especialmente en: lo arrojado en la prueba documental aportada con la demanda (el texto del contrato), especialmente lo dicho en las cláusulas arriba mencionadas, que llevaron al panel a la conclusión expuesta<sup>154</sup>.

Adicionalmente, menciona el Tribunal en este estado, lo depuesto como prueba testimonial por el señor Eduardo Enrique Ramos Arnedo<sup>155</sup>, director de Interventoría para el contrato en estudio:

*“DR. VILLA: [00:54:58] Perdón, Doctora María Victoria, una pregunta. Estoy entendiendo, ingeniero, que ustedes hacen una liquidación con fundamento en unas tablas, se les presentan al contratista relaciones, descargos posibles. Esos descargos, finalmente, ¿quién los resuelve?”*

*SR. RAMOS: [00:55:14] Los descargos venían hacia la interventoría y la interventoría contestaba cada uno de los descargos del contratista. En algunos casos veía la viabilidad de la procedencia de lo que decía el contratista y así se lo hacíamos conocer nosotros al contratista con copia a Espía.*

*DR. VILLA: [00:55:40] O sea, en últimas, ¿la última palabra la tenían ustedes?”*

*SR. RAMOS: [00:55:45] No, yo básicamente lo que hacía era indicarle al contratista si era procedente o no lo que él estaba aduciendo para no haber cumplido y se lo controvertía, por decirlo así, con algunos hechos documentados que tenía la interventoría sobre las pretensiones que hacía el contratista.*

*DR. VILLA: [00:56:15] Entonces, le replanteo la pregunta. Esa contra respuesta que se puede llamar así que generaba HMV, finalmente, ¿quién decidía quién tenía la razón?”*

*SR. RAMOS: [00:56:27] No, básicamente Espía que era quien tenía la potestad de aplicar o no las multas que estaban pactadas entre ellos.”*

Esta deposición pareciese indicar que, efectivamente no había estamento diferente al contratante (o su interventor, en su representación), que señalase la suerte final de una sanción de apremio respecto de las que el demandante reclama la intervención del juez.

---

<sup>154</sup> Cuaderno de pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Pruebas 1.

<sup>155</sup> Cuaderno de pruebas. Audios y videos. 23.03.2022. Minuto 00:54:58.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Complementa lo dicho por el ingeniero Ramos el contenido de la deposición del ingeniero Juan Carlos Opichanyi<sup>156</sup>, quien mantiene vínculos comerciales con la sociedad SPIA, contratista actual del puerto, testimonio que el Tribunal valora con especial atención habida cuenta de la tacha que sobre el planteó el demandante a través de su apoderado, la cual se resolvió en precedencia:

*“DR. VILLA: [01:07:31] Yo quisiera ingeniero, ya que toca el tema, que también es un punto que nos señala Espía que usted nos puede ilustrar que profundicemos algo en el tema de las multas, en el tema de los procedimientos, de las multas. Ayer hablando con el director de interventoría, nos decía que las multas se tasaban por parte de ellos con fundamento en unas tablas y que la parte multada tenía derecho a o presentaba sus descargos.*

*Pero finalmente, por lo menos para mí, no quedó muy claro. Finalmente, esos descargos, quien los calificaba y quien consideraba si el descargo era válido o si definitivamente era infundado para que la multa se mantuviese. Yo quisiera conocer mejor cómo fue ese procedimiento en relación con el desarrollo del contrato durante el tiempo que prácticamente usted estuvo todo el tiempo y continúa estando. Por lo que nos informan entonces que nos ilustre un poco sobre ese tema si es tan gentil ingeniero*

*SR. OPICHANY: [01:08:29] Correcto. Miré el tema de las multas, como yo le dije, el contrato este es un híbrido entre el FIDIC y los códigos normativos colombianos. Y en lo que respecta al FIDIC la función del interventor en el que se llama ingeniero es la función específica, se llama ingeniero, pero acá se llama interventor, el interventor es una figura externa, por decirlo así, externa de su funcionalidad como administrador del contrato, como el que hace el seguimiento, como el que hace el seguimiento de la calidad, de los cronogramas, de todo el trabajo técnico y administrativo.”*

*Era el encargado de hacer y aplicar lo que decía el contrato el interventor obviamente estaba en representación del contratante, en este caso de SPIA, o sea, representaba a espía. Pero es muy importante esto en el CD la figura del interventor es con su determinación es, digamos, básicamente es el que tiene todo el conocimiento del contrato y de la evolución de los trabajos como para poder aplicar esas sanciones que no son otra cosa que sí estaban establecidas en el contrato, como fue la mecánica (...).*

*(...) Y en caso de que haya una disidencia, terminar en el procedimiento normal que se tiene la solución de controversias. Pero digamos que quiero dejar claro que toda esa comunicación la hizo la interventoría, toda la determinación de los días que le correspondía de atraso, las consideraciones que después tomó cuando hizo HMB presenta esto en el 2017, a principios del 2017, todo el análisis*

---

<sup>156</sup> Cuaderno de pruebas. Audios y videos. 24.03.2022. Minuto 01:07:31

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*de cuál era la valoración de acuerdo a su conocimiento, de acuerdo a lo que dice el contrato, de acuerdo a lo que él pudo evidenciar en obra cada una de las sanciones que le correspondía por los atrasos respectivos (...).*

*(...) Pero de todas sus determinaciones, todo ese análisis lo hizo la interventoría. A su juicio y criterio nosotros no intervenimos. O sea, SPIA. Digamos que estaba en cabeza del interventor poder hacer ese análisis y aplicar lo que decía el contrato, básicamente.*

*DR. VILLA: [01:12:34] O sea, les repito la pregunta que le hice el interventor ¿quiere decir que la última palabra la tiene el interventor?*

*SR. OPICHANY: [01:12:42] La tiene de interventor sí, señor. Y así quedó plasmado. Doctor, si usted mira, digamos el cómo fue el proceso, cuándo se firma el otro sí número tres, ya en los considerandos del número tres ya habla de que había sanciones ahí, digamos, ya impuesta por el interventor, documental el proceso que hizo HMB respecto de las multas fue un proceso muy detallado, con todas las comunicaciones, con toda su documentación, con los cronogramas que se pedían para el avance de la obra (...).”*

La transcripción, en lo pertinente, reproducida arriba, da a entender al Tribunal -como antes se precisó- que el contrato que existiera entre las partes en conflicto, si bien tuvo su inspiración en modelos extranjeros en los que es de recibo ese tipo de facultades e investiduras para el supervisor del contrato, al intentar aplicarse bajo las normas colombianas que regulan éste, claramente, dichas atribuciones no pueden tener las conclusiones y consecuencias que los deponentes citados pretenden darles.

Ello lo confirma el Tribunal, adicional a lo documental resaltado, en el contenido del interrogatorio de parte que el representante legal de la sociedad SPIA, señor Abisambra<sup>157</sup> precisó respecto del entendido que para la sociedad que el representa, envuelve la diferencia que hoy como juez del contrato el panel resuelve en relación con la imposición de multas de apremio.

*“DR. VILLA: [00:06:47] Okey. Entonces le pregunto, si eso es cierto, ¿de quién o fue responsabilidad de quién la confección del texto del contrato, doctor Abisambra?*

*SR. ABISAMBRA: [00:07:09] Estoy pensando en su pregunta, si me concede un momento, por favor.*

*DR. VILLA: [00:07:15] Okey.*

*SR. ABISAMBRA: [00:07:26] De parte del contratante.*

---

<sup>157</sup> Cuaderno de pruebas. Audios y videos. Minuto 00:54:58 05.08.2022. Minuto 00:06:47

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*DR. VILLA: [00:07:28] Okey, perfecto. Entonces en entendido que el texto del contrato fue elaborado por el contratante, yo quiero hacer otras preguntas relacionadas con el punto especial que tiene que ver con la interventoría, nos explicaba el ingeniero OPICHANY que en esa concepción que se tuvo sobre la figura de participación del interventor, se quería emular y utilizar el modelo del ingeniero externo que tienen los contratos internacionales, ¿en este caso la firma interventora era un externo o dependía funcionalmente de SPIA?*

*SR. ABISAMBRA: [00:08:06] La firma interventora era una firma externa... (Interpelado)*

*DR. VILLA: [00:08:11] ¿Había relaciones de dependencia funcional con SPIA?*

*SR. ABISAMBRA: [00:08:16] No.*

*DR. VILLA: [00:08:17] El ingeniero nos dijo que obraba en representación de ustedes en todo momento, ¿es eso cierto?*

*SR. ABISAMBRA: [00:08:22] Sí, obraba en representación de nosotros como contratante, pero con una misión de interventor independiente.*

*DR. VILLA: [00:08:33] O sea, ¿podía tenerse como entendido, sí o no, que las expresiones que el interventor diera y las manifestaciones e instrucciones que el interventor diera las daba en representación de SPIA, sí o no?*

*SR. ABISAMBRA: [00:08:44] Cuando esta compañía SPIA se debía comunicar con el contratista, lo hacía a través del interventor.*

*DR. VILLA: [00:08:52] ¿En delegación qué hacía SPIA a él? Por favor, contestemos.*

*SR. ABISAMBRA: [00:08:57] En delegación, sí, es correcto.*

*DR. VILLA: [00:09:00] Okey, perfecto, gracias, doctor Abisambra. Hay un tema que me llama poderosamente la atención en relación con las actividades y las funciones del interventor y las decisiones, si no me falla la memoria, creo que es el numeral 10.04 del contrato, donde dice que las decisiones que tiene que tomar el interventor, dependiendo de las funciones que se le asignen, en el momento o en la condición en que no se logre un acuerdo de las partes, él dice decidirá en justicia, ¿qué entiende SPIA por decidir en justicia?*

*SR. ABISAMBRA: [00:09:35] De acuerdo con las con, no solamente con las normas legales, sino*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*con los términos del contrato.*

*DR. VILLA: [00:09:45] ¿Decir en justicia implica que él tiene la facultad sancionadora omnímoda?*

*SR. ABISAMBRA: [00:09:51] Sí, eso implica eso.*

*DR. VILLA: [00:09:53] ¿Las decisiones del interventor, entiende SPIA eran definitivas?*

*SR. ABISAMBRA: [00:09:58] Sí, entendemos que eran definitivos en la medida en que, sobre todo cuando no había oposición o respuesta de parte del contratista o que este contrato en algún momento se dio ese caso, de revisión de una decisión.*

*DR. VILLA: [00:10:25] Okey, perfecto. Esa decisión obviamente que se tomaba por parte del interventor cuando no había acuerdo, ¿esa decisión quedaba, para utilizar un término legal, en firme al momento en que la notificaba?*

*SR. ABISAMBRA: [00:10:39] Sí.*

*DR. VILLA: [00:10:40] ¿No era sujeta de revisión ninguna?*

*SR. ABISAMBRA: [00:10:43] Fue, yo repito que hubo una ocasión, ese contrato que recuerdo en que hubo un pronunciamiento del contratista y sí hubo una revisión, al menos en una ocasión que recuerdo, donde la interventoría revisó los argumentos del contratista y revisó al menos una decisión en cuanto a imposición de multas.*

*DR. VILLA: [00:11:09] Pero, es decir, la decisión final revisado no dependía del interventor, no había ningún otro estamento que pudiese, en el entendido de SPIA, entrar a recapacitar y a revisar el contenido de la decisión del interventor, ¿cierto?*

*SR. ABISAMBRA: [00:11:22] No, no ha entrado, no había ninguna otra instancia de revisión, era de parte de la interventoría.*

*DR. VILLA: [00:11:30] Okey, perfecto, doctor Abisamba, voy entendiendo. Me llama la atención entonces la definición que existe en el contrato de disputa, de conformidad con el contrato existe disputa, cuando hay una contradicción o no hay acuerdo por parte de los intervinientes en el contrato, se entiende que hay una situación de disputa, disputa que se resuelve de conformidad con los mecanismos legales y con los mecanismos contractuales, ¿en este caso lo que nos está convocando en este Tribunal se puede entender como disputa a la luz de lo que SPIA entiende?*



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*SR. ABISAMBRA: [00:12:07] Me puedes repetir la.*

*DR. VILLA: [00:12:10] Con el mayor gusto, de conformidad con lo que el contrato dice y lo que pude yo entender, existe una definición de lo que se considera una disputa y cuando existe una situación de disputa y cómo se resuelve una disputa, mirando las normas aplicables contractuales, si no me falla la memoria, creo que son numerales 14.01 y 14.02, referencia a esos apartes del contrato que las decisiones del interventor se resolverán de conformidad con una serie de procedimientos y que se puede generar y se puede entender que hay una situación de disputa cuando no hay acuerdo, en relación con la decisión de él, la pregunta mía es: ¿en el entendido SPIA la circunstancia que hoy tenemos como convocatoria de este Tribunal de arbitraje, desde el punto de vista inicial, es una situación de disputa?*

*SR. ABISAMBRA: [00:13:06] Mi respuesta es sí, también en el entendido que dentro de los términos del contrato se pactó resolverlas ante un Tribunal de arbitramento en lugar de en la justicia ordinaria.”*

Con este apoyo en las pruebas del expediente, para el panel es claro que, pese a que al parecer el contrato hubiese querido investir al interventor de facultades jurisdiccionales, las decisiones de él SIEMPRE, estarán sujetas a la decisión del juez del contrato cuando hubiese controversia (“Disputas”) en relación con el contenido de tales.

De lo dicho, el Tribunal resuelve que esta pretensión prosperará parcialmente en el entendido que, si bien no es menester la intervención del Juez del Contrato previo a la interposición de una multa de apremio, en el evento que de tal circunstancia derivasen disputas, ellas si deberán ser resueltas exclusivamente por el Juez designado para estos menesteres: El Tribunal Arbitral.

- 2. La solicitud de nulidad de todas aquellas disposiciones que, en el contrato, el otrosí No. 3 y el “ACUERDO DE DESEMBOLSO PARCIAL DE VALORES POR CONCEPTO DE RETENCIÓN POR GARANTÍA” autorizan a la contratante sin acudir al juez del contrato a hacer los descuentos, retenciones y deducciones por la aplicación del numeral 12.02. Multas.**

Inicia el Tribunal el estudio de este tópico, apoyado en lo antes expresado (numeral VI) respecto de la aplicación y requisitos para declarar una nulidad parcial en los contratos mercantiles, recopilado del estudio del Profesor Jorge Hernán Gil Echeverry.

No repetiremos ahora lo dicho allí, solo resaltaremos la diferencia que existe entre una nulidad absoluta por objeto ilícito, así sea ella parcial o de alguna sola de las cláusulas de un contrato mercantil, y la errónea y/o abusiva aplicación de una cláusula por parte de alguno de los intervinientes en un contrato y que presuponga un atropello a los derechos y/o las garantías que le correspondan a su cocontratante.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

No perdamos de vista las precisas exigencias del art. 899 del C. de. Co, necesarias en derecho mercantil para siquiera poder pensar en la existencia de una nulidad absoluta en este campo, exigencias que para ser incorporadas en la posibilidad de una nulidad absoluta de alguna cláusula (Cfr. art. 902. ib.) de un contrato, tienen que respetarse a pie juntillas. Dijimos antes que conforme la concepción de las nulidades absolutas en derecho mercantil no habrá nulidad absoluta en relación con el objeto del contrato (las obligaciones que se constituyen) sino en relación con el objeto de la prestación prometida. No hay objeto ilícito p.ej. al contratar el pago de un servicio de protección, hay objeto ilícito cuando ese servicio presupone el asesinar personas en desarrollo de esa protección. Este sería el ejemplo más relevante para entender esta diferencia, antes ya lo señalamos.

Esta explicación toma relevancia en el asunto en examen, percibiendo el panel que más que unas cláusulas permeadas por nulidades absolutas, tal y como se plantean, lo que se aprecia es una contradicción entre dichas cláusulas y las que regulan el manejo de las controversias convenido y que revisamos en el numeral anterior.

Conforme lo concluimos arriba, las eventuales decisiones del Interventor en materia sancionatoria tienen vocación de ser revisadas por el juez del contrato, por lo que se presenta, más que una nulidad absoluta, es un contrasentido en el concepto que incorporan las cláusulas atacadas frente a la reguladoras de controversias emanadas de la eventual decisión sancionatoria de tal actor contractual, puesto que tal aparente autorización de aplicación directa de esos rubros en “Disputa” implicaría una anticipada renuncia al ejercicio de esas prerrogativas de examen por el juez del contrato mencionado, lo cual se enmarcaría quizás dentro de la figura de la remisión que regula el art. 1711, esto es la de la condonación de la obligación, que no es, indudablemente, el sentido de lo que las partes han acordado.

Pese a que, como ya se anotó, el tema del correcto manejo legal de la prerrogativa de imponer, definir y en especial cobrar los montos que pudieren resultar como resultado de la causación de multas de apremio son desarrollados en aparte especial dentro de este laudo, corresponde ahora al Tribunal manifestarse sobre la petición de la nulidad de las cláusulas y acuerdos contractuales que tienen que ver con el efectivo recaudo de tales sanciones.

Insistiremos en lo dicho en el punto anterior, en lo que tiene que ver con la necesidad de una interpretación sistemática del contrato y no en una aislada e insular, cláusula por cláusula, en el entendido de la aplicación de las directrices interpretativas de los artículos 1620 y siguientes del Código Civil Colombiano y en el Principio de la Preservación de los Contratos que antes analizáramos.

Señalamos atrás que, en aras a que los acuerdos contractuales en estudio produzcan efectos, coincidan con la naturaleza del contrato y se interpreten entrelazadamente, encontramos que las cláusulas que consagran la posibilidad de imposición de multas de apremio deben tenerse transversalmente relacionadas y deben ser interpretadas conjuntamente con las que definen la forma de dirimir las posibles controversias, de forma que,

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

se repite, todas las posibles medidas correctivas que el contrato contiene, por ser ellas susceptibles de discusión ante el juez del contrato, en caso de “Disputa”, no son ciertas ni inmodificables hasta no superar dicho examen y definición.

Así las cosas, entiende el Tribunal, lo que se observa, más que una causal de nulidad es la existencia de cláusulas contradictorias, por lo que es perentoria la aplicación de las normas de interpretación de los contratos a las que tantas veces se ha hecho mención en esta decisión.

De contera con esta conclusión se tiene que observar entonces que para la aplicación de cualquier modalidad de extinguir esas obligaciones así generadas (por multa de apremio) y a cargo eventualmente del Contratista, deberán ellas previamente rituarse y surtirse con el lleno de los requisitos que la ley exige para poderse aplicar, incluso de pleno derecho y sin conocimiento de las partes, figuras extintivas tales como la confusión y/o la compensación, donde deberá existir, sin lugar a duda alguna, la completitud de las exigencias de los artículos 1715 y 1724 del ordenamiento civil<sup>158</sup>, esto es que no haya entre ambas obligaciones controversias, desacuerdos en cuanto a su origen, causa, monto, vencimiento o cualquiera otro ítem que les reste la condición de ser líquidas y exigibles. De no darse tales condiciones, será ilegal su implementación, pero no será nula su concepción.

Conceptualizado de esta forma el contenido, alcance y finalidad de las cláusulas respecto de las que se reclama su nulidad absoluta, el Tribunal observa que su sentido solo aplicará si al momento de pretender una de las partes hacer uso de esa autorización de aplicación directa, descuento y/o imputación unilateral, se dieran las condiciones que la ley consagra para la viabilidad de esas formas de extinción de obligaciones, so pena exclusivamente de incumplimiento contractual si ellas se desatendiesen.

La transgresión de una de las partes en la aplicación de estas disposiciones dan lugar a que el contratante potencialmente afectado por tal abuso tenga derecho a reclamar la restitución de lo aprehendido en violación de tales normas, cosa muy diferente a pretender que las cláusulas que las prevén sean consideradas nulas de nulidad absoluta por objeto ilícito, fenómeno legal que, conforme se expuso atrás, no se observa presente al tenor del citado art. 899 C.de.Co, en las condiciones en que se solicita se declare, razón por la cual el Tribunal no le reconoce procedencia a dicha pretensión.

---

<sup>158</sup> Artículo 1715 C.C. “*La compensación se 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 que una y otra reúnen las calidades siguientes:*

- 1.) *Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.*
- 2.) *Que ambas deudas sean líquidas; y*
- 3.) *Que ambas sean actualmente exigibles. (...)*”

Artículo 1724 C.C. “*Cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica de derecho una confusión que extingue la deuda y produce iguales efectos que el pago.*”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Ya en lo que atañe con la opción de retener algunas sumas pendientes de pago hasta el momento de alguna definición final, en opinión del panel, ello en nada transgrede el ordenamiento legal en las dimensiones exigidas para que pueda hablarse de nulidad absoluta y será del resorte de la autonomía de los contratantes, como se expuso en acápite de esta providencia donde tal figura se desarrolló, el procedimiento de su implementación, toda vez que igualmente en el contrato se reguló la manera y oportunidad en que tales valores deberán retornarse, lo que, de no respetarse, igualmente dará lugar a acciones legales por parte del contratante ofendido, pero lejos están de que se puedan considerar tales convenciones contractuales como nulas por objeto ilícito, tal y como se pretende.

Dentro de las formas de extinción de obligaciones reguladas por la ley, para concluir el punto, ya antes la mencionamos, existe aquella regulada por los artículos. 1711 y ss del mismo Código Civil, la cual, de pretender aplicarla en este caso, o sugerir que fue ello lo que se quiso acordar para el caso de las multas en controversia, podría pensarse solo se concretaría de manera consecencial y por demás remotísima. Nos referimos a la remisión o condonación de deuda que, para los propósitos de esta discusión, solo se daría en el caso en que el contratante inconforme con alguna de las mediadas sancionatorias en comento y hoy en controversia, manifestare su indudable voluntad en no insistir ante el juez del contrato en la devolución de lo en su parecer indebidamente aprehendido y abandone mediante renuncia su intención de recuperación de lo que invoca se le retiene indebidamente, circunstancias que este proceso ni siquiera se insinuaron.

Como soporte probatorio para estas conclusiones, es absolutamente aplicable el mismo que sirvió de fundamento a la pretensión primera, resuelta renglón arriba.

Por lo expuesto, esta pretensión no procede.

**3. Las pretensiones declarativas Tercera, Cuarta, Quinta, Sexta, Séptima, Octava y Novena se refieren a los plazos de entrega de cada una de las edificaciones aplicables al Contratista y al Contratante.**

Corresponde ahora, a la luz del Contrato celebrado por las partes y su calificación, proceder a analizar las pretensiones, que, de forma mutua, han propuesto las partes y son objeto del presente trámite arbitral.

Para este propósito y en aras a la claridad de lo resuelto, el Tribunal hace estas reflexiones:

Como se ha mencionado previamente, las partes acordaron que el contrato base de los mutuos reclamos que nos ocupan, era un contrato por ellas calificado como “llave en mano” lo cual, como se ha señalado en la parte motiva de esta providencia, tienen una serie de connotaciones respecto de ellos en cuanto a las obligaciones de las partes inherentes a esa calificación, sin perjuicio de lo que el contrato suscrito definió como tal y las consecuencias que ello comporta y lo que se haya incluido en este, bien para adicionar o

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

eventualmente regular de forma diferente otros aspectos del mismo, a lo que se hace referencia en esta providencia, sin perjuicio, por supuesto, de los eventuales ajustes que en su inicial clausulado los propios actos de las partes hayan modificado conforme los principios que en la parte de Definiciones de las reglas legales y jurisprudenciales aplicables, este proveído incluyó.

Sobre esa base, el Tribunal procede a analizar las pretensiones presentadas por las partes en sus mutuas demandas y defensas y , como se ha señalado, basados en lo que por lo que hace a las calificaciones del contrato y en el texto del mismo consta en el expediente y en el entendimiento que las partes, conforme a los testimonios, declaraciones de parte y demás pruebas obrantes en el proceso, que están acordes en la clase de contrato celebrado, con lo que asumen lo que a esta categoría corresponde, y que no modifica ni desnaturaliza lo incluido en el contrato de fecha 28 de febrero de 2015 suscrito entre Avila SAS y Hapil Ingenieria S.A.S. con y la Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A.

El contrato, como se ha mencionado y en el Capítulo de Definiciones, del contrato celebrado , se reafirma, que se trataba de un **contrato llave en mano**, entendiendo por tal ,que ello ... “ Significa, en relación con las obligaciones del Contratista bajo el presente contrato , la realización de todas las actividades materiales, inmateriales o intelectuales que resulten necesarias, adecuadas, conexas o complementarias para efectos de completar y terminar las obras y servicios contratados de tal forma que cumplan con las Condiciones de Aceptación en o antes de la Fecha Máxima de Entrega” ( Subraya el Tribunal) <sup>159</sup>

De la lectura de la definición por las partes acordada, ratificando que el contrato celebrado era de los calificados como llave en mano”, surge como consecuencia, y como la doctrina autorizada lo refiere, así como las decisiones en los laudos que se han traído a colación, el que se trata, en estos eventos de un típico caso en que la contratista adquiere una obligación de resultado, como se encuentra referido en el Estudio de la Profesora Hernández, antes citado:

*(...) De forma general, cabe afirmar que **el contratista en los contratos «llave en mano» asume frente al cliente una obligación global de resultado:** la obligación de concebir, construir y poner en funcionamiento un proyecto determinado. Casi todos los contratos «llave en mano» contienen una cláusula, la denominada cláusula «llave en mano», en la que se especifica que, como consecuencia de esta obligación de resultado, **el contratista no solo está obligado a realizar lo expresamente pactado sino también todo lo que sea necesario para la efectiva ejecución del contrato**”<sup>160</sup>*

Eso, como se pone de presente y hace énfasis el Tribunal, resaltando la parte del texto precedente, comporta que el contratista, no solo está obligado a realizar lo expresamente pactado, sino también todo lo que sea necesario para la efectiva ejecución del contrato, como la autora citada enfáticamente lo señala. (Se enfatiza)

---

<sup>159</sup> Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba 1. Fl. 12

<sup>160</sup> Hernández Rodríguez, A. Ob. Cit. pag. 204

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Adicionalmente, supone a cargo del contratista obligado, la carga de demostrar que ha cumplido con el resultado acordado, bajo los términos convenidos o ajustados y que, los defectos en el resultado logrado, en la forma convenida, si le son o no le son imputables y debe, por ende, asumir las consecuencias que a la calificación dada le corresponden.

La Doctrina, como la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, ha dejado claro las consecuencias cuando de obligaciones de resultado se trata y las exigencias en la carga de la prueba, a cargo del obligado, bien para confirmar o desvirtuar que se ha comportado conforme al nivel de exigencia que comporta el estar sujeto a este rango de deberes.

El Profesor Ricardo Uribe-Holguín, en su Obra sobre la Teoría General de las Obligaciones, expone:

“Para la satisfacción de sus múltiples. Necesidades en aumento constante debido a los descubrimientos e invenciones de la ciencia y de la técnica, los miembros de la comunidad social se valen los unos de los otros, mediante un instrumento jurídico de probada eficacia: la obligación. Empero, si en las generalidades los casos el pago de esta satisface directamente la necesidad de la parte acreedora, en algunos otros, el deudor no se compromete a realizar u obtener este resultado, sino solo a poner los medios que de ordinario conducen a ello.

“Cuando el objeto de la obligación se identifica con el fin que persigue el acreedor, esta se llama de resultado; cuando no hay esa identidad, de modo que dicho fin queda por fuera del contenido del objeto, la obligación se denomina de medio”<sup>161</sup>

El Profesor Javier Tamayo Jaramillo, por su parte, sobre el origen y consolidación de la distinción entre Obligaciones de Medio y de Resultado, y su prueba, ha expresado:

“Desde el 5 de noviembre de 1935, la Corte Suprema de Justicia, y con ella los tribunales y jueces del país, han introducido en forma expresa la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, asignándole las mismas consecuencias que le han dado los autores y tribunales en el derecho comparado”: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 1935. G. J. t. XLIII-. A su turno, la misma Corporación “sienta con mayor claridad los criterio en virtud de los cuales la distinción entre obligaciones de medio es válida en el ordenamiento jurídico nacional”, en un fallo del 31 de mayo de 1938, en el que se expone que “en materia de responsabilidad civil contractual, la división clásica en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, y la posterior a esta, en obligaciones positivas y negativas, no proporcionan un método para la solución de los problemas referentes a la culpa y a la carga de su prueba. Débese a la clasificación introducida por Demogue, en obligaciones de resultado y en obligaciones de medio, el que se haya logrado superar la mayor parte de las dificultades que a ambos respectos suelen presentarse: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de mayo de 1938. G. J. t. XLVI- (Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I. Segunda edición. Bogotá, D.C. 2007. Pág. 498).

---

<sup>161</sup> Uribe H., R. Teoría General de las Obligaciones, Ediciones Rosaristas, 1973, págs. 18 y 19

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

La Corte Suprema de justicia, con posterioridad, ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto y de los numerosos fallos, podemos citar el siguiente: “ si la obligación es de medio allí se debe probar la culpa del deudor o autor del daño, mientras que si es de resultado, ella se presume de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil “ ( Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Pedro Lafont Pianetta , Sentencia del 19 de abril de 1.993)

De igual manera, la Corte, ha señalado que la materia puede ser objeto de regulación contractual “ las partes podrán acordar que el deudor asuma simplemente una conducta ajustada a las exigencias genéricas de prudencia y diligencia o, por el contrario, subiéndole el punto a su obligación, que este se comprometa a garantizar que no acaecerá ningún accidente en el cumplimiento del contrato que lesione la persona o los bienes del acreedor, a menos que se derive de una causa extraña, a cuyos efectos exonerativos puede, en todo caso, renunciar voluntariamente” ( Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Pedro Octavio Munar Cadena, Sentencia d 18 de octubre de 2005)

Tribunales Arbitrales, igualmente se han pronunciado en la misma línea y al efecto, pueden citarse el de fecha 15 de diciembre de 2.016, proferido en el Tribunal Arbitral de Scientia Consultores S.A.S. vs Agroindustria UVE S.A. – UVE S.A.- y el de Recaudo Bogotá S.A.S. vs Empresa de Transporte del Tercer Milenio – Transmilenio S.A., de fecha 7 de diciembre de 2.016, que obran en el repositorio del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El contrato, por lo que hace a La entrega en término, la definió como “significa en relación con cada Edificación, el plazo incluido en el Anexo 4.03, contado a partir del Acta de Inicio, en el cual la respectiva Edificación deberá entregarse al Contratante en cumplimiento con las Condiciones de Aceptación”. (lxxx)

Adicionalmente, es necesario tomar en consideración, por su eventual incidencia, la definición dada al término” **Variación**” , del cual se encuentra alusión a las **órdenes de variación**, que según el contrato “significa cualquier modificación , cambio, reducción o adición a las obras o Servicios tramitada y aprobada de conformidad con la Sección O de este contrato”<sup>162</sup> Recuérdese aquí como, según se puso de presente en la parte donde se describió en extenso los Contratos Llave en Mano, a los que nos remitimos, este elemento, Variations’ en la versión original en inglés, traducidas como Ordenes de Variación, cómo en el contrato que nos ocupa se registra y es, junto con los OTRO SI una de las formas para introducir, de común acuerdo, modificaciones a los términos del contrato. A lo que, para el caso presente, se suman los cambio que, de común acuerdo y “de hecho” llevaron a cabo las partes desde el primer momento, como aparece en detalle y de manera reiterada recordado en esta providencia.

La entrega en término se definió esta última en términos que “*significa en relación con cada Edificación, el plazo incluido en el Anexo 4.03, contado a partir del Acta de Inicio, en el cual la respectiva Edificación deberá entregarse al Contratante en cumplimiento con las Condiciones de Aceptación*”. (lxxx)

Adicionalmente, es necesario tomar en consideración, por su eventual incidencia, la definición dada al término” **Variación**” , del cual se encuentra alusión a las **órdenes de variación**, que según el contrato

---

<sup>162</sup> Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba 1. Fl. 12

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

“significa cualquier modificación , cambio, reducción o adición a las obras o Servicios tramitada y aprobada de conformidad con la Sección O de este contrato”<sup>163</sup>

Recuérdese aquí cómo, según se puso de presente en la parte donde se describió en extenso los Contratos Llave en Mano, a los que nos remitimos, que este elemento, “Variations” en la versión original en inglés, de Ordenes de Variación, como en el contrato que nos ocupa se registra y es, junto con los OTRO SI una de las formas para introducir, de común acuerdo, modificaciones a los términos del contrato. Adicionalmente se advierte que, para el caso presente, se suman los cambio que, de común acuerdo y “de hecho” llevaron a cabo las partes desde el primer momento, como aparece en detalle y de manera reiterada recordado en esta providencia, todo en aplicación del Principio de los Actos propios que igualmente en capítulo precedente extensamente se expuso.

Al respecto, se acuerda en el documento suscrito, igualmente, que: “Al instruir o aprobar una Variación, el Contratante determinará los ajustes en la Remuneración y el Plazo Máximo de Entrega, que corresponda”

Se excluyen entonces de ese acuerdo como variaciones, al tenor de lo que reza el contrato:

*“Para efectos de lo dispuesto en el presente Contrato, no se consideran variaciones y en consecuencia, el Contratante no está obligado a pagar, ni será objeto de pago, aquellas modificaciones o alteraciones al trabajo del Contratista, independiente de la naturaleza, cantidad y/o tiempo de utilización de los recursos que se requieran para:*

- (i) Corregir o subsanar cualquier defecto, demora o ineficiencia del Contratista o sus Subcontratistas en la ejecución de la obra.*
- (ii) Reparar cualquier defecto.*
- (iii) Corregir o subsanar cualquier deficiencia, demora o ineficiencia de los proveedores.*
- (iv) Proveer trabajo suplementario que sea necesario para completar o corregir algún defecto presentado en la Obra.*
- (v) Cubrir el efecto de errores o deficiencias del Contratista en estimar el costo, cantidad o tiempo de utilización de los recursos requeridos o en familiarizarse debidamente con las exigencias de las Obras, las condiciones del sitio las Disposiciones aplicables y/o cualquier otro aspecto de relevancia para el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Contrato.*
- (vi) Cumplir con las Condiciones de aceptación y con las Especificaciones Técnicas y la Ingeniería aceptada por el Contratante; y/o Subsanar fallas de interpretación del presente Contrato por parte del Contratista”<sup>164</sup>*

---

<sup>163</sup> Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba 1. Fl. 12

<sup>164</sup> Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba 1. Fl. 43



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

En el numeral 1.02 del Contrato, se fijan las pautas que han acordado para su interpretación y cabe resaltar, al respecto, la contenida en la letra X, que en su texto dice: *“Las partes han participado conjuntamente en la negociación de este contrato. En el caso de ambigüedad o duda en relación con la intención o interpretación de alguna cláusula, Sección, párrafo o Anexo de este contrato, los mismos se interpretarán como si hubiera sido redactado conjuntamente por las partes y **ninguna presunción o carga de la prueba se levantará para favorecer o desfavorecer a alguna de las partes en virtud de la autoría de las disposiciones del presente Contrato**”*. (Subraya el Tribunal)

Finalmente, se señala en el Punto 1.03 – Prioridad de Documentos<sup>165</sup>- que el contrato y los anexos son mutuamente explicativos y que,

*“Para efectos de interpretación, en caso de contradicción entre uno y otro, la prioridad de los documentos será de acuerdo con el siguiente orden de prevalencia:*

- a) *Las cláusulas del contrato*
- b) *Los Anexos”*

Debemos igualmente tener en consideración, lo definido por las partes como Estándar de Diligencia<sup>166</sup>, entendido como *“El grado de habilidad, diligencia, prudencia y previsión y la aplicación de prácticas, métodos, especificaciones, procesos, técnicas, estándares, procedimientos, equipos y normas de calidad, seguridad y eficiencia que pueden variar de tiempo en tiempo durante la vigencia del Contrato y que se esperan de una firma de ingeniería y construcción experimentada en la ejecución de servicios y obras como los previstos en este Contrato en proyectos de naturaleza, tamaño y complejidad similar a las Obras y los Servicios*<sup>167”</sup>

Por último, lo que ellos han determinado como el entendimiento del Periodo de Garantía, que resulta en especial, importante:

*“7.20 Periodo de Garantía.*

*Durante el período de Garantía el Contratista está obligado a reparar, reconstruir, corregir, reemplazar o reinstalar cualquier Defecto a su costo y riesgo.*

*El periodo de Garantía transcurrirá en relación con cada Edificación a partir de la suscripción del Acta de Aceptación Final de la respectiva Edificación, y se mantendrá vigente por el período de un*

---

<sup>165</sup> Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba 1. Fl. 15

<sup>166</sup> Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba 1. Fl. 10

<sup>167</sup> Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba 1. Fl. 10

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

**año para cada edificación.** *No obstante, en el evento en que durante el periodo de garantía sea necesario reconstruir, corregir, reemplazar o reinstalar todo o parte de las obras por causas atribuibles al contratista, el respectivo periodo de garantía de aquellas partes de las obras que sean corregidas, reconstruidas, reemplazadas o reinstaladas se prorrogara hasta por un término máximo de dos años a partir de la fecha de la aceptación por parte del Contratante de la re- ejecución, corrección, reemplazo y/o reinstalación de la respectiva parte de las Obras de cada edificación. “*

*Conforme al texto, al finalizar el período de garantía se firmará un acta en tanto no quedaren obras pendientes, agregando, que “En todo caso, el Acta de terminación será firmada a la finalización del Periodo de Garantía prorrogado como consecuencia de lo establecido en el párrafo anterior.*

*Solo el acta de terminación de garantías, será considerada como aceptación de la totalidad de las obras por parte del Contratante.*

*El contratante no está obligado a firmar el Acta de Terminación de Garantías hasta tanto el Contratista no haya retirado del sitio todos los escombros, basura, maquinaria y obras provisionales y se haya retirado todo el personal del Contratista del Sitio” (Resaltado propio)*

Así las cosas, tendremos que, conforme al texto del contrato, guiarnos por los principios antes señalados en cuanto a lo acordado y la forma y orden en su interpretación, llamando si la atención que, al encasillarlo como un contrato LLAVE EN MANO, existen elementos de su definición y características que le son aplicables, en todo caso.

En ese contexto y bajo el entendido que se ha estructurado en parte previa del laudo respecto de los diversos conceptos determinantes que se relacionan con el contrato y el caso en particular, habrá de abordar el Tribunal el análisis del petitorio mutuo -demanda principal y de reconvenición- presentado a su consideración.

Se convino, según los numerales 4.01 y 4.03 del Contrato, que el plazo de vigencia del contrato se extendería hasta la firma del acta de terminación de garantías, para el caso, el 28 de agosto de 2.018, dejando a salvo la posibilidad de ampliar el plazo, conforme a las reglas de la Sección 4.05 del mismo.

De igual manera, se convino que el plazo comenzaría a correr con:

**“la entrega formal por parte del contratista del área de cada una de las Edificaciones y la expedición de la licencia de construcción, momento a partir del cual se iniciaría el plazo para ejecutar la construcción.”** .

Esto de acuerdo con Cláusula IV numeral 4.03 del contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

En cuanto al objeto del contrato, este fue modificado por las partes, suprimiendo del objeto del mismo algunos edificios administrativos inicialmente contemplados y se adicionaron otros como fueron el edificio taller de mantenimiento, la Bodega CFS, el EDIFICIO bodega de inspección antinarcóticos, tal como aparece en el OTRO SI número 1 de fecha noviembre 9 de 2.015<sup>168</sup>.

De igual manera, en el mismo OTRO SI número 1, como en el OTRO SI número 2, sufrieron modificaciones el Anexo 4.03 – Plazos máximos de entrega ; 4.04 Cronograma de obra y 5.01, Presupuesto; en estos eventos, **habrá entonces que atenerse a estas modificaciones y no al cronograma inicialmente acordado**, así como a lo determinado en las “ordenes de variación” en lo que resultare pertinente, en cuanto por esta vía, conforme al contrato, se podían modificar obras y otorgar plazos, según de manera precedente se ha señalado. El OTRO SI número 3, suscrito el 15 de febrero de 2.017, dice relación a lo referente a la retención en garantía exclusivamente, sin alteraciones adicionales a lo que es central en el trámite arbitral y a lo que si se refieren los OTROS SI números 1 y 2, modificatorios del contrato originalmente suscrito en la forma y términos a que se ha hecho referencia.

Al efecto, es preciso hacer un breve resumen de los tres OTRO SI que, sin duda, ayuda aún más a ir perfilando lo ocurrido y del mismo, se puede hacer un contraste con lo que ambas partes aducen en su favor en sus sendas demandas y defensas que se relacionaron en la parte inicial de esta providencia:

OTRO SI NO.1 (firmado el 28 de octubre de 2.015)

1. Se cambia el alcance del Término Edificaciones (**objeto del contrato**) para sustituir el originalmente pactado.
2. Se modifica la cláusula 3.01 OBJETO DEL CONTRATO (**Plazos, multas, cronograma, presupuesto**)
3. Se reconoce un pago por las obras adelantadas en el Edificio Administrativo.
4. Se regula ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

OTRO SI NO 2 (01-09-2016)

Se modifican nuevamente, REEMPLAZANDO lo ya alterado en el OTRO SI 1:

- a) Anexo 4.03 **Plazo Máximo de entrega** y multas

---

<sup>168</sup> Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba 3.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

b) **Cronograma de Obra.**

**Resultados son del Tribunal .**

OTRO SI NO 3 (15-02-17)

a) Reglas sobre retención en garantía

Así las cosas, considera el panel, que el demandante con sus alegatos sobre plazos, cronograma, etc., no puede, como ya se ha dicho en esta providencia, aducir en su favor lo que, de común acuerdo con la contraparte modificó, en los OTRO SI números 1 y 2 y que son la base para poder definir si las obras contratadas, en ultimas, se entregaron o no dentro del tiempo y en las condiciones acordadas.

De otra parte, como igualmente consta en el expediente, la fecha de inicio de construcción fue el 4 de marzo de 2015<sup>169</sup>, por acuerdo de las partes y para atender la urgencia en poner en operación el puerto, antes de la finalización de los trámites de la licencia de construcción que , como se dijo antes, tan solo quedo en firme el 29 de noviembre de 2015<sup>170</sup> es decir, sin consideración a los plazos y condiciones inicialmente pactadas que el demandante considera vigentes y, como se ha señalado, fueron modificadas y sustituidas por los OTRO SI números 1 y 2, por ello, serán estos plazos y condiciones los que habrán de tenerse en cuenta y no los términos y condiciones originalmente convenidos que, primero con los hechos y segundo por los pactos modificatorios del contrato, fueron sustituidos por las reglas contenidas en **aquellos y serán los que se el Tribunal tenga en cuenta para definir si se cumplieron o no, sin estar atado ni a los plazos de entrega de predios, inicialmente convenidos y luego modificados, ni a la licencia de construcción, que como ya se dijo, no fue óbice para recibir predios y comenzar obras, por común acuerdo de las partes, derogando tácitamente por su afán de iniciar obras y luego, expresamente, en los OTRO SI 1 y 2, las condiciones inicialmente acordadas en el contrato.**

Esta circunstancia fue expuesta por varios de los testigos que sobre el tema fueron interrogados por el panel y los apoderados de las partes durante el desarrollo de la etapa probatoria surtida<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Cuaderno de Pruebas. Documentos que se aportan con la contestación de la demanda. Prueba 76, Fl.12.

<sup>170</sup> Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba 5.

<sup>171</sup> Cuaderno de Audios y Videos. 24-03-2022. Testimonio de Juan Carlos Opichany J. Min. 00:24:32 “... Entonces, qué sucedió se reciben las ofertas y como había que hacer trámites para sacar las licencias de construcción, lo que se hizo en particular con CPA era llegar a hacer una nota de proceder y se planteó el 30 de octubre del 2014, en la cual se planteó lo siguiente. Bueno, avancen con el diseño y si ustedes terminan siendo adjudicatados o adjudicatarios, nosotros descontamos esa parte del contrato y seguimos ya una vez con la construcción ahí en noviembre del 2014 CPA acepta esto y había 100 días para empezar a desarrollar los diseños preliminares.

Había una ventaja que la oficina central que tenía SPIA en Colombia, en Bogotá, y estaba muy cerquita de la oficina que tenía CPA estábamos a 30 o 40 metros, un edificio del otro de ahí muy cerca entonces a partir de ese instante. Y con esa nota de

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

De la demanda principal, así como de la de reconvención, esta última de manera extensa, aparece propuesto como base de sus pretensiones el incumplimiento de obligaciones adquiridas mediante el contrato llave en mano celebrado por las partes.

Por lo que hace al soporte **a las pretensiones de la demandante**, para sustentar la sinrazón de las eventuales sanciones que originaron la imposición de multas y descuentos al saldo a su favor por la ejecución de las obras, **ello está** basado en argumentar los incumplimientos de SPIA respecto de la entrega de las tierras para ejecutar los trabajos y en obtener la licencia para llevar a cabo los trabajos mientras que, la demandada aduce, de manera profusa, el incumplimiento de las obligaciones de los contratistas sobre diversos aspectos y en particular el cumplimiento tardío y defectuoso, en que incurrieron HAPIL INGENIERIA S.A.S. y AVILA S.A.S. bajo el contrato, para soportar sus defensas y pretensiones.

Desde el punto de vista del Tribunal y por lo que corresponde a las pretensiones propuestas por la parte **demandante, que se están ahora resolviendo, dejando de lado los vicios aducidos en la aplicación de las multas de apremio**, sobre lo cual en otro aparte del presente laudo se ha efectuado el análisis correspondiente, es preciso concentrarse en lo alegado por ella respecto de los incumplimientos antes referidos.

Resulta contradictorio el argumento de los demandantes sobre el particular, expuesto en sus escritos, en cuanto, como se relata con precisión y de manera reiterada, el presupuesto para el acelerado devenir del desarrollo del contrato lo era la urgencia de SPIA, conocida por las contratistas, para tener terminado y operativo el Puerto, por razón de los compromisos adquiridos con las autoridades y de índole comercial. Ello, afirma el actor, fue determinante, no solo para haber llevado a cabo el contrato bajo la modalidad “llave en mano” a fin de garantizar este objetivo, sino el común acuerdo derivado de los actos adelantados por ellas en el desarrollo del contrato, lo que llevó a que las obras se iniciaran con anterioridad a lo que ahora se aduce

---

*procederse se empezó a avanzar con los diseños preliminares yo en principio le aporté a ese, digamos, todos los diseños que había hecho en el puerto de Brasil, en el puerto que había hecho en Argentina, con instalaciones portuarias...”*

Cuaderno de Audios y Videos. 25-03-2022. Testimonio de Favián Enrique Segura P. “...Bueno, eventualmente todo se resolvió, las obras se empezaron a ejecutar y los primeros inconvenientes que tuvimos básicamente en el taller de mantenimiento fue que los terrenos no estuvieron listos, en ese momento había un director de obra de SPIA, que era un ingeniero Alejandro Labbé, un señor chileno, el señor tomó la decisión de quitar a la interventoría que nos había asignado y nombrar otra interventoría, que en ese momento fue HMV.

*Ese proceso pues fue un poco traumático para nosotros porque, como le digo, nosotros iniciamos trabajos casi que desde marzo y HMV solamente tuvo contrato a partir de agosto, es decir que nosotros no contábamos con un interlocutor así lo suficientemente válido para poder hablar con SPIA, no había compromiso por parte de la interventoría, ellos nos acompañaban y eso, pero ellos no ejecutaban nada mientras no tuviera un contrato y el contrato, entiendo, fue como en agosto, eso me decían los mismos ingenieros de HMV.*

*Entonces, a medida que el contrato fue avanzando, pues nosotros ya establecemos una logística pertinente, suficiente para poder hacer las obras, contando con todos los recursos técnicos y logísticos, como le digo, para poder hacer la obra, allá tocaba llevar hasta los almuerzos, allá no hay una tubería de agua potable, no hay un baño, no había en ese momento un baño, todo era portátil, los almuerzos los vendían las comunidades, como le digo, un almuerzo, teníamos que darle almuerzo a todos los trabajadores y nos valía \$15 mil pesos más IVA, porque ese era el precio que ellos habían pactado con Concreto y nosotros tenemos que asumir todas las decisiones un poco presionados por SPIA también...”*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

fue la causa de las demoras, en particular, la entrega tardía de los predios y la obtención de la licencia de construcción.

Así las cosas, reconocida la entrega sin que los requisitos originalmente pactados se hubieran cumplido y con la participación y aquiescencia de las sociedades demandantes, en aplicación de la posibilidad de las partes de modificar sus acuerdos, se dio curso al desarrollo de las obras contratadas y, a partir de las mismas, se fueron produciendo, mediante OTROS SI y ORDENES DE VARIACIÓN, suscritos por ellas, entre otras, los ajustes y modificaciones consentidas por ambas partes, sin reclamo alguno.

Por esto, resulta ahora contradictorio, contra sus propios actos, se insiste, el aducir la falta de requisitos, que no fueron óbice para asumir esta conducta, sin que las razones ahora propuestas hubieran limitado o impedido su accionar.

De otra parte, a raíz de tales cambios y ajustes y la formulación de nuevos plazos, se encuentra en declaraciones como la de Juan Carlos Opichanyi<sup>172</sup> que al elaborarlos se consultó con los hoy demandados y sus términos se fijaron de común acuerdo.

CÁLCULO INTERVENTORÍA HMV PARA SANCIONES						
EDIFICACIÓN	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN CONTRACTUAL	FECHA DE ENTREGA	RETRASO (DÍAS CALENDARIO)(1)	CONTADO PARA SANCION	VALOR DE LA SANCION (EN COP (\$))
Taller de mantenimiento (WORKSHOP)	20/04/2015	15/01/2016	2/04/2016	57	SI	\$ 88.200.000
Bodega de inspección Etapa 1 (ZUI)	13/05/2015	31/03/2016	23/06/2016	84	SI	\$ 418.950.000
Subestación Principal	18/06/2015	15/01/2016	30/03/2016	60	SI	\$ 267.750.000
Subestación Reefers	22/06/2015	1/03/2016	24/05/2016 (2)	63	SI	\$ 286.650.000
Subestación Crane	13/07/2015	15/12/2015	23/12/2015	8 (3)	NO	\$ -
Bodega CFS Etapa 1	24/08/2015	15/05/2016	31/10/2016	169	SI	\$ 528.500.000
Bodega de inspección Etapa 2 (ZUI)	23/10/2015	30/04/2016	9/09/2016	92	SI	\$ 523.250.000
Bodega CFS Etapa 2	24/02/2016	30/10/2016	24/01/2017	61	SI	\$ 279.300.000
<b>TOTALES</b>				<b>586</b>		<b>\$ 2.392.600.000</b>

NOTA:  
Los días contabilizados en esta columna no coinciden con las fechas de inicio y terminación registradas en actas; estos días son los consignados por HMV en su comunicado No.187 en el que acepta y aprueba los argumentos de CPA en contra del comunicado No.1  
Fecha tomada del acta de entrega Subestación Reefers de la interventoría HMV al contratista eléctrico CONSORCIO INELPRO TERMINAL  
Días no considerados por parte de la interventoría para la Subestación Crane debido a que el retraso calculado es despreciable.

CÁLCULO AUDITORIA D&E ASOCIADOS EN EL PERITAJE PARA SANCIONES						
EDIFICACIÓN	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN CONTRACTUAL	FECHA DE ENTREGA	RETRASO (DÍAS CALENDARIO)	CONTADO PARA SANCION	VALOR DE LA SANCION (EN COP (\$))
Taller de mantenimiento (WORKSHOP)	20/04/2015	15/01/2016	10/04/2016 (4)	86	SI	\$ 149.100.000
Bodega de inspección Etapa 1 (ZUI)	13/05/2015	31/03/2016	23/06/2016 (5)	94	SI	\$ 418.950.000
Subestación Principal	18/06/2015	15/01/2016	10/04/2016 (6)	86	SI	\$ 431.550.000
Subestación Reefers	22/06/2015	1/03/2016	24/05/2016 (2)	84	SI	\$ 418.950.000
Subestación Crane	13/07/2015	15/12/2015	23/12/2015 (3)	8 (3)	SI	\$ 25.200.000
Bodega CFS Etapa 1	24/08/2015	15/05/2016	15/11/2016 (7)	184	SI	\$ 528.500.000
Bodega de inspección Etapa 2 (ZUI)	23/10/2015	30/04/2016	29/09/2016 (8)	152	SI	\$ 523.250.000 (9)
Bodega CFS Etapa 2	24/02/2016	30/10/2016	24/01/2017	86	SI	\$ 436.800.000
<b>TOTALES</b>				<b>770</b>		<b>\$ 2.932.300.000</b>

NOTA:  
[2] Fecha tomada del acta de entrega Subestación Reefers de la interventoría HMV al contratista eléctrico CONSORCIO INELPRO TERMINAL.  
[3] Días no considerados por parte de la interventoría para la Subestación Crane debido a que el retraso calculado es despreciable.  
[4] En consideración de esta auditoría el acta de entrega y recibo del workshop con fecha del 3 de abril del 2016 presenta pendientes importantes que se estima entregarían el día 10 de abril de 2016.  
[5] La fecha de entrega de la Bodega ZUI etapa 1 es tomada del archivo que corresponde al formato de entrega provisional de áreas de CPA.  
[6] En consideración de esta auditoría el acta de entrega y recibo de la Subestación Principal con fecha del 30 de marzo del 2016 presenta pendientes importantes que se entregarían el día 10 de abril del 2016.  
[7] En consideración de esta auditoría el acta de entrega y recibo de la Bodega CFS etapa 1 con fecha del 31 de octubre del 2016 presenta pendientes importantes que se estima entregarían el día 15 de noviembre de 2016 (15 días calendario).  
[8] En consideración de la auditoría el acta de entrega y recibo de la Bodega ZUI etapa 2 con fecha del 9 de septiembre del 2016 presenta pendientes importantes que se estima entregarían el día 29 de septiembre de 2016 (20 días calendario).  
[9] Este valor de sanción para la Bodega de Inspección Etapa 2, corresponde a la cuantificación de días hasta la fecha de terminación estimado por esta auditoría considerando las actividades pendientes según el acta de entrega. Es de mencionar que en la valoración realizada por HMV se tomó el valor tope de \$350.000.000 (a incluir superior a mora de 45 días) cuando el valor calculado corresponde a \$296.100.000 (por 47 días adicionales que no exceden el tope).

<sup>172</sup> Cuaderno Audios y Videos. 24-03-2022, 00.40.37

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Finalmente en este punto, como aparece del reporte detallado de la Interventoría en la comunicación HMV-2859 CPA-0187 de 4 de julio de 2017<sup>173</sup> se aprecia que los plazos, alterados por razón de las ordenes de variación y modificados en los OTRO SI, no fueron cumplidos por los contratistas y si bien no constituyen un incumplimiento que bajo la teoría moderna puedan calificarse como “esencial”, como en otra parte de esta providencia se ha señalado, no dan lugar, en este caso, a la resolución del contrato ni a una indemnización de perjuicios, apoyados en las razones que al efecto se han expuesto previamente. No obstante, como en otro aparte de esta providencia se ha analizado, ello no obsta para señalar que no ha lugar, en virtud del incumplimiento en los plazos, a que venimos haciendo referencia, que por haber ocurrido, de lugar a la aplicación de la cláusula penal, que por ese solo hecho se causa y respecto de la forma como habrá de aplicarse se tratará en otro aparte de esta providencia.

En lo que toca a los dos cuadros antes mencionados, se hace notar que, por las razones que en las notas a los mismos se indica, en particular en el del perito Del Vasto, que ellos tienen diferencias que llevan a qué en este último, el cálculo de las demoras totales asciende a 586 días en total, en tanto el último -el del perito- registra 770, esto es un total adicional de 184 días de demora.

Así las cosas, no puede dar el Tribunal por aceptadas, justificadas, ni menos aún exonerantes de responsabilidad para las demoras presentadas que, como se aprecia de la conducta de las partes en el devenir del contrato, no fueron óbice para llevarlo a cabo y cuyos plazos fueron acordados y prorrogados mutuamente, y ahora se busca que den lugar para acusar a la parte demandada de ser la causa y razón de los incumplimientos de los demandantes, como se expone en su demanda principal, introductoria de este trámite arbitral.

Como consecuencia, las pretensiones de la demanda principal distinguidas como: tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena que versan sobre el tema antes analizado, no habrán de prosperar.

#### **4. Las pretensiones Décima, Undécima y sus subsidiarias.**

En este acápite, el Tribunal resolverá sobre las pretensiones de la parte demandante, contenidas en el grupo de pretensiones décima y undécima de la demanda inicial con la que la parte demandante convocó a este panel arbitral, así como las subsidiarias allí formuladas a estas.

Previo a su determinación, debe el panel advertir que, si bien la pretensión décima como está planteada tiene la apariencia de ser una pretensión de condena, examinada con cuidado, ella incorpora un fundamento fáctico para su eventual procedencia, como lo es determinar la procedencia o no de la obligación de restitución que tendría SPIA respecto de las presuntas multas y así declararlo.

---

<sup>173</sup> Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba 44.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Encuentra el panel que en similar sentido la demanda de reconvención (pretensiones 31 a 34) plantean decisiones en igual sentido, por lo que al existir entre ambos bloques de pretensiones una unidad temática, habrá consecuentemente comunidad de fundamentos, pruebas y razones jurídicas que enruten el destino final que ellas deban tomar.

Pretensión décima

En la pretensión décima, el demandante solicita al Tribunal Arbitral se ordene que las sumas de dineros correspondientes a las multas por demoras que se quisieron imponer por SPIA eran improcedentes y por ende se ordene su restitución.<sup>174</sup>

En caso de no prosperar la pretensión décima principal, la parte demandante, solicita al Tribunal, en su pretensión décima subsidiaria, condenar a SPIA a restituir las presuntas multas descontadas de la retención en garantía, por encontrar que “los oficios de la interventoría HMV-2859 CPA-0173 de febrero de 2017 y HMV-2859 CPA-0187 del 4 de julio de 2017 incumplieron el procedimiento contractual establecido en los numerales 12.4., 14.02 y 10.4. del contrato”.<sup>175</sup>

Los convocantes, sostienen que, la aplicación de la multa no era procedente, porque la naturaleza de la multa que se pactó “es de apremio”, lo que implicaría que, esté pendiente la ejecución de una obligación a cargo del Contratista y que, a su vez, el proceso de multa esté orientado a “constreñir” al contratista a la entrega en tiempo de las obras. Continúan las convocantes, indicando que, SPIA a través del Interventor, sin competencia para imposición de multas, resolvió la aplicación de estas, cuando las edificaciones estaban entregadas y construidas.<sup>176</sup>

Los convocantes argumentan además que, en el evento que se concluyera que las multas eran aplicables, SPIA debía acudir al juez del contrato para la declaratoria de incumplimiento y correlativa imposición de

---

<sup>174</sup> “DÉCIMA: Que se condene a la contratante, Sociedad Puerto Industrial Agua Dulce S.A, a restituir al contratista la suma de DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ( \$2.392.600.000) correspondientes al saldo de la retención en garantía, descontado o compensado por la contratante al contratista en aplicación del numeral “12.02 Multas” del contrato, **ante la improcedencia de su aplicación y/o porque el juez del contrato no ha declarado que el contratista es responsable en los porcentajes y eventos señalados en el Anexo 4.03 del otrosí No. 2 del contrato, por la entrega tardía de las edificaciones**” (Énfasis añadido).

<sup>175</sup> “PRETENSIÓN SUBSIDIARIA, A LA PRETENSIÓN DÉCIMA: Que se condene a la contratante, Sociedad Puerto Industrial Agua Dulce S.A, a restituir al contratista la suma de DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ( \$2.392.600.000) correspondientes al saldo de la retención en garantía, descontado o compensado por la contratante al contratista en aplicación del numeral “12.02 Multas” del contrato, ya que **los oficios de la interventoría HMV-2859 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS-0173 de febrero de 2017, y HMV-2859 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS-0187 del 4 de julio de 2017, incumplieron el procedimiento contractual establecido en los numerales 12.4, 14.02 y 10.4 del contrato**”

<sup>176</sup> Expediente virtual Cuaderno principal. Documento 053 Alegatos Convocante Dda principal, Folio 10



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

multas al Contratista. Menciona igualmente que, SPIA desatendió el proceso para aplicación de multas del contrato teniendo en cuenta (i) que la Interventoría no estaba facultada para notificar imposición de multas, (ii) que SPIA notificó extemporáneamente las multas, esto es, “10 meses desde la entrega de la edificación más distante a la fecha en que se notifica la multa, hasta 11 días desde la entrega de la edificación más cercana a la fecha en la que la interventoría notificó la multa al contratista”, (iii) que la notificación de las multas, no contiene justificación ni valor y (iv) que se desconoce el proceso de “devolución de la totalidad o el saldo de la Retención en Garantía”, teniendo en cuenta que, se suspendería dicho trámite con una revisión conjunta de las Partes.<sup>177</sup>

Sostiene la Demandante en reconvención que, dado el incumplimiento de Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. en la entrega de edificaciones “serían procedentes unas multas contractuales pactadas por las partes en el Anexo 4.03. del Contrato”. La Demandante en reconvención, argumenta que, las multas se causaban por el “mero incumplimiento” según lo dispuesto en la cláusula 10.02. del Contrato<sup>178</sup>. En este sentido afirma que, Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. habría desatendido los plazos de entrega de Edificaciones acordados en el Anexo 4.03 “Plazo Máximo de Entrega y Multas” de los Otrosíes No. 1 y 2.<sup>179</sup>

Así mismo, la Demandante en reconvención, por la vía testimonial, añade que, aunque el Contrato no regulaba entregas parciales de las Edificaciones, “SPIA se vio en la necesidad de ir aceptando provisionalmente las Edificaciones, con el fin de permitir a otros contratistas finalizar las estructuras, y buscar que el puerto pudiera entrar en operación en el tiempo previsto (...)”<sup>180</sup> Sostiene también que, documentalmente así se convino, las actas parciales de recibo, no implicaban una “aceptación final de la edificación”, y que, dichas actas no reflejaban las exigencias de condición descritas en la cláusula 7.18 del Contrato, de modo que, no reflejaban la terminación de cada Edificación.

Por último, la Demandante en reconvención menciona que, el acta de entrega de las obras solo se suscribió el 29 de agosto de 2018 “**momento en el cual se dejó constancia de la entrega de todas las obras**”<sup>181</sup>, y que, por tanto, por las condiciones de plazo incorporadas en el texto del contrato y reguladas en la cláusula 4.01. del mismo, la vigencia del Contrato finalizaba solo con la expedición del “Acta de Aceptación Final”. En este sentido ella concluye que “...de acuerdo con lo anterior, es claro que las multas contractuales fueron efectivamente notificadas a LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS durante la vigencia del Contrato, no solo porque se notificaron inmediatamente se constató el incumplimiento en la fecha de entrega, sino porque la terminación del Contrato únicamente tuvo lugar hasta la firma del acta final, esto es, el 29 de agosto de 2018.”<sup>182</sup>

---

<sup>177</sup> *Ibídem.* Folio 19

<sup>178</sup> Expediente virtual Cuaderno principal. Documento 055, Alegatos Convocada, Folio 110

<sup>179</sup> Expediente virtual Cuaderno principal. Documento 08, Reconvención, Folio 15

<sup>180</sup> Expediente virtual Cuaderno principal. Documento 055, Alegatos Convocada, Folio 124

<sup>181</sup> *Ibídem.* Folio 125

<sup>182</sup> *Ibídem.*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Con el fin de otorgar total claridad, el Tribunal precisa que, con el razonamiento y examen probatorio contenido en el acápite de este Laudo distinguido como “Pretensiones Trigésima Primera y Trigésima Segunda de la Demanda de Reconvención”, que se tratara más adelante y se tendrá como soporte de lo que inmediatamente se resolverá respecto de estas pretensiones, el panel pudo constatar que el sentido con el que las partes definieron contractualmente a las multas incluidas en el contrato, particularmente, en la Sección 12.02. de este, las mismas tendrían una naturaleza eminentemente conminatoria y no sancionatoria.

Esto implicaba necesariamente que, como razón para su procedencia, existiera una obligación vigente en el tiempo, cuyo cumplimiento pudiera ser válidamente reprochado. En otras palabras, la multa, debía configurarse con anterioridad al momento en que el Contratista acreditara hacer una entrega operativa y útil de cada una de las Edificaciones.

No obstante, ello, el Interventor, emitió simples llamados de atención y las actuaciones posteriores que quisieron hacerse ver como la imposición de esas presuntas multas, se producen cuando ya se había verificado la terminación de cada obligación constructiva con sentido operativo o útil a cargo de los constructores, es decir, sin ninguna finalidad conminatoria sino sancionatoria.

Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. en la pretensión quinta de la demanda arbitral, indicó que, no estaban obligados a cumplir la fecha de entrega de cada edificio, teniendo en cuenta que, la fecha de expedición de la licencia de construcción era posterior a la “*nueva fecha de entrega de terreno por parte de SPIA*”<sup>183</sup>. SPIA por su parte, en el escrito de contestación de la demanda, incorporó una figura que comenzaría a regular su entendimiento de las “entregas” en el Contrato, al otorgar pleno efecto, a las denominadas “entregas útiles”. Así lo indicó SPIA en su pronunciamiento a la pretensión quinta al afirmar que “*la pretensión debe rechazarse íntegramente por cuanto (i) mi representada no incumplió con las fechas de entrega de los terrenos acordadas en el anexo 4.03 del Otrosí No. 2 y (ii) esta pretensión desconoce que las fechas establecidas en los Otrosíes No. 1 y No. 2, superaron los efectos derivados de las fechas de entrega de los terrenos, tomando en cuenta la entrega útil de los mismos por parte de SPIA*”.<sup>184</sup>

Este concepto de entrega útil, lo profundiza SPIA en la sección “*G. SPIA cumplió todas sus obligaciones contractuales – inexistencia de un atraso material que fuera contabilizado en las multas contractuales atribuibles a la fecha de entrega de los terrenos*” del escrito de contestación, en el que SPIA afirma que, a efectos de determinar el “cumplimiento” de una obligación lo fundamental “*es identificar una entrega útil que permitiera el inicio de la ejecución normal de la Obra, más que una entrega “total”, como mal pretende señalar el Contratista*”<sup>185</sup>

El Tribunal, encontró también que, SPIA en el curso del trámite arbitral, no logró acreditar que, hubiera surtido la notificación de imposición de multas, en los términos que le exigía el Contrato en sus cláusulas 12.02, 12.04 y 14.02., sino que simplemente se trató de llamados de atención sin la connotación de ser actos

---

<sup>183</sup> Cuaderno Principal. Cuaderno No. 1. Demanda arbitral. Fl. 31.

<sup>184</sup> Cuaderno Principal. Cuaderno No. 7. Contestación demanda arbitral. Fl. 154.

<sup>185</sup> Cuaderno Principal. Cuaderno No. 7. Contestación demanda arbitral. Fl. 95.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

jurídicos de imposición de sanciones, como adelante se expondrá.

En efecto, SPIA, debía notificar directamente a su Contratista la determinación de multa, como lo reconoció la Interventoría en cada una de las “advertencias” que hizo al Contratista, e incluso, en las manifestaciones de sus testigos citados quienes por la vía testimonial recaudada así lo manifestaron, con lo que se ratificó que, con esas actuaciones se carecía absolutamente de competencia para imponer multas.

Así, el Tribunal, contrario a lo afirmado por la demandante en reconvención y convocada inicial, encontró que, las comunicaciones CPABT-002-17 del 10 de marzo de 2017 y comunicado HVM-2859 CPA-0187 del 4 de julio de 2017, no constituyen en el sentido en que el Contrato lo exigía, una notificación de multa, lo que significa que solo existieron advertencias de atención, que al no ser tramitadas directa y oportunamente por SPIA, carecen de la naturaleza de “multa” en el sentido estricto otorgado por el Contrato.

Aunado a lo anterior, el Tribunal encontró también que, SPIA y el Contratista, condicionaron, ya tratándose del eventual descuento de las sumas por concepto de multa de la retención en garantía, a la notificación debida de la multa en tiempo y el agotamiento del proceso contenido en las Secciones 12.02 y 14.02 del Contrato.

Estas dos cláusulas y cada condición previa exigida para hacer efectivas multas y sus correlativos descuentos no fueron modificadas por las partes en el Otrosí No. 3, por las razones que, el panel abordará con detalle en la sección de examen de la pretensión trigésima tercera de la demandante en reconvención.

Por lo anterior, el Tribunal encuentra mérito, sobre la base de la no prosperidad de la imposición de las multas de la manera como ellas se pretendieron ejecutar, para declarar la prosperidad de la pretensión décima del demandante, en lo que se refiere a, ordenar a SPIA la restitución a LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS del monto que asciende a COP 2.392.600.000 por concepto de las presuntas multas aplicadas y retenidas de manera indebida. Como resultado de la vocación de prosperidad de esta pretensión, el Tribunal no debe avocar el examen de la pretensión décima subsidiaria.

#### Pretensión undécima

En lo que corresponde a la petición incorporada en la pretensión 11ª y su subsidiaria, advierte el Tribunal que tiene ella que ver con la necesaria definición por parte del árbitro del tratamiento legal que corresponda aplicar a la restitución por concepto de sumas retenidas por presuntas multas impuestas por SPIA, que en el examen de la pretensión décima anterior se concedió en favor del Contratista.<sup>186</sup>

---

<sup>186</sup> “UNDÉCIMA: Que se condene a la contratante al pago de intereses de mora, de conformidad con lo estipulado en el artículo 884 del código de comercio, por la indebida retención del saldo de la retención en garantía, desde la fecha en que se pagó parcialmente la retención en garantía, hasta la fecha en que se efectúe el pago correspondiente. **Los intereses de mora liquidados desde el 8 de febrero de 2019 hasta el 31 de enero de 2021 ascienden a la suma de MIL CIENTO SETENTA Y TRES**

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Como subsidiaria de la pretensión undécima, que hace referencia a la inclusión de intereses moratorios, el demandante solicita al Tribunal, condenar a SPIA a la devolución **debidamente actualizada**, de las sumas de dinero retenidas del saldo de la retención en garantía, desde la fecha en que se pagó parcialmente la retención en garantía, hasta la fecha en que se efectúe el pago correspondiente<sup>187</sup>

Los convocantes, se limitan a anunciar en su pretensión undécima que, procede la condena a pago de intereses por lo previsto en el artículo 884 del código de comercio, teniendo en cuenta, la indebida retención del saldo de retención en garantía. El demandante liquida estos intereses en el periodo de tiempo comprendido entre el 8 de febrero de 2019 y hasta el 31 de enero de 2021, por un monto que asciende a COP 1.173.959.000.

La parte demandada, atendiendo lo expresado en su demanda de reconvencción, al pretender se declare que el conflicto desatado por el punto de las multas de apremio -en su decir- se ajustó a derecho, desconoce cualquier rédito que sobre tales sumas la parte demandante pretenda.

En particular, y en lo que se refiere a, la pretensión undécima, la parte demandante en reconvencción afirma que, esta pretensión habrá de rechazarla en su integridad el Tribunal, teniendo en cuenta que, “la **cláusula 12.02 del Contrato expresamente excluye la causación de intereses por valores que SPIA retuviera por concepto de multas**, cláusula contractual que es completamente válida y que produce plenos efectos jurídicos”<sup>188</sup>

Para resolver, considera el Tribunal que, efectivamente el Contratista y SPIA en la cláusula 12.02. del Contrato acordaron expresamente que, no se pagarían intereses por valores que se retuviera por concepto de presuntas multas, precisando, además, que tampoco se causarían en aquellos eventos en que dichas sumas estuvieran sometidas a disputa.

Así lo acordaron las Partes de manera palmaria en el libelo contractual 12.02:

*“...en todo caso, las sumas así retenidas por parte del Contratante no generan ningún tipo de interés a favor del Contratista, ni siquiera en el caso en que exista controversia en relación con la obligación de pago por parte del Contratista al Contratante o con el incumplimiento del Contratista”<sup>189</sup>[13]*

---

**MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL (\$1.173.959.000)”** (Énfasis añadido).

<sup>187</sup> “PRETENSIÓN SUBSIDIARIA, A LA PRETENSIÓN UNDÉCIMA: Que se condene a la contratante, Sociedad Puerto Industrial Agua Dulce S.A., a la **devolución debidamente actualizada**, de las sumas de dinero retenidas del saldo de la retención en garantía, desde la fecha en que se pagó parcialmente la retención en garantía, hasta la fecha en que se efectúe el pago correspondiente” (Énfasis añadido).

<sup>188</sup> Expediente virtual. Cuaderno Principal. Documento 07 Contestación, Folio 96

<sup>189</sup> Expediente virtual. Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas demanda inicial. Prueba No 1. Folio 26

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Por tanto, nuevamente con base en el principio de autonomía de las partes y de interpretación de los contratos, amén del valor probatorio del documento allegado, mal haría el Tribunal en decidir algo diferente a lo que se deriva lógicamente del contrato en cuestión. Así pues, no le asiste razón al Contratista al reclamar el pago de intereses de mora sobre las presuntas multas impuestas por SPIA, por lo que, el Tribunal está llamado a denegar en su totalidad la pretensión undécima.

Procede entonces el examen de la pretensión undécima subsidiaria, en la que, el Convocante solicita al Tribunal, condenar a SPIA a la devolución con factor de actualización de las sumas de dinero por concepto de presuntas multas descontadas de la retención en garantía del Contrato. El periodo de tiempo definido por la parte demandante está comprendido entre la fecha en que se pagó parcialmente la retención en garantía y hasta la fecha del Laudo, esto es del 28 de enero de 2019 a 21 de noviembre de 2022.

Al ordenar una restitución de una suma generada a favor de alguien, lo que el juez está decidiendo no es diferente de ordenar la atención, por la vía del pago liberatorio, de una obligación en tal sentido, oponible a quien se le impone esa carga y por el valor dinerario -como en este caso acontece- que la orden fija.

Para precisar el asunto baste puntualizar que conforme el Artículo 1626 del Código Civil Colombiano consagra: *“El pago efectivo es la prestación de lo que se debe”*, por lo que para que un pago se considere válido deberá coincidir lo entregado con lo adeudado.

Si se analiza la definición de obligación como la .relación jurídica entre dos o más personas por la cual una de las partes, acreedor, puede compeler a la otra, deudor, a llevar a cabo una prestación, el acto de pagar una obligación encaja en ella plenamente, por cuanto, es la respuesta efectiva como consecuencia del constreñimiento a cumplir, haciendo algo, o sea realizando efectivamente el pago de la obligación y extinguiéndose así, de manera natural, la obligación contraída. Es un acto positivo y extintivo.

La acción de pagar una obligación se enmarca claramente en su definición, por cuanto con ella, en un acto positivo, el deudor, en este caso quien se encuentra obligado a cumplir con una obligación, ejecuta su acción cancelando efectivamente la deuda contraída. Es un acto natural, consecuente y proporcional a la acción que lo precede.

La manera más propia y perfecta de extinguirse la obligación es precisamente por el cumplimiento, pago o *solutio* como efecto del cumplimiento se produce la extinción. Esta extinción, pues, no es de la esencia de la obligación, es solo un efecto resultante del cumplimiento, como una consecuencia lógica- además de jurídica- que es propia de dicho cumplimiento.

El pago, asimilado a la acción de pago constituye la finalidad de la obligación, pues a través de él se alcanza el objeto perseguido por la obligación... es el momento esencial y culminante que ocurre en plena vida de la obligación.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Según Ambrosio Colin y Henry Capitant, el Pago, “*es el hecho de cumplir la obligación*”<sup>190</sup>, es decir, de realizar la obligación que dicha prestación impone al deudor: entregar de la cantidad de dinero, del objeto debido o la realización del hecho prometido. La palabra tiene por lo tanto en el lenguaje jurídico un sentido más comprensivo que en el lenguaje corriente. Se puede decir que es sinónimo de cumplimiento. Pagar es cumplir su obligación.

De tal suerte se tiene, que el modo normal de extinguir los vínculos obligatorios que atan a los deudores y los colocan en la necesidad de realizar prestaciones en provecho de sus acreedores, es el cumplimiento mismo de esas prestaciones.

Para el Tratadista Guillermo Ospina Fernández el pago es:

*“El modo normal de extinguir los vínculos obligatorios que atan a los deudores y los colocan en la necesidad de realizar prestaciones en provecho de sus acreedores, es el cumplimiento mismo de esas prestaciones. El cumplimiento de la prestación debida satisface el derecho del acreedor, quien ya no puede exigirle nada al deudor. El nexa jurídico que los unía se extingue, se soluciona por regla general”*<sup>191</sup>.

Según el Prof. Fernando Hinestrosa ...

*“El cumplimiento de la prestación debida satisface el derecho del acreedor, quien ya no puede exigirle nada al deudor. El nexa jurídico que los unía se extingue, se soluciona, por regla general”*<sup>192</sup>.

De todo lo hasta aquí expresado se resalta por muy clara y precisa la definición que de Pago traen los doctrinantes Planiol y Ripert:

*“...el pago es el cumplimiento efectivo de la obligación, la prestación de la cosa o del hecho debido. Pagar en lenguaje jurídico no es solamente entregar una suma; sino también cumplir las obligaciones cualesquiera que sea su objeto”*<sup>193</sup>...

El pago pues es el modo normal de extinguir las obligaciones; estas fueron creadas para extinguirse mediante el mismo.

---

<sup>190</sup> COLIN y CAPITANT. Curso Elemental de Derecho Civil : teoría general de las obligaciones. Pago. Madrid : Reus S.A., 1924. Pág. : 162.

<sup>191</sup> OSPINA FERNANDEZ, Guillermo. Régimen general de las obligaciones: pago. 5 ed. Bogotá: Temis S.A. 1994. Pág. : 309.

<sup>192</sup> HINESTROSA, Fernando. Tratado de las obligaciones concepto, estructura, vicisitudes: pago. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. Págs. : 560-683.

<sup>193</sup> PLANIOL y RIPERT. Traité Elémentaire de Droit Civile. 3 ed. París, 1946.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

De la mano de este concepto, está el de la manera como ese pago debe realizarse, pues no de cualquier manera puede tenerse como atendida por el revocante la debida manera como esa facultad legal debe ejercerse.

Así toma importancia el concepto de Identidad del Pago, desarrollado por el artículo 1627 del Código Civil Colombiano:

*“El pago se hará bajo todos los respetos de conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes. El acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que la que se le deba, ni aun a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida” (Énfasis propio)*

Esto quiere decir que la cosa ofrecida en pago no puede tener ninguna variante ni en cantidad ni en calidad respecto de la contenida en el tenor de la obligación, bajo ningún pretexto, trátase de obligación contractual o legal (de dinero), de dar, hacer o no hacer.

Aquí ya se anuncia como exigencia para la validez de un pago, restitución o compensación, que la suma, especie o bien a entregar tenga esa coincidencia con lo expresamente debido y por ese medio pagado.

La Corte Suprema de Justicia cuenta con diversos pronunciamientos en tal sentido, en los que indica la necesidad de obtener esa equivalencia por el camino de la actualización monetaria o indexación. Tal es el caso de la sentencia SC2307—2018 radicación l1001—31—03”024—2003—00690—01 catorce de febrero de dos mil dieciocho, MP. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO en el cual al resolver un contrato de promesa de venta y ordenar restituciones señaló que dado el componente inflacionario de la economía, el monto a restituirse debía ser objeto de actualización monetaria.<sup>194</sup>

Solo para reforzar la línea jurisprudencia, la misma Corte con ponencia del Mag. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, Sentencia SC11331-2015 - Radicación No. 11001-31-03-036-2006-00119-01 de abril 21 de 2015, refiriéndose a las restituciones, antecedente al fallo antes indicado, dejó claro que el tratamiento de la devolución por restitución de sumas de dinero no puede hacerse sin llevarse a cabo la indexación o actualización monetaria. En dicho fallo reprodujo pronunciamientos anteriores, lo que confirma para el panel

---

<sup>194</sup> Adicionalmente, esas Cantidades deberán reintegrarse indexadas, bajo la premisa de que el reintegro de los dineros recibidos debe ser completo, según la doctrina reiterada de esta corte (CSJ SC, 25abr • 2003, rad • 7140, SC11331de 2015, rad. nO2006—00119) , partiendo de la base de que en economías inflacionarias como la colombiana el simple transcurso del tiempo determina la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, fenómeno que ha sido calificado como notorio. Para tal actualización monetaria, en consecuencia, se utilizará el índice de precios al consumidor, aplicado la fórmula según la cual el valor histórico multiplicado por el IPC actual y el resultado de esta operación dividido por el IPC histórico arroja el valor presente de la misma suma de dinero •

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

lo aplicable y viable de seguir este procedimiento cuando de restitución de dineros se trata.<sup>195</sup>

Considera el Tribunal fundamental referirse a la obligación de indexar dicha suma de dinero con el objetivo de que la obligación se extinga efectivamente.

La indexación es un sistema que consiste en, la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos.

La actualización o indexación, como la define la doctrina “*no constituye, strictu sensu, daño ni perjuicio, obedece a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y en nada concierne al incumplimiento ni a la mora del deudor*” . Así, la indexación, es perfectamente admisible y de ninguna manera se contradice con el acuerdo de no causación de “intereses” contenido en la cláusula 12.02. del Contrato.

En este mismo sentido, precisa la doctrina que, “*cuando deba pagarse una suma de dinero, por tratarse de*

---

<sup>195</sup> Sobre dicho tema, la jurisprudencia tiene aceptado lo siguiente:

«En consideración al fenómeno inflacionario que ordinariamente se presenta durante el tiempo transcurrido entre la fecha de la recepción del dinero y la devolución, el cual trae como efecto la pérdida o disminución de su valor adquisitivo, desde hace varios lustros la jurisprudencia ha sido constante en disponer el correspondiente reajuste monetario con el fin de corregir la depreciación experimentada por la moneda, pues no de otra manera se logra el efecto retroactivo de la sentencia, porque si ella tenía al tiempo de celebrarse el contrato un determinado poder de compra, la parte que hizo entrega del dinero sólo puede considerarse restablecida a la situación preexistente al acuerdo contractual, recibiendo una cantidad de dinero con un poder adquisitivo equivalente.

3. En materia mercantil, según lo precisó la Corte en su sentencia del 19 de noviembre de 2001, el legislador adoptó un mecanismo de indexación indirecta de las obligaciones pecuniarias de tal naturaleza, engastado en los intereses previstos en dicha normatividad. En la modalidad indicada, señaló la Corporación, “...la deuda dineraria -por regla- sigue aferrada al principio nominalístico, y los índices de corrección se aplican por vía refleja, en situaciones particulares”, una de cuyas principales expresiones es la tasa de interés que incluye la inflación (componente inflacionario) y que, por ende, “conlleva el reajuste indirecto de la prestación dineraria”, evento en el cual resulta innegable que ella, además de retribuir -y, en el caso de la moratoria, resarcir- al acreedor, cumple con la función de compensarlo por la erosión que, ex ante, haya experimentado la moneda (función típicamente dual)’.

Por la circunstancia anotada consideró que si “... el pago, a manera de segmento cuantitativo, involucra el reconocimiento de intereses legales comerciales, no pueden los jueces, con prescindencia de toda consideración especial, ordenar igualmente el ajuste monetario de la suma adeudada, específicamente cuando los réditos que el deudor debe reconocer son de naturaleza comercial, puesto que, sean ellos remuneratorios o moratorios, el interés bancario corriente que sirve de base para su cuantificación (art. 884 C. de Co.), ya comprende, per se, la aludida corrección”, explicando que “... la tasa de interés monetaria -distinta de la pura, esto es, la concerniente al reconocimiento privativo del uso del capital-, se desdobra en diversos factores, v.gr: el rédito propiamente dicho; una tasa de seguridad por el riesgo asumido por el prestamista (tasa de riesgo); gastos de operación; monto compensatorio derivado del proceso inflacionario (tasa de inflación), entre otros conceptos admitidos por la jurisprudencia, por la doctrina y por la autoridad encargada -en Colombia- de la inspección y vigilancia de las instituciones financieras, de modo que, en tratándose de esta clase de tasas, específicamente de la bancaria corriente (art. 884 C. de Co.), puede afirmarse sin hesitación alguna que su función, en la hora de ahora, no se reduce tan solo a determinar el precio por el uso del dinero, sino que también tiene el propósito, así sea indirecto, de compensar al acreedor por el deterioro cualitativo que éste sufra, en el entendido, claro está, de la irrupción y preservación del fenómeno inflacionario en la economía (CSJ SC, 25 Abr 2003, Rad. 7140; las subrayas no son del texto).



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*una deuda de valor, está sometida a corrección monetaria o indexación”*

La jurisprudencia, lo vimos en cuanto a la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática también, en admitir la indexación, como un mecanismo de protección del poder adquisitivo del dinero en el tiempo.

Así lo señala el Consejo de Estado al indicar que, la indexación,

*“es un proceso que garantiza la efectividad del derecho sustantivo. Permite que el pago de una obligación sea total y no parcial por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en el tiempo. Desarrolla la justicia y la equidad. Cuando se indexa una suma de dinero pasada no se condena en el presente a un mayor valor, sino exactamente al mismo valor pasado pero en términos presentes.”*

Así mismo, el Consejo de Estado ha considerado que “

*La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente. Es natural que en épocas de relativa estabilidad monetaria se aplique el principio nominalista en todo su vigor. Sin embargo, cuando la pérdida del poder adquisitivo del signo monetario adquiere proporciones mayores, el nominalismo deja de ser una opción adecuada en términos de justicia y equidad.”*  
*(Negrilla fuera de texto)<sup>196</sup>*

Expuestos los fundamentos para proceder a una actualización monetaria, es conveniente exponer, en síntesis, qué se entiende por ella conforme los profesionales de la economía.

Ahora bien, resulta entonces fundamental entender el mencionado principio nominalista, así como el valorismo. Sobre estos, el Consejo de Estado ha resaltado que el primero “indica que en las obligaciones pecuniarias el deudor se libera con la entrega de la suma nominal originalmente pactada, aún a pesar de que entre el momento de la celebración del acto jurídico y el de su cumplimiento haya tenido lugar un proceso inflacionario importante, con la consecuente disminución en el poder adquisitivo del dinero.”

Por su parte, frente al valorismo, ha destacado que, de acuerdo con esta vertiente, “el deudor sólo se libera de la obligación contraída pagando el valor económico real al momento del cumplimiento de la obligación, asumiendo el valor de la depreciación del dinero por el paso del tiempo. El Valorismo requiere, necesariamente, de la utilización de mecanismos idóneos que permiten traer a valor presente el monto depreciado por el paso del tiempo. A este fenómeno se le conoce con el nombre de Corrección Monetaria, Actualización Económica o, simplemente, indexación.”

---

<sup>196</sup> Consejo de estado sala de lo contencioso administrativo, sección primera, sentencia 30 de mayo de 2013. Magistrada ponente: María Elizabeth García González

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Con base en estos conceptos, considera el Tribunal que, en el caso que nos ocupa, es claro que acudir a la figura de la indexación no tiene finalidad distinta a preservar la justicia en las relaciones jurídicas, a través del mantenimiento del valor intangible del dinero en el tiempo. Esto, vale la pena resaltar, está en línea con lo destacado por el Consejo de Estado, que ha señalado que, se ha

*“consolidado en la jurisprudencia y en la doctrina una razonable tendencia a reconocer el demérito que afecta el numerario por el fenómeno de la inflación mediante la indexación de las sumas que se aducen por concepto de capital o principal. La indexación, así entendida, sólo procura que el acreedor no reciba menos de lo que realmente se le debe e impide que los deudores, favorecidos por el deterioro inevitable del principal, incurran en maniobras o prácticas dilatorias encaminadas a mantener en su poder lo adeudado de manera que, en términos reales, el valor real que a la postre tengan que pagar disminuye sistemáticamente en su propio beneficio. El transcurso del tiempo, en un entorno de inflación, enriquece a quien adeuda obligaciones dinerarias a menos que lo adeudado se reajuste o indexe para que conserve el poder adquisitivo originario.”*<sup>197</sup>

Bajo los términos expuestos, este Tribunal procederá entonces a declarar con vocación de prosperidad la pretensión undécima subsidiaria.

En consecuencia, el Tribunal procede a establecer los parámetros para calcular el monto de la mencionada indexación de la siguiente manera:

Se tendrá como valor a restituir por capital el monto no devuelto por parte de SPIA junto con los valores que efectivamente retornó a los demandantes como resultado de su solicitud de reembolso total de los valores por ella retenidos, que por valor de \$4.055. 531.263 se le exigiera. Con fecha 28 de enero de 2019 SPIA niega la atención de tal petición y en su reemplazo le pide limitar de lo retornable a la suma de \$1.662.931.263, conservando así en su poder la suma que hoy se le reclama y se ordena restituir, es decir, \$.2.392.600.000.

Para el panel la obligación a cargo de la sociedad demandada de entregar dichos valores a las sociedades demandante se hizo exigible desde la fecha de la determinación por parte de SPIA del monto a retornar como arriba se expresó, es decir, desde el 28 de enero de 2019, de forma tal que sobre el valor no devuelto y hasta la fecha del Laudo se aplicará la fórmula de actualización monetaria que a continuación se establece aplicada con fundamento en los parámetros que para ello establece el Departamento Nacional de Estadística (DANE), así:

---

<sup>197</sup> Ibidem

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

ACTUALIZACIÓN DE UN VALOR CON IPC CERTIFICADO POR EL DANE							
Capital	Desde	Hasta	IPC INICIAL - vigente en enero 28 2019	IPC FINAL vigente en noviembre 21 2022	Factor de actualización	Valor actualización	Valor actualizado a noviembre 21 de 2022
2.392.600.000	28/01/2019	21/11/2022	100,00	123,51	1,235100	562.500.260	2.955.100.260

Así las cosas, la pretensión en decisión prosperará por los valores aquí establecidos.

**B. Las excepciones de fondo presentadas por la Demandada a la demanda principal**

- A. Inexistencia de nulidad absoluta por objeto ilícito de los apartes invocados en la Pretensión Segunda de la Demanda -las Cláusulas 5.02 (iii), 12.02, 14.02 del Contrato, Segunda del Otrosí No. 3 y parágrafo de la cláusula primera del Acuerdo de Desembolso Parcial satisfacen todos los requisitos legales de validez.

Para decidir sobre la presente excepción el Tribunal se remite a lo expuesto al resolver la pretensión segunda de la Demanda Principal, en otro aparte de este Laudo.

Teniendo en cuenta lo anterior la declarará probada.

- B. Procedencia de la aplicación unilateral de las multas contractuales y del ejercicio del derecho de retención pactado contractualmente.

Para resolver el Tribunal estará a lo ya resuelto frente a las pretensiones primera de la Demanda principal y trigésima primera a trigésima quinta de la Demanda de Reconvención y en tal sentido negará la excepción habida cuenta de lo ya dicho en esta Providencia.

- C. Las disposiciones contractuales que LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS pretende se declaren nulas o dejen de aplicarse son producto de las negociaciones y acuerdos libres y mutuos de las partes.

Para despachar favorablemente esta excepción el panel se remite a lo expuesto en literal 8 del Capítulo VIII y literal 2 del Capítulo VII de este Laudo.

- D. Improcedencia de la interpretación planteada por LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS en su demanda sobre el plazo contractual –LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS está obligado por los plazos de entrega pactados en el Anexo 4.03 del Otrosí 2 del Contrato.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Para decidir sobre la presente excepción el Tribunal se remite a lo expuesto al resolver las pretensiones segundas a novena de la Demanda Principal y segunda a décimo segunda de la Demanda de Reconvención y en tal sentido la declarará probada.

- E. Procedencia de las multas impuestas a LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS -LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS incumplió sus obligaciones bajo el Contrato.

En cuanto a la presente excepción el Tribunal se remite en su integridad al análisis efectuado al decidir la pretensión décima de la Demanda Principal y las pretensiones trigésima segunda a trigésima cuarta de la Demanda de Reconvención y por consiguiente la negará.

- F. La suscripción de los Otrosí es No. 1 y No. 2, desvirtúan las situaciones con base en las cuales el Contratista pretende excusar sus incumplimientos a los plazos contractuales.

Por otro lado, para despachar favorablemente esta excepción el Tribunal se remite en su integridad al análisis efectuado al decidir la pretensión décima de la Demanda Principal y las pretensiones trigésima segunda a trigésima cuarta de la Demanda de Reconvención.

- G. SPIA cumplió todas sus obligaciones contractuales -inexistencia de un atraso material que fuera contabilizado en las multas contractuales atribuible a la fecha de entrega de los terrenos.

Se tiene por el Tribunal que para despachar favorablemente esta excepción son aplicables las consideraciones realizadas al analizar las pretensiones segunda a novena de la Demanda Principal y segunda a décima segunda de la Demanda de Reconvención.

- H. SPIA no tenía una obligación de ajustar los plazos contractuales en razón de las órdenes de variación.

Igualmente son aplicables las consideraciones realizadas al analizar las pretensiones segunda a novena de la Demanda Principal y segunda a décima segunda de la Demanda de Reconvención y en consecuencia se resolverá favorablemente.

- I. Improcedencia del reconocimiento de un plazo adicional por los rediseños de la Subestación Reefer y de la Subestación Principal.

Nuevamente son aplicables las consideraciones realizadas al analizar las pretensiones segunda a novena de la Demanda Principal y segunda a décima segunda de la Demanda de Reconvención para conceder la presente excepción.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

J. Inexistencia e improcedencia de los perjuicios alegados por LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS.

Mediante la presente defensa la parte Convocada inicial alega la inexistencia e improcedencia de unos perjuicios que en ningún momento fueron solicitado por el Convocante en su Demanda ni en acto posterior alguno, por lo cual se considera que no existiendo una pretensión en ese sentido la excepción propuesta no tiene vocación de prosperidad.

K. Inexistencia de responsabilidad de SPIA respecto de los perjuicios alegados por LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS.

Igualmente se advierte que la presente defensa la parte Convocada inicial alega la inexistencia de responsabilidad frente a unos perjuicios que en ningún momento fueron solicitado por el Convocante en su Demanda ni en acto posterior alguno, por lo cual se considera que no existiendo una pretensión en ese sentido la excepción propuesta no tiene vocación de prosperidad.

L. LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS pretende desconocer sus propios actos.

Para despachar a favor esta excepción el Tribunal se remite a las consideraciones hechas en torno a las pretensiones segunda a décimo segunda de la Demanda Principal.

M. LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS pretende beneficiarse de su propia culpa.

Igualmente, se despachará favorablemente esta excepción remitiéndose a las consideraciones hechas en torno a las pretensiones segunda a décimo segunda de la Demanda Principal.

N. Excepción de contrato no cumplido.

Se tiene por el Tribunal que para despachar negativamente esta excepción son aplicables las consideraciones realizadas al analizar las pretensiones segunda a novena de la Demanda Principal y segunda a décima segunda de la Demanda de Reconvención.

O. Genérica.

Una vez analizadas las pruebas en su conjunto y oídas las argumentaciones de ambas partes, el Tribunal no encuentra probada ninguna excepción que deba declarar de oficio, más allá de las alegadas y probadas.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

P. Compensación.

El Tribunal declarará probada la excepción de compensación, en la medida que de conformidad con lo decidido en acápite anterior la sociedad SPIA S.A.S será condenada al pago de una suma a favor de las sociedades ÁVILA S.A.S. y HAPIL S.A.S.; por otro lado, como se verá en el capítulo subsiguiente SPIA S.A.S serán condenada al pago de una suma a favor de la sociedad SPIA S.A.S.

Toda vez que la obligación a cargo de sociedad de ÁVILA S.A.S. y HAPIL S.A.S. y en favor de la sociedad SPIA S.A.S. se hace exigible una vez vencido el término concedido en la parte resolutive, solo hasta el vencimiento de dicho plazo será posible aplicar la compensación.

Lo anterior de conformidad con el artículo 1715 del Código Civil que consagra

*“La compensación se 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 que una y otra reúnen las calidades siguientes:*

- 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.*
- 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y*
- 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.”* (Resaltado fuera de texto)

Q. Prescripción y Caducidad.

Las excepciones de prescripción y caducidad fueron resueltas negativamente de manera preliminar en el numeral 1 del Capítulo VIII de este Laudo, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 282 del CGP.

**C. Las pretensiones Demanda de Reconvención**

**1. Primera Pretensión de incumplimiento general**

Procede el Tribunal a resolver las pretensiones puestas a su decisión por parte de la sociedad SPIA S.A.S en su demanda de reconvención.

La primera de ellas considera el Tribunal, de conformidad con la generalidad con la que se plantea y el muy extenso ámbito que abarcaría el resolverla “*in genere*”, será menester enmarcarla dentro de los parámetros que arriba se establecieron se entiende en el derecho moderno como incumplimientos y la graduación y priorización que de ellos se hace, criterios que el panel acoge en su integridad. Por estar ampliamente expuestos en capítulo anterior, no se reproduce su contenido para la decisión a proferirse en este específico punto, sino que se tiene como apoyo a lo que se decide a continuación.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Ya se advirtió cómo es el sentir del panel, que será de prioritaria utilidad para el asunto que nos congrega, tener muy claro, apoyados en los soportes probatorios allegados, cuando se trate de definir tópicos derivados de incumplimientos eventuales, tener siempre presente, para todos sus efectos, de qué tipo de incumplimientos se trata y en qué medida ellos afectaron o no el equilibrio contractual de los participantes.

La demandante en reconvención ha mantenido la línea de pretender derivar de cualquier trasgresión que del texto del contrato suscrito pueda oponerse a sus contratistas, una consecuencia lata de incumplimiento del contrato por parte de HAPIL y AVILA, sin atender a la magnitud de ella y al efecto que hubiese podido tener en la suerte final del proyecto construido. Esta posición se apoya, como lo expusimos en el acápite que se ocupó del tópico relativo a la noción de incumplimiento, en la teoría apoyada en la generalización que se deduce trae la normatividad colombiana inspirada en el pensamiento de Don Andrés Bello y sus antecesores y que, como se explicara antes, considera el panel no puede ser aplicada así.

Por su parte la demandada en reconvención viene sosteniendo que ellos cumplieron a cabalidad con las obligaciones contractuales asumidas, tanto así que se suscribió por las partes un Acta de cierre en 2018 donde todo quedó recibido, aceptado y conforme, con las obligaciones de atención postventa de los tópicos que en ella se señalaron.

Revisado el punto así planteado por parte del Tribunal, reiteramos, de cara a las reflexiones que sobre los tipos de incumplimientos a examinarse ( esencial, tardío y/o defectuoso) ya se hicieron y en atención a que a renglón seguido el laudo se ocupará *in extenso* en sopesar y resolver específicamente los ítems sobre los que la demandante solicita se declaren incumplimientos y como también para cada caso así se concluirá, desde ya declara el panel que frente a la controversia puesta bajo su examen no se advierte la presencia de incumplimientos esenciales del contrato a cargo de las contratistas, con el alcance y las consecuencia que ya antes se explicaron y que hubieran podido frustrar o hacer imposible la obtención de los fines y propósitos para los que se celebró el contrato.

Para esta conclusión bastará tener como prueba lo aportado por vía de testimonios, interrogatorios de parte y escritos allegados, en los que se evidenció la ininterrumpida operación portuaria del Puerto Aguadulce desde incluso antes de la suscripción final del acta de cierre del contrato, lo que hace deducir que los propósitos del proyecto constructivo se lograron.<sup>198</sup>

---

<sup>198</sup> Cuaderno Audios y videos. 24-03-2022. Testimonio de Juan Carlos Opichany. Minuto: 02:23:38 “...DR. VILLA: Ingeniero, pero la pregunta es se impidió la operación del puerto?

SR. OPICHANY: [02:23:45] No como impedir no, lo que pasa es que es algo. Obviamente no en las condiciones que quisiéramos, pero obviamente teníamos que ocupar las instalaciones eso no impidió...”

Cuaderno Audios y videos. 23-08-2022. Interrogatorio de Parte de Miguel Abisambra: Minuto: 00:44:43. “...DR. SANÍN: [00:44:43] ¿Y han ustedes pensado, tienen pensado dentro de estas posibilidades suspender la prestación del servicio mientras se solucionan estas situaciones?

SR. ABISAMBRA: [00:44:54] No, no lo hemos considerado, estamos en plena evaluación por ser un hecho reciente y sobreviviente...”

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Como para cada caso adelante se establecerá, se percibió por el panel la presencia de cumplimientos tardíos y algunos defectuosos, motivo por el cual así, en cada caso, se dispondrá lo que corresponda, debiendo entonces concluir que no es posible, atendiendo el contenido de esta pretensión, declarar que las demandadas en reconvención simple y llanamente incumplieron el contrato, sino que, en caso de encontrarse probado algún tipo de defectos o demoras en el cumplimiento de sus obligaciones, para cada uno de ellos así se declarará.

Así las cosas, la pretensión en estudio, tal y como está planteada, prosperará parcialmente de conformidad, resaltamos, con la calificación que para cada pretensión que sigue en estudio, se pueda entender como probada y así, de ser el caso, se declare.

## **2. Pretensiones 2 a 12**

El Tribunal agrupa estas pretensiones para su definición (de acuerdo con el artículo 280 del CGP), por reunir todo un mismo eje, el cual es el presunto incumplimiento en las fechas de entrega. Sin perjuicio de lo que ya se dijo, en extenso, sobre esta precisa materia al considerar las pretensiones segunda a novena de la demanda principal que tienen relación con esta misma materia y son pertinentes para el efecto.

Reclama la parte demandante en reconvención, el incumplimiento por parte de los miembros del Consorcio de la obligación de entregar en la fecha establecida en el Contrato y los OTRO SÍ números 1 y 2, que contienen el Cronograma Inicialmente acordado y las ulteriores modificaciones que, de común acuerdo, acordaron las partes, lo que en detalle, concreta en las pretensiones 2 a 13 de la misma, como a continuación se detalla y que serán despachadas como un todo.

Señala la demandante como los plazos inicialmente acordados y por razón de las demoras de los Contratistas se revisaron, de común acuerdo y para el efecto se modificó por medio de los OTRO SÍ números 1 y 2 que, además de realizar ajustes en cuanto a las obras objeto del contrato, señalaron, en consecuencia, nuevos plazos y cronograma para llevar a cabo el mismo.

No obstante, expresa que, a pesar de las modificaciones mencionadas y el respectivo ajuste a las actividades de la contratista, esta incumplió los acuerdos celebrados, lo que se tradujo, finalmente, en importantes atrasos para la conclusión del objeto del contrato.

En soporte de sus pretensiones, además de los OTRO SI referidos que en el expediente se encuentran, menciona que existen numerosos llamados de atención de parte de la interventoría y, un resumen en el cual

---



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

se consolidan los mismos, actividad por actividad, que finalmente derivan en un número total de atrasos de 586 días que impactaron de manera importante la ejecución contractual.

El siguiente cuadro-resumen, aportado en las piezas procesales escritos de la demandada en reconvencción, establece claramente el comportamiento de las entregas, información que ella obtiene – según su dicho- de la correspondencia cruzada entre la interventoría y los constructores.

CÁLCULO INTERVENTORÍA HMV PARA SANCIONES						
EDIFICACIÓN	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN CONTRACTUAL	FECHA DE ENTREGA	RETRASO (DÍAS CALENDARIO)(1)	CONTADO PARA SANCION	VALOR DE LA SANCION (EN COP \$1)
Taller de mantenimiento (WORKSHOP)	20/04/2015	15/01/2016	20/04/2016	57	SI	\$ 28.200.000
Bodega de inspección Etapa 1 (ZUI)	13/05/2015	31/03/2016	23/06/2016	84	SI	\$ 418.950.000
Subestación Principal	18/06/2015	15/01/2016	30/05/2016	40	SI	\$ 267.750.000
Subestación Reefers	22/06/2015	1/03/2016	24/05/2016 (2)	43	SI	\$ 256.400.000
Subestación Crane	13/07/2015	15/12/2015	5 (3)	0	NO	\$
Bodega CFS Etapa 1	24/08/2015	15/05/2016	31/02/2016	169	SI	\$ 528.500.000
Bodega de inspección Etapa 2 (ZUI)	23/10/2015	30/04/2016	9/09/2016	92	SI	\$ 523.250.000
Bodega CFS Etapa 2	24/02/2016	30/10/2016	24/01/2017	41	SI	\$ 279.300.000
<b>TOTALES</b>				<b>586</b>		<b>\$ 2.392.400.000</b>

**NOTA:**  
Los días contabilizados en esta columna no coinciden con las fechas de inicio y terminación registradas en actas; estos días son los consignados por HMV en su comunicado No.157 en el que acepta y aprueba los argumentos de CPA en contra del comunicado No. fecha tomada del acta de entrega Subestación Reefers de la interventoría HMV al controlista eléctrico CONSORCIO INELPRO TERMINAL.  
Días no considerados por parte de la interventoría para la Subestación Crane debido a que el retraso calculado es despreciable.

De igual forma, durante el transcurso de este proceso, como se ha expresado, la parte Demandante en reconvencción, como uno de los ítems a soportar, solicitó el Dictamen Pericial de la Firma Delvasto & Echeverría que, en lo tocante con el punto que nos ocupa, verificó el mismo y como resultado presentó un cuadro que a continuación se inserta, en el cual coincide parcialmente con el presentado por la Interventoría, pero difiere en varios puntos de forma tal que, de acuerdo con el perito, la demora supera los 770 días, señalando, caso por caso, la razón de su dicho.

CÁLCULO AUDITORIA D&E ASOCIADOS EN EL PERITAJE PARA SANCIONES						
EDIFICACIÓN	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN CONTRACTUAL	FECHA DE ENTREGA	RETRASO (DÍAS CALENDARIO)	CONTADO PARA SANCION	VALOR DE LA SANCION (EN COP \$1)
Taller de mantenimiento (WORKSHOP)	20/04/2015	15/01/2016	30/05/2016 (4)	56	SI	\$ 149.100.000
Bodega de inspección Etapa 1 (ZUI)	13/05/2015	31/03/2016	23/05/2016 (5)	84	SI	\$ 418.950.000
Subestación Principal	18/06/2015	15/01/2016	30/04/2016 (6)	56	SI	\$ 431.550.000
Subestación Reefers	22/06/2015	1/03/2016	24/05/2016 (2)	54	SI	\$ 418.950.000
Subestación Crane	13/07/2015	15/12/2015	23/12/2015	0 (3)	SI	\$ 25.200.000
Bodega CFS Etapa 1	24/08/2015	15/05/2016	15/11/2016 (7)	184	SI	\$ 528.500.000
Bodega de inspección Etapa 2 (ZUI)	23/10/2015	30/04/2016	29/09/2016 (8)	152	SI	\$ 523.250.000 (9)
Bodega CFS Etapa 2	24/02/2016	30/10/2016	24/01/2017	56	SI	\$ 436.800.000
<b>TOTALES</b>				<b>770</b>		<b>\$ 2.932.300.000</b>

Como quiera que estas conclusiones son asimétricas procedió el Tribunal con fundamento en los documentos de entrega útil de cada ítem obrantes en el expediente, a establecer cuál fue la efectiva diferencias entre las fechas pactadas de entrega (FPE) y la reales de recibo útil (FRE).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**



Por su parte, la parte Demandada en reconvencción señala que no existen los tales incumplimientos y demoras, que afirma la Demandante, por las siguientes razones básicas:

En primer lugar, porque, como lo ha sostenido en este proceso, conforme al Contrato suscrito y del que trata este trámite arbitral, se convino que el plazo no comenzaba a contarse sino cuando: a) Se hubiera efectuado la entrega de los terrenos para el desarrollo de las obras y b) se hubiera logrado la obtención de la Licencia Ambiental necesaria para adelantar los trabajos. Ambas actividades, según lo afirma el apoderado de la Convocante inicial, no se cumplieron en la forma y tiempo debidos lo que derivó en las demoras que refiere la demandante en reconvencción y, por ende, niega la existencia de tales demoras como algo que pueda ser imputable a su representada.

Frente a lo someramente expuesto, además de los argumentos ya expuestos al despachar el mismo tema presentado por la parte demandante, en la demanda principal, encuentra el Tribunal que:

- 1.- Efectivamente el contrato originalmente suscrito el día 18 de febrero de 2015 tenía previsto lo señalado por los Convocantes en cuanto a los prerequisites para la contabilización de los plazos y cronograma de labores a desarrollarse, referentes a la entrega de los predios y la obtención de la licencia ambiental.
- 2.- No obstante, habida cuenta de la urgencia de desarrollar el proyecto objeto del contrato, en razón de los compromisos adquiridos con las autoridades y compromisos comerciales, se llegó al común acuerdo de dar inicio a las obras con anterioridad a los eventos convenidos en el Contrato originalmente suscrito.
- 3.- De otra parte, en la medida en que la ejecución de las obras acordadas originalmente siguió dilatándose, las partes suscribieron posteriormente el OTRO SI número 1, el 9 de noviembre de 2015, que obra en el expediente, donde, se modificó el objeto del contrato, al sustraer algunas obras de las originalmente contratadas, y en consecuencia se convinieron nuevos plazos para el cumplimiento del contratista y nuevo cronograma de entrega de obras.
- 4.- Así las cosas, el contratista en común acuerdo con la contratante, recibió para comenzar su labor los

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

predios, el 20 de abril de 2015, como aparece en el Anexo 4.03 del Otrosí No. 1, que obra en el expediente<sup>199</sup> y sin que se contará con la licencia a que se ha hecho referencia. La obtención de la misma, tan solo se dio el día 28 de noviembre de 2015, es decir, con SIETE meses de posterioridad. Lo que deja en claro que, con ese amplio plazo a favor del Contratista, se dio inicio a las obras, resultado del acuerdo para comenzar anticipadamente con los objetivos antes señalados en la mira.

5.- Esa situación mutuamente convenida, indudablemente, entiende el Tribunal, modificó lo inicialmente convenido y, por ende, las condiciones inicialmente acordadas para la contabilización del plazo contractual y el cronograma fueron alteradas, de allí que, oponer ahora unas circunstancias que de común acuerdo y a ciencia y paciencia ambas partes acordaron y aceptaron, resulta para el Tribunal una justificación que no puede ser atendida positivamente, como ya se ha señalado en esta providencia al analizar las pretensiones de la demanda principal, en lo pertinente.

6.- Dada la situación de incumplimiento, nuevamente de común acuerdo, suscribieron las partes el 1 de septiembre de 2016 el OTRO SI número 2, donde se **modificaron nuevamente los plazos y el cronograma de la obra**, el cual obra en el expediente.

Frente a los documentos antes mencionados no controvertidos en cuanto a lo dicho por la parte demandante, que, a pesar de la contundencia de la evidencia sostiene que lo originalmente pactado como condiciones para el cálculo del plazo sigue vigente y por ende al haberse dado el incumplimiento de la contratante esto releva a su representada de ser considerada como incumplida, no puede el tribunal, frente a lo relatado y documentado y no controvertido, abrirle paso a lo aducido por la parte Demandante, tanto no solo recibió los predios con una importante anticipación como se ha señalado, sino que, por común acuerdo, se le otorgaron, en dos oportunidades, prorrogas para que pudiera cumplir y sin embargo, como aparece de los informes de Interventoría y el del Perito Del Vasto, aunque con algunas diferencias, sobre las que el Tribunal ya se refirió y trae aquí a colación respecto de que se guiará por lo probado de conformidad con lo mencionado en el cuadro elaborado por el Tribunal que antecede con base a las pruebas obrantes en el expediente, está claro que el demandado en reconvención no cumplió con los cronogramas y plazos que convino para llevar a cabo la obra, a pesar de las extensiones que convino con la parte Contratante.

7. De otra parte, alega que como consta en el expediente, la obra fue finalmente recibida y existe un Acta Final de fecha del 29 de agosto de 2018, que obra en el expediente y a la que en otro aparte de este Laudo se hace referencia, en la cual, se tienen por recibidas sin ninguna observación o reclamo por lo que, entiende, que, de alguna manera, los incumplimientos que se le endilgan a los Convocados fueron tácitamente condonados y aceptados.

Como se señala en otro aparte del presente Laudo, tampoco puede el Tribunal compartir lo propuesto por los Contratistas. El acta final, da fe de la conclusión de la obra, con los efectos que conforme al contrato se le

---

<sup>199</sup> Cuaderno de Pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba 3.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

asignan como en esta providencia se ha dicho, pero, como también se ha afirmado, no purgan los incumplimientos en que hubiera incurrido la contratista, ni tácitamente, ni expresamente, ya que efectivamente nada se menciona al respecto.

Los efectos de los incumplimientos que, aun con divergencias, encuentra el Tribunal probados del informe de interventoría y del dictamen del perito Del Vasto, no se purgan por el hecho de que el acta final no tenga las salvedades cuya ausencia resaltan los Contratistas, en tanto, por el solo hecho del incumplimiento tardío los hacen responsables de la sanción establecida en la cláusula penal, como acto seguido en este laudo se analiza y concluye.

Por lo dicho, habrán de declararse prósperas las pretensiones de que venimos haciendo referencia, esto es las numeradas segundas a décimo segunda de la demanda de reconvención.

### **3. Pretensiones 13,14,15,16,17**

#### Incumplimiento por defectos en la construcción de la obra contratada

Sobre el particular, la demanda de reconvención, fundamentalmente, se centra en señalar que, conforme al contrato, las obras llevadas a cabo por la parte contratante no se hicieron conforme a los términos pactados y adolecen de defectos serios que conllevan la declaración por parte del Tribunal de incumplimiento por razón ellos.

Para sustentar su afirmación, se presentaron y practicaron dos dictámenes periciales, debatidos por la contraparte e interrogados por el Tribunal, en diligencia llevadas a cabo los días 12 y 18 de julio de 2022.<sup>200</sup>.

Del interrogatorio de contradicción de tales dictámenes, llevado a cabo en las mencionadas audiencias, quiere el Tribunal llamar la atención sobre los siguientes puntos, que inmediatamente adelante se evidencian en sus respuestas en este texto.

Preguntado por el Presidente del Tribunal<sup>201</sup>, respecto de sus afirmaciones relativas al alcance del estudio efectuado, en relación con el contrato y en lo que tiene que ver con lo afirmado por el perito al efectuar afirmaciones que no son propiamente de la ingeniería, el perito, luego de dejar sentado que el contrato tiene un componente técnico visible de lo que queda huella en el Anexo Técnico adjunto al mismo donde se señalan las pautas técnicas que el contratista debería observar para llevar a cabo las obras contratadas, por lo cual afirma que sus apreciaciones y las del equipo se limitan a este campo dejando de lado temas legales que no le competen “*sino que corresponden a la parte ejecutiva en la parte de ingeniería de los trabajos desarrollados en la Sociedad Portuaria*”.

---

<sup>200</sup> Cuaderno de pruebas. Audios y videos. 12-07-22, 18-07-22.

<sup>201</sup> Cuaderno de pruebas. Audios y videos. 18-07-22. Minuto 00:08:19

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Respecto de los Alcances del dictamen y lo que en el mismo se denomina “Alcances Post-contrato”, preguntado por el apoderado de los constructores, aclara que el dictamen requerido se solicitó ya una vez concluidos en su mayor parte los procesos del cronograma acordado por las partes.

Nuevamente interrogado por el Presidente si, habida cuenta del alcance de su examen, si entonces las circunstancias ocurridas durante la ejecución y no detectables en tanto la llegada al contrato fue posterior a la construcción, eran verificables, determinables en alguno momento en la etapa previa a la inspección llevada a cabo para efectuar el dictamen : a lo que respondió asertivamente, aclarando que ciertas circunstancias acaecidas antes se pueden detectar en la etapa post para lo cual hay diferencia en la metodología a utilizar y en lo registrado en el dictamen pericial.

Interrogado también respecto de si las falencias anotadas en su pericia “de tipo constructivo en la etapa de construcción del contrato”, qué estamento o quien podría estar en condición y en capacidad de advertirlas y de ponerlas en evidencia a lo que el Perito Del Vasto respondió: que *“La parte llamada a poner en evidencia ese tipo de falencias durante la etapa constructiva es la interventoría que ha sido designada al desarrollo de las obras”*

Respecto de la pregunta de si, a partir de sus afirmaciones y el dictamen rendido, se podría afirmar que, si bien no hubo solicitud de cierre de obra de parte de los constructores, tampoco los contratantes solicitaron algo al respecto a lo que el Perito Del Vasto respondió *“Correcto, si señor”*<sup>202</sup>.

A su turno, en la contradicción llevada a cabo por el apoderado del Constructor, en relación a cómo pudo determinar que las deficiencias o no conformidades encontradas en la visita son responsabilidad del contratista y no por falta de mantenimiento, mal uso, maltrato u otra circunstancia distinta” , el Perito Del Vasto respondió que efectivamente uno de los grandes problemas del método post es determinar si hay daños que provienen de la etapa constructiva, perduran desde esa etapa o son resultado de la operación Propia. Lo que nosotros hicimos fue comparar los registros de las actas parciales de recibo, aquellas que hemos mencionado durante toda esta audiencia y la documentación conectada con cada hallazgo antes de esas actas que proviene de los interventores con lo que estábamos viendo y registrando fotográficamente.

Algunas de estas no conformidades técnicas, como, por ejemplo -no siendo la única- la ausencia de unas escaleras en la subestación principal, difícilmente por la inspección visual se hubiera podido determinar que era resultado de ausencia de la construcción o porque fueron demolidas en etapas posteriores. Lo que hicimos fue corroborar en cada uno de esos casos que efectivamente en el registro documental del interventor hasta el acta de recibo parcial de cada edificación existiera conexión y que lo que nosotros teníamos a la vista, estuviera registrado de la manera que lo estábamos viendo en esa documentación del contrato”.

Del Interrogatorio a WILLIAM JAVIER FAJARDO KUDEYRO, debemos rescatar los siguientes apartes:

Preguntado por el Presidente si entonces las pruebas practicadas son sencillamente unos indicativos de unos insumos que no generan realmente certeza de lo que pasó? A lo cual, el interrogado respondió que habría

---

<sup>202</sup> Ibidem. Minutos 00:20:30, 00:54:09

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

discrepancia entre las tomas que él hizo y las que se hubieran podido obtener en la etapa de la construcción”<sup>203</sup>.

Preguntado nuevamente si respecto de los errores en el momento de la construcción y en el momento de la verificación es científicamente posible verificarlo por parte del Interventor, respondió de manera categórica que sí”<sup>204</sup>.

Preguntado por el Árbitro, Dr. Sanín, si en desarrollo de su peritación tuvo acceso o conocimiento que la interventoría haya objetado en ese momento y en ese lugar y en esas circunstancias la obra específicamente en lo que usted por ejemplo nos dice cuando no está bien calado ese cemento que se le puede presentar el hormiguero que son esas perforaciones que encuentran, éste respondió no tener conocimiento de objeción alguna”<sup>205</sup>.

Nuevamente preguntado respecto del , comportamiento del concreto al momento de fundirse y su desarrollo ulterior, y si era usual que las personas delegadas (supervisores) realizaran y verificaran esas pruebas en obra, Perito respondió “Si señor cuando se hacen los ensayos de los cilindros si la resistencia de los cilindros presenta baja resistencia el constructor o la interventoría se ven en la obligación de realizar estos ensayos que hicimos nosotros, es decir, hay que hacer pruebas , hay que tomar núcleos para verificar que la resistencia realmente sea, ahí están en el NCR tocaría buscar el apartado, pero si así lo considera”<sup>206</sup>.(Se enfatiza)

Al volver sobre la pregunta, a raíz de la respuesta del perito se le requiere respecto de la conveniencia de esas pruebas en obra y otras después de un tiempo de la fundición de las mezclas y de cómo ello se refleja en una acta de recibo de esa obra, responde el Perito Ing. Fajardo “Si claro con los cilindros efectivamente los cilindros son los que garantizan esa resistencia, si los cilindros no llegan a la resistencia de **diseño ya la interventoría tiene que primero solicitar pruebas de núcleos como las que nosotros hicimos para verificar que la resistencia de esos elementos se dio o ultrasonidos si es algún problema pues que no pueden demoler o no pueden tomar núcleos , si el elemento definitivamente no alcanzo la resistencia toca ya demoler el elemento”**. (Se resalta)

Nuevamente al preguntarle si por el hecho de *no adoptar esa sana práctica implicaría que cualquier defecto que pudiese haberse presentado en la fundición del concreto pues pasaría desapercibido y solamente hasta el paso del tiempo se podría haber detectado, ¿estoy en lo cierto?* el Perito Fajardo respondió: *“Es cierto”*.

Como se advierte en las respuestas que a continuación se transcriben, el perito dejó claro para el panel que sus hallazgos se hubieran podido detectar tempranamente por la Interventoría y de similar forma advertir el momento en que esas falencias se pudieren haber originado, sus causas y remedios oportunos, circunstancias que adelante el Tribunal revisará.

Desde esa perspectiva, las conclusiones de los dictámenes, basados en una visión externa y de superficie

<sup>203</sup> Cuaderno de pruebas. Audios y videos. 12-07-22.

<sup>204</sup> Ibídem. 12.07.2022

<sup>205</sup> Ibídem. 12.07.2022

<sup>206</sup> Ibídem. 12.07.2022

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

cumplida pasado un tiempo, si se quiere apreciable, después de la culminación de las obras, y la falta de cuidado de la parte contratante que, durante la obra o, al menos una vez se fue dando la entrega de la misma, no desplegó ninguna acción para revisar un aspecto de tanta importancia, resultan insuficientes para determinar los alcances de sus hallazgos y por ende la relatividad de sus conclusiones .

Dicho lo anterior y a la luz de lo que traducen las declaraciones extrañaría que una tan diligente y activa Interventoría, al menos en lo referente a los cumplimientos oportunos de la obra y la calidad de los procesos y el resultado final, no hubiere hecho su aparición oportuna y pertinente, en el momento en que ha debido hacerse: la construcción y la revisión técnica durante el desarrollo de la misma para garantizar el debido cumplimiento de lo acordado y lo ejecutado que ahora, con pruebas que tienen mucho de especulativo, como lo expresa el perito Fajardo en su detenida y puntual explicación al Tribunal, se presentan para soportar los incumplimientos de los contratistas.

En acatamiento del mandato del art 232 del CGP, en concordancia con el art 176 del mismo ordenamiento,<sup>207</sup> es deber del juez tener en consideración varios elementos para la valoración y credulidad que le conceda a un dictamen pericial.

Comoquiera que, como ya se mencionara, la demandante en reconvención deposita muy importante dosis de pruebas de sus pretensiones en estas experticias, se impone una revisión de lo que ellas contienen, de la mano con el contenido del texto del citado art. 232.

Inicialmente advierte en panel que estas pruebas buscan demostrar que las compañías constructoras incurrieron en incumplimientos -en el sentido jurídico de la palabra- respecto de varias de las infracciones que la demandante en reconvención expone en sus pretensiones, más específicamente en la enumeradas en ellas como 13a, 15<sup>a</sup>, 16<sup>a</sup>, 17<sup>a</sup> a 30<sup>a</sup> de su demanda de reconvención, endilgables, en su dicho, a las citadas compañías.

Si entendemos el concepto de incumplimiento como la no realización de la prestación debida, lo que abarca cualquier desviación del programa contractual convenido, y comprende el no cumplimiento, el cumplimiento defectuoso, y también el tardío, según la cual, el cumplimiento de la obligación suele entenderse como la ejecución de la prestación debida, conforme con lo pactado por las partes, o bien lo establecido por la ley o por el juez, incumplimiento es la situación en la que el deudor inobserva la prestación debida al acreedor (ya

---

<sup>207</sup> **ARTÍCULO 232. APRECIACIÓN DEL DICTAMEN.** El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso.

**ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

sea por retardo o cumplimiento imperfecto), lo cual da lugar a las acciones correspondientes al acreedor.<sup>208</sup> En este contexto tendrá que valorarse si las conclusiones de los expertos conducen al juez a la certeza de que hay un incumplimiento imputable a los deudores.

Resalta el panel que este concepto tiene una necesaria exigencia: que haya sido el deudor quien, por acción y/o por omisión, sea el generador de esa asimetría entre lo acordado y lo existente.

Esta precisión es importante hacerla, toda vez que, en presencia de esa objetiva asimetría, para que puedan proceder las sanciones y correctivos que la ley impone a un deudor incumplido, debe existir certeza en que es a él totalmente imputable la existencia de esta disfunción contractual.

Para los supuestos fácticos en examen y en probanza, ante preguntas del panel ambos peritos fueron coincidentes en señalar que no les era posible, en pruebas ex post, determinar los orígenes y el momento en que esos hallazgos fueron causados, esto como adición de lo ya dicho arriba.

En efecto, interrogado el perito Del Vasto sobre la precisión de sus conclusiones él responde:

*DR. VILLA: [00:07:15] En ese orden de ideas, yo quisiera que nos precisara, ingeniero, tomando el texto mismo de su dictamen, en qué contexto y en qué acepción deberemos interpretar cuando en el trabajo se habla de revisión documental, incumplimientos, textos del contrato, daños y perjuicios, o sea, cuando se hace una serie de apreciaciones en relación con la experticia que dice la misma parte es un informe pericial sobre el contrato, el cual involucra revisión documental del archivo, se hace mención más adelante que se tuvieron en cuenta los textos y las cláusulas del contrato. Entonces, quisiera entender el alcance de ese estudio en relación con el contrato, en lo que tiene que ver con la calificación de circunstancias propias de una disciplina diferente a la ingeniería. Si es tan gentil ingeniero, no lo precisa.*

*SR. DEL VASTO: [00:08:19] Teniendo en cuenta que el objeto de los trabajos ejecutados en la Sociedad Portuaria Industrial Aguadulce tiene un componente técnico eminentemente visible, y esto se refleja en el contrato en un anexo técnico que corresponde a las obligaciones del ejecutor para desarrollar bajo normativa técnica, bajo especificaciones de ingeniería, unas obras, los análisis desarrollados de parte mía y al mando de mi equipo se circunscriben a los incumplimientos de orden técnico, a las especificaciones técnicas contenidas en el Anexo Técnico del contrato, a las especificaciones, a los cronogramas, a los aspectos que no versan sobre las disciplinas legales que no son de mi resorte, sino que corresponden a la parte ejecutiva en la parte de ingeniería de los trabajos desarrollados en la Sociedad Portuaria.*

---

<sup>208</sup> [https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20\(2020\)/82563265033/](https://revistas.javeriana.edu.co/files-articulos/VJ/69%20(2020)/82563265033/)



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*DR. VILLA: [00:09:42] Gracias Ingeniero, es que me genera algo de inquietud como le digo, leer reiteradamente la palabra incumplimiento porque no conozco, no entendería el soporte científico para que una firma de ingenieros hable de cumplimientos o incumplimientos contractuales, y de igual manera me llama la atención que en relación con una calificación y una valoración de unas obras, de igual manera se les la connotación de daño y perjuicio, calificación que tampoco tengo muy claro con fundamento en qué base técnica se puede generar esa afirmación. Era mi punto de querer entender qué significan esas calificaciones y esas afirmaciones bajo esas frases, ingeniero.*

*SR. DEL VASTO: [00:10:26] Ahí hay una precisión que se debe hacer en disciplinas diferentes al derecho y conexo con los contratos, existen metodologías como auditorías Ex post que fue lo que desarrollamos, que incorporan en la calificación de cumplimientos de los procesos las palabras incumplimiento o cumplimiento de normativa técnica. En ese contexto es que se desarrolló todo el informe referido a los cumplimientos o incumplimientos de la normativa técnica.*

*(...)*

*DR. ROMERO: [00:15:35] Señor perito, usted manifiesta en el capítulo denominado Alcance que entregó el dictamen de los hallazgos post del contrato y de la visita de campo. ¿Por qué no nos explica o qué debemos entender por hallazgos post contrato?*

*SR. DEL VASTO: [00:15:58] Nuestro grupo de trabajo fue requerido para el desarrollo de este peritaje una vez que ya habían ocurrido la mayor parte de los procesos del cronograma planteado entre las partes. Cuando se hacen hallazgos post son los que se pueden obtener una vez que ya han sido desarrollados los trabajos por una de las partes. Es diferente la actividad a una auditoría durante el trabajo, entonces, nosotros hacemos los hallazgos post sobre las instalaciones ya construidas, instalaciones que ya han tenido obras desarrolladas y sobre las cuales nos piden que demos nuestro análisis científico sobre documentación existente y sobre inspección visual.*

*(...)*

*DR. ROMERO: [00:55:22] Dejémoslo así, señor presidente, no tengo .... En el numeral 6.1 de su dictamen se dice que para su evaluación se tuvo en cuenta los otrosíes número uno, dos y tres. Le pregunto, ¿para su experticia solo tuvo en cuenta los mencionados otrosíes, sin consideración a otras variables de la ejecución real del proyecto?*

*SR. DELVASTO: [00:55:47] Correcto, nosotros para este numeral, solamente tuvimos en cuenta los documentos ciertos que nos fue posible ubicar en un proyecto de esta duración de tiempo. Entendemos efectivamente que en el día a día puede haber una gran cantidad de circunstancias a favor y en contra de retrasos o adelantos del proyecto, pero justamente el trabajo nuestro, al ser post, implica que nosotros tenemos que evitar las conjeturas, evitar las especulaciones y restringirnos a los documentos ciertos que nos permitan hacer afirmaciones sobre, en este caso, el cumplimiento de un plazo o la existencia de un hallazgo en una infraestructura que hacía parte del contrato.*

*(...)" (Énfasis propios)*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Igualmente, señala el perito, que sus conclusiones no le permiten indicar la causa del contenido de sus hallazgos de forma sólida.

Dijo el Sr. Del Vasto:

*DR. ROMERO: [01:15:07] En el numeral 7.º del informe que es el denominado daños y perjuicios, en concordancia con el numeral 6.4 del informe, donde se señalan las no conformidades de requisitos técnicos de reglamentos, se establecen los supuestos daños y/o perjuicios. Yo le pregunto, ¿cómo pudo determinar que las deficiencias o no conformidades encontradas en la visita son responsabilidad del contratista y no por falta de mantenimiento, mal uso, maltrato u otra circunstancia distinta?*

*SR. DEL VASTO: [01:15:49] Una pregunta adecuada para el fin del informe. Efectivamente, al hacer la visita en 2021, dos años y medio después de que se intentara cerrar el acta de aceptación y terminación de garantías y con una operación ya en marcha, uno de los grandes problemas del método post, es determinar si hay daños que provienen de la etapa constructiva, perduran desde esa etapa o son resultado de la operación propia. Lo que nosotros hicimos fue comparar los registros de las actas parciales de recibo, aquellas que hemos mencionado durante toda esta audiencia, y la documentación conectada con cada hallazgo antes de esas actas que proviene de los interventores con lo que estábamos viendo y registrando fotográficamente.*

*Algunas de estas no conformidades técnicas, como por ejemplo la ausencia de unas escaleras en la subestación principal, difícilmente por la inspección visual se hubiera podido determinar que era resultado de ausencia de la construcción o porque fueron demolidas en etapas posteriores. Lo que hicimos fue corroborar en cada uno de esos casos que efectivamente en el registro documental del interventor hasta el acta de recibo parcial de cada edificación existiera conexión y que lo que nosotros teníamos a la vista, estuviera registrado de la manera que lo estábamos viendo en esa documentación del proyecto.” (Énfasis propios)*

Se entiende de lo expresado por el perito, que su labor y por ende sus conclusiones son solamente el resultado de la revisión del anexo técnico del contrato y de un trabajo visual, sin poder establecerse de sus conclusiones la imputabilidad de lo encontrado en sus pesquisas, a alguna de las partes del contrato en especial. No es posible de una prueba técnica como esta concluir quién o qué es el causante o generador del hallazgo y de las conclusiones respecto de él.

Otro aspecto que se resalta de las respuestas de los expertos peritos es la coincidencia que en ambos existe sobre la detectabilidad de sus hallazgos en la etapa de ejecución de las obras y sobre qué estamento contractual era el llamado a esa detección temprana.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*DR. VILLA: [00:17:12] Quiero hacerle una pregunta que me acaba de surgir y la había planteado ya en la oportunidad anterior a otro colega suyo, ingeniero. Definido lo que es post contrato, yo quisiera saber por ignorancia las circunstancias, si la palabra se puede utilizar precontrato durante la ejecución que usted obviamente acaba de aclarar no son de su resorte ni las pudo haber advertido porque llegó el contrato a estas circunstancias eran verificables, eran civiles, eran determinables, ¿eran en algún momento detectables en la etapa pre a la que usted llegó por parte de alguien en el ejercicio de este contrato o de estos contratos en general?*

*SR. DEL VASTO: [00:17:56] Sí, doctor Manuel Antonio, efectivamente existen posibilidades de evidenciar en la etapa de ejecución de las obras aspectos y características técnicas diferentes a las que se pueden evidenciar y que se pueden determinar en una etapa post, y en ese sentido se hace una diferencia en la metodología y en lo registrado en el informe pericial.*

*Durante unas obras en ejecución es posible, por ejemplo, para un perito registrar procesos constructivos en marcha, ver de forma directa especificaciones, por ejemplo, de instalación de un aire acondicionado, capacitación del personal que lo está instalando o una mecánica que está dentro del globo del contrato, a diferencia de lo que puede obtener como información el perito en una ocasión post cuando ya encuentra el aire acondicionado instalado, pero no tiene información sobre ciertos aspectos de cómo fue instalado.*

*En ese sentido [en una situación post] el perito se limita a registrar el no cumplimiento frente a la normativa técnica o sobre el requerimiento funcional, por ejemplo, el aire acondicionado, si se considera que el aire acondicionado no está funcionando, como es en el caso de las instalaciones de Espía que tienen este tipo de equipamiento, se determina cuál es la falencia y cómo debería funcionar, pero no se pueden determinar falencias de tipo constructivo.*

*DR. VILLA: [00:20:08] Ingeniero, esas falencias que usted las llama muy puntualmente así de tipo constructivo en la etapa de ejecución del contrato, en su experiencia que sé que es muy amplia en este tipo de actividades, ¿qué estamento o quien podría estar en condición y en capacidad de advertirlas y de ponerlas en evidencia?*

*SR. DEL VASTO: [00:20:30] La parte llamada a poner en evidencia ese tipo de falencias durante la etapa constructiva es la interventoría que ha sido asignada al desarrollo de las obras." (Énfasis propios)*

Al interrogarse el perito WILLIAM JAVIER FAJARDO KUDEYRO, sobre estos tópicos, él responde:

*DR. VILLA: Ok, en el caso en el caso concreto que usted examinó es posible determinar esas deficiencias que usted advirtió, en qué momento pudieron haberse iniciado y qué lo pudo haber*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

causado en qué, ¿dentro de la línea del tiempo desde el día que arrancó la obra hasta 5 años después cuando estamos hoy en día es posible desde el punto de vista técnico advertir cuándo comenzó el problema?

SR. FAJARDO: Yo creería que no, por qué, porque no tenemos digamos la evolución de la resistencia del concreto colocado allí en el elemento, ese sería un primer punto, pero yo diría que todo inicia con la mala colocación del concreto.

DR. VILLA: Perfecto, le hago entonces una pregunta absolutamente relacionada y generada en su respuesta, ¿había habido manera de detectar esa falencia?

SR. FAJARDO: Sí, la interventoría es la que está supervisando y está muy encima de las firmas y de los curados. (...)

DR. VILLA: Entonces no le entendí bien, le entendí hace un momento a su respuesta de la pregunta que le hizo la doctora María Victoria que el punto óptimo de resistencia si estoy utilizando las palabras bien, del concreto después que se vacía se da a los 7 días, que no es que no es inmediato, entonces con fundamento en esa respuesta es que yo planteo mi inquietud, obviamente que si hay que esperar un tiempo para que llegue al punto óptimo, en el momento de recibir una obra debería verificarse que efectivamente ese punto llamémoslo en términos culinarios ese punto de nieve se obtuvo, entonces la pregunta es una sana práctica antes de recibir una obra verificar que eso se obtuvo.

SR. FAJARDO: Sí claro con los cilindros efectivamente los cilindros son los que garantizan esa resistencia, si los cilindros no llegan a la resistencia de diseño ya la interventoría tiene que primero solicitar pruebas de núcleos como las que nosotros hicimos para verificar que la resistencia de esos elementos si dio o ultrasonidos si es algún problema pues que no puedan demoler o no puedan tomar núcleos, si el elemento definitivamente no alcanzó la resistencia toca ya demoler el elemento.

DR. VILLA: ¿Sí para finalizar y entender de una vez por todas el hecho de no adoptar esa sana práctica implicaría que cualquier defecto que pudiese haberse presentado en la fundición del concreto pues pasaría desapercibido y solamente hasta el paso del tiempo se podría haber detectado estoy en lo cierto?

SR. FAJARDO: Es cierto.” (Énfasis propios)

El contenido de estas respuestas hacen pensar al panel que esa imputabilidad necesaria que la demandante en reconvencción pretende deducir del trabajo de los peritos respecto del actuar de los contratistas no es sólida, puesto que se advierte la posible culpa de los Supervisores del Contrato (Interventor – Representante del Contratante) en los hallazgos expuestos, lo que a lo menos implica la imposibilidad de tener probados estos

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

hallazgos de la manera que se aspira sean valorados por el Tribunal, esto sin perjuicio de la presencia de posibles culpas propias del demandante o a lo menos de una eventual concurrencia de culpas, ambas exonerantes de responsabilidad del demandado.

En este tópico debe el panel subrayar la reiterada manifestación por parte de la demandante en reconvenición, conforme igualmente antes se expuso apoyados en testimonios coincidentes de varios deponentes, de esa identidad que desde el mismo contrato se dejó claro existía entre la sociedad contratante y la interventoría, hasta tanto de afirmarse que ésta -SPIA- estaba representada en el desarrollo del contrato por la firma encargada de ejercer la interventoría.

En este panorama y en obediencia de lo dispuesto en la ley 400 de 1997, al momento de la fundición e instalación de los concretos y las mezclas de las edificaciones por parte de Los Contratistas, se adelantaron en obra pruebas de resistencia de los mismos, ello con el propósito de poder constatar que la resistencia de tales mezclas obedecía a las calidades técnicas requeridas para los propósitos perseguidos con las obras contratadas.

Como lo señaláramos renglones arriba, fue coincidente la opinión de los peritos comparecientes en el proceso en relación con la posibilidad clarísima de que los hallazgos casi apocalípticos que ellos indicaron en sus dictámenes eran absolutamente detectables, evidenciables y materia de corrección, de ser el caso, durante la etapa de construcción de las edificaciones. De igual manera coinciden ellos en que, esa detección temprana, en el modelo contractual que se desarrolló, estaba en el campo de las posibilidades de apercibimiento por parte de la interventoría existente e igualmente señaló el experto patólogo, que no encontró, en el examen documental de su dictamen *ex post*, evidencia alguna de que tales interventores se hubieren manifestado sobre este particular.

Con la importancia que SPIA ha querido insistir tiene este punto en especial, señalando tiene él en esta etapa constructiva -la del fundido de las mezclas- en el futuro de la estabilidad del puerto, se insiste, llamaría poderosamente la atención del panel que, una interventoría tan acuciosa como se ha insistido fue la que estuvo todo el tiempo sobre los contratistas, produciendo el cúmulo de llamados atención sobre múltiples tópicos de su ejecución contractual, sobre el tema de las pruebas resistencia de las mezclas, hubiere guardado silencio en esta materia, cuando, se resalta, esas grandísimas falencias si se originaron en la etapa de la fundición del concreto, ellos, en ese momento se hubiesen podido advertir.

Se pudo sin embargo constatar por el panel que, salvo la mención que se hizo por el Interventor sobre este particular en reporte a la Contratante, su actividad se limitó a informarle a SPIA que “...De acuerdo con las solicitudes de las tablas anteriores, en el Anexo del presente informe se presenta la relación de los ensayos de laboratorio realizados por el Contratista y la relación de los ensayos realizados por la Interventoría a los concretos realizados en las diferentes edificaciones.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*En los ensayos realizados por interventoría, en el edificio de Subestación Principal y Reefer se evidencia que los pilotes se utilizó concreto de 3500 PSI. Se solicitó al Constructor que se aclare la resistencia de diseño del concreto de los pilotes.”<sup>209</sup> , pero glosa o rechazo de calidad que desembocase en los hallazgos dantescos de los peritos, no se advierte.*

Este es el inicial informe que el interventor presenta a SPIA en relación con la calidad del concreto. Con posterioridad, como se advierte en sendos informes similares, ese representante del Contratante remite a él sus diagnósticos sobre este asunto, reiterando en cada uno de ellos un parte de tranquilidad sobre la solidez de las mezclas, tal y como se constata en esos escritos remisorios.

Es importante aquí resaltar que, así lo enseñaron los peritos comparecientes, la calidad de las mezclas se va consolidando con el paso del tiempo, lo que hace concluir al panel que durante ese lapso de maduración fue que se produjeron esos tranquilizantes informes que SPIA conocía desde la etapa constructiva de las obras, por lo que ahora resultante inquietante que se quiera hacer ver al Tribunal que fue por la vía del peritaje ex post que se revisó la consistencia de esos mezclados y que la Contratante se entera de cuál fue la condición de los concretos fundidos en obra.

Se hace especial énfasis en señalar que los posteriores informes que la interventoría remite a SPIA y que se mencionan arriba, aparte de esos partes de tranquilidad resaltados que a ellos les generaba el estado de evolución de las mezclas, se evidencia que sí hubo intervención y participación de los supervisores en esa etapa -circunstancia que el perito patólogo negó- lo que contribuye de manera decisiva a quitar credibilidad en las conclusiones de los dictámenes en los que la demandante en reconvencción soporta en mucho su probanza sobre los errores constructivos que ahora endilga a los constructores.<sup>210</sup>

La situación así para el Tribunal , de acuerdo con estos documentos que obran en el expediente no es nada clara en este punto: porque si la Interventoría -como lo señalaron los peritos- estaba en condiciones de advertir esas graves deficiencias en las mezclas que en sus hallazgos éstos -los peritos- señalaron, ¿hubo entonces inexactitudes en las opiniones del interventor, o es que no existió el suficiente estudio y profundización por

---

<sup>209</sup> Cuaderno de pruebas. 08\_DICT INGE CIVI DE PROYE NUME 2 8 AUT 15. D&E con SPIA ANEXO 2. Ref. Documentales Archivo SPIA. l)Registro de construcción. Informes Mensuales 2859-00-in-rp-01 Pág-34

<sup>210</sup> Cuaderno de pruebas. 08\_DICT INGE CIVI DE PROYE NUME 2 8 AUT 15. D&E con SPIA ANEXO 2. Ref. Documentales Archivo SPIA. l)Registro de construcción. Informes Mensuales 2859-00-in-pr-02 “...Como se observa en la gráfica anterior, los resultados resistencias de los 28 días, cumplen con las especificaciones de diseño y de seguridad.” Pág. 39

2859-00-in-pr-03 “...Los resultados con 28 días, presenta una resistencia de ensayo superior a los 4.000 PSI con porcentajes por encima del 100% cumplen con las especificaciones de diseño.” Pág. 41

2859-00-in-pr-04 Los resultados a 28 días, presentan una resistencia de ensayo superior a los 4.000 PSI, con porcentajes por encima del 100%, con lo que se verifica que cumplen con las especificaciones de diseño. Pág. 38 “...Los resultados con 14 días, presenta una resistencia promedio del 100%, que cumplen con las especificaciones de diseño.” Pág. 54

2859-00-in-pr-05 “...Los resultados a 28 días, presentan una resistencia de ensayo superior a los 4.000 PSI, con porcentajes por encima del 100%, con lo que se verifica que cumplen con las especificaciones de diseño.” Pág. 35

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

parte de él sobre el asunto que, insistimos, arrojaron esos resultados de cataclismo que se ponen en evidencia en los peritajes?

Esta inexactitud u omisión, igualmente graves ambas, que estamos advirtiendo, de la mano de la simbiosis existente entre la interventoría y los contratantes, llevan al Tribunal indefectiblemente a detectar la presencia de lo que se conoce con el “Principio de la culpa propia” o “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, conforme el cual nadie puede beneficiarse de su propia negligencia.

Se soporta este principio en que una persona no es digna de ser oída, ni menos aún pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable. Para la Corte Constitucional nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma, y ella – la Corte – proscribió entonces el proceder a amparar a una parte en su propia actuación negligente o dolosa, pues tal reproche hace parte del ordenamiento jurídico vigente, ya que resulta en todo compatible con los postulados previstos en la Constitución de 1991. Así, existe para el juez el deber de negar toda pretensión cuya fuente sea el propio error, dolo o culpa de quien la reclama.<sup>211</sup>

Este principio no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico. No obstante, lo anterior, la Corte Constitucional ha hecho alusión a su naturaleza de ser regla general del derecho, al derivarse de la aplicación de la analogía iuris. Por ello, cuando el juez aplica dicha regla, se ha señalado que el mismo no hace otra cosa que actuar con fundamento en la legislación.<sup>212</sup>

La Corte Constitucional, se subraya, ha mantenido una línea jurisprudencial respecto del aforismo “*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”, a través de la cual sostiene que el juez no puede amparar situaciones donde la vulneración de los derechos fundamentales del actor se deriva de una actuación negligente, dolosa o de mala fe. Cuando ello ocurre, es decir, que el particular o la autoridad pública pretende aprovecharse del propio error, dolo o culpa, se ha justificado la aplicación de este principio como una forma de impedir el acceso a ventajas indebidas o inmerecidas dentro del ordenamiento jurídico. Por lo que la persona está prima facie en la imposibilidad jurídica de obtener beneficios originados de su actuar doloso o revestido de grave culpa.<sup>213</sup>

Esa línea de jurisprudencia la desarrolla la Corte en el fallo mencionado sosteniendo que,

*“ (...) esta Corporación ha considerado que la regla general del derecho de que no se escucha a quien alega su propia culpa guarda compatibilidad con los postulados previstos en la Constitución*

---

<sup>211</sup> Sentencia T- 122- 17, Mag. Pon. LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, 27 de febrero de dos mil diecisiete (2017).

<sup>212</sup> Ibidem

<sup>213</sup> <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-122-17.htm>

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*de 1991, en particular, con el “deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” consagrado en el artículo 95 de la Carta Política. (...)*

*...la Carta Política establece la obligación de ejercer los derechos constitucionales y legales en consonancia con el espíritu, fin y sentido que le son propios. Así, las personas tienen el deber de actuar de forma justa, lo que significa que no pueden desvirtuar el objetivo que persigue la norma, llevándola a resultados incompatibles con el ordenamiento jurídico vigente.*

*En la misma perspectiva, esta regla se ciñe al principio de buena fe, luego de que el artículo 83 de la Constitución de 1991 presupone que en todas las gestiones que adelanten los particulares y las autoridades públicas, debe incorporarse, como presupuesto ético de las relaciones sociales con trascendencia jurídica, la confianza de que el comportamiento de todos los sujetos del derecho se cimienta sobre la honestidad, rectitud y credibilidad de su conducta. (...)*

Este desarrollo jurisprudencial ya comienza a esbozar el pensamiento del panel respecto a la eventual culpa que por omisión tuvo la Contratante a través de su representante en el contrato y allí no evidenciar lo que ahora dice ella solo ha percibido como resultado de los peritajes que ordenó adelantar para este proceso, pero que sin embargo sí reclama dentro de las pretensiones de su demanda de reconvención.<sup>214</sup>

Con apoyo en lo expuesto, se ratifica el Tribunal en la frágil credibilidad que le imprime el resultado de los peritajes aportados, amén de la incierta actuación de los dueños del puerto que se pueda derivar de la casuística descrita líneas arriba.

Por lo anterior el panel considera que las pretensiones agrupadas en este punto no deben prosperar y así lo declarará.

Pretensiones 18,19,20,21

En cuanto a las pretensiones a que se refiere este acápite, tienen que ver, como ya se advirtió, con los incumplimientos por la parte demandada por ejecuciones defectuosas, por lo que las reflexiones anteriores y las que a continuación se exponen son totalmente aplicables.

Del tenor del Acta de Aceptación Final y de Terminación de Garantías, se puede confirmar que, con las aclaraciones y salvedades allí anotadas, los reclamos a presentarse con posterioridad, como ocurre en el presente caso a raíz de la demanda de reconvención, se atenderían como garantías post-venta, quedando saldadas las inconformidades presentadas por razón de la construcción de las obras entregadas bajo el

---

<sup>214</sup> Interrogatorio de parte del representante legal de SPIA, Señor Abisambra.



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Contrato llave en mano suscrito entre ellas.

El apoderado de la parte Demandada en reconvención propone que, conforme a lo antes señalado, los incumplimientos de que se ha venido dando cuenta quedaron todos saneados y, por ende, no resulta viable proponerlos en esta demanda ya que, de lo consignado en el "Acta de Aceptación Final y de Terminación de Garantías" todo lo pendiente quedó solventado y en consecuencia no puede ser traído a colación y justificar una reclamación como la que se pretende en la demanda de reconvención. Con esto se estaría volviendo sobre hechos y actuaciones que no se dejaron a salvo en el Acta que da cierre a la obra y abre paso, simplemente a la eventual ejecución de la "garantía post-venta".

Como se ha podido apreciar, cierto es que en la dicha acta, no quedan pendientes y parece dar cuenta de que salvo lo que surja dentro del alcance de la garantía post-venta, quedaría todo lo demás saneado. No obstante, no es claro que los incumplimientos que según lo analizado efectivamente tuvieron ocurrencia y que, bajo el contrato, generaron incumplimientos y consecuentemente, dan lugar a la aplicación de las consecuencias acordadas por las partes: para el efecto, la aplicación de la cláusula penal, en los términos a que esta providencia se refiere, se hubieran renunciado por SPIA.

El incumplimiento, generador de estas sanciones, no aparece saneado expresamente por las partes, y su simple omisión no los convalida.

De lo que da cuenta el Acta es de la ausencia de temas pendientes, pero no de su renuncia, con el alcance que propone la parte contratista. La eventual causación de la cláusula penal punitiva surgiría y se generaría por el simple hecho del incumplimiento y sería de recibo su aplicación.

El no tener asuntos pendientes a la fecha del acta da cuenta que los hechos que generaron esa consecuencia se han subsanado, pero no está perdonada la sanción a que dieron lugar. Tampoco, que los hechos a que se hace referencia, de generar consecuencias futuras, liberen al contratista de responder por ellos, pues, como expresamente se registra, se trataran como "Garantía post-venta" es decir, son de su cargo y cuenta, bajo los alcances de este tipo de garantía.

No puede por ello el Tribunal aceptar los argumentos del demandado en reconvención, en cuanto a lo que interpreta el Acta como un desistimiento de la facultad de reclamar la sanción prevista en el contrato para los incumplimientos acreditados en el caso, ni los eventuales reclamos futuros, bajo los términos acordados y antes mencionados.

No obstante, esta conclusión no puede generalizarse, en tanto no abarca todos los incumplimientos planteados, como pasa a verse.

El contrato sobre el que versa el presente trámite arbitral, en su cláusula 7.18 Acta de Aceptación Final- Condiciones de Aceptación, señala:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*“Acta de Aceptación Final – Condiciones de Aceptación*

*Las partes suscribirán el Acta de Aceptación Final cuando se hayan verificado con cada edificación las siguientes condiciones: (Subraya el Tribunal)*

*(vi) Se han cumplido con todas las obligaciones relacionadas con las Obras en cumplimiento de las Especificaciones técnicas y la Ingeniería aceptada por el Contratante y se ha certificado la reparación de cualquier Defecto de las Obras notificado antes de la firma del Acta de Aceptación final.” (Resaltado propio)*

A partir de allí, se inicia el Periodo de Garantía, a que se refiere el artículo 7.20 del Contrato.

Es decir, en la medida en que, como aparece debidamente documentado en el proceso, el Acta final se suscribió el 29 de agosto de 2018, resulta en rigor tomar en consideración que el acta en mención no contiene salvedad de ninguna clase y por lo que hace al cumplimiento de las Especificaciones Técnicas y la Ingeniería, en tanto conforme la cláusula 7.18 del Contrato, que se ha transcrito, deja constancia que todas las obligaciones relacionadas con las Obras en cumplimiento de las Especificaciones técnicas y la Ingeniería aceptada por el contratante, debe entender el Tribunal y así lo hace, **que respecto de las materias antes mencionadas, significa un paz y salvo de la Contratante frente a la Contratista** y, por ende, debe tomarse en cuenta esta conclusión, en cuanto en la demanda de reconvención o en este trámite arbitral, se reclame por temas vinculados con esos dos conceptos, conclusión que priva de sustento a los reclamos que respecto de ellas se formulan, como ha de señalarse

En los temas que se salen del alcance dado por las partes al Acta, no existe ni puede extenderse dicho paz y salvo y no resultan aceptables ni pueden atenderse los efectos del ‘paz y salvo’, por temas diferentes a los que en el contrato se da puntualmente al Acta y de su tenor quedan en claro.

La demanda de reconvención centra su reclamo en las pretensiones a que hacemos referencia en el incumplimiento del Contratista por razón de la demora y por su entrega defectuosa.

Por lo que hace a las primeras, como se ha indicado, la argumentación del Tribunal respecto de la demanda principal es extensiva a todas ellas y nos lleva a concluir que, efectivamente, hubo de parte de los integrantes del Consorcio, HAPIL y AVILA demoras en la ejecución de las obras, que el Tribunal, encuentra acreditadas debidamente, como se ha expresado en el laudo, trayendo aquí las consideraciones y conclusiones expresadas en esta providencia al despachar la materia al estudiar la demanda principal, su contradicción y defensas.

En cuanto a la ejecución defectuosa del contrato por parte de los integrantes del Consorcio encuentra el Tribunal que las pruebas aportadas para soportar y, en particular los dictámenes periciales presentados por la

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

parte demandante en reconvencción no merecen para el Tribunal la credibilidad y soportes y argumentos necesarios para considerar que constituye la prueba de los tales incumplimientos a lo que se agrega que, como se ha indicado, el Acta final en lo atinente a los temas de Especificaciones Técnicas e Ingeniería, al no incluir reparo alguno en este texto, entiende el Tribunal constituyen un paz y salvo al contratista y, por ende, no puede en contra de lo que el contrato estableció al respecto, dejar este sin valor y efecto, por lo cual habrán de ser rechazadas.

Cabe entonces aquí, señalar los alcances del finiquito que contiene el Acta a que se viene haciendo referencia para, a partir de allí poder definir el Tribunal cuál es su real alcance y, en consecuencia, resolver las pretensiones que tengan relación a los temas a que se ha hecho referencia.

Al efecto, considera el Tribunal que el sentido y alcance a que venimos haciendo referencia, se encuentra en detalle en la dicha Acta de Aceptación Final y de Terminación de Garantías de 29 de septiembre de 2.018 donde previo a señalar que: *“Mediante la presente Acta las partes manifiestan que se han dado las Condiciones de Aceptación estipuladas en la cláusula 7.18, para el recibo de cada edificación objeto del Contrato Llave en mano suscrito entre la Sociedad Puerto Industrial Aguadulce SPIA S.A. y el Consorcio Puerto Aguadulce CPA, como se señala a continuación”*.

A renglón seguido, se hace la referencia detallada de cada una de las obras, las condiciones en que se reciben, que como e indicó llenan los requisitos y en algunos eventos, se dejan algunas salvedades que, como se convino expresamente, serian atendidas como “garantía post-venta”, de lo cual no hay reclamos presentados ante este Tribunal.

Así las cosas, el acta referida, en su detalle, comprende lo que el Tribunal entiende tiene que ver con lo referente a “Especificaciones Técnicas e Ingeniería”, donde se reitera, los pendientes o inconformidades en ella contenida, se acuerda quedaran amparados por la garantía post-venta, respecto de lo cual no encuentra el Tribunal corresponda pronunciarse en tanto se escapan de las materias sometidas a su consideración.

Conforme con lo dicho, ha de tenerse que, en cuanto a los aspectos a que hemos hecho referencia reiterada, y como ya en forma previa se dijo, se dio un finiquito y, por ende, no pueden recibir despacho favorable en este trámite arbitral, en cuanto se contradiría, lo previsto en el contrato y lo afirmado en el Acta de manera expresa y puntual.

Por lo dicho, las pretensiones 18, 19, 20 y 21 que versan sobre los aspectos mencionados es decir lo referente a “especificaciones técnicas e ingeniería” no tienen vocación para prosperar.

Así las cosas, en resumen:

Como contrato “llave en mano”, definido y acotado en el mismo contrato, el cumplimiento del objeto del mismo, según las características de esta clase de negocios jurídicos en cuanto hace a la debida y oportuna entrega de lo acordado, corresponde al contratista. En el caso que nos ocupa, las partes, de común acuerdo, no solo iniciaron la ejecución antes de haber cumplido con los requisitos alrededor de los cuales la parte demandante construye su planteamiento respecto del incumplimiento que a ellos reprocha, sino que una vez

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

cumplidas tales formalidades, de común acuerdo, modificaron el objeto del contrato, sus plazos y características, a partir de los instrumentos previstos en la ley y el contrato, a través de los OTRO SI, acordados y suscritos por ambas partes, que modificaron el contrato originalmente convenido así como utilizando la herramienta de las “órdenes de variación de obra”, alteraciones que deben ser las que se tengan en cuenta, como ley para las partes, que rigen la relación objeto del presente trámite arbitral.

A partir lo dicho, se encuentra que, efectivamente, se incurrió por las demandadas en reconvención en incumplimientos de plazos que el Tribunal considera no alcanzan a ser calificados como esenciales, por lo que no dan pie a declarar la resolución del contrato con indemnización de perjuicios que, por otra parte, no ha sido pedido ni han sido estos demostrados. Dicientes al respecto, las expresiones del representante legal de la demandada, al afirmar que “*aun no han resuelto si demandarán o no*” el pago de las mismas<sup>215</sup>. No obstante, ello no releva al contratista incumplido, como ciertamente lo es la parte demandante en la demanda principal conforme aparece acreditado, sufrir las consecuencias de su cumplimiento tardío, por lo que habrá de cancelar, en la forma que se indicará, el pago proporcional de la cláusula penal convenida “por el solo hecho del incumplimiento”, a lo que accede y procederá el Tribunal.

Por lo que concierne a la deficiente construcción de la obra, resuelve el Tribunal que las pretensiones atinentes a ella no prosperarán fundamentalmente por dos razones:

a) No existe certeza derivada de los peritazgos presentados por Del Vasto Asociados y William Javier Fajardo Kudeyro, que como se dijo, no contienen elementos sólidos y claros para poder establecer que las eventuales deficiencias corresponden a acciones u omisiones imputables y oponibles a los constructores como en otro aparte del laudo ya se estableció, sin perjuicio, además de la eventual corresponsabilidad que le pudiese caber a la sociedad contratante en los “hallazgos” de los citados peritos. Así las cosas, para la procedencia de esta pretensión es totalmente de la parte demandada en la demanda principal y demandante en la demanda de reconvención, la carga de acreditar su existencia y valoración, lo que lleva al Tribunal a desestimar estas pretensiones.

b) Adicionalmente, ya lo señaló el Tribunal, la firma del Acta de Aceptación Final y de Terminación de Garantías, de conformidad, con lo establecido en la cláusula 7.18, también transcrita arriba, incorporaba la asunción de consecuencias liberatorias en los ítems allí señalados, exclusivamente, motivo por el que no es de recibo pretender reclamarlos como efectivamente aquí se plantea.

#### **4. Pretensiones 22 a 30**

Como anotación preliminar, respecto de todas y cada una de ellas, la parte demandada en reconvención, y en cuanto a los hechos corresponde, se manifestó, si bien, como se aprecia a continuación, con diversos matices

---

<sup>215</sup> Expediente virtual. Cuaderno Audios y Videos. 05.08.22. Minuto 00.42.12

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

La parte demandada, por su parte, en cuanto a los hechos, que dan sustento a las pretensiones agrupadas en esta primera parte, que van del hecho 192 al 227, manifestó:

1. Su conformidad con lo afirmado por la parte demandante, en los hechos 192, 194,196 parcialmente, 197,206,208,211,214.
2. Su conformidad parcial, con los hechos 193,196,199,200,201,202,203,204,205,210,215 a 221,227.
3. Afirma no ser cierto, lo expuesto en los hechos 195, en tanto no asume que LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS hubiera permitido serios incumplimientos y atrasos a SAC
4. Afirma no constarle, lo dicho en los hechos 198,222,232.

Pretensiones 22-23 y 24

Se refieren a incumplimientos relacionados con las obligaciones a cargo de los contratistas de realizar la gestión de compra y adquirir los equipos y materiales que fueran necesarios para la ejecución de las mismas, poner a disposición los referidos equipos y suministrar, por su cuenta y riesgo los materiales y equipos requeridos para llevar a cabo las obras, todo ello de acuerdo con conforme a lo previsto en las cláusulas 6 y 7 del contrato suscrito entre las partes.

En particular se refiere a la obligación de suministrar de manera oportuna los elementos de las cubiertas a cargo de subcontratistas de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS, para el caso la firma SAC Estructuras Metálicas S.A, quien incumplió su encargo generando atrasos y dificultades en el correcto desarrollo del proyecto, como lo refiere en los numerales 192 a 198. Llegó al extremo de que el dicho subcontratista abandonó la obra como se refiere en el numeral 196 por razón de lo sucedido y de un alegado desequilibrio económico del contrato. De igual manera, demoras en el arribo de la grúa para izar la estructura metálica, equipos para el montaje de la cubierta, que ocupan los numerales 199 a 210 de su demanda, que finalizaron con la toma de control sobre la instalación de la cubierta de la Bodega de Inspección y la contratación de la firma Nibtaje y Diseños Industriales para llevarla a cabo.

No solo el Taller de Mantenimiento y la Bodega de Inspección se vieron afectadas por el incumplimiento referido, sino que en la Bodega CFS también se hubo de hacer la toma de control y contratación donde el subcontratista JAS INGENIERIA S.A.S. no cumplió en la forma y términos acordados. (numerales 211 a 227).

Soporta los hechos, en las comunicaciones de Interventoría y Actas de reuniones Técnicas a que se refiere en varios de los numerales a que se ha hecho referencia que dicen de demoras e incumplimientos, llamados de atención y en resumen, incumplimientos a las obligaciones adquiridas a que se viene haciendo referencia.

En la respuesta a la demanda de reconvención, en tanto al derecho se refiere, dedica en general la misma para controvertir la aplicación de las multas pero, en lo que hace a las materias a las que se ha hecho referencia,

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

ninguna mención hace al respecto, de lo que debe entenderse su falta de oposición a lo que en dichas pretensiones se solicita y no aporta, en consecuencia, prueba en contra de lo afirmado en la demanda de reconvencción ni las comunicaciones de Interventoría y Actas aportadas por la demandante.

De ello, debe entender el Tribunal que los incumplimientos a que se viene haciendo referencia, ocurrieron ciertamente en tanto las comunicaciones y actas aportadas no han sido cuestionadas y controvertidas, ni nada se ha afirmado ni probado en contra de lo dicho, por lo cual, el Tribunal habrá de declararlos probados como lo reflejará en la parte resolutive de esta providencia.

Pretensiones 25 y 26

Tratan de obligaciones adquiridas por la parte contratista de suministrar personal suficiente e idóneo para llevar a cabo las obras objeto del contrato a que aluden las cláusulas 6 y 12 del contrato.

Sustenta lo pretendido, en las comunicaciones de interventoría y Actas en que se reclama por el incumplimiento de dicha obligación que se mencionan en los numerales 262 y siguientes, se urgió la necesidad de implementar un plan de contingencia no obstante lo cual, la contratista no logro, según se afirma, mantener suficiente personal en las obras generando atrasos al cronograma y la entrega tardía de las Edificaciones, como igualmente la Interventoría, como aparece en el numeral 274 y siguientes concluyó cómo en la entrega de la Bodega de Inspección ( numeral 275) Taller de mantenimiento ( numeral 274), la Subestación Reefer (numeral 276) basado en los respectivos informes de interventoría citados, la obligación a que se viene haciendo referencia no fue cumplida.

Soporta los hechos, en las comunicaciones de Interventoría y Actas de reuniones Técnicas a que se refiere en varios de los numerales a que se ha hecho referencia que dicen de demoras e incumplimientos, llamados de atención y, en resumen, incumplimientos a las obligaciones adquiridas a que se viene haciendo referencia.

El Tribunal, al respecto, considera pertinente citar lo expuesto por el testigo Favián Enrique Segura Prado, Director de Obra de la contratista, en su declaración testimonial llevada a cabo el 17 de marzo del año en curso. Quien trabajó con el Consorcio Aguadulce desde febrero 2015 durante un período de aproximadamente dos años y dentro de sus labores, como se lo expresó a la apoderada de la contratante estaba la de compartir día a día con la Interventoría del Contrato.

Sobre el punto que nos ocupa, señaló lo siguiente

*“(...) Nosotros empezamos a coordinar los trabajos y SPIA delegó una compañía del Grupo Tiger, que era Gomez Cajiao para que hiciera la Interventoría de los trabajos y todas las coordinaciones, desafortunadamente, al principio del contrato de querer poner en marcha las obras, estamos hablando de dos meses más o menos de esta allá haciendo logística y haciendo una serie de ,*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*cumpliendo una serie de requisitos de orden técnico y sobre todo de orden social, porque allá ese es un proyecto que debe tener una licencia ambiental y entre los requisitos de la licencia ambiental tiene unas obligaciones de consulta previa.*

*Esas obligaciones de consulta previa estaban incluidas dentro de nuestro contrato, teníamos que cumplirlas, pero desafortunadamente ese es un tema que eventualmente se convertirá muy subjetivo por parte de los actores que intervenían en eso, que eran los consejos comunitarios, ellos tienen diferentes modos, hasta políticos de presionar a la compañía y todo ese tipo de situaciones tuvieron que ser coordinadas al inicio del contrato.*

*La consecución de los trabajadores eran suministrados por ellos, 100% de la mano de obra no calificada, el 50% de la obra, de la mano de obra calificada tenía que ser suministrada por ellos, entonces había una serie de requisitos que nosotros teníamos que cumplir, teníamos que cumplir porque así nos lo SIC son mecanismos que SPIA estableció con las comunidades, no porque estuvieran en nuestro contrato, nosotros tenemos que cumplir con nuestro contrato, digamos de buscar el personal por medio de ellos, pero SPIA había establecido unos procedimientos específicos y había determinado que entonces había que hacer una solicitud a la parte social de ellos, ellos tenían que llevar los perfiles, el tipo de cargos de las personas que necesitaban, que necesitábamos nosotros y en general toda la información necesaria para que los consejos buscaran el personal requerido y lo llevaran al puerta a trabajar con nosotros, directamente con nosotros.*

*Entonces, en ese proceso nosotros iniciamos esas coordinaciones, como le digo, ya Conconcreto y Conalvias habían tenido infinidad de problemas por eso, básicamente porque no hay mano de obra calificada suficiente en Buenaventura para abordar un proyecto de esos.”<sup>216</sup>*

Más adelante, agrega en respuesta a la pregunta formulada por el Árbitro Dr. Bernal, referente a la relación con la comunidad a que dio respuesta en esa diligencia, mencionando los acuerdos con la comunidad de parte del consorcio contratante, como se manejaban en la práctica,

*“(…)dentro de la licencia ambiental que SPIA tiene que tramitar ellos hacen unos acuerdos de consulta previa, entre los que están y yo creo que la comunidad ya tiene la suficiente experiencia como para hacerlos muy generales, entonces, dentro de las obligaciones está adquirir los productos necesarios para la ejecución de la obra, darle prioridad a los consejos comunitarios, entonces, en esa obligación que SPIA asumió, pues caben muchas cosas, prácticamente todos, si ellos nos pudieran vender todos los materiales de la obra habría cierta obligación de comprarlos a ellos. Sin embargo, cuando nosotros llegamos a hacer la obra y entonces entramos en esa dinámica de empezar las reuniones, ya SPIA tiene un departamento social que ese departamento social nos involucra tanto*

---

<sup>216</sup> Expediente virtual Cuaderno de Audios y Videos. 17.03.2022. Minuto 00:07:22

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*a mi como a la trabajadora social y a mis residentes sobre cuáles son los procedimientos que ellos ya han establecido con los consejos, los consejos allá son seis y esos consejos están divididos en grupos de tres y se pactaba, se negocia con esos dos grupos, en ocasiones se unían para hacer una sola negociación, pero ya había, digamos unas pautas que a las que nosotros teníamos que ceñirnos porque ellos ya lo habían negociado de esa manera y ya ellos no iban a dar el brazo a torcer.*"<sup>217</sup>

Así las cosas, frente a el soporte presentado por la parte demandante en reconvencción en estas materias, se encuentra la declaración del Director de Obra del Contratista, conforme a la cual, se confirma que lo referente a la consecución de los operarios pasaba por la aprobación de los Consejos Comunitarios, conforme a los acuerdos celebrados con ellos por SPIA lo que determinada la dificultad de conseguir los trabajadores necesarios, a más de la carencia en la zona de personal preparado para cumplir las labores, y la imposibilidad para la contratista de salir de lo convenido con dichas comunidades, régimen que se extiende a temas de bienestar de los trabajadores en tanto la alimentación, citada como ejemplo, también dependía y debía ser contratada con quien indicara la comunidad, intervención que se extendía a un buen número de compras de insumos para la obra.

Esta declaración, no controvertida por la parte demandante en reconvencción, y la forma clara y segura del dicho del testigo, conector, por razón de su puesto en la Obra como Director de la misma, tiene para el Tribunal mérito suficiente para considerar que, en lo referente a la contratación del personal y, parcialmente, en lo relativo al bienestar de los trabajadores, fue una imposición ajena al Constructor, negociada por la Contratante y de obligatorio cumplimiento que no puede achacarse a este, independientemente de lo que, en el texto, contuviera el contrato.

Basado en ello, encuentra el Tribunal que si bien la obligación, conforme a los reportes de Interventoría que la demandante presenta en favor de su solicitud registran déficit de cumplimiento, no puede ser él imputable al Consorcio Contratista por lo cual habrá de ser denegadas estas pretensiones.

Pretensiones 27 a 29

Hacen relación al incumplimiento de lo previsto en la cláusula 6.02 del contrato, detalladas en los numerales 5,6 y 11.

Dichos incumplimientos observados por la Interventoría dieron lugar, según afirma tuvieron como consecuencia la suspensión de los trabajos en el Taller de mantenimiento lo que contribuyó a generar atrasos en su entrega, conforme aparece de la comunicación HMV -2859-0187 del 4 de julio de 2.017. Menciona igualmente para acreditar su aserto sobre el punto los comités del SINOMA 9 AL 25 en los cuales se formularon requerimientos y solicitud de corrección de los mismos como aparece en comunicados de este

---

<sup>217</sup> Ibidem. Minuto 02:25:32



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Comité. Da cuenta igualmente como por razón de incumplimientos en la materia que nos ocupa, se pidió la remoción de la Residente Marta Mena, a raíz de los múltiples incumplimientos en estas materias, como lo registra la comunicación HMV -2859 -0050 del 26 de febrero de 2026.

Igualmente, en la materia que nos ocupa, aporta los informes de los índices de accidentalidad que aparecen en los numerales 380 y 381 de su demanda.

La parte demandada, por su parte, en la respuesta a la demanda de reconvención dedica en general la misma para controvertir la aplicación de las multas pero, en lo que hace a las materias a las que se ha hecho referencia, ninguna mención hace al respecto, de lo que debe entenderse su falta de oposición a lo que en dichas pretensiones se solicita y no aporta, en consecuencia, prueba en contra de lo afirmado en la demanda de reconvención ni las comunicaciones de Interventoría y Actas aportadas por la demandante.

De ello, debe entender el Tribunal que los incumplimientos a que se viene haciendo referencia, ocurrieron ciertamente en tanto las comunicaciones y actas aportadas no han sido cuestionadas y controvertidas, ni nada se ha afirmado ni probado en contra de lo dicho, por lo cual, el Tribunal habrá de declararlos probados como lo reflejará en la parte resolutive de esta providencia. Recordemos, como se señaló, al hacer la referencia de este contrato como de Llave en Mano y como tal bajo el compromiso que surge de entregar la obra concluida y lista para operar, que lo suscriben como responsable de obligaciones de resultado, hace recaer en él, la carga de probar lo que se alegue en su contra revirtiendo así la carga de la prueba, circunstancia que no se ha dado en este caso como en otros de los incumplimientos aducidos en su contra.

### **5. Pretensión 30**

Se trata del incumplimiento a seguir las instrucciones de la Interventoría como debía hacerlo bajo los términos de la cláusula 6.02 i (4). Como en los hechos señalados en los numerales 384 a 403 lo referencia y relaciona algunas comunicaciones de la Interventoría que soportan estos reclamos.

La parte demandada, por su parte, no aporta ninguna prueba en contra de lo dicho. De ello, debe entender el Tribunal que los incumplimientos a que se viene haciendo referencia, ocurrieron ciertamente en tanto las comunicaciones y actas aportadas no han sido cuestionadas y controvertidas, ni nada se ha afirmado ni probado en contra de lo dicho, por lo cual, el Tribunal habrá de declararlos probados como lo reflejará en la parte resolutive de esta providencia.

### **Conclusiones comunes a este grupo de pretensiones (1 a 30)**

Conforme lo señala el art. 164 del Código General del Proceso, el juez, ha de fundar su decisión en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

La carga de probar, bajo los términos del artículo 167 de la misma codificación corresponde a las partes, sin perjuicio de las facultades del juez de decretar pruebas de oficio para hacerlo bajo las reglas al respecto contenidas en el art. 169 del Código, cuando resulten útiles para verificar los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.

Por último, compete al juez bajo las pautas del art. 176 de la citada codificación, apreciar las pruebas en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica y ponderarlos en consideración a que, si bien sobre todos los hechos hay pronunciamiento de la parte demandada, en una cierta parte de ellos está en desacuerdo, total o parcial con ellos, sin que tampoco la parte actora en reconvencción haya suministrado al tribunal elementos de prueba en contrario.

Por lo que hace a la demanda relativa al incumplimiento en la contratación oportuna del número de operarios requeridos por la obra, sustentada por los informes de la interventoría, delegada por la parte Contratante, encuentra el Tribunal carente de sustento en cuanto, más allá de lo que formalmente registra el contrato como a cargo de la parte contratante, lo cierto es que al efecto, la parte contratista asumió con la Comunidad compromisos que implicaban en lo referente a la contratación del personal y temas que como la alimentación son relativos a sus obligaciones y bienestar el centro de decisión fue colocado en manos de la comunidad con la cual SPIA había adquirido dichos compromisos y no en manos, finalmente del Contratista, ni en la calidad, ni en la cantidad, habida cuenta, adicionalmente, de la dificultad, ajena al Contratista, en encontrar mano de obra en el tiempo y calidades requeridas que, de toda forma debía provenir o pasar por el visto bueno de los Consejos Comunitarios. Por lo anterior, considera el Tribunal que, en lo referente a este reclamo de SPIA, no cabe responsabilidad al Contratista, como habrá de señalarlo en la parte resolutive de esta providencia.

Por lo que toca a las demás obligaciones que alega la Contratante fueron incumplidas por el demandado en reconvencción respecto de los temas tratados en este acápite

Efectivamente como ya se dijo desde la apreciación de las pruebas documentales aportadas en aplicación de los artículos 250 y ss del CGP, el Tribunal las tendrá por no contradichas y les dará el valor que por ley corresponde, circunstancia que deberá armonizarse y complementarse para los efectos que en adelante se resolverán en relación la modulación de la pena convenida, con la existencia en el expediente de soportes probatorios que la respalden.

No sobra por último reiterar que, en el presente caso, como se ha indicado de manera precedente en esta providencia, las obligaciones adquiridas por los contratistas son de resultado, en cuanto es de la esencia de los contratos llave en mano que debe esta parte, dentro del término y condiciones acordadas hacer entrega de la obra en condiciones de operar, la carga de la prueba ha de considerarse en función de esta circunstancia y, frente a ello, la actividad probatoria de la parte demandada ha estado distante de la exigencia que, para el caso y por lo dicho, le correspondía, lo cual, lleva a recaer sobre ella la falta de la dicha prueba y ha de asumir

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

las consecuencias de no haberlo hecho durante este trámite arbitral.

**6. Pretensiones Trigésima Primera y trigésima segunda**

Sostiene la Demandante en reconvención que, dado el incumplimiento de Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. en la entrega de edificaciones “*serían procedentes unas multas contractuales pactadas por las partes en el Anexo 4.03. del Contrato*”. La Demandante en reconvención, argumenta que, las multas se causaban por el “mero incumplimiento” según lo dispuesto en la cláusula 10.02. del Contrato<sup>218</sup>. En este sentido afirma que, Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. habría desatendido los plazos de entrega de Edificaciones acordados en el Anexo 4.03 “*Plazo Máximo de Entrega y Multas*” de los Otrosíes No. 1 y 2.<sup>219</sup>

Así mismo, la Demandante en reconvención, añade que, aunque el Contrato no regulaba entregas parciales de las Edificaciones, “*SPIA se vio en la necesidad de ir aceptando provisionalmente las Edificaciones, con el fin de permitir a otros contratistas finalizar las estructuras, y buscando que el puerto pudiera entrar en operación en el tiempo previsto (...)*”<sup>220</sup>. Sostiene también que, las actas parciales de recibo, no implicaban una “aceptación final de la edificación”, y que, dichas actas no reflejaban las exigencias de condición descritas en la cláusula 7.18 del Contrato, de modo que, no reflejaban la terminación de cada Edificación.

Por último, la Demandante en reconvención menciona que, el acta de entrega de las obras, se suscribió el 29 de agosto de 2018 “*momento en el cual se dejó constancia de la entrega de todas las obras*”<sup>221</sup>, y que por tanto, por las condiciones de plazo reguladas en la cláusula 4.01. del Contrato, la vigencia del Contrato finalizaba con la expedición del “Acta de Aceptación Final”.

En este sentido, concluye que “*de acuerdo con lo anterior, es claro que las multas contractuales fueron efectivamente notificadas a LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS durante la vigencia del Contrato, no solo porque se notificaron inmediatamente se constató el incumplimiento en la fecha de entrega, sino porque la terminación del Contrato únicamente tuvo lugar hasta la firma del acta final, esto es, el 29 de agosto de 2018*”<sup>222</sup>.

Por su parte, la Demandada en reconvención manifiesta que, la aplicación de la multa no era procedente, porque la naturaleza de la multa que se pactó “*es de apremio*”, lo que implicaría que, esté pendiente la ejecución de una obligación a cargo del Contratista y que, a su vez, el proceso de multa esté orientado a “*constreñir*” al contratista a la entrega en tiempo de las obras. Continúa el Demandado en reconvención indicando que, SPIA a través del Interventor, sin competencia para imposición de multas, resolvió la

---

<sup>218</sup> Cuaderno principal. 8. Alegatos convocada. pág. 110.

<sup>219</sup> Cuaderno principal. 5. Reforma demanda de reconvención. pág. 15.

<sup>220</sup> Cuaderno principal. 8. Alegatos convocada. pág. 124.

<sup>221</sup> Cuaderno principal. 8. Alegatos convocada. pág. 125.

<sup>222</sup> Cuaderno principal. 8. Alegatos convocada. pág. 125.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

aplicación de estas, cuando las edificaciones estaban entregadas y construidas<sup>223</sup>. Así mismo, considera que, Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. no estaba obligado a entregar las subestaciones reefer y principal en la fecha máxima de entrega contenida en el anexo 4.03, en razón a la mora de la contratante en satisfacer obligaciones a su cargo, esto es, las adecuaciones requeridas los terrenos para la construcción de las edificaciones en la fecha indicada en dicho anexo, taller de mantenimiento y bodegas CFS e Inspección, y la definición de los ajustes a los diseños de las subestaciones reefer y principal.

La Demandada en reconvencción argumenta además que, en el evento que se concluyera que las multas eran aplicables, SPIA debía acudir al juez del contrato para la declaratoria de incumplimiento y correlativa imposición de multas al Contratista. Menciona igualmente que, SPIA desatendió el proceso para aplicación de multas del contrato teniendo en cuenta (i) que la Interventoría no estaba facultada para notificar imposición de multas, (ii) que SPIA notificó extemporáneamente las multas, esto es, “10 meses desde la entrega de la edificación más distante a la fecha en que se notifica la multa, hasta 11 días desde la entrega de la edificación más cercana a la fecha en la que la interventoría notificó la multa al contratista”, (iii) que la notificación de las multas, no contiene justificación ni valor y (iv) que se desconoce el proceso de “devolución de la totalidad o el saldo de la Retención en Garantía”, teniendo en cuenta que, se suspendería dicho trámite con una revisión conjunta de las Partes<sup>224</sup>.

Como quedó expuesto, es fundamental hacer la claridad de que en el caso que nos ocupa las multas de apremio debían ser impuestas dentro del intervalo programado para que cada obligación constructiva con sentido útil y operativo fuera satisfecha. Por tanto, es diáfano para el Tribunal que, la parte contratante perdió toda competencia de declarar el incumplimiento por retraso una vez hizo el recibo “útil” de la obra, pérdida de competencia que se dio en razón del tiempo – “*ratione temporis*”, y no obstante lo anterior, la demandante en reconvencción ha afirmado que, SPIA sí notificó unas presuntas multas, descontando la retención en garantía convenida. El Tribunal encuentra que, no existió una notificación de multa por parte de SPIA, y que, además, esta facultad en caso de haberla ejercido sólo había podido ejecutarla antes de que constatará la entrega operativa o útil de cada una de las edificaciones construidas por el Contratista. En ese orden de ideas, como soporte de esta conclusión, es entonces evidente para el Tribunal que:

- (i) Las partes, en la Sección 12.02. le otorgaron a las multas contractuales, un carácter eminentemente “de apremio” y no “sancionatorio”, lo que quiere decir que, definieron como *conditio sine qua non* para la imposición de la multa: la existencia de un incumplimiento contractual, y, de modo correlativo que, dicho incumplimiento se configure dentro del plazo previsto para satisfacer la obligación, de modo que, la multa cumpla con su finalidad de “*apremiar*” al cumplimiento de la obligación que se pretende incumplida. En otras palabras, en ausencia de un incumplimiento y ante una obra entregada

---

<sup>223</sup> Cuaderno principal. 9. Alegatos Convocante. pág. 10.

<sup>224</sup> Cuaderno principal. 9. Alegatos Convocante. pág. 19.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

con un efecto operativo, no se cumplen las condiciones acordadas contractualmente para poder acceder a la facultad de la imposición de multas.

- (ii) En este caso además, el Tribunal pudo constatar que, el Contratista hizo de las obras encomendadas *entregas útiles y operativas* como así consta en el “Acta de Aceptación Final de Terminación de Garantías”<sup>225</sup> que ellas suscribieron. En este mismo sentido, y solo como refuerzo a lo dicho como soporte de lo decidido, esto es que no le asistía facultad a SPIA para proceder a intentar imponer multa de apremio, para el Tribunal resulta claro que, además, de haber tenido SPIA aún potestad para apremiar mediante multas, no existió una notificación de imposición de multa al Contratista, en las condiciones en que lo exigía el Contrato en sus cláusulas 12.02, 12.04 y 14.02.
- (iii) Por esta razón, los comunicados en los que la contrademandante sustenta una notificación de multa, esto es, HMV-2859 CPA-0173 del 2 de febrero de 2017 y comunicado HMV-2859 CPA-0187 del 4 de julio de 2017 no se adecúan ni sustituyen el proceso exigido contractualmente, y por tanto, no tendrían efecto ni validez contractual para ser considerados como notificaciones de multa de apremio al Contratista en las condiciones acordadas en el Contrato.
- (iv) En este mismo sentido, y como reiteración a lo que se ha venido exponiendo, estos “comunicados” de la Interventoría no satisfacían una finalidad “de apremio”, pues, fueron notificados al Contratista, cuando ya se había verificado la terminación de cada obligación constructiva con sentido operativo o útil a cargo de los constructores y lo más relevante, ya habían sido, como obra en su sentido operativo, tal y como consta en cada acta de recibo parcial que se relacionará más adelante.
- (v) Como resultado de su actuar voluntario, producto de muchas causas que se han venido exponiendo, esto es consecuencia de sus actos propios, las partes, ambas, modificaron las inicialmente estrictas condiciones para el perfeccionamiento y concreción de eventos contractuales específicos, en concreto, la entrega y recibo de inmuebles.

Desde los escritos de la apoderada de SPIA (apreciables cfr. art. 193 CGP), el Tribunal evidenció el uso de la figura de -lo por ella denominado- “entrega útil”, como el mecanismo que las partes aceptaron para tales fines, señalando ella incluso que, para efectos de acreditar el “cumplimiento” de una obligación basta con esta entrega “útil” sin que, en sus palabras, sea necesario acreditar una entrega “total”<sup>226</sup>.

En particular, SPIA, en su oposición a la pretensión quinta de la demanda arbitral<sup>227</sup> y en el escrito de contestación de la demanda<sup>228</sup>, indicó como era su uso aceptado, que comenzaría a regular su

---

<sup>225</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas demanda inicial. Prueba No 50.

<sup>226</sup> Cuaderno Principal. Cuaderno No. 7. Contestación demanda arbitral. Fl. 95.

<sup>227</sup> Cuaderno Principal. Cuaderno No. 7. Contestación demanda arbitral. Fl. 95.

<sup>228</sup> Cuaderno Principal. Cuaderno No. 7. Contestación demanda arbitral. Fl. 154 y 156.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

entendimiento de las “entregas” en el Contrato, otorgando así, con su propia conducta contractual, pleno efecto, a las denominadas “entregas útiles”.

Así las cosas, este Tribunal encuentra que, la misma regla de conducta debe ser la aplicable para los Contratistas, con el fin de entender como presente el cumplimiento de su obligación de entrega de edificaciones, bastando entonces acreditar su entrega con efecto operativo o útil. Así lo ratifica incluso el “Acta de Aceptación Final de Terminación de Garantías<sup>229</sup>”.

En otras palabras, la entrega útil u operativa, según la conducta de las partes, ratificada por las manifestaciones de SPIA en el arbitraje, bastaba para satisfacer el cumplimiento de la obligación de construcción, terminación y entrega de las edificaciones, teniendo en cuenta que, a partir de su entrega, estas quedaron totalmente integradas en la infraestructura de la sociedad portuaria.

Entonces, asimilando esta misma lógica argumentativa a las entregas de edificaciones efectuadas por los contratistas, resulta claro para este Tribunal que, como resultado de su actuar voluntario, producto de muchas causas que se han venido exponiendo, y actuando en consecuencia de sus actos propios, las partes, ambas, con su conducta interpretaron de manera categórica las condiciones para el perfeccionamiento y concreción de eventos contractuales específicos, en concreto, la entrega y recibo de inmueble.

Por esta razón, pretender desconocer que, como consecuencia de la entrega útil u operativa de las edificaciones, Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. satisfacía el cumplimiento de su obligación constructiva, implicaría desconocer también los efectos que alega tuvo la entrega útil que SPIA sostiene, efectuó en relación con la entrega de los terrenos.

Con la conducta de SPIA y Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. en el desarrollo del contrato, se aceptó y desarrolló la figura denominada como “entrega útil”. Así lo ratificó y desarrolló SPIA con las manifestaciones que planteó en el arbitraje.

Como ya se dijo en esta providencia, al hacer referencia detallada de las características, obligaciones e instancias de los contratos llave en mano, dentro de ellas se señaló, como una de aquellas, la existencia de entregas parciales, sin perjuicio de una final. Así las cosas, contra lo afirmado por la demandante en reconvención, el haberse visto **obligada a hacer recibos parciales**, contradice lo que el contrato mismo expresamente señaló: el contrato llave en mano, admite y es parte de su operatividad, el llevar a cabo tales entregas en la forma como en este caso aconteció. No se puede, en lo favorable, invocar determinadas características de esta modalidad contractual y, de otra, en lo que pareciera no serlo, plantear como una obligación, lo que corresponde a la naturaleza de esta clase de contratos. No aparece, de otra parte, que en el cuerpo del contrato se hubiere prohibido acudir a esta posibilidad, por lo cual, se entendería, igualmente, que está permitido, como regla general en contratos entre particulares.

---

<sup>229</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas demanda inicial. Prueba No 50.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Para resolver el debate planteado en relación con la facultad de aplicación de multas con ocasión del presunto incumplimiento de Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. como miembros de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS, ha de recordarse que, las condiciones de su imposición quedaron reguladas contractualmente. Así las cosas, como primera medida, el Tribunal para precisar si existió en el sentido contractual una multa debidamente impuesta, habrá de definirse si, los apremios o advertencias de la Interventoría fueron impuestos en su naturaleza de apremio y en tiempo.

El contrato llave en mano, reguló el procedimiento para la imposición de multas, en la Sección 12.02 “Multas”<sup>230</sup>. Se define que, la naturaleza de la multa será apremiar el cumplimiento de las obligaciones del Contratista, de manera que, no comporta una función sancionatoria o punitiva, ni menos aún tiene el carácter de estimación anticipada de perjuicios. Así mismo, cuando la cláusula se refiere a que, se causará por el simple hecho del incumplimiento, se refiere a que, no requiere previa declaratoria judicial para su imposición. Lo anterior, de conformidad con lo mencionado en precedencia.<sup>231</sup>

Con el propósito de examinar si, SPIA impuso las multas con una finalidad de apremio, se hace indispensable determinar (i) si la imposición se efectuó con *anterioridad* a la terminación de cada edificación, y (ii) si la imposición de la multa perseguía un fin *de apremio* orientado al cumplimiento de las obligaciones del

---

<sup>230</sup> Cuaderno de pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Contrato llave en mano suscrito entre SPIA y LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS.

<sup>231</sup> “12.02. Multas.

“Si durante la ejecución del Contrato se generaran incumplimientos del Contratista, se causarán las multas de apremio en los porcentajes y eventos señalados en el Anexo 4.03 de este Contrato (las “Multas”), las cuales podrán ser descontadas y compensadas contra cualquier suma que el Contratante le adeude al Contratista. **Las multas a las que se refiere la presente Sección son apremios al Contratista para el cumplimiento de sus obligaciones** y, por lo tanto, no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios, de manera que pueden acumularse con cualquier forma de indemnización, en los términos previstos en el artículo 1600 del Código Civil. El pago o el descuento de dichas Multas no exonerarán al Contratista de ejecutar o terminar las Obras, ni del cumplimiento de cualquiera de las obligaciones con respecto de las cuales se haya generado la respectiva Multa. “En cualquier caso, la imposición de una o varias Multas por parte del Contratante al Contratista no es un requisito previo para que el Contratante pueda dar por terminado el contrato, en razón a que, de conformidad con lo dispuesto por la Sección 16.03, cualquier incumplimiento por parte del Contratista de sus deberes y obligaciones contractuales constituye, por sí mismo, justa causa para que el Contratante esté facultado para terminar unilateralmente el Contrato.

“La(s) Multa(s) se causará(n) por el solo hecho del incumplimiento y no requerirá(n) de reconvención judicial previa. El Contratista autoriza irrevocablemente al Contratante para que ésta retenga y deduzca cualquier suma por dicho concepto. En todo caso, las sumas así retenidas por parte del Contratante no generan ningún tipo de interés a favor del Contratista, ni siquiera en el caso en que exista controversia en relación con la obligación de pago por parte del Contratista al Contratante o con el incumplimiento del Contratista.

Las Partes acuerdan que las retenciones efectuadas por el Contratante en virtud de esta, no serán consideradas como un incumplimiento contractual, sino que serán tenidas como acciones que hacen parte de la ejecución del Contrato. En caso de que la(s) Multa(s) a cargo del Contratista y a favor del Contratante no pueda(n) pagarse mediante la deducción o retención de suma alguna de dinero por no existir sumas pendientes de pago a favor del Contratista, el presente Contrato prestará mérito ejecutivo por las sumas que el Contratista le adeude al Contratante.” (Énfasis añadido).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

contratista.

La demandante en reconvención, en sus alegatos de conclusión, identifica las que, -en su criterio- fueron las comunicaciones de “*notificación*” de multa, así:

Edificación	Fecha pactada de entrega de la edificación	Fecha de la comunicación de HMV constatando el incumplimiento y notificando las multas	Comunicación
Taller de mantenimiento	15/01/2016	18/01/2016	HMV-2859-0032 <sup>153</sup>
Bodega de inspección, 1 etapa	31/03/2016	5/04/2016	HMV-2859-0069 <sup>154</sup>
Bodega de inspección, 2 etapa	30/04/2016	4/05/2016	HMV-2859-0088 <sup>155</sup>
Bodega CFS, 1 etapa	15/05/2016	17/05/2016	HMV-2859-0098 <sup>156</sup>
Bodega CFS, 2 etapa	30/10/2016	12/11/2016	HMV-2859-CPA-166 <sup>157</sup>
Subestación principal	15/01/2016	18/01/2016	HMV-2859-0032 <sup>158</sup>
Subestación Reefer	1/03/2016	17/03/2016	HMV-2859-0061 <sup>159</sup>

*Cuaderno Principal. 55. Alegatos de Conclusión. Fl. 120.*

Es necesario entonces examinar cada una de las comunicaciones relacionadas por la Demandante en reconvención, a efectos de determinar con exactitud, si cada comunicación correspondió efectivamente a la exigencia contenida en la Sección 12.02. del Contrato, esto es, si obedeció verdaderamente a una “*notificación de multa*”, con una finalidad estrictamente “*de apremio*”, esto es, orientada a obtener del Contratista la satisfacción de sus obligaciones, así:

**(i) Taller de mantenimiento.**

En comunicado HMV-2859-0032 del 16 de enero de 2016<sup>232</sup>, la Interventoría identificó, en relación con el Taller de Mantenimiento y la Subestación Principal que, existió un “*atraso*” en la entrega de la Edificación, y que, por tanto, “*SPIA aplicará las multas contempladas en la Cláusula 12.02. multas del Contrato*”.

Para el Tribunal es claro que en el mencionado oficio la Interventoría simplemente advierte de la existencia de un incumplimiento por parte del Contratista, pero, este comunicado no contiene la imposición de la multa, pues, en este se anuncia que SPIA “*aplicará las multas contempladas en la Cláusula 12.02.*” del Contrato.

<sup>232</sup> Cuaderno de pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba No. 30.



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Como se observa del contenido literal del comunicado, este no contiene los elementos necesarios para entender aplicada la multa, es decir, el número de días de retraso, el valor diario pactado y la cuantificación total y el procedimiento para garantizar el debido proceso, circunstancias necesarias, en especial, para poder ejercer válidamente por el apremiado su derecho de defensa frente a una sanción concreta y determinada lo que no sería viable frente a una simple comunicación de advertencia, como las que cursó al Interventoría y que venimos examinando.

El Tribunal encuentra entonces probado con apoyo en la documentación aportada al expediente, que el Taller de Mantenimiento tuvo una entrega útil por el Contratista y recibido por el Interventor, el 2 de abril 2016 mediante “ACTA DE ENTREGA Y RECIBO DE WORK SHOP – EDIFICIO TALLER.”<sup>233</sup>

En las comunicaciones H MV-2859-CPA-045 del 17 de febrero de 2016<sup>234</sup>, H MV-2859-CPA- 054 del 2 de marzo de 2016<sup>235</sup>, H MV-2859-CPA-055 del 4 de marzo de 2016<sup>236</sup>, H MV-2859-CPA-063 del 22 de marzo de 2016<sup>237</sup>, H MV-2859-CPA- 075 del 8 de abril de 2016<sup>238</sup> y H MV-2859-CPA-082 del 23 de abril de 2016<sup>239</sup>, se hace un recuento pormenorizado de los retrasos en el cronograma de la obra y las actividades ejecutadas, incluso se solicitó de manera reiterada la implementación de medidas correctivas que permitieran superar los atrasos en las edificaciones.

Sería aquí y justamente aquí donde de acuerdo con el contrato era procedente la imposición de multas de apremio, en los concretos términos que se hicieron en 2017 cuando ya la oportunidad había fenecido. Nunca se impusieron, ni se cuantificaron en los oficios mencionados los elementos necesarios para contradecir una multa de apremio, debiendo resaltarse que todos los oficios relacionados son posteriores al supuesto hecho generador endilgado del incumplimiento.

Con carta H MV-2859-0072 del 7 de abril de 2016, es decir 5 días después de recibida la edificación y muchos días después de presentarse los varios incumplimientos frente al cronograma “*le fue notificado a LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS los días de atraso en su entrega y advertimos de la aplicabilidad de las multas por parte de SPIA*”, reza el texto de ella.

Claros son los días de retraso en la entrega de las obras, como claros son los días de retraso en la pretensión de aplicación de las supuestas multas después de la entrega de las obras.

---

<sup>233</sup> Cuaderno de pruebas. Documentos que se aportan con la demanda de reconvencción. Prueba No. 71\_85.

<sup>234</sup> Cuaderno de pruebas. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 53.

<sup>235</sup> Cuaderno de pruebas. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 55.

<sup>236</sup> Cuaderno de pruebas. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 56.

<sup>237</sup> Cuaderno de pruebas. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 57.

<sup>238</sup> Cuaderno de pruebas. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 59.

<sup>239</sup> Cuaderno de pruebas. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 62.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Por otro lado, es también del entendimiento del Tribunal que si bien SPIA consideró haber impuesto la multa solo hasta el 2 de febrero de 2017 mediante oficio HMV-2859 CPA- 0173<sup>240</sup>, ello ya no era posible, pues no es viable imponer una multa en su sentido de “apremio” para el cumplimiento del sentido útil de esta edificación, estando ya ella en uso y disfrute de quien pretende aún apremiar la entrega de una obra ya recibida.

En efecto, solo en este comunicado -el oficio HMV-2859 CPA- 0173- se observan elementos como la duración del retraso, el valor diario y el valor total, es decir, solo en él se identifica, cuantifica y concreta la presunta multa, solo que este documento fue creado 10 meses después de haber sido recibido el taller y de empezar su uso útil u operativo como lo llaman en el acta de aceptación final de terminación de garantías.

**(ii) Bodega de Inspección Primera Etapa**

En comunicado HMV-2859-0069 del 5 de abril de 2016<sup>241</sup>, la Interventoría identificó también un presunto retraso en la entrega de las edificaciones de la Bodega Inspección 1. En esta comunicación, la Interventoría también anunció como posibilidad futura que, SPIA tendría la “libertad de aplicar las debidas acciones contractuales por incumplimiento”.

**Asunto:** Contrato “Llave en Mano” para Diseñar, construir y Tramitar ante las Autoridades Competentes, las Edificaciones de Tipología Administrativa del Proyecto Sociedad Puertos Industrial Aguadulce.

**INCUMPLIMIENTO DE LA ENTREGA DE LA BODEGA INSPECCION 1ª ETAPA (50%).**

Estimado Arquitecto Ávila:

De acuerdo con el estado de avance de obra registrado el 1º de abril 2016, se observa que la BODEGA INSPECCION 1ª ETAPA (50%), no se entregó en la fecha convenida del 31 de Marzo de 2016, tal como fue acordado contractualmente en el OTROSI No. 01 del 09 de Noviembre de 2015.

El atraso se evidencia en la terminación de la Estructura en Concreto, Mampostería, Rellenos en Subbase, Enchapes de Piso, Pintura Muros, Instalaciones eléctricas, Cubierta, Estructura del Cielo Raso y Remates de Acabados.

Se realiza en el presente documento el registro fotográfico, con el estado de avance en que se encontraba la obra al 31 de marzo de 2016.

En consecuencia la interventoría deja constancia del incumplimiento por parte del contratista y como medida correctiva, solicita al Contratista enmendar la situación con las siguientes acciones, a saber:

La Interventoría está haciendo el seguimiento a las actividades del Contratista y brindando su apoyo en las gestiones, sin embargo, en caso de no resultar efectivas las acciones acorde con las necesidades de este frente de trabajo, SPIA en su condición de contratante tendrá la liberalidad de aplicar las debidas acciones contractuales por incumplimiento, contempladas en la Cláusula 12.02, Multas del Contrato, acorde con las estipulaciones señaladas para su aplicación en el Anexo 4.03 del Otrosí No. 1.

<sup>240</sup> Cuaderno de pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba No. 29.

<sup>241</sup> Cuaderno de pruebas 5, Exhibidos por SPIA, A) 16 y 17 Copia del expediente procedimiento de multas. Comunicación HMV-2859-0069 del 5 de abril de 2016. Fl 1.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Con este comunicado, de nuevo, el Tribunal encuentra que, la Interventoría planteó al Contratista acciones orientadas a superar la situación de incumplimiento del Contratista, no siendo, en todo caso, esta comunicación, una notificación formal de multa. En este mismo sentido, en el comunicado, la Interventoría reconoce expresamente que, la facultad de imposición de multa recaía directamente en SPIA.

El Tribunal encuentra probado también con apoyo en el acervo probatorio allegado, que la Bodega de inspección primera etapa tuvo fecha de entrega por el Contratista y recibo por el Interventor, el 23 de junio de 2016 mediante “FORMATO DE ENTREGA PROVISIONAL DE AREAS”<sup>242</sup>.

En las comunicaciones HMV-2859 CPA-014 del 18 de noviembre de 2015<sup>243</sup>, HMV-2859 CPA-018 del 4 de diciembre de 2015<sup>244</sup>, HMV-2859 CPA-020 del 11 de diciembre de 2015<sup>245</sup>, HMV-2859 CPA-027 del 21 de diciembre de 2015<sup>246</sup>, HMV-2859 CPA-031 del 13 de enero de 2016<sup>247</sup>, HMV-2859 CPA-045 del 17 de febrero de 2016<sup>248</sup>, HMV-2859 CPA-055 del 4 de marzo de 2016<sup>249</sup>, HMV-2859-CPA-063 del 22 de marzo de 2016<sup>250</sup>, HMV-2859 CPA-069 del 5 de abril de 2016<sup>251</sup>, HMV-2859 CPA-075 del 8 de abril de 2016<sup>252</sup>, HMV-2859 CPA-082 del 23 de abril de 2016<sup>253</sup>, HMV-2859 CPA-093 del 7 de mayo de 2016<sup>254</sup>, HMV-2859 CPA-100 del 18 de mayo de 2016<sup>255</sup>, HMV-2859 CPA-101 del 21 de mayo de 2016<sup>256</sup>, HMV-2859 CPA-108 del 4 de junio de 2016,<sup>257</sup> HMV-2859 CPA-109 del 13 de junio de 2016<sup>258</sup> y HMV-2859 CPA-114 del 27 de junio de 2016<sup>259</sup>, se hace un recuento pormenorizado de los retrasos en el cronograma de obra, pero no se menciona la imposición de multas.

Claros son los días de retraso en la entrega de las obras, como claros son los días de retraso en la aplicación de las supuestas multas después de la entrega de las obras.

---

<sup>242</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas. Contestación demanda. Prueba No 31. Folio No 1

<sup>243</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas 10 dictamen informático, Selección AVILA - Documentos - Subestación REEFER- Folio 1

<sup>244</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 45.

<sup>245</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 46.

<sup>246</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 47.

<sup>247</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 50.

<sup>248</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 53.

<sup>249</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 51.

<sup>250</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 55.

<sup>251</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la demanda de reconvención. Prueba No. 26.

<sup>252</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 59.

<sup>253</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la demanda de reconvención. Prueba No. 33.

<sup>254</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 63.

<sup>255</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 66.

<sup>256</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la demanda de reconvención. Prueba No. 36.

<sup>257</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 68.

<sup>258</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 69.

<sup>259</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la demanda de reconvención. Prueba No. 41.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Por otro lado, es de entendimiento del Tribunal que SPIA consideró haber impuesto la multa solo hasta el 23 de febrero de 2017 mediante comunicación HMV 2859- CAP 0173 del 23 de febrero de 2017<sup>260</sup>, es decir, 8 meses después de la entrega real de la primera etapa de la Bodega de Inspección ejes 1 a 10, es donde la Interventoría anexó “*cuadro con los estimativos de las futuras multas que se generan por la entrega tardía de las Edificaciones objeto de su Contrato Llave en Mano*”, 8 meses después, no sólo sin tener competencia asignada contractualmente para ello, sino además, cuando ya no era posible imponer una multa en su sentido de “apremio” para el cumplimiento del sentido útil de esta edificación.

**(iii) Bodega Inspección Segunda Etapa**

En comunicado HMV-2859-0088 del 4 de mayo de 2016<sup>261</sup>, la Interventoría “anunció” la notificación de un incumplimiento, sin que, hiciera referencia específica, clara y categórica a la imposición de una multa de apremio:



En las comunicaciones HMV-2859 CPA-075 del 8 de abril de 2016<sup>262</sup>, HMV-2859 CPA-075 del 8 de abril de 2016<sup>263</sup>, HMV-080 del 20 de abril de 2016<sup>264</sup>, HMV-082 del 23 de abril de 2016, HMV-2859-0088 del 4 de mayo de 2016<sup>265</sup>, HMV-2859 CPA-093 del 7 de mayo de 2016<sup>266</sup>, HMV-2859 CPA-101 del 21 de mayo de 2016<sup>267</sup>, HMV-2859 CPA-108 del 4 de junio de 2016,<sup>268</sup> HMV-2859 CPA-109 del 13 de junio de 2016<sup>269</sup>, HMV-285 CPA-118 del 18 de junio de 2016<sup>270</sup>, y HMV-285 CPA-136 del 6 de agosto de 2016<sup>271</sup>, tan solo se mencionan los retrasos en las obras sin imposición de multas y la participación de otro contratista proveedor (SAC).

<sup>260</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación demanda. Prueba No 66 - Folio No 1

<sup>261</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación demanda. Prueba No. 22

<sup>262</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 59.

<sup>263</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 59.

<sup>264</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas 3. Contestación demanda. Prueba No 31 - Folio No 1

<sup>265</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación demanda. Prueba No. 22

<sup>266</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 63.

<sup>267</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la demanda de reconvención. Prueba No. 36.

<sup>268</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 68.

<sup>269</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 69.

<sup>270</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 71.

<sup>271</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 72.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

El Tribunal encuentra probado también con apoyo en el acervo probatorio allegado, que la Bodega de inspección primera etapa tuvo fecha de entrega por el Contratista y recibo por el Interventor, el 9 de septiembre de 2016 mediante “ACTA DE ENTREGA Y RECIBO DE OBRA: BODEGA DE INSPECCIÓN ZUI”<sup>272</sup>

Es del entendimiento del Tribunal que SPIA, afirma en su escrito de alegatos de conclusión<sup>273</sup> que, la comunicación en la que constató el presunto incumplimiento y notificó multas es la HMV-2859-0088 del 4 de mayo de 2016<sup>274</sup>, no obstante, como ya lo precisó el Tribunal, este comunicado no tiene el carácter de notificación de multa en los términos exigidos por la Sección 12.02. del Contrato, como lo ha reiterado a lo largo de la providencia.

**(iv) Bodega CFS Primera Etapa**

En comunicado HMV-2859-0098 del 17 de mayo de 2016<sup>275</sup>, la Interventoría identificó también un presunto retraso en la entrega de las edificaciones de la Bodega CFS Primera Etapa. En esta comunicación, la Interventoría también anunció como posibilidad futura que, SPIA tendría la “libertad de aplicar las debidas acciones contractuales por incumplimiento”.

**Asunto: Contrato “Llave en Mano” para Diseñar, construir y Tramitar ante las Autoridades Competentes, las Edificaciones de Tipología Administrativa del Proyecto Sociedad Puertos Industrial Aguadulce.**

**INCUMPLIMIENTO DE LA ENTREGA DE LA PRIMERA ETAPA BODEGA CFS.**

Estimado Arquitecto Ávila:

De acuerdo con el estado de avance de obra registrado al 16 de mayo de 2016, se observa que la BODEGA CFS no se entregó en la fecha convenida del 15 de Mayo de 2016, tal como fue acordado contractualmente en el OTROSI No. 01 del 09 de Noviembre de 2015.

Con este comunicado, de nuevo, el Tribunal encuentra que, la Interventoría planteó al Contratista acciones orientadas a superar la situación de incumplimiento del Contratista, no siendo, en todo caso, esta comunicación, una notificación formal de multa. En este mismo sentido, en el comunicado, la Interventoría reconoce expresamente que, la facultad de imposición de multa recaía directamente en SPIA.

<sup>272</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Contestación demanda. Prueba No 55 - Folio No. 1.

<sup>273</sup> Cuaderno Principal. 55. Alegatos de Conclusión. Fl. 120.

<sup>274</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación demanda. Prueba No. 22

<sup>275</sup> Cuaderno de pruebas 5, Exhibidos por SPIA. Prueba No. 24.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

El Tribunal encuentra probado también con apoyo en el acervo probatorio allegado, que la Bodega de inspección primera etapa tuvo fecha de entrega por el Contratista y recibo por el Interventor, el 30 de noviembre de 2016 mediante “Acta de entrega y recibo: Bodega CFS Primera Etapa – Área Operaciones SPIA”<sup>276</sup>.

En las comunicaciones HMV-2859-CPA-026 del 27 de noviembre de 2015<sup>277</sup>, HMV-2859-CPA-018 del 4 de diciembre de 2015<sup>278</sup>, HMV-285 CPA-020 del 11 de diciembre de 2015<sup>279</sup>, HMV-2859-CPA-027 del 21 de diciembre de 2015<sup>280</sup>, HMV-2859-CPA-028 del 5 de enero de 2016<sup>281</sup>, HMV-2859-CPA-039 del 28 de enero de 2016<sup>282</sup>, HMV-2859-CPA-055 del 4 de marzo de 2016<sup>283</sup>, HMV-2859-CPA-063 del 22 de marzo de 2016<sup>284</sup>, HMV-2859-CPA-075 del 8 de abril de 2016<sup>285</sup>, HMV-2859-CPA-082 del 23 de abril de 2016<sup>286</sup>, HMV-2859-CPA-093 del 7 de mayo de 2016<sup>287</sup>, HMV-2859-CPA-108 del 4 de junio de 2016<sup>288</sup>, HMV-2859-114 del 27 de junio de 2016<sup>289</sup>, HMV-285 CPA-118 del 18 de junio de 2016<sup>290</sup>, HMV-285 CPA-136 del 6 de agosto de 2016<sup>291</sup>, HMV-285 CPA-139 del 22 de agosto de 2016<sup>292</sup>, HMV-285 CPA-147 del 9 de septiembre de 2016<sup>293</sup>, HMV-2859 CPA-151 del 23 de febrero de 2016<sup>294</sup>, HMV-2859-153 del 7 de octubre de 2016, HMV-2859-156 del 13 de octubre de 2016, HMV-2859-162 del 27 de octubre de 2016 y HMV-2859-169 del 21 de noviembre de 2016 se hace un recuento pormenorizado de los retrasos en el cronograma de obra, pero no se menciona la imposición de multas.

Claros son los días de retraso en la entrega de las obras, como claros son los días de retraso en la aplicación de las supuestas multas después de la entrega de las obras.

Por otro lado, es de entendimiento del Tribunal que SPIA consideró haber impuesto la multa mediante

---

<sup>276</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 1. Pruebas aportadas con la demanda. Prueba No. 51.

<sup>277</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 3. Contestación demanda. Prueba No 16. Folio No 3

<sup>278</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 45.

<sup>279</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 46.

<sup>280</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 47.

<sup>281</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 48.

<sup>282</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 49.

<sup>283</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 51.

<sup>284</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 52.

<sup>285</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 54.

<sup>286</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 56.

<sup>287</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 63.

<sup>288</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la demanda de reconvencción. Prueba No. 38.

<sup>289</sup> Cuaderno de pruebas. Documentos que se aportan con la demanda de reconvencción. Prueba No. 41.

<sup>290</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 71.

<sup>291</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 72.

<sup>292</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 73.

<sup>293</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 75.

<sup>294</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la demanda de reconvencción. Prueba No. 40.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

comunicación HMV-2859-0098 del 17 de mayo de 2016<sup>295</sup> y por las razones tantas veces expuestas, no podrá el panel aceptar esa consideración como ajustada a lo estudiado en esta providencia.

**(v) Bodega CFS Segunda Etapa**

En comunicado HMV-2859-166 del 12 de noviembre de 2016<sup>296</sup>, la Interventoría identificó atrasos en la terminación de la estructura en concreto, mampostería, enchapes de piso de las oficinas y recintos, pisos y enchapes de baños, pañetes, estuco y pintura de muros, instalaciones eléctricas, instalaciones hidráulicas y sanitarias, estructura del cielo raso, cubierta, instalaciones de aire acondicionado, subestación eléctrica y remates de acabados de la Bodega CFS Segunda Etapa:

Como ya es de su conocimiento se realizó una entrega previa de la primera etapa de la Bodega CFS el pasado 31 de octubre de 2016, de la cual resultaron varias observaciones pendientes que debían subsanar antes de hacer una entrega definitiva. En esa visita se evidenció que en la segunda etapa aún se estaban ejecutando actividades por lo que no fue procedente incluirla dentro de la entrega que se estaba realizando. A raíz de esto se adelantó la creación del Punch List de actividades para la segunda etapa, documento que se les hizo llegar en su momento.

La Interventoría solicita se programe para el Martes 15 de Noviembre, la entrega mediante acta de la segunda etapa, o de toda la Bodega CFS cumpliendo con todos los pendientes registrados en el Punch List de actividades pendientes, con la recomendación de aumentar los recursos y mejorar los rendimientos para cumplir con esta meta entregando en su totalidad esta edificación.

Con este comunicado, el Tribunal encuentra que, la Interventoría planteó al Contratista acciones orientadas a superar la situación de incumplimiento del Contratista. En todo caso, esta comunicación, no es una notificación formal de una multa. Como se observa del contenido literal del comunicado, este no contiene los elementos necesarios para entender aplicada la multa, es decir, el número de días de retraso, el valor diario pactado y la cuantificación total.

El Tribunal encuentra probado igualmente con base en los documentos que obran en el expediente, que la Bodega CFS Segunda Etapa, tuvo entrega operativa del Contratista y recibido por el Interventor, el 9 de septiembre de 2016 mediante “ACTA DE ENTREGA Y RECIBO DE LA BODEGA CFS SEGUNDA ETAPA POR PARTE DEL CONTRATISTA LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS A OPERACIONES SPIA.”<sup>297</sup>

En las comunicaciones HMV-285 CPA-014 del 18 de noviembre de 2015<sup>298</sup>, HMV-285 CPA 045 del 17 de

---

<sup>295</sup> Cuaderno de pruebas 5, Exhibidos por SPIA. Prueba No. 24.

<sup>296</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas contestación demanda. Prueba No 80 - Folio No 1

<sup>297</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Contestación demanda. Prueba No 55 - Folio No 1

<sup>298</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas 10 dictamen informático. Selección AVILA - Documentos - Subestación REEFER-Folio 1



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

febrero de 2016<sup>299</sup>, HMV-285 CPA 055 del 4 de marzo de 2016<sup>300</sup>, HMV-285 CPA 063 del 22 de marzo de 2016<sup>301</sup>, HMV-285 CPA-075 del 8 de abril de 2016<sup>302</sup>, HMV-285 CPA-082 del 23 de abril de 2016<sup>303</sup>, HMV-285 CPA-093 del 7 de mayo de 2016<sup>304</sup>, HMV-285 CPA-101 del 21 de mayo de 2016<sup>305</sup>, HMV-285 CPA-108 del 4 de junio de 2016<sup>306</sup>, HMV-285 CPA-114 del 27 de junio de 2016<sup>307</sup>, HMV-285 CPA-118 del 18 de junio de 2016<sup>308</sup>, HMV-285 CPA-136 del 6 de agosto de 2016<sup>309</sup>, HMV-285 CPA-139 del 22 de agosto de 2016<sup>310</sup>, HMV-285 CPA-147 del 9 de septiembre de 2016<sup>311</sup>, HMV-285 CPA-151 del 23 de febrero de 2016<sup>312</sup>, HMV-285 CPA-166 del 12 de noviembre de 2016<sup>313</sup>, HMV-285 CPA-167 del 15 de noviembre de 2016<sup>314</sup>, HMV-285 CPA-165 del 30 de diciembre de 2016, HMV-285 CPA-181 del 4 de enero de 2017<sup>315</sup> y HMV-285 CPA-182 del 16 de enero de 2017<sup>316</sup>, se hace un recuento pormenorizado de los retrasos en el cronograma de la obra y las actividades ejecutadas, incluso se solicita de manera reiterada la implementación de medidas correctivas que permitieran superar los atrasos en las edificaciones. Nunca se impusieron, ni se cuantificaron en los oficios mencionados los elementos requeridos para la válida imposición del apremio, es más, todos los oficios son posteriores al supuesto hecho generador del incumplimiento.

Con carta HMV-2859-0166<sup>317</sup>, la Interventoría presuntamente notificó la multa, es decir, 2 meses después de recibida la edificación y muchos días después de presentarse los varios incumplimientos frente al cronograma la Interventoría anexó “*cuadro con los estimativos de las multas que se generan por la entrega tardía de las Edificaciones objeto de su Contrato Llave en Mano*”

Claros son los días de retraso en la entrega de las obras, como claros son los días de retraso en la aplicación de las presuntas multas después de la entrega de las obras.

Por otro lado, es de entendimiento del Tribunal que SPIA consideró que la Interventoría impuso una presunta

---

<sup>299</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 53.

<sup>300</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 55.

<sup>301</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 57.

<sup>302</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 59.

<sup>303</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 56.

<sup>304</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 63.

<sup>305</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la demanda de reconvención. Prueba No. 36.

<sup>306</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 68.

<sup>307</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la demanda de reconvención. Prueba No. 41.

<sup>308</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 71.

<sup>309</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 72.

<sup>310</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 73.

<sup>311</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 75.

<sup>312</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la demanda de reconvención. Prueba No. 40.

<sup>313</sup> Cuaderno de pruebas. SPIA pruebas aportadas con la contestación. Prueba 73. FI 1.

<sup>314</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 79.

<sup>315</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 81.

<sup>316</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 82.

<sup>317</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas contestación demanda. Prueba No 80 - Folio No 1



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

multa sólo hasta el 12 de noviembre de 2016, mediante oficio HMV-2859 CPA- 0166<sup>318</sup>. Para el Tribunal no cabe duda de que, la presunta multa se quiso notificar por la Interventoría, cuando ya no era posible imponer una multa en su sentido de “apremio” pues en ese momento SPIA ya había recibido en su sentido útil y operativo la edificación, amén de lo ya tantas veces expuesto sobre la materia en esta providencia.

(vi) **Subestación Principal.**

En comunicado HMV-2859-0032 del 16 de enero de 2016<sup>319</sup>, la Interventoría advirtió a LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS retrasos en la entrega de los componentes de la Subestación Principal. La comunicación no contiene una notificación formal de imposición de multa. La Interventoría sugiere medidas correctivas e indica como posibilidad futura, la imposición de multa por SPIA:

Estimado Arquitecto Avila:

En inspección realizada en la fecha, se observa que las Edificaciones de la SUBESTACION PRINCIPAL y de los TALLERES no se terminaron ni entregaron en la fecha convenida del 15 de enero de 2016, tal como fue acordado contractualmente en el del OTROSI No. 01 del 09 de Noviembre de 2015, lo cual se constituye en un incumplimiento del Contratista. En razón de lo anterior, SPIA aplicará las multas contempladas en la Cláusula 12.02 Multas del Contrato, acorde con las estipulaciones señaladas para su aplicación en el Anexo 4.03 del Otrosí No. 1.

Para el Tribunal es claro que en el mencionado oficio la Interventoría simplemente advierte de la existencia de un incumplimiento por parte del Contratista, pero, este comunicado no contiene la imposición de la multa, pues, en este se anuncia que SPIA más adelante “aplicará las multas contempladas en la Cláusula 12.02.” del Contrato.

Como se observa del contenido literal del comunicado, este no contiene los elementos necesarios para entender aplicada la multa, es decir, el número de días de retraso, el valor diario pactado y la cuantificación total.

El Tribunal encuentra probado que, la Subestación Principal tuvo entrega por el Contratista y recibo por el Interventor, el 30 de marzo de 2016 mediante “ACTA DE ENTREGA Y RECIBO DE LA SUBESTACIÓN PRINCIPAL.”<sup>320</sup>

En las comunicaciones HMV-2859 CPA-014 del 18 de noviembre de 2015<sup>321</sup>, HMV-2859-CPA-026 del 27

---

<sup>318</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas contestación demanda. Prueba No 80 - Folio No 1

<sup>319</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 82.

<sup>320</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No 30 - Folio No. 1.

<sup>321</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas 10 dictamen informático. Selección AVILA - Documentos - Subestación REEFER-

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

de noviembre de 2015<sup>322</sup>, HMV-2859-CPA-018 del 4 de diciembre de 2015<sup>323</sup>, HMV-285 CPA-020 del 11 de diciembre de 2015<sup>324</sup>, HMV-2859-CPA-031 del 15 de diciembre de 2015<sup>325</sup>, HMV-2859-CPA-027 del 21 de diciembre de 2015<sup>326</sup>, HMV-2859-CPA-028 del 5 de enero de 2016<sup>327</sup>, HMV-2859-CPA-029 del 7 de enero 2016<sup>328</sup>, HMV-2859-CPA-031 del 13 de enero del 2016<sup>329</sup>, HMV-2859-CPA-045 del 17 de febrero de 2016<sup>330</sup>, HMV-2859-CPA-055 del 4 de marzo de 2016<sup>331</sup>, HMV-2859-CPA-063 del 22 de marzo de 2016<sup>332</sup>, HMV-2859-CPA-075 del 8 de abril de 2016<sup>333</sup>, HMV-2859-CPA-082 del 23 de abril de 2016<sup>334</sup>, HMV-2859-CPA-093 del 7 de mayo de 2016<sup>335</sup>, HMV-2859-CPA-101 del 21 de mayo de 2016<sup>336</sup>, HMV-2859-CPA-108 del 4 de junio de 2016<sup>337</sup>. Ahora bien, únicamente en comunicados HMV-2859-CPA- 032 del 16 de enero de 2016<sup>338</sup>, HMV-2859-CPA-054 del 2 de marzo de 2016<sup>339</sup> y HMV-2859-CPA-070 del 5 de abril de 2016<sup>340</sup>, la Interventoría informa los días de atraso y se advierte de la aplicabilidad de las multas por parte de SPIA. Nunca se impusieron multas, ni se cuantificaron en los oficios mencionados, es más, todos los oficios son posteriores al supuesto hecho generador del incumplimiento.

Claros son los días de retraso en la entrega de las obras, como claros son los días de retraso en la aplicación de las presuntas multas después de la entrega de las obras.

Por otro lado, es de entendimiento del Tribunal que SPIA consideró haber impuesto la presunta multa solo hasta el 2 de febrero de 2017 mediante oficio HMV-2859 CPA- 0173<sup>341</sup>, cuando ya no era posible imponer una multa en su sentido de “apremio” pues la edificación ya estaba recibida y en uso por parte del contratante.

En efecto, solo en este comunicado se observan elementos como la duración del retraso, el valor diario y el

---

Folio 1

<sup>322</sup>

<sup>323</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 45.

<sup>324</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 46.

<sup>325</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 50.

<sup>326</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 47.

<sup>327</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 48.

<sup>328</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 49.

<sup>329</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 50.

<sup>330</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 53.

<sup>331</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 51.

<sup>332</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 52.

<sup>333</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 54.

<sup>334</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 56.

<sup>335</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 63.

<sup>336</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la demanda de reconvención. Prueba No. 36.

<sup>337</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la demanda de reconvención. Prueba No. 38.

<sup>338</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 50.

<sup>339</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 21.

<sup>340</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 27.

<sup>341</sup> Cuaderno de pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba No. 29.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

valor total, es decir, solo se identifica, cuantifica y concreta la presunta multa 11 meses después de haber recibido la Subestación Principal y de empezar su utilización.

**(vii) Subestación Reefer**

En comunicado HMV-2859-0061 del 15 de marzo de 2016<sup>342</sup>, la Interventoría manifiesta a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. retrasos en la entrega de la Subestación Reefer y sugiere medidas correctivas. La comunicación no contiene una notificación formal de imposición de multa. La Interventoría sugiere medidas correctivas e indica como posibilidad futura, la imposición de multa por SPIA:

**PENALIDAD POR INCUMPLIMIENTO POR NO ENTREGA DE LA  
SUBESTACION REEFER.**

Estimado Arquitecto Ávila:

De conformidad con el estado de avance de obra registrado en el acta de comité de obra No. 49 del día 29-FEB-2016, se observa que la SUBESTACION REEFER no se entregara en la fecha convenida del 1 de Marzo de 2016, tal como fue acordado contractualmente en el OTROSI No. 01 del 09 de Noviembre de 2015, lo cual se constituye en incumplimiento por parte del contratista. En razón de lo anterior, SPIA en su condición de contratante podrá aplicar las multas contempladas en la Cláusula 12.02, Multas del Contrato, acorde con las estipulaciones señaladas para su aplicación en el Anexo 4.03 del Otrosí No. 1.

Para el Tribunal es claro que en el mencionado oficio la Interventoría simplemente advierte de la existencia de un incumplimiento por parte del Contratista, pero, este comunicado no contiene la imposición de la multa, pues, en este se anuncia que SPIA más adelante “*aplicará las multas contempladas en la Cláusula 12.02.*” del Contrato.

Como se observa del contenido literal del comunicado, este no contiene los elementos necesarios para entender aplicada la multa, es decir, el número de días de retraso, el valor diario pactado y la cuantificación total.

El Tribunal encuentra probado que la Subestación Reefer tuvo entrega por el Contratista y recibo por el Interventor, el 12 de abril 2016 mediante “ACTA DE ENTREGA Y RECIBO DE SUBESTACIÓN REEFER”<sup>343</sup>

En las comunicaciones HMV-2859-CPA-014 del 18 de noviembre de 2015<sup>344</sup>, HMV-2859-CPA-026 del 27

---

<sup>342</sup> Cuaderno de pruebas. 10 Anexos dictamen informático. Selección AVILA. Documentos. Subestación Reefer. Memorando 2859 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS-0061 Incumplimiento Subestación Reefer. Fl 1.

<sup>343</sup> Cuaderno de pruebas. Documentos que se aportan con la demanda de reconvencción. Prueba No. 71\_85.

<sup>344</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas 10 dictamen informático. Selección AVILA - Documentos - Subestación REEFER- Folio 1

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

de noviembre de 2015<sup>345</sup>, HMV-2859-CPA-018 del 4 de diciembre de 2015<sup>346</sup>, HMV-2859-CPA-020 del 11 de diciembre de 2015<sup>347</sup>, HMV-2859-CPA-027 del 21 de diciembre de 2015<sup>348</sup>, HMV-2859-CPA-028 del 5 de enero de 2016, HMV-2859-CPA-031 del 13 de enero de 2016, HMV-2859-CPA-039 del 28 de enero de 2016<sup>349</sup>, HMV-2859-CPA-045 del 17 de febrero de 2016<sup>350</sup>, HMV-2859-CPA-055 del 4 de marzo de 2016<sup>351</sup>, HMV-2859-CPA-108 del 4 de junio de 2016<sup>352</sup>, HMV-2859-CPA-114 del 27 de junio de 2016 y HMV-2859-CPA-118 del 18 de julio de 2016<sup>353</sup>, tan solo en el oficio HMV-2859-CPA-069 del 15 de marzo de 2016<sup>354</sup>, como se observa, es un anuncio, un aviso, una advertencia, pero el verdadero documento de multas es el famoso 173 que se produce 9 meses después de la fecha real establecida por el interventor, es decir marzo 24 de 2016, como consta en la carta 0187 del 4 de julio de 2017, se hace un recuento pormenorizado de los retrasos en el cronograma de la obra y las actividades ejecutadas, incluso se solicitó de manera reiterada la implementación de medidas correctivas que permitieran superar los atrasos en las edificaciones. Nunca se impusieron, ni se cuantificaron en los oficios mencionados, es más, todos los oficios son posteriores al supuesto hecho generador del incumplimiento.

En efecto, con carta HMV-2859-0072 del 7 de abril de 2016<sup>355</sup>, es decir 5 días después de recibida la edificación y muchos días después de presentarse los varios incumplimientos frente al cronograma *“le fue notificado a CPA los días de atraso en su entrega y advertimos de la aplicabilidad de las multas por parte de SPIA”*.

Claros son los días de retraso en la entrega de las obras, como claros son los días de retraso en la aplicación de las presuntas multas después de la entrega de las obras.

Por otro lado, es de entendimiento del Tribunal que SPIA consideró haber impuesto la multa solo hasta el 2 de febrero de 2017 mediante oficio HMV-2859 CPA- 0173<sup>356</sup>, no sólo sin tener competencia asignada contractualmente para ello, sino además, cuando ya no era posible imponer una multa en su sentido de *“apremio”* pues SPIA ya estaba haciendo uso de la edificación.

En efecto, solo en este comunicado se observan elementos como la duración del retraso, el valor diario y el

---

<sup>345</sup>

<sup>346</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 45.

<sup>347</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 46.

<sup>348</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 47.

<sup>349</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 48.

<sup>350</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 53.

<sup>351</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 51.

<sup>352</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la demanda de reconvención. Prueba No. 38.

<sup>353</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la demanda de reconvención. Prueba No. 42.

<sup>354</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 14.

<sup>355</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 29.

<sup>356</sup> Cuaderno de pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial. Prueba No. 29.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

valor total, es decir, solo se identifica, cuantifica y concreta la presunta multa 9 meses después de haber recibido y de empezar su utilización.

En relación con cada una de las actas parciales de recibo, el Tribunal encuentra que, las Partes, en el Acta de Aceptación Final y de Terminación de Garantías, anotaron que, a partir de cada acta de recibo, las Edificaciones se integraron en la infraestructura portuaria facilitando así la prestación del servicio.

Así lo indica textualmente esta acta al mencionar que ...

*“respecto de la denominada **garantía post venta** de las Edificaciones recibidas por el **CONTRATANTE**, efectivamente se **facilitó el inicio de la prestación del servicio portuario**. Es así que en el contrato de la referencia se suscribieron en el año 2015, 2016 y enero de 2017 las actas de entrega y recibo de cada una de las Edificaciones, en las cuales, se consignó la intención reiterada de mantener los efectos del acta de recibo definitivo, haciendo referencia a que la atención de defectos se realizará como garantías **post venta**, pero además, no es menos cierto que las partes decidieron suscribir un acta de entrega y recibo que no está regulada en el contrato, como tampoco sus efectos, a lo que también se suma, que la contratante ha estado usando desde la fecha de entrega y recibo las Edificaciones para los propósitos que fueron construidas”<sup>357</sup>*

Con todo, al revisar con detenimiento las pruebas relacionadas por la demandante en reconvención en relación con la aparente debatida notificación de multas, el Tribunal advierte que, dichas comunicaciones no constituyen notificaciones de multas en el sentido que las partes acordaron en la Sección 12.02. del Contrato. En efecto, se trata solo de advertencias derivadas del seguimiento del Interventor, pero no, de una notificación efectuada por SPIA a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. con la correlativa justificación de derecho a descuento, siguiendo las condiciones exigidas en las Secciones 12.02 y 14.02 del Contrato.

Continuando con el examen de las comunicaciones producidas por la Interventoría en relación con las denominadas multas del Contrato, el Tribunal encontró además en comunicado HMV-2859 CPA-0173 del 2 de febrero de 2017<sup>358</sup>, que la Interventoría relacionó un cuadro estimativo de multas generadas por “*entrega tardía*” de las Edificaciones objeto del contrato llave en mano.

Es importante anotar que, este comunicado no contiene una motivación “*de apremio*” orientada a procurar el cumplimiento de las obligaciones constructivas a cargo del Contratista. La Interventoría indicó también que, este valor por concepto de “multa” se retendría de la próxima factura de pago del Contratista<sup>359</sup>.

---

<sup>357</sup> Cuaderno de pruebas. Pruebas aportadas con la demanda inicial - Prueba No 50.

<sup>358</sup> Cuaderno de pruebas. 5. Carpeta Documentos Exhibidos por SPIA. Prueba No. 66. HMV-2859 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS 173 del 2 de febrero de 2017. Fl. 1.

<sup>359</sup> Cuaderno de pruebas. 5. Carpeta Documentos Exhibidos por SPIA. Prueba No. 66. HMV-2859 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS 173 del 2 de febrero de 2017. Fl. 1.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

En comunicado CPA-BT-002-17 del 10 de marzo de 2017<sup>360</sup>, los constructores examinan el planteamiento de multas de la Interventoría contenido en su comunicado HMV-2859 CPA-173<sup>361</sup>, informando que

*“ ... la manifestación de la interventoría no es adecuada a la realidad, sino que también resulta incomprensible para el contratista, al **no existir omisión en el cumplimiento de parte del (SIC) este último, toda vez que el CPA, cumplió oportunamente los plazos de obra inicialmente previstos en el contrato y actualizado en el otrosí No.1**”<sup>362</sup>.*

Por su parte, en comunicado HMV-2859 CPA-0187 del 4 de julio de 2017<sup>363</sup>, la Interventoría resolvió lo planteado por la contratista en el comunicado CPA-BT-002-17<sup>364</sup> examinando el campo de aplicación de las multas, indicando que

*“vencido el plazo máximo de cada edificación, pactado en el Otrosí No. 1 y refrendado en el Otrosí No. 2, se notificó a el Consorcio las causas del incumplimiento, los días de atraso y **se hizo mención a la liberalidad del contratante de aplicar las multas en consideración a lo establecido en la cláusula 12.02. Multas del contrato, acorde con las estipulaciones señaladas para su aplicación en el Anexo 4.03 del Otrosí No. 1 y del Otrosí No. 2**”<sup>365</sup>.*

Le llama la atención al Tribunal que, la Interventoría, de manera recurrente hizo referencia a una futura imposición de multa por parte de SPIA a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., sin embargo, con el acervo probatorio que obra en el expediente, el Tribunal encuentra que, en el intervalo de tiempo comprendido entre las “*advertencias*” de cumplimiento de la Interventoría, y la suscripción del Acta de aceptación final y terminación de garantías, SPIA no ejerció la facultad que recaía exclusivamente en SPIA para la debida notificación y correlativa imposición de multas al contratista y menos aún se impusieron multas de apremio antes de recibir la obra.

Para este Tribunal, es necesario aclarar que, el mecanismo de multa, y en particular su cuantificación por “retraso” como fue definida en el Anexo del Otrosí No. 3, en las condiciones definidas por las partes, no implicaba que, cada día de retraso automáticamente generara un derecho a descuento por concepto de multa.

---

<sup>360</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 62.

<sup>361</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 66.

<sup>362</sup> Cuaderno de pruebas. 5. Carpeta Documentos Exhibidos por SPIA. Prueba No. 62 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS-BT-002-17. Fl 1.

<sup>363</sup> Selección HAPIL. Gerencia. Documentos. Multa

<sup>364</sup> Cuaderno de pruebas. Cuaderno de pruebas No. 5. Pruebas aportadas con la contestación de la demanda. Prueba No. 62.

<sup>365</sup> Cuaderno de pruebas. 5 Contestación demanda. Prueba No 64 “HMV-2859 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS-0187 del 4 de julio de 2017”. Fl. 1.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

La cuantificación de retraso se insiste, tenía un fin conminatorio, a partir del cual, pudiera advertirse al Contratista que, el retraso tendría una consecuencia monetaria, cuyos efectos desaparecerían ante la comprobación de cumplimiento de cada obligación. Esto es así, pues, la multa se insiste, se pactó en la Sección 12.02 con una naturaleza conminatoria, y no sancionatoria ni de estimación de perjuicios. Por lo que, no podía acudirse a la multa como sí se tratara de la imposición de una cláusula penal pecuniaria, pues, ambas figuras explicadas en la parte correspondiente y anterior de este Laudo comportaban finalidades distintas.

Existe además prueba testimonial recaudada en el proceso que da cuenta de que, la parte Contratista cumplió a satisfacción de SPIA la entrega operativa de las Edificaciones que integraban el objeto del Contrato, y que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. guardaban la expectativa legítima de obtener, en su totalidad la devolución de los montos retenidos por concepto de retención en garantía.

Como expuso en detalle el Ingeniero Luis Carlos Hani Pira, representante legal de Hapil Ingeniería S.A.S, en su audiencia de declaración de parte<sup>366</sup>:

*“DRA. MUNÉVAR: [00:39:33] Pregunta No. 18. Sí. Sí, señora. Coincide con las mías. Gracias. Ingeniero, diga con cierto, sí o no que, para la fecha de suscripción del Acta de Terminación de garantías, perdón, acta de aceptación final y terminación de garantías, que es el nombre completo del documento, el Consorcio Puerto Aguadulce y SPIA no habían llegado a ningún acuerdo, sobre la procedencia del descuento de las multas impuestas al Consorcio?”*

*SR. HANI: [00:40:11] No, no se había llegado a ningún acuerdo, porque para nosotros no había ninguna duda, era una retención en garantía; las platas adeudadas, era un tema que ya estaba facturado y era una retención en garantía que, para nosotros, al haber firmado el acta de terminación o de recepción o, yo la llamo, Acta Final de obra, pero aquí la llamaron Acta de terminación y recibió a satisfacción de garantías; la gran realidad es que, para nosotros **la obra había sido aceptada en su integridad de manera correcta**, como lo fue, en efecto, ejecutada y que, lo único que, quedaba pendiente era solicitar la devolución de la retención en garantía.*

*Ahora bien, es importante precisar que, **para el momento de la firma de esta acta, muy importante, por cierto, porque en esta quedaba materializada todas las obligaciones contractuales a las que se hizo cargo el Consorcio Puerto Aguadulce; se había cumplido con un año, para la última edificación, terminada y recibida, de atención de posventa, pero había edificaciones que llevaban muchísimo más tiempo de entregadas y que, tenían más de año y medio, casi dos años de atención de posventa. Entonces, para responder esa pregunta, un poquito más en detalle, no nos habíamos puesto de acuerdo, porque para nosotros **no existía ninguna duda de que, esa devolución de garantía se tenía que dar, ya que la obra había sido recibida a satisfacción por todas las partes.*****

---

<sup>366</sup> Cuaderno de pruebas. Testimoniales. Fl. 21 y 22.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*DR. VILLA: [00:41:42] Perdón, doctora María Victoria, pero antes de que cierre usted con su última pregunta. Me surge esta inquietud, ingeniero, para yo entenderlo; ¿quiere decir esto, que, al momento de la firma de su documento, en el entendido suyo o de su representada, no había controversia, en relación con multas pendientes?*

*SR. HANI: [00:42:00] No, porque las multas que supuestamente, nos habían apremiado con la multa, a través de las comunicaciones de la interventoría, habían quedado resueltas desde el punto de vista de que, la obra había quedado recibida a satisfacción y, nos habían pagado todo, incluido lo que se había considerado en la orden de variación número 5. Lo único que quedaba pendiente de pago que, queda pendiente de pago es la devolución, la retención de garantía, que no es producto de nada distinto a actas de obra facturadas, reconocidas y pagadas por el contratante” (Énfasis añadido).*

En igual sentido, Juan Pablo Portilla Franco en su calidad de representante legal de la Sociedad Ávila S.A.S., rindió interrogatorio, indicando<sup>367</sup>:

*“SR. PORTILLA: [01:52:15] En distintas actas y reuniones que se tuvo con la interventoría, se manifestaron las causas, por las cuales fueron los retrasos de las obras. Y adicionalmente a esto, las obras fueron recibidas a satisfacción, incluso los pendientes que quedaron, fueron atendidos por el contratista. Nunca, de parte del consorcio, del contratante, hubo alguna manifestación de incumplimientos y fueron entregados, funcionando las obras y al día de hoy están en perfecto estado. Y como le digo, no hubo manifestación de parte, ni de la interventoría, ni del contratante, sobre anomalías en las obras” (Énfasis añadido).*

Con lo anterior, el Tribunal encuentra, sin fundamento, las afirmaciones de la demandante en reconvencción orientadas a ratificar que,

*“es evidente que la **notificación sobre la imposición de multas tuvo lugar inmediatamente se constató el incumplimiento y, por tanto, fue oportuna**”<sup>368</sup>.*

Lo anterior, teniendo en cuenta que, existió una entrega de cada una de las Edificaciones, y que, por tanto, la presunta notificación de multas no se configuró, en las condiciones y términos bajo los cuales, SPIA y LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS definieron con exactitud en la Sección 12.04 del Contrato.

Ahora bien, es indispensable precisar que, la Sección 12.04 del Contrato contiene el procedimiento para

---

<sup>367</sup> Cuaderno de pruebas. Testimoniales. Fl. 20.

<sup>368</sup> Cuaderno principal. 55. Alegatos de conclusión. Fl. 122.



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

imposición de multa, anotando que, “*para la aplicación de las Multas y Cláusula Penal respectivamente, se seguirá el procedimiento de reclamaciones del Contratante previsto en la Sección 14.02*”<sup>369</sup>.

Por su parte, la Sección 14.02. del Contrato indica que, cualquier “*pago o descuento*” del Contratante deberá notificarlo a su Contratista y al Interventor.<sup>370</sup>

Con la verificación de la prueba recaudada, el Tribunal no encuentra además que, SPIA haya agotado en debida forma, el proceso que acordó con el contratista para notificar y descontar montos por concepto de multa. Esto teniendo en cuenta que, el Contrato de manera restrictiva, define que, es el Contratante y no la Interventoría, el que debe notificar el derecho a pago o descuento, y que, además, dicha notificación está sujeta a una formalidad, específicamente regulada por las partes en el Contrato.

El Contrato es además categórico en definir, de manera restrictiva, las facultades del Interventor, con el listado taxativo contenido en la Sección 10.02 del Contrato. En ninguna de las facultades acá asignadas, el Tribunal pudo constatar la de imponer o notificar multas al Contratista.

Es importante resaltar que, como en otro acápite del laudo se menciona, la facultad contenida en el literal (x) de la Sección 10.02. habilita únicamente a la Interventoría para “*tomar determinaciones en los términos de la Sección 10.04*”. La Sección 10.04 por su parte, contiene el denominado procedimiento “*Determinaciones del Interventor*”, que no guarda relación alguna con el proceso de imposición de multa regulado en la Sección 12.02. Así lo comprobó el Tribunal con el sentido literal del proceso de “*Determinaciones*”.

Por ser ya asunto antes estudiado y expuesto, no se reproducirá aquí lo ya dicho por el panel en este sentido.

Con lo anterior, el Tribunal encuentra que, no le asiste mérito a las justificaciones de la demandante en reconvencción, orientadas a acreditar que “*existían ciertas determinaciones que sí podía tomar autónomamente la Interventoría en su rol de conocedor de la obra y tercero imparcial. Estas eran las determinaciones de la sección 10.04., a través de la cual, de mutuo acuerdo, CPA y SPIA consintieron en*

---

<sup>369</sup> Cuaderno principal. Demanda Inicial. Prueba No. 1. Fl. 66.

<sup>370</sup> “**14.03. Reclamaciones del Contratante**”

Si el Contratante se considera con derecho a cualquier pago o descuento, según cualquier estipulación del presente Contrato, el Contratante deberá notificar al Contratista y al Interventor.

La notificación deberá remitirse tan pronto como sea posible, una vez que el Contratante tenga conocimiento del suceso o circunstancia que da lugar a la reclamación.

**La notificación deberá especificar la Cláusula o Sección de este Contrato, u otras razones, en que se basa la reclamación, e incluirá la justificación de la cantidad a la que el Contratante considere que tiene derecho.**

El Interventor de la Obra procederá entonces, de acuerdo con lo establecido en la Sección 10.04. Lo determinado por el Interventor a favor del Contratante podrá deducirse de los pagos al Contratista en los términos de la Sección 15.02.

Una vez notificada una Reclamación del Contratante y durante el tiempo que tome la resolución de la misma de conformidad con los mecanismos previstos en este Contrato y en las Leyes Aplicables, el Contratista estará obligado a continuar la ejecución de sus obligaciones derivadas de este Contrato” (Énfasis añadido).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*que fuera la Interventoría quien decidiera ciertos asuntos*<sup>371</sup> ..

El procedimiento referido ya fue analizado en otro aparte del laudo, por lo que no se reproducirá nuevamente en este estado.

Para el Tribunal, en lo que tiene que ver con la facultad de descontar directamente sumas a cargo de la contratista, la prueba documental recaudada a lo largo del proceso y relacionada en este capítulo, no arroja una sola comunicación en la que, SPIA haya satisfecho el proceso de notificación de multa regulado en la Sección 12.04 y su remisión correlativa al proceso de descuento definido por la Sección 14.02 del Contrato, lo que daba pie para una eventual compensación futura de esas sumas de dinero.

Así las cosas, SPIA para hacer efectivo su presunto derecho a descuento por concepto de multa, no notificó, como Contratante y como le correspondía, su reclamación, como tampoco lo hizo con la inmediatez que exigía el Contrato, ni menos aún se sujetó a las formalidades del proceso, esto es, a la identificación de la cláusula del Contrato incumplida, la justificación del incumplimiento y de la cantidad que estaría sujeta a descuento.

Así lo afirma el demandado en reconvención, haciendo referencia explícita a la solicitud de estos documentos en exhibición, sin que, SPIA los pudiera aportar al expediente:

*“Pese a que la contraparte manifiesta que esos son los documentos que hicieron parte del proceso de imposición de multa, tales documentos no tienen relación en su totalidad con el tema de las multas, pero además, entre estos documentos no se encuentran: copia de la notificación al contratista y al interventor de que trata el numeral 14.02 del contrato surtida en cumplimiento del procedimiento para la multa aplicada al contratista y copia del o de los soporte (s) de la consulta hecha por el interventor, y de la manifestación razonada de la SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A. frente a la determinación del interventor de imponer multa al CONSORCIO PUERTO AGUADULCE (LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS) (...) ante la inexistencia de los documentos mencionados se reitera que no se cumplió el procedimiento establecido”.*<sup>372</sup> (Énfasis añadido)

Resulta claro para el Tribunal además que, los comunicados de Interventoría HMV-2859 CPA-0173 del 2 de febrero de 2017 y comunicado HMV-2859 CPA-0187 del 4 de julio de 2017 no sustituyen el proceso exigido contractualmente, y por tanto, no tienen efecto ni validez contractual para ser considerados como notificaciones de multa al Contratista en las condiciones acordadas en el Contrato, que pudieran activar válidamente los procedimientos acordados para el descuento de sumas retenidas.

---

<sup>371</sup> Cuaderno de Pruebas. Alegatos Convocada. Fl. 117 y 118.

<sup>372</sup> Cuaderno Principal. 54. Alegatos Convocante Demanda Reconvención. Fl. 21.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Es, además, necesario para este Tribunal precisar que, si bien es cierto que las Partes acordaron un mecanismo para efectuar retención en garantía por concepto de multa en el Otrosí No. 3, no es cierto que las partes, hayan introducido un mecanismo de modificación del proceso de imposición de multas regulado en la Sección 12.02. del Contrato.

En efecto, el Otrosí No. 3, modifica, entre otras, la cláusula 5.04 “Retención en Garantía”, en la que, se definió de mutuo acuerdo que debía surtirse una “*revisión*” conjunta por las Partes, a efectos de determinar sí, “*los descuentos decretados por la interventoría a través de la comunicación HMV-2859 CPA-0173 del 2 de febrero de 2017*” proceden, para que, con posterioridad a esta revisión conjunta se aplicaran las sumas retenidas como Retención en Garantía.

Por demás, tampoco son de recibo los argumentos de la demandante en reconvencción orientados a acreditar que, “*Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. en su práctica habitual también pactaba multas contractuales como mecanismos sancionatorios en los contratos que celebra con sus subcontratistas*”, y que por tanto -en su decir- denota “*deslealtad*” del contratista por alegar situaciones presuntamente contrarias a su comportamiento contractual. (*Venire contra proprium actus*)

Lo cierto es que, para el Tribunal, los mecanismos sancionatorios que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. acordaron con sus subcontratistas, no inciden en el caso sujeto a examen, pues, el Contrato cuya controversia se somete a arbitraje es el celebrado por Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. con SPIA, con las condiciones particularmente reguladas por la imposición de multas y realización de descuentos al Contratista.

En conclusión, el Tribunal identificó también que, SPIA desde el inicio del Contrato hasta su finalización, no notificó proceso de imposición y multa a Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., ni tampoco agotó el proceso de descuentos por multa definido en la Sección 14.02. del Contrato, pues, como se pudo validar probatoriamente, en los distintos comunicados de “advertencia” de retrasos, no se impusieron válidamente las multas, y solo y en particular, en los comunicados HMV-2859 CPA-0173 del 2 de febrero de 2017 y HMV-2859 CPA-0187 del 4 de julio de 2017, la Interventoría sí relacionó una “*cuantificación*” por días de retraso y quiso notificar el descuento de dichas sumas en la facturación pendiente en favor de la Contratista.

Con todo lo expuesto el Tribunal denegará las pretensiones trigésima primera y trigésima segunda de la demanda de reconvencción.

### **7. Pretensión trigésima tercera**

De acuerdo con la pretensión trigésima tercera de la demanda de reconvencción, la parte demandante en reconvencción solicitó se declare que, por el incumplimiento en la entrega del Taller de Mantenimiento, la Bodega de Inspección, la Bodega CFS, la Subestación Principal y la Subestación Reefer, ella tiene derecho a aplicar, retener y cobrar a las Demandadas en Reconvencción la suma de COP\$2.338.700.000 por concepto

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

de multas contractuales<sup>373</sup>

Así mismo, en relación con el descuento de los montos de las multas de las sumas retenidas en garantía o de otros valores adeudados al Contratista, la demandante en reconvención solicita se declare que ella podía deducir de las retenciones en garantía esos valores.<sup>374</sup>

Sostiene la Convocada y demandante en reconvención que, SPIA cumplió presuntamente la condición descrita en la Sección 5.04. del Contrato modificada por el Otrosí No. 3. Para sustentar esta afirmación, la demandante en reconvención, afirma que, para la fecha de suscripción del Acta de Aceptación Final y Terminación de Garantías, los constructores y SPIA no habían llegado a un *“acuerdo distinto sobre la procedencia del descuento del valor de las multas, cumpliéndose así la condición para que SPIA pudiera descontar las multas de la retención en garantía”*.<sup>375</sup> Por último añade que *“el procedimiento acordado bajo el Otrosí No. 3 se agotó integralmente en el intercambio de comunicaciones que se dio entre CPA y HVM, - este último como representante de SPIA en los términos del Contrato 183 – y con la suscripción del Acta de Terminación de Garantías de Defectos, luego de la firma de dicho acuerdo modificadorio”*

Los Convocantes, por su parte, argumentan que, en el comunicado HVM-2859 CPA – 0173 del 2 de febrero de 2017, SPIA *“no tuvo en cuenta las disposiciones del contrato, como tampoco se hizo una revisión conjunta con el contratista, por lo que se concluye que no hubo cumplimiento de estas disposiciones contractuales”*. Indica también la parte demandada en reconvención que, en ausencia de las comunicaciones que sustentaran el proceso de imposición de multas iniciado por SPIA y los correlativos descuentos, solicitó exhibición de dichos documentos. En concepto de la convocada *“pese a que la contraparte manifiesta que esos son los documentos que hicieron parte del proceso de imposición de multa, tales documentos no tienen relación en su totalidad con el tema de las multas (...) ante la inexistencia de los documentos mencionados se reitera que no se cumplió el procedimiento establecido”*.<sup>376</sup>

Como ya se mencionó con anterioridad, la potestad de apremio que SPIA tenía para el evento de atrasos en la entrega de las obras contratadas feneció con el efectivo recibo útil de las mismas, por lo que cualquier suma no entregada a la Contratista que tuviere su origen es este rubro, carece de causa lícita para su retención,

---

<sup>373</sup> “Trigésima Tercera Pretensión: Que se declare que, por el incumplimiento en la entrega del Taller de Mantenimiento, la Bodega de Inspección, la Bodega CFS, la Subestación Principal y la Subestación Reefer por parte de Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. tiene derecho a aplicar, retener y cobrar a las Demandadas en Reconvención la suma de COP\$2.338.700.000 por concepto de multas contractuales”

<sup>374</sup> “Trigésima Cuarta Pretensión: Que se declare que Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. tenía derecho a deducir de los montos retenidos en garantía o de otros valores adeudados al Contratista, el valor por concepto de multas calculado por la Interventoría.” (Énfasis añadido).

<sup>375</sup> Cuaderno Principal. 55. Alegatos Convocada. Fl. 133.

<sup>376</sup> Cuaderno Principal. 54. Alegatos Convocante Demanda Reconvención. Fl. 21.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

además porque, como se constatará con este escrito, SPIA ni siquiera obedeció a las reglas contractualmente definidas para que dicha retención pudiera tener plenos efectos contractuales.

Adicionalmente el Tribunal encontró que, no obra en el expediente prueba que le permitiría constatar que, SPIA desde el inicio del Contrato hasta su finalización, notificó proceso de imposición y multa a los contratistas, y agotó el proceso de descuentos por multa definido en la Sección 14.02. del Contrato.

Pues, como se pudo validar probatoriamente, solo en los comunicados HMV-2859 CPA-0173 del 2 de febrero de 2017 y HMV-2859 CPA-0187 del 4 de julio de 2017, la Interventoría relacionó una “*cuantificación*” por días de retraso y notificó el descuento de dichas sumas en la facturación pendiente en favor de los constructores, cuando ya su facultad de apremio, resaltamos estaba extinguida, mencionado adicionalmente el panel que cuando ello se pretendió hacer, tampoco hay evidencia de que, SPIA adelantara la notificación y el correlativo descuento cumpliendo con el procedimiento acordado en las Secciones 12.02 y 14.02 del Contrato.

Si el descuento notificado por la Interventoría fuera válido para SPIA, era lógico que de esa situación, como lo exigía el Contrato SPIA hubiera dejado constancia, pero, ni de la notificación de multa de SPIA ni de la activación del mecanismo de reclamo de descuento por multa por parte de SPIA, existe prueba alguna en el expediente, adicionalmente así lo afirma el demandado en reconvenición, haciendo referencia explícita a la solicitud de estos documentos en exhibición, sin que, SPIA los pudiera aportar al expediente.

Pero, además, este Tribunal, también, para ahondar en su estudio, debe hacer especial énfasis en que toda imposición de multa y su descuento correlativo de los montos retenidos en garantía, estaba sujeto, no sólo al debido proceso contenido en las Secciones 12.02 y 14.02 del Contrato, sino también, a una segunda verificación “*conjunta*” previa a la retención de las sumas. Así lo acordaron SPIA y Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. en el Otrosí No. 3 del Contrato<sup>377</sup>, al modificar la cláusula 5.04. “Retención en Garantía”.<sup>378</sup>

---

<sup>377</sup> Cuaderno de pruebas. 1. Pruebas demanda. Prueba No. 39. Fl. 3

<sup>378</sup> “5.04. Retención en Garantía

El Contratante retendrá al Contratista la suma equivalente al 7.5% por ciento del valor de cada factura hasta completar el valor total del contrato. Lo anterior con el fin de cubrir el cumplimiento de las obligaciones del Contratista en virtud de este Contrato, hacer los pagos por cuenta del Contratista autorizados en virtud de la Sección 5.02. anterior y cubrir cualquier suma adeudada por el Contratista al Contratante en virtud de este Contrato, de forma tal que el Contratante podrá compensar contra las sumas retenidas como Retención en Garantía los anteriores conceptos.

El Contratante **devolverá la totalidad o el saldo de la Retención en Garantía al Contratista cuando se cumplan las siguientes condiciones:**

- 1) Que el Contratante firme el Acta de Terminación de Garantías de Defectos, y
- 2) Que se resuelva la revisión de los descuentos decretados por la interventoría a través de la comunicación HMV-2859 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS-0173 del 2 de febrero de 2017 – “Multas por incumplimiento en entrega de las Edificaciones”, conforme a la estipulación contractual, y que si de esta revisión se decreta que dichos descuentos proceden, se apliquen a las sumas retenidas como Retención en Garantía.

En todo caso, el Contratante tendrá derecho a descontar los valores por concepto de Multas por retrasos según lo previsto en la Cláusula 12.02 del Contrato, de cualquier suma que el Contratista adeude al Contratista, incluida la Retención en Garantía.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Como lo examinó el Tribunal en la sección anterior, quedó demostrado que, SPIA previo a la realización de cualquier descuento por concepto de multa, debía, como se lo exigía el Contrato en su Sección 12.02. y 14.02, notificar directamente la multa a sus contratistas.

Se mencionará también que, además, si pretendía hacer efectivo su derecho a descuento, también debía *“notificar al Contratista y al Interventor”*<sup>379</sup>.

La notificación de descuento de SPIA al contratista, debía además contener las condiciones contenidas en la Sección 14.02. y solo con el agotamiento de este proceso, el Interventor podía *“proceder de acuerdo con lo establecido en la Sección 10.04. Lo determinado por el Interventor a favor del Contratante podrá deducirse de los pagos al Contratista en los términos de la Sección 5.02”*.

En otras palabras, el Interventor no podía proceder automáticamente a efectuar ningún descuento por concepto de multa, sin que, con anterioridad, SPIA agotara el proceso de notificación de descuento exigido por la Sección 14.02. del Contrato y garantizará al convocante el derecho de contradicción.

Con el sentido literal del mecanismo de retención en garantía definido por SPIA y Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., el Tribunal encuentra que, se definió con claridad un mecanismo de devolución de retención en garantía sujeto a dos condiciones (i) la suscripción del Acta de Terminación de Garantías de Defectos y (ii) se resuelva la *revisión* de los descuentos descritos en la comunicación H MV-2859 CPA-0173 del 2 de febrero de 2017, resolución que, como ya se ha señalado, corresponde exclusivamente al juez del contrato.

La primera condición, esto es, la suscripción del Acta de Terminación de Garantías de Defectos se produjo el 29 de agosto de 2018<sup>380</sup>, por lo que pasará el Tribunal a examinar la segunda condición, esto es, si SPIA agotó en debida forma, el procedimiento establecido con el contratista para la revisión de los descuentos relacionados en el comunicado H MV-2859 CPA-0173 del 2 de febrero de 2017.

---

**PARÁGRAFO PRIMERO.** Lo anterior, en virtud de la suspensión del trámite de descuentos por concepto de Multas por retrasos previsto en el Plazo Máximo de Entrega, según regulación contemplada al respecto en las Cláusulas 5.02 y 12.02 del Contrato, con base en el Otrosí N° 1 Anexo 4.03, “Plazo Máximo de Entrega Multas” que aplicarán a la factura de venta N° 28, radicada por el Contratista el 1° de febrero de 2017.

**PARÁGRAFO SEGUNDO.** Las Partes acuerdan que la suspensión del trámite de descuentos por Multas en mención, obedece a la revisión que se adelantará conjuntamente como respuesta a los descuentos decretados por la interventoría a través de la comunicación H MV-2859 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS-0173 del 2 de febrero de 2017 – “Multas por incumplimiento en entrega de las Edificaciones”.

**PARÁGRAFO TERCERO.** Si al momento de la firma del Acta de Terminación de Garantías de Defectos no se ha resuelto la revisión de los descuentos decretados por la interventoría a través de la comunicación H MV-2859 LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS-0173 del 2 de febrero de 2017 – “Multas por incumplimiento en entrega de las Edificaciones”, se aplicarán los descuentos establecidos en dicha comunicación, a las sumas retenidas como Retención en Garantía, y el Contratista emitirá la póliza de cumplimiento por estabilidad y calidad de las Obras” (Énfasis añadido).

<sup>379</sup> Cuaderno de pruebas. Demanda inicial. Prueba No. 1. Fl. 63.

<sup>380</sup> Cuaderno de pruebas. Demanda inicial. Prueba No 50

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

La demandante en reconvención, argumenta que, en comunicado HMV-2859 CPA-0187 del 6 de julio de 2017, la Interventoría “*evaluó los argumentos de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS y recalculó el valor de las multas*”<sup>381</sup> Así mismo, indica que, presuntamente la contratista no emitió respuesta a esta comunicación “*con anterioridad a la firma del Acta de Terminación de Garantías de Defectos*”<sup>382</sup>.

No obstante, ello, el Tribunal encontró que, Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. en comunicado CPA - BT-002-19<sup>383</sup>, sí examinó los argumentos de SPIA, concluyendo que, SPIA no había agotado el procedimiento de imposición de multa descrito en las Cláusulas 12.04 y 14.02 del Contrato:

PERO ADEMÁS, NINGUNA DE LAS COMUNICACIONES ENLISTADAS CUMPLIÓ CON EL PROCEDIMIENTO QUE EL MISMO CONTRATO DESCRIBE DEBE SURTIRSE PARA RECLAMACIONES DEL CONTRATANTE, CLÁUSULAS 12.04, 14.02. NUNCA RECIBIMOS DE LA CONTRATANTE NOTIFICACIÓN ALGUNA SOBRE SU RECLAMACIÓN DE DESCUENTO, COMO TAMPOCO SE NOS COMUNICÓ POR PARTE DEL INTERVENTOR LA DETERMINACIÓN DE QUE TRATA LA CLÁUSULA 10.04, DETERMINACIÓN SOBRE LA CUAL TENDRÍA QUE PRONUNCIARSE TANTO LA CONTRATANTE COMO EL CONTRATISTA, Y EN CASO DE NO ACUERDO, EL INTERVENTOR DECIDIRÍA EN JUSTICIA, DECISIÓN QUE DEBE NOTIFICAR A LAS PARTES JUNTO CON INFORMACIÓN DETALLADA COMPLEMENTARIA.

*Comunicado radicado respuesta HMV-2859 CPA-0187-2*

En audiencia de recepción de interrogatorio de parte, el Sr. Hani en su calidad de representante legal de Hapil Ingeniería S.A.S, ya lo habíamos referido, indicó también que, no existió un previo proceso de revisión o acuerdo relacionado con las multas impuestas a LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS.<sup>384</sup>

---

<sup>381</sup> Cuaderno de pruebas. 5 Contestación Demanda. Prueba No 64. Fl 1.

<sup>382</sup> Cuaderno de pruebas. 55. Alegatos de Conclusión. Fl. 133.

<sup>383</sup> Cuaderno de pruebas. Demanda inicial. Prueba No 58

<sup>384</sup> “DRA. MUNÉVAR: [00:39:33] *Pregunta No. 18. Sí. Sí, señora. Coincide con las mías. Gracias. Ingeniero, diga con cierto, si o no que, para la fecha de suscripción del Acta de Terminación de garantías, perdón, acta de aceptación final y terminación de garantías, que es el nombre completo del documento, el Consorcio Puerto Aguadulce y SPIA no habían llegado a ningún acuerdo, ¿sobre la procedencia del descuento de las multas impuestas al Consorcio?*

*SR. HANI: [00:40:11] No, no se había llegado a ningún acuerdo, porque para nosotros no había ninguna duda, era una retención en garantía; las platas adeudadas, era un tema que ya estaba facturado y era una retención en garantía que, para nosotros, al haber firmado el acta de terminación o de recepción o, yo la llamo, Acta Final de obra, pero aquí la llamaron Acta de terminación y recibió a satisfacción de garantías; la gran realidad es que, para nosotros la obra había sido aceptada en su integridad de manera correcta, como lo fue, en efecto, ejecutada y que, lo único que, quedaba pendiente era solicitar la devolución de la retención en garantía.*

*Ahora bien, es importante precisar que, para el momento de la firma de esta acta, muy importante, por cierto, porque en esta quedaba materializada todas las obligaciones contractuales a las que se hizo cargo el Consorcio Puerto Aguadulce; se había cumplido con un año, para la última edificación, terminada y recibida, de atención de posventa, pero había edificaciones que llevaban muchísimo más tiempo de entregadas y que, tenían más de año y medio, casi dos años de atención de posventa. Entonces, para responder esa pregunta, un poquito más en detalle, no nos habíamos puesto de acuerdo, porque para nosotros no existía ninguna duda de que, esa devolución de garantía se tenía que dar, ya que la obra había sido recibida a satisfacción por todas*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Con el debate probatorio, el Tribunal pudo constatar que, SPIA y Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S. condicionaron el descuento de las sumas por concepto de multa de la retención en garantía, a la notificación debida de la multa en tiempo y el agotamiento del proceso contenido en las Secciones 12.02 y 14.02 del Contrato. Estas dos cláusulas y cada condición previa exigida para hacer efectivas multas y sus correlativos descuentos no fueron modificadas por las partes en el Otrosí No. 3.

Ahora bien, es cierto que, el Otrosí No. 3. modificó las condiciones de retención en garantía, sujetando además cada descuento por concepto de multa a un proceso adicional de **revisión y concertación conjunta con la Interventoría**. En efecto, sí y sólo sí, se revisaba conjuntamente la respuesta a los descuentos notificados en el comunicado HMV-2859 CPA-0173 del 2 de febrero de 2017 – “*Multas por incumplimiento en entrega de las Edificaciones*”. Por el contrario, en el expediente no obra prueba de que, se haya revisado conjuntamente el descuento por concepto de multas. En conclusión, SPIA, no tenía derecho a aplicar, retener ni cobrar al demandado en reconvencción el monto que ascendía a COP 2.338.700.000, ni por ninguna suma establecida por el Tribunal, por concepto de multas contractuales.

Consideraciones comunes a las decisiones adoptadas respecto de las pretensiones 31, 32 y 33.

Estas tres pretensiones tienen como eje común la solicitud de SPIA de que se declare que las retenciones de los valores en disputa por multas de apremio que ella hizo y estaban en la cuenta contable de las “Retegarantías” eran procedentes, lo mismo que lo eran las compensaciones, aplicaciones directas (descuentos) que se quiere señalar se autorizó por los constructores se hiciera de esos valores de forma inmediata, resultado del contenido del Otrosí No 3.

Estas pretensiones se niegan fundamentalmente por dos razones:

1.- La aparente transgresión por parte de la Contratante del procedimiento acordado para tales efectos contenido en las cláusulas 12.02 y 14.02 arriba desarrolladas, por no ser el Interventor el autorizado para notificarlas y por no haberse ellos -los descuentos- efectuados con observancia del citado procedimiento contractual.

---

**las partes.**

*DR. VILLA: [00:41:42] Perdón, doctora María Victoria, pero antes de que cierre usted con su última pregunta. Me surge esta inquietud, ingeniero, para yo entenderlo; ¿quiere decir esto, que, al momento de la firma de su documento, en el entendido suyo o de su representada, no había controversia, en relación con multas pendientes?*

*SR. HANI: [00:42:00] No, porque las multas que supuestamente, nos habían apremiado con la multa, a través de las comunicaciones de la interventoría, **habían quedado resueltas desde el punto de vista de que, la obra había quedado recibida a satisfacción y, nos habían pagado todo, incluido lo que se había considerado en la orden de variación número 5. Lo único que quedaba pendiente de pago que, queda pendiente de pago es la devolución, la retención de garantía, que no es producto de nada distinto a actas de obra facturadas, reconocidas y pagadas por el contratante**” (Énfasis añadido).*



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Estas iniciales reflexiones para la negativa, advierte el Tribunal, podrían tener otra lectura apoyada ésta segunda en que es aceptado, así se hizo creer y se aceptó a lo largo del contrato (Actos propios) que el Interventor sí podía actuar y actuaba siempre en nombre del Contratante (mandato aparente) y que por la vía del Otrosí mencionado sí se pudieron haber modificado los procedimientos de las cláusulas 12.02 y 14.02, lectura que se pone de presente así no sea la que se adopte por el Tribunal.

2.- La segunda razón y la más poderosa y suficiente para negar estas pretensiones, tiene que ver con el origen de los dineros que estaban en la cuenta “Retegarantías” y que fueron objeto de aplicación directa por SPIA.

Ya se expuso en este laudo, cómo cualquier circunstancia que entre las partes surgiera y que se enmarque dentro de lo que contractualmente se definió como Disputa, es susceptible de ser decidida por el juez del contrato y, precisamente con base en esa delegación al panel arbitral, se concluyó por él que esas multas, repetimos, generadoras de esos fondos retenidos, eran improcedentes, razón por demás suficiente para concluir que sobre ellos no es posible se aplique esa alegada prerrogativa de descuento que se pretende se declare válido.

Adicionalmente se resalta, que el contenido del alegado Otrosí no modificó el tratamiento contractual de las disputas referido, por lo que no implica su firma ningún tipo de renuncia por parte de los contratistas a la revisión y definición sobre asuntos en controversia y que el Tribunal aquí adelantó.

Así las cosas, lo antes expuesto, no permite al tribunal emitir un fallo favorable en relación con las pretensiones trigésima tercera, primera y segunda subsidiaria a la trigésima tercera y trigésima cuarta de la demanda de reconvención.

#### **8. Pretensiones agrupadas bajo el literal c) de la demanda de reconvención**

Se ocupará el panel de adoptar las decisiones que corresponda en relación con las pretensiones agrupadas bajo el literal c) de la demanda de reconvención, ellas dirigidas a obtener la declaración de la obligatoriedad de la demandada en reconvención al pago de perjuicios y a la obligación de la misma de honrar lo establecido en el contrato respecto de la cláusula penal que este contiene.

Ya en la parte de definición de los problemas jurídicos a resolverse, se ocupó el Tribunal de indicar los parámetros necesarios para que se pueda concretar una condena en perjuicios, en la concepción tradicional derivada de la aplicación del art. 2341 del Código Civil, esto es como resultado de la ocurrencia de un daño causado por la parte de quien se pretende resarza agresión u omisión que su actuar pudo haber causado en el patrimonio de quien la reclama.

SPIA agrupa los daños que en su decir generaron los perjuicios que reclama, de la ocurrencia de varias conductas que endilga a sus demandados en reconvención a saber:

- La demora en las entregas oportunas de las obras
- La desatención de las obligaciones de suministrar los equipos y materiales para la cumplida ejecución y terminación de las obras

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

- El incumplimiento en el suministro oportuno de los elementos de las cubiertas metálicas a cargo de los subcontratistas de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS
- El incumplimiento en el suministro de otros materiales y equipos
  - El incumplimiento en el oportuno suministro de materiales y equipos para el Taller de Mantenimiento
  - El incumplimiento en el oportuno suministro de materiales y equipos para la primera etapa de la Bodega de Inspección
  - El incumplimiento en el oportuno suministro de materiales y equipos para la segunda etapa de la Bodega de Inspección
  - El incumplimiento en el oportuno suministro de materiales y equipos para la subestación principal
  - El incumplimiento en el oportuno suministro de materiales y equipos para la Subestación Reefer
- El incumplimiento de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS a su obligación de proporcionar el personal suficiente e idóneo
- Los incumplimientos de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS de sus obligaciones de entregar obras de calidad y aptas para su correcto funcionamiento
  - Las deficiencias en la ingeniería de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS en la Bodega de Inspección
  - Las deficiencias en la ingeniería de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS en la Bodega CFS
  - Las deficiencias en la ingeniería de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS en la Subestación Principal
  - Las deficiencias en la ingeniería de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS en la Subestación Reefer
  - Las deficiencias en la ingeniería de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS en la Subestación Crane
- Los errores de diseño de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS que impiden el apropiado funcionamiento y operación de las Edificaciones
- El incumplimiento de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS a su obligación de garantizar la estabilidad de las obras
- El incumplimiento de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS al no seguir las instrucciones de la Interventoría

Por su parte, los demandados en reconvenición, frente a estas imputaciones han venido sosteniendo que:

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

- La firma del acta de aceptación final significa que: el contratista cumplió con todas las obligaciones relacionadas con las obras en cumplimiento de las especificaciones técnicas y la ingeniería aceptada por el contratante, numeral 7.18 del contrato celebrado entre las partes.
- La firma del acta de terminación de garantía de que trata la cláusula 7.20 del contrato significa que: El contratista durante el periodo de garantía cumplió con la reparación de todo defecto a su costo y riesgo, las obras han sido usadas para los propósitos que fueron construidas desde la firma del acta de entrega, que no quedaban obligaciones por ser cumplidas por el contratista, y la aceptación de la totalidad de las obras por parte de la contratante.
- Que a la fecha de la presentación de la demanda de reconvención no hay ninguna obligación del contratista pendiente de cumplimiento.
- Que no existen perjuicios pendientes de indemnizar como efecto de algún incumplimiento del contrato, no existe requerimiento alguno en torno a la calidad de las obras.
- Igualmente ha alegado que existía una situación de incumplimiento por parte de SPIA ya que .en su decir- la contratante no entregó de manera completa y con las adecuaciones requeridas los terrenos para la construcción de las edificaciones en la fecha indicada en dicho anexo,: taller de mantenimiento y bodegas CFS e Inspección, tal como lo indica la cláusula 4.03 del contrato, la cual nunca fue modificada, y además la contratante no entregó de manera oportuna las definiciones requeridas para hacer los ajustes a los diseños las subestaciones reefer y principal.
- Finalmente , en este punto, insiste el demandado en reconvención que no existen perjuicios por indemnizar como efecto del supuesto incumplimiento del contrato por vicios ocultos de la construcción o defectos en la estabilidad de las obras ejecutadas, adicionado al hecho de que con posterioridad al 29 de agosto de 2019 no existe ningún requerimiento de la demandante en reconvención ni al contratista ni a la aseguradora que emitió el amparo de estabilidad de las obras, ni por los supuestos vicios ocultos en la construcción, ni por los defectos en la estabilidad de las obras ejecutadas.

Revisadas estas posiciones, el Tribunal considera:

Dentro de las opciones sancionatorias del contrato, lo hemos reiterado, se contemplaron tres: resarcimiento de perjuicios por daños, aplicación de la compensación acordada por concepto de la cláusula penal y la imposición de multas de apremio, siendo, para este estado de la decisión, necesario ocuparnos de las dos primeras.

Durante el desarrollo del proceso se traza una fina línea divisoria de cuáles serían los daños que pretende SPIA se declaren causados: los que ya evidenció se pudieron haber causado o los que estaría evaluando reclamar como resultado de los dictámenes periciales aportados, esto en palabras del señor Representante Legal de SPIA expuestas en la diligencia de interrogatorio que él atendió.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Para el panel es vital definir si esos soportes para estas reclamaciones, apoyados en esos trabajos periciales, incorporan o no la existencia de situaciones que se contengan en el concepto de daño, o tal vez solo son identificadores de potenciales riesgos que podrían desencadenar posiblemente situaciones que produzcan daños, pero que al momento de este proceso no se enmarcarían siquiera en el concepto de daño futuro que explicamos en su momento en capítulo anterior. Es imperioso para cualquier decisión en este terreno el tener sólida convicción en lo que tiene que ver con la certeza del daño presente o futuro y no equivocarse al confundirlo con un daño simplemente posible, con un riesgo advertido o con una simple hipótesis que puede darse o no.

Tanto la larga lista de reclamos que hace el demandante que se traducen -para él- en incumplimientos de los constructores, así como las implicaciones que deducen los demandados desdibujan las transgresiones al contrato que se les imputan, no conllevan *per se* para el panel a la convicción en la existencia de daños, en la acepción que le ley exige, por lo que será necesario profundizar en lo que realmente aconteció en este aspecto.

También en capítulo anterior se señaló cuál es la consecuencia legal de la transgresión por parte de una contratante de los principios de “confianza legítima”, desconocimiento de sus actos propios” y “ violación a la buena fe contractual”, como preceptos superiores al tenor de un clausulado (Cfr. art. 1618 CC) motivo por el cual, más que en la redacción de unas cláusulas el panel viene centrando su atención en la integridad de ellos, de la mano con lo que se vino exteriorizando vía probanza, fue el cotidiano del desarrollo del contrato.

Se puso de presente en varias exposiciones de los testigos que comparecieron, que si bien hay un clausulado firmado que, conforme se probó, fue confeccionado por parte de SPIA, la realidad es que incluso desde antes de dicha firma, con la sola comunicación a los demandantes iniciales de su selección como constructores, se dio inicio por parte de ellos a la implementación del mismo, así como también, se reiteró en testimonios, que resultado de la también uniforme manifestación de ellos , se tuvo conciencia de la existencia de la premura del Contratante en iniciar prontamente actividades dentro de la concesión portuaria de la que es titular, por lo que las muy aparentemente férreas condiciones de los textos suscritos fueron dando cabida a una flexibilidad mutua en la atención recíproca de sus cargas, que a veces culminaron en la firma de Otrosés y otras en la adopción *de facto* de nuevas modalidades en la ejecución de lo acordado.

Al margen de lo ya dicho en este laudo en lo que tiene que ver con la intensidad de las transgresiones contractuales a nivel de incumplimientos esenciales, cumplimientos tardíos y/o cumplimientos defectuosos, es transversal a cualquiera de ellos que ante su presencia se puede dar lugar, teóricamente, a la obligación de indemnizar perjuicios si se dan los presupuestos (Cfr. art 2341 CC) por lo que para esa larga lista de “incumplimientos” que se invocan por parte de SPIA y que arriba se relacionaron, para los propósitos de este acápite será menester precisar si ellos -todos o algunos- sí dieron origen a daños ciertos.

Es muy prolija la actuación de la parte demandante en reconvención al querer demostrar y señalar las pruebas

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

de los incumplimientos que reclama de su contratista y sobre ello en sus escritos demuestra minuciosa atención en intentar establecerlos, solo que, independientemente de su éxito o no en ello, el Tribunal no advierte esfuerzo probatorio en la prueba del daño cierto al que nos referimos que esos alegados incumplimientos causaron.

Se insiste por parte de la demandante en la existencia de suficientes comunicaciones de la Interventoría en donde se les advierten a los constructores deficiencias, comunicaciones que por sí mismas no pasan de ser meros requerimientos, llamados de atención y/o reconducciones, pero certeza de que esas reconveniones sean prueba de un incumplimiento real, no se aporta, máxime cuando no hay prueba férrea de que esas llamadas atención no hayan sido atendidas. Revisará el panel el real alcance de las comunicaciones que le cursare la Interventoría a los constructores respecto de eventuales deficiencias en la ejecución del contrato por ella advertidas, de cara a establecer el alcance probatorio que ellas llegaren a incorporar.

El panel durante la etapa probatorio fue insistente en tratar de puntualizar cuáles habían sido los daños detectados en la ejecución del contrato, preguntas que se encontraron siempre con generalidades, evasivas y lugares comunes, solo pudiendo rescatarse como puntuales las molestias que generan las al parecer antitécnicas instalaciones de unos desagües, la inestabilidad de unas losas y otras menores imperfecciones arquitectónicas que se mencionaron, advirtiendo aquí que por la vía de lo testimonial nada se aportó en relación con la causación de daños por parte de los constructores,.

Deberá además mencionarse aquí que, conforme preguntas hechas por el panel, se pudo establecer que la operación del puerto nunca, salvo cuando se dio una situación de orden público que desencadenó un paro, se ha visto suspendida, interrumpida o desmejorada desde el recibo útil de las obras efectuado por parte de SPIA, lo que hace más difícil la detección de la prueba de ese daño cierto que se viene auscultando existe o no en las reclamaciones.

Toda la carga de esa necesidad probatoria se depositó en los trabajos periciales respecto de los hallazgos que allí se indicaron -según cada perito- eran prueba de las “deficiencias” que allí se señalan y que, reiteramos, podrían ser el necesario insumo para reclamaciones judiciales futuras, de acuerdo con lo confesado por el representante legal de SPIA, hallazgos que después de una detallada lectura y examen de sus contenidos, son para el panel más una relación de eventuales situaciones que podrían, con otras posibles coincidentes condiciones, desencadenar daños, posiblemente, pero que no son ciertas condiciones fácticas que indefectiblemente se van a traducir en un daño futuro.

Son meras posibles situaciones que eventualmente podrían o no presentarse las que se señalan en esos trabajos periciales, pero certeza en su acaecimiento, en ninguna parte de las experticias se proporciona, cimiento inexcusable para analizar siquiera la concreción de un perjuicio como resultado de un daño resarcible probado.

Antes de continuar, considera oportuno el Tribunal hacer una reflexión respecto del sentido y contenidos del

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

art. 2060 del Código Civil, que se invoca por la demandante.

Evidentemente, para un contrato como el que nos ocupa, llámese como se llame y tenga su génesis como antes en otro capítulo se explicó, resulta indudable que los parámetros del mencionado artículo 2060, “...*contratos para construcción de edificios, celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado...*” le son aplicables.

Aquí los numerales 3° y 4° indican cómo, en caso de perecimiento o amenaza de ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo, el empresario o las personas empleadas por él que lo hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, harán responsable al empresario, aclarando que haberse recibido por el dueño la obra, después de concluida, sólo significará que ese dueño la aprobó como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, pero no exime al empresario de la responsabilidad que se mencionó.

Esto significa que hay una vinculación durante ese lapso de diez años que allí se indica, para que ese constructor responda en caso de la presencia de algunos de los dos eventos que se contemplan: perecimiento y/o amenaza de ruina, entendida esta en su concepción legal, esto es, la que se presenta cuando una edificación evidencia un agotamiento generalizado de sus elementos estructurales, y la que se declarará cuando la edificación presente ese agotamiento generalizado, previo peritaje técnico sobre la vulnerabilidad estructural de la construcción, todo ello firmado por un ingeniero acreditado de conformidad con los requisitos de Ley 400 de 1997 y sus decretos reglamentarios. La condición de amenaza de ruina debe declararse por el funcionario competente para cada caso y no hay prueba supletoria de la misma.

Nótese que lo que estas normas pretenden es que exista, como resultado de esa vinculación temporal del constructor, la obligación para él de atender reclamaciones atinentes a las dos variables fácticas señaladas, responsabilidad que, en criterio del Tribunal, no es sinónimo de indemnizaciones inmediatas. Para que ello se concrete -la obligación de indemnizar- deberá probarse la existencia y ocurrencia de alguno de esos dos presupuestos y la relación de causalidad que vincule al constructor con el hecho indemnizable, pero no aplican aquí criterios objetivos para la automática concreción de la condena.

No puede ser de recibo entonces por el Tribunal, retomando lo que se venía exponiendo respecto de la certeza del daño resarcible, lo sostenido por SPIA en su alegato conclusivo en el sentido de que como, tanto en el dictamen pericial rendido por Delvasto & Echeverría Asociados, como en el rendido por JFK Ingeniería, se cuantificaron los perjuicios causados a SPIA con ocasión de los incumplimientos de los miembros de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS por ellos señalados allí, cuantificación que no fue cuestionada ni puesta en duda en ningún momento por ellos, ello es prueba del daño cierto. Esto no es contundente.

Tampoco es prueba del daño cierto que se busca como soporte a la reclamación de SPIA, que el valor de las reparaciones y reconstrucciones tasado en el dictamen de Delvasto & Echeverría Asociados, y el valor del reforzamiento estructural tasado por JFK Ingeniería por no haber sido puesto en duda por parte de los

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

miembros de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS en las correspondientes diligencias de contradicción de los dictámenes y por no haberse cuestionado los referidos montos, estos hacen prueba de la cuantía de los daños, por lo que, según la demandante en reconvención, al estar acreditado el incumplimiento del Contratista, y habiéndose -en su dicho- demostrado que dicho incumplimiento es la causa de los daños causados a SPIA, surge la obligación en cabeza de la Demandada en Reconvención de indemnizarla. Eso no está probado en el expediente y así no se aceptará.

Con fundamento en lo dicho las pretensiones 35ª y 36ª<sup>385</sup>, no proceden.

**9. Pretensión 37ª principal y su subsidiaria**

Debe entonces ahora el panel pronunciarse en lo que atañe con la aplicación y sus modalidades, de la Cláusula Penal convenida de acuerdo con lo expuesto en la pretensión 37ª principal y su subsidiaria, eventualmente<sup>386</sup>.

Desde ya deja sentado el panel, que comoquiera que la pretensión 37ª principal solicita la declaración de obligatoriedad de reconocimiento por parte de sus demandadas en reconvención, aparte y adicionalmente de lo que corresponde a cláusula penal, al monto e imposición de las multas ya decididas en acápite anterior, el panel se remite, en este segundo punto, a lo ya resuelto negativamente sobre tales multas, por lo que esta pretensión 37ª principal no prospera como está planteada.

Así las cosas, se estudiará la pretensión subsidiaria.

Se advirtió arriba, al revisar el concepto de las cláusulas penales que, en la adopción de ellas por las partes, estas mismas partes tasan y liquidan anticipadamente los perjuicios que se puedan causar en caso de incumplimiento del contrato, y en un proceso judicial no es necesario probar un perjuicio para exigir el pago de la compensación, pues esa compensación ya fue incluida en el contrato. Por tal razón, dijimos, al convenirse entre las partes del contrato el monto de ella no es menester probar los daños y perjuicios en el

---

<sup>385</sup> **Trigésima Quinta Pretensión:** Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, causaron daños y perjuicios a la Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. como consecuencia del incumplimiento del Contrato.

**Trigésima Sexta Pretensión:** Que se declare que Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, están obligados a pagar a la Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A., la indemnización de los perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento del Contrato.

<sup>386</sup> **Trigésima Séptima Pretensión:** Que se declare que la Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. tiene derecho al pago, **en adición a las multas contractuales**, de la Cláusula Penal contenida en la Cláusula 12.03 del Contrato, por parte de Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce, como consecuencia del incumplimiento del Contrato.

**Primera pretensión subsidiaria a la Trigésima Séptima Pretensión:** Que se declare que la Sociedad Puerto Industrial Aguadulce S.A. tiene derecho al pago de la Cláusula Penal contenida en la Cláusula 12.03 del Contrato, por parte de Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

proceso judicial; lo único que se debe probar es el incumplimiento.

En este específico punto, la parte Demandante solicita la aplicación al 100% del monto de la cláusula penal contenida en el contrato y su correspondiente declaración de procedencia, la cual corresponde al 10% del monto total del valor del contrato, mientras que la parte Demandada ha sostenido que como resultado de la suscripción del “Acta de Aceptación Final y de Terminación de Garantías” no quedaron puntos pendientes y que por ende el Contrato se cumplió a cabalidad y no hay lugar a compensaciones por ningún concepto.

Considera el Tribunal en este aspecto:

En capítulo anterior, al examinar los soportes legales y jurisprudenciales del manejo de una cláusula penal, teniendo en cuenta que, resaltamos, como al convenirse entre las partes del contrato el monto de ella no es menester probar los daños y perjuicios en el proceso judicial; lo único que se debe probar es el incumplimiento y revisando el Laudo COMCEL-CONEXEL del 12 de junio de 2015<sup>387</sup>, advirtió el panel que si se examina el Código de Comercio se aprecia que, en el mismo, para determinar si el monto de la cláusula es excesivo, debe tomarse en cuenta el interés que tenga el acreedor en que se cumpla la obligación.

Tendrá entonces por ello aquí especial trascendencia el comportamiento contractual expuesto y que tuvieron las partes en la flexibilización de las condiciones contractuales faciales del texto del contrato, resultado de sus actos propios, a fin de tratar de establecer ese interés que tuviera SPIA en el cabal cumplimiento de los incumplimientos que ahora reclama.

Coincidimos con dicho laudo con que es claro que el perjuicio probado que sufra el acreedor por el incumplimiento alegado sería un importante criterio relevante para determinar si el monto a fijarse por una compensación por cláusula penal sería excesivo, sin embargo, además de que la ley no lo limita al mismo y en razón a que, ya se dijo, para el panel no hay prueba de daño cierto que dé lugar siquiera al estudio del eventual perjuicio que se hubiere ocasionado, debe tomarse en cuenta ese interés mismo que puede tener el acreedor en el cumplimiento de la obligación para la tasación de la compensación por cláusula penal.

Desde esta perspectiva es evidente para el Tribunal que imponer el valor total de la cláusula penal en el presente caso, en el que se ha establecido la ausencia de incumplimientos esenciales y solo se puede hablar de la presencia de eventuales cumplimientos tardíos y/o defectuosos, implicaría reconocer una cláusula enorme. En efecto, es evidente la desproporción si se tiene en cuenta que la cláusula penal se aplicaría para el evento demostrado equivalente al incumplimiento total.

En dicho proveído se fijó como línea de pensamiento para estos asuntos que, para determinar el monto de la cláusula penal que debe aplicarse, deberá atenderse a criterios objetivos atados al interés de las partes y los elementos objetivos aportados al expediente que en desarrollo de la sana crítica pueda el juez tener como

---

<sup>387</sup> [2935 LAUDO - Biblioteca Digital https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle](https://bibliotecadigital.ccb.org.co/bitstream/handle/2935/LAUDO)



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

soporte para dicha modulación, por lo que encuentra el Tribunal que de acuerdo con la propia afirmación de la Demandante en reconvención los perjuicios que -según su decir- sufrió por daño emergente, establecidos en el Juramento estimatorio allegado con la demanda, ascendieron a un valor de COP\$9.317.064.774, más sus correspondientes intereses o actualización monetaria, elemento que hubiera podido ser un referente para lo que en este aspecto corresponde.

Desde esta perspectiva es claro para el Tribunal que el monto de la cláusula penal no podrá superar el valor de los perjuicios que SPIA afirma haber sufrido y que no probó, como tampoco sería de recibo que el valor de la cláusula penal a pagarse pueda ser igual al monto de tales alegados perjuicios, máxime cuando en el proceso no se probó que los hubiera sufrido, tal y como ya se expuso.

La determinación del monto de la cláusula penal que se solicita estará indefectiblemente atado a la prueba de los incumplimientos que endilga SPIA a su contratista éste cometió, su calidad, efectos en el desarrollo del contrato, oponibilidad etc., por lo que deberemos regresar a lo dicho en este capítulo respecto del literal a) de las pretensiones de la demanda arbitral de reconvención en lo que tiene que ver con la probanza de los mismos.

Como mecanismo para la determinación a efectuarse tomará el Tribunal el monto total del valor consagrado como cláusula penal en el clausulado del Contrato, como el 100% de compensación que correspondería al acaecimiento, para el caso, de un incumplimiento esencial, y con soporte en el acervo probatorio disponible buscar establecer, para cada incumplimiento probado, el porcentaje que cubriría del total de la cláusula penal convenida el impacto de tal probado incumplimiento, en la dimensión que se comprobó éste se diera: cumplimiento tardío o cumplimiento defectuoso oponible.

Se dijo respecto de los incumplimientos en la entrega de las construcciones que se reclama se declaren que, conforme lo probado y resultado de las disquisiciones y análisis legales efectuados por este panel y que allí se incorporan, se tendrá como probado que es oponible a los Constructores los días de demora acaecidos entre la fecha convenida y la probada en el expediente debería ella realizarse y la fecha en la que SPIA entró efectivamente en posesión, uso y usufructo de tales edificaciones, como elemento para determinar la duración efectiva de tales retrasos, para cada una de las edificaciones contratadas.

Así las cosas, procede entonces el panel a determinar tales términos:

Como elemento de referencia probado dentro del expediente, es el monto convenido que implicaría cada día de demora en la entrega de cada una de estas construcciones, el Tribunal así lo acatará como contrapeso de la ecuación a resolverse, obteniendo así el monto que costaría en bruto tal retraso de entrega así acordado.

Definido ese valor, corresponderá determinar, frente al valor total de lo contratado, qué porcentaje de éste significa ese monto para así obtener el impacto que él tendrá respecto del 100% de la cláusula penal en

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

modulación. Tal resultado arrojará el valor a reconocerse por este concepto a cargo de Los Contratistas para con SPIA.

Para efectos de la determinación de la modulación en curso se acomete inicialmente lo pertinente al impacto que en la cláusula penal tendrá los retrasos imputables a los Contratistas.

Para este propósito el Tribunal revisó los valores diferenciales asignados a cada una de las obras que fueron objeto de atraso, y, contra ellos determinó dependiendo de la duración del atraso el monto estimado que contra el valor del contrato ello significará:

DIAS DE RETRASO	OBRA	VALOR X DÍA 1 A 15 (OTRO SÍ 2)	VALOR POR DÍA 16 A 45	VALOR POR DÍA 46 O MÁS	RETARDO
8	SUBESTACION CRANE	\$ 3.150.000,00			\$ 25.200.000,00
75	TALLER DE MANTENIMIENTO	\$ 1.050.000,00	\$ 1.575.000,00	\$ 2.100.000,00	\$ 126.525.000,00
78	SUBESTACION PRINCIPAL	\$ 3.150.000,00	\$ 4.200.000,00	\$ 6.300.000,00	\$ 383.250.000,00
84	SUBESTACIÓN REEFER	\$ 3.150.000,00	\$ 4.200.000,00	\$ 6.300.000,00	\$ 446.250.000,00
45	BODEGA DE INSPECCIÓN ETAPA 1	\$ 3.150.000,00	\$ 4.200.000,00	\$ 6.300.000,00	\$ 169.050.000,00
132	BODEGA DE INSPECCIÓN ETAPA 2	\$ 3.150.000,00	\$ 4.200.000,00	\$ 6.300.000,00	\$ 723.450.000,00
168	BODEGA CFS ETAPA 1	\$ 3.150.000,00	\$ 4.200.000,00	\$ 6.300.000,00	\$ 950.250.000,00
86	BODEGA CFS ETAPA 2	\$ 3.150.000,00	\$ 4.200.000,00	\$ 6.300.000,00	\$ 433.650.000,00
TOTAL					\$ 3.257.625.000,00

Definido este primer valor encuentra el panel que, en el procedimiento descrito frente al valor del contrato este monto equivale al 5.98% de este.

Respecto del valor convenido como cláusula penal para el evento de un incumplimiento esencial (total) esto es \$5.449.303.182.3 el porcentaje de impacto en ella a condenarse a los demandados en reconvencción (5.98%) equivaldrá por concepto de ella ya así modulada a la suma de \$ 325.762.500,00 lo cual se reflejará en la parte resolutive de la presente providencia.

Continuando esta tarea se impone acometer lo relacionado con los alegados incumplimientos por: i) La desatención de las obligaciones de suministrar los equipos y materiales para la cumplida ejecución y terminación de las obras, ii) el incumplimiento de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS a su obligación de proporcionar el personal suficiente e idóneo, iii) los incumplimientos de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS de sus obligaciones de entregar obras de calidad y aptas para su correcto funcionamiento, iv) los errores de diseño de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS que impiden el apropiado funcionamiento y operación de las Edificaciones, v) el incumplimiento de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS a su obligación de garantizar la estabilidad de las obras, vi) el incumplimiento de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS al no seguir las instrucciones de la Interventoría, dijo ya el Tribunal respecto de su efectiva prueba, será lo resuelto en las pretensiones que resolvieron respecto de su declaración lo que se aplique en este instante para la modulación de la cláusula penal que se asume implementar ahora.

En este orden de ideas revisaremos el nivel de oponibilidad que cada uno de ellos se probó es aplicable en

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

contra de los Contratistas y definido ello se procederá, apoyados en las evidencias que obren en el expediente a fijar ese porcentaje que se le concederá en el impacto de cada uno de los incumplimientos probados respecto del 100% aplicable para ese convenio y ausente incumplimiento esencial, donde se aplicaría tal porcentaje en su totalidad, como se hizo para los retrasos de entrega ya estudiados.

Dijo el Tribunal para estas obligaciones que se endilgan como incumplidas por la demandante en reconvencción, para resolver sobre la existencia o no del incumplimiento, que tendrá que tener como ciertos los hechos que así lo indican por las razones que igualmente ya se anotaron.

Al intentar aplicar el procedimiento de modulación expuesto, se echa de menos por el panel la presencia de soporte probatorio que así lo permita, por lo que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, en ausencia de prueba de quien debería aportarla, para el efecto de la modulación, no es viable para el juez proceder a atender la petición de quien no atendió la citada carga probatoria.

Así las cosas, este grupo de pretensiones no será objeto de modulación.

- La desatención de las obligaciones de suministrar los equipos y materiales para la cumplida ejecución y terminación de las obras. (literal i)
- El incumplimiento de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS al no seguir las instrucciones de la Interventoría (literal vi). Sobre esto dijo ya el Tribunal respecto de su efectiva prueba, será lo ya decidido en las pretensiones que resolvieron respecto de su declaración, lo que se aplique en este instante para la modulación de la cláusula penal que se asume implementar ahora.

Como resultado de lo decidido en relación con lo resuelto en las pretensiones 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23, se estableció por el panel la existencia de sendos motivos para su no prosperidad como lo eran la falta de convicción que para éste implicó, sobre estos temas lo expuesto por los peritos, lo mismo que la obligación existente para los demandantes en reconvencción de asumir las consecuencias convenidas en la cláusula 7.18 del Contrato al suscribir el Acta final tantas veces mencionada, que se equipara a un finiquito.

Por esta razón los siguientes incumplimientos, independientemente de la prueba de su acaecimiento no le son hoy oponibles a los Constructores, lo que significará que tampoco serán tenidos en cuenta para la modulación ordenada en este Laudo.

Estos incumplimientos son:

- Los incumplimientos de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS de sus obligaciones de entregar obras de calidad y aptas para su correcto funcionamiento (literal iii).
- Los errores de diseño de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS que impiden el apropiado funcionamiento y operación de las Edificaciones (literal iv).

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

- El incumplimiento de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS a su obligación de garantizar la estabilidad de las obras (literal v).

Finalmente, en lo relativo a las sanciones reclamadas por concepto del incumplimiento de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS a su obligación de proporcionar el personal suficiente e idóneo, indicó el Tribunal al resolver lo propio, que las eventuales deficiencias en este aspecto que se pudieron haber presentado corresponderían al efecto de convenios previamente celebrados por parte de la Sociedad SPIA con las comunidades de la región, lo que implica de igual manera la inoponibilidad de ellos para las firmas constructoras.

Por lo dicho, este incumplimiento así reclamado tampoco será tenido en cuenta para la modulación ordenada.

Así las cosas, respecto de los incumplimientos demostrados, en la gama de tardíos y/o defectuosos, el Tribunal considera que ellos corresponden al 5.98% del monto de la cláusula penal acordada, y así lo declarará.

Con base en lo expuesto, esta pretensión 37<sup>a</sup>, subsidiaria, prospera parcialmente.

**10. Pretensiones declarativas relacionadas con el pago de intereses por parte de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS a SPIA**

Acomete el panel la decisión respecto de este grupo de pretensiones, principales y subsidiarias, las que, indistintamente del rubro de base sobre las que se plantean, comparten una unidad de construcción conceptual transversal a ellas, la cual a continuación se expone.

La pretensión 38<sup>a</sup>, y sus subsidiarias, tienen como eje común la manera como se le pide al Tribunal de tratamiento a las eventuales condenas que resultaren a favor de la demandante en reconvención, originadas en las pretensiones resueltas en acápites anteriores, en el sentido de establecer si respecto de ellas procede: i) intereses de mora, ii) intereses corrientes, o, iii) actualización monetaria respecto de cada una de ellas, causadas y liquidables, cada una de ellas, desde: a) la fecha de su generación, b) la fecha del proferimiento del laudo, o, c) la que el Tribunal considere.

Comoquiera que, tal y como se estableció en los acápites pertinentes, el Tribunal descartó las pretensiones relacionadas con la causación y compensación, por la vía del pago de perjuicios ocasionados por daños causados por los constructores y solo acató decretar el pago modulado, conforme las reglas que arriba se establecieron, de sumas pagaderas contra la cláusula penal acordada, será entonces igualmente resuelta la pretensión en estudio, teniendo en cuenta los parámetros, características y naturaleza jurídica la condena a imponerse por el concepto que prosperó.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Ya en capítulo anterior se indicaron las características de la cláusula penal conforme el ordenamiento legal aplicable, rescatando, para esta parte, lo que tiene que ver con la condición de ser ella, en principio, un pago indemnizatorio tasado por las partes con anterioridad.

Para los efectos que corresponde con el punto en estudio, observa el panel que las mismas partes convinieron la manera en que este tipo de penalidades, en lo que aplica, por supuesto, serán tratadas en el contrato y en sus consecuencias.

Dice la cláusula 13.02

*“Procedimiento para la aplicación de multas y clausula penal*

*Para la aplicación de las Multas y Clausula Penal respectivamente, se seguirá el procedimiento de reclamaciones del Contratante previsto en la Sección 14.02.”*

Nuevamente en aplicación de las normas de interpretación de los contratos, debe el Tribunal entender cómo, para el caso de la determinación y tasación de la cláusula penal, en los términos de la estipulación 14.02, deberán observarse los procedimientos “...de conformidad con los mecanismos previstos en este Contrato y en las Leyes Aplicables...”, esto es, se estará a lo que disponga el juez del contrato: el Tribunal arbitral.

En este entendido, la concreción de una condena restauradora o sancionatoria responde al ejercicio del juez que la declara, como consecuencia de la verificación hecha por él de la presencia en el expediente de pruebas de los hechos constitutivos de ella que para cada caso la ley exija, y solo una vez que ello ha acontecido, es que nace para el derecho la obligación de su atención y la obligación de honrar lo decidido por parte del destinatario de esa sanción.

Así las cosas, entiende el Tribunal, que las sumas que éste determine como a cargo de las sociedades demandadas en reconvención por los conceptos resueltos en tal sentido, son exigibles -conforme las reglas generales del proceso- solamente una vez adquiera firmeza la decisión que la adopta y no antes, toda vez que, se repite, hasta que el juez no consolida la existencia de esa obligación compensatoria o restaurativa, ella no nace a la vida jurídica.

Con fundamento en este razonamiento, cualquier condena que se profiera se concreta y por ende es exigible solo desde el momento en que ella se profiera por decisión del juez y en los términos que ella señale, no antes.

Consecuencia de lo dicho, no podría entonces considerarse la existencia de una situación de morosidad susceptible de sancionarse conforme a la ley, de una obligación que aún no nace a la vida jurídica para las partes, por lo que la eventual imposición de cargas propias de la mora será de aplicación solamente cuando ésta se hubiere consolidado como tal, todo, se reitera, en concordancia con lo resuelto por el juez que imponga

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

la sanción y determine el momento de su exigibilidad.

Así las cosas, la pretensión 38ª principal en estudio, no prospera en su integridad como se plantea por la inexistencia del presupuesto axiológico de la mora, conforme arriba se expuso, la que, al momento de la adopción de decisión en tal sentido, aún no se ha generado.

Esto sin perjuicio de que una vez la decisión fije los términos correspondientes para la honra y acatamiento de su contenido no sea acatada *in integrum*, pueda presentarse mora y solo desde allí, sería procedente su aplicación y pago conforme las disposiciones legales pertinentes contenidas en los arts. 884 y concordantes del C.de.Co.

Entrando el panel a revisar la pretensión primera subsidiaria, el razonamiento prácticamente es el mismo, con alguna modulación debido a lo que se entiende por “interés comercial”.

Es pacífica la academia al definirlo:

*“Se entiende como interés remuneratorio aquel interés que se cobra como rendimiento de un capital entregado a un tercero. Todo capital que se entrega en calidad de préstamo o crédito, debe generar un rendimiento, se debe obtener una remuneración por entregar ese capital para que un tercero lo disfrute. El inversionista o prestamista debe obtener un rendimiento, una remuneración por lo invertido o entregado en calidad de préstamo. **El interés remuneratorio es la ganancia que tiene el prestamista o inversionista.**”<sup>388</sup>*

El tema de los intereses remuneratorios o comerciales, para distinguirlos del interés legal que regula el Código Civil, está asociado a la retribución que se debe a quien ha entregado unos fondos a otro para que los utilice y le ha concedido un término para su retorno, básicamente un contrato de mutuo o asimilados, condición fáctica que para una condena indemnizatoria tasada previamente no encaja, pues ese deber retributivo no existe, por una parte y el monto de la retribución compensatoria anticipadamente tasada, que incorpora una cláusula penal, no contiene ese elemento de entrega de un activo de un sujeto a otro, que pueda dar lugar a un derecho a su retribución y/o utilidad, motivo por el cual, ontológicamente la causa generadora de esa retribución, aquí no existe.

Por lo expuesto, la pretensión subsidiaria primera a la 38ª, no prospera.

En la pretensión subsidiaria segunda a la 38ª, vuelve y se plantea petición de declaraciones en el sentido de que existen condiciones de mora, solo que computable desde diferente momento, para el pago de una condena que solo se concretaría conforme arriba se expuso y que ya se desechó.

---

<sup>388</sup> <https://www.gerencie.com/interes-remuneratorio-y-moratorio.html>

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Apoyados en los mismos razonamientos, advirtiendo que esta petición solamente modifica el momento del cómputo, esta pretensión segunda subsidiaria de la 38ª, no prospera.

A renglón seguido se plantea como primera subsidiaria a la segunda subsidiaria de la pretensión 38ª, petición idéntica a la primera subsidiaria de la misma 38ª -relativa a la imposición del pago de intereses comerciales sobre la condena- por lo que los argumentos utilizados para la definición de la pretensión subsidiaria primera a la 38ª son igualmente aplicables aquí, con el mismo resultado: se niega.

Como subsidiaria de esta primera subsidiaria de la segunda subsidiaria de la pretensión 38ª, se pide se declare que sobre las condenas que impongan se ordene una actualización monetaria desde el día siguiente a la fecha en que se profiera el laudo arbitral.

Este tipo de compensación monetaria, pese a que ya se ilustró antes, solo para este evento, se subraya, se ha entendido como aquel que no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente, cuando la pérdida del poder adquisitivo del signo monetario adquiere proporciones mayores, el nominalismo, como ya lo veremos, deja de ser una opción adecuada en términos de justicia y equidad.

El principio nominalista, indica que en las obligaciones pecuniarias el deudor se libera con la entrega de la suma nominal originalmente pactada, aún a pesar de que entre el momento de la celebración del acto jurídico y el de su cumplimiento haya tenido lugar un proceso inflacionario importante, con la consecuente disminución en el poder adquisitivo del dinero. Contrario a lo expuesto, se encuentra el Valorismo, denominado también Realismo, en el que se predica que el deudor sólo se libera de la obligación contraída pagando el valor económico real al momento del cumplimiento de la obligación, asumiendo el valor de la depreciación del dinero por el paso del tiempo. El Valorismo, requiere, necesariamente, de la utilización de mecanismos idóneos que permiten traer a valor presente el monto depreciado por el paso del tiempo. A este fenómeno se le conoce con el nombre de Corrección Monetaria, Actualización Económica o, simplemente, indexación.<sup>389</sup>

El panel arriba lo indicó, los valores correspondientes a las condenas generadas en la modulación de las sumas determinadas como desarrollo de la aplicación de la cláusula penal convenida, solo tienen fuerza coercitiva y son exigibles desde la ejecutoria de la decisión que los adopte y solo podrán dar lugar a la causación de intereses de mora al tenor de lo que dicha decisión judicial disponga, por lo que cualquier otro medio compensatorio que se solicita estará llamado a no prosperar.

---

<sup>389</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION 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

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Por ello, esta pretensión subsidiaria, no prospera.

**11. Costas, pretensión 39ª**

Debiendo ahora referirse el panel al contenido de la pretensión 39ª, solicitud de condena en costas, se remite al respecto al Capítulo X de este laudo.

**12. Pretensión 40ª, responsabilidad solidaria.**

Ya, respecto del contenido de la pretensión 40ª, en capítulo anterior, al referirse al entendimiento del Tribunal respecto de las menciones, pretensiones, excepciones, pruebas, documentos, testimonios y cualquiera otra actuación en la que se menciona la existencia, presencia, actuación, carga, deber u obligaciones a cargo del Consorcio Puerto Aguadulce (LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS) el panel señaló que era procedente entender que ello se refiere a la participación colectiva como responsables de obligaciones de varios protagonistas regulada por el art 825 del C.de.Co y se acogerá a la presunción que allí se consagra.

En atención a que esa presunción de solidaridad no se ha siquiera intentado desvirtuar por los afectados, tendrá entonces el panel como aplicable la prescripción normativa de la norma citada.

Por lo expuesto la pretensión 40ª prospera.

**PRETENSIONES DE CONDENA / DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

**13. Pretensión 41ª a 45.**

Es el momento de pronunciarse el Tribunal en relación con las pretensiones de condena (pretensiones 41ª a 45ª) contenidas en la demanda de reconvención en estudio.

En lo que corresponde a los soportes y motivaciones de este grupo de pretensiones el panel se apoyará fundamentalmente en lo ya expuesto al momento de resolverse las pretensiones 35ª a 40ª de la misma demanda en mención, en razón a que las condenas pedidas son consecuencia necesaria de las declaraciones que en tal sentido allí se hubieren proferido.

Inicia la pretensión 41ª, solicitando se condene a las demandadas en reconvención al pago del valor de la cláusula penal contenida en la cláusula 12.03 del contrato.

Sobre este punto ya el panel se pronunció arriba respecto de la modulación que tal sanción contractual tendrá, todo en atención a los preceptos regulatorios aplicables cuando los incumplimientos que activan el mecanismo propio de las cláusulas penales del tipo punitivo se completan y se está en presencia de cumplimiento defectuosos y/o tardíos de las obligaciones contraídas contractualmente, y no de un



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

incumplimiento esencial que permitiera la resolución del contrato por los motivos que en otro acápite del laudo ya también se expusieron.

Resuelto como ya está, que para el Tribunal está probado existió en este caso cumplimientos tardíos en la entrega de las obras contratadas, se condenará entonces a las sociedades demandadas al pago de las sumas que se liquidaron y tasaron con anterioridad bajo las reglas y parámetros que el panel indicó.

En tal sentido esta pretensión prospera parcialmente.

La pretensión 42ª presenta la solicitud de condena a la parte pasiva de esta demanda de reconvención, al pago de la suma que se encuentre probada a título de indemnización plena generada en los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato.

Sobre este punto, en la parte declarativa, el Tribunal señaló la ausencia en el proceso de los requisitos que la ley exige para la procedencia del resarcimiento vía perjuicio de daños causados al reclamante, motivo por el cual no habrá condena alguna ocasionada por una situación generadora que no se concretó.

En tal sentido la pretensión 42ª no prospera.

En la pretensión 43ª se pide al juez del proceso condene a las demandadas en reconvención al pago de intereses moratorios sobre las condenas que se le impongan, liquidados conforme a la ley desde la fecha en que se generó la obligación de pago de la condena, o desde la fecha que considere el Tribunal, y hasta su pago efectivo, en cualquiera de los dos supuestos que el panel considere aplicable.

Al resolverse la declaración atada a esta condena se indicó, según el criterio del panel, cuándo es derecho exigible por parte del acreedor la condena por concepto de cláusula penal punitiva modulada.

Si bien es cierto, conforme la doctrina, que en aplicación de los arts. 1615 y 1595 del CC, la indemnización de perjuicios -moratoria o compensatoria- solo puede pedirse a partir del momento en que el deudor se haya constituido en mora, y por ende, la pena que se le equipara no es exigible sino desde ese mismo momento, esta precisión es aplicable exclusivamente a la cláusula penal que tiene por acuerdo la vocación de sustituir esa condena en perjuicios, esto es la cláusula penal estimatoria, pero en tratándose de cláusulas penales punitivas estos momentos no aplican.<sup>390</sup>

Así las cosas, consecuentes con lo ya resuelto, se condenará a las demandadas en reconvención al pago de intereses moratorios sobre el monto de sus condenas individualizadas, a partir del día siguiente al que se fije en la parte resolutive deban ellas atenderse y hasta el momento de su pago efectivo.

En este sentido la pretensión 43ª, prospera, por lo que las subsidiarias planteadas respecto de ella, no se analizan.

Ya el Tribunal expresó su criterio en lo que a costas se refiere, como obligación de origen legal, por lo que las peticiones contenidas en la pretensión 44ª no las resolverá como petición de alguna de las partes, sino que

---

<sup>390</sup> Ricardo Uribe-Holguín, De las obligaciones y del contrato en general, Ed. Temis, 1982, pág. 138.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

la despachará conforme a derecho corresponda.

Finalmente, la pretensión 45ª, pese a que su redacción dice otra cosa, entiende en Tribunal, en desarrollo de su deber de interpretación de la demanda, tiene que ver con lo ya resuelto respecto de la aplicación del art. 825 del C.de Co y pretende se condene a los demandados en contrademanda a asumir las condenas que se les profieran de manera solidaria (no subsidiaria).

Reitera el panel lo dicho antes respecto a la inactividad de los demandados por desvirtuar la presunción de solidaridad que dicha regla mercantil incorpora cuando se asumen obligaciones por más de un deudor, razón por la cual así la acogerá y se condenará a la solidaridad en las condenas que se emitan a cargo de la parte pasiva de esta reconvención.

Por lo dicho, la pretensión 45ª, prospera.

**D. Las excepciones de fondo presentadas por la Demandante (Demandada en reconvención) a la demanda de reconvención.**

1. Inexigibilidad de las fechas máximas de entrega de que trata el anexo 4.03 del contrato, para 5 de las 6 edificaciones construidas, porque dicho anexo no está acorde con la fecha en que quedó en firme la licencia de construcción, tal como lo indica la cláusula 4.03 del contrato, la cual nunca fue modificada. El Tribunal se referirá más adelante en este Laudo a las mencionadas excepciones, de conformidad con el artículo 282 del Código General del Proceso.

La presente excepción se negará de conformidad con lo expuesto al resolver las pretensiones segunda a décimo segunda de la Demanda Principal.

2. Inexigibilidad de las fechas máximas de entrega de que trata el anexo 4.03 del contrato, porque la contratante no hizo el ajuste al plazo máximo de entrega de que trata el numeral 7.15 del contrato, por la ejecución de la orden de variación No. 5, la cual involucró actividades para las 6 edificaciones construidas, y superó el 14% del valor del contrato.

Proponen los Demandados en reconvención, como excepción de mérito, el atribuir a la Contratante las demoras de su parte en el cumplimiento de los plazos acordados para llevar las obras, al hecho de que el cronograma de obras se afectó debido a las obras, de que da cuenta la Orden de Variación número 5, en que cuantifica superan el 20 por ciento del volumen de la obra total, fueron las causantes de esta situación. Estas obras, como aparece de la dicha orden “han requerido de un tiempo considerable para su ejecución”, en lo que enfatiza el apoderado de los Convocantes.

La orden de variación, como surge del texto de la misma que obra en el expediente, con fecha del 30 de enero de 2017<sup>391</sup>, relaciona un listado de obras respecto de las cuales, en dicho documento, se solicita su cotización para efectos de contratación de obras adicionales y complementarias.

---

<sup>391</sup> Cuaderno de Pruebas. Pruebas presentadas con la demanda inicial. Prueba 14.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

No obstante, a renglón seguido en lo que denomina CONCEPTOS, se habla del “**reconocimiento**” de obras, **que se entiende ya fueron realizadas** y respecto de las cuales las partes, previa verificación, acuerdan en esta Acta el valor a reconocer a los Contratistas por las mismas, a lo que se procede en la “Orden” conforme lo indica el concepto 4.

Así las cosas, de su tenor literal, encuentra el Tribunal que no se trata, en estricto sentido de una variación, con el propósito de acordar nuevas obras sino del acuerdo de precio para cubrir el valor de obras ya ejecutadas. En este caso, es claro que, no se echa de menos para nada, la falta de un “plazo para llevarlas a cabo”, como lo propone la Contratista para desestimar el valor de la orden de variación, en tanto ya están ejecutadas y de lo que se trata es de acordar los valores de las mismas para ser reconocidas al Contratista.

Si de lo que se trata entonces, como lo sugiere el escrito, es de soportar “las demoras” achacándolas a las obras ya realizadas que se registran allí, no existe en el escrito, ni en ninguno complementario a este, ningún elemento que de base a su alegación, diferente a que, como lo señala en él se menciona “ han requerido de un tiempo considerable para su ejecución” sin detalle alguno al respecto, ni ningún contraste con las demoras que, conforme aparece en el expediente, detalladas por la Interventoría y se registran en el cuadro elaborado por el Tribunal al efecto contra la cual lo que se propone y dice no desvirtúan tampoco desde este extremo, la excepción propuesta, no pueden conducir al Tribunal a modificar el criterio expuesto en otros apartes de ese laudo, en el que se acoge el incumplimiento incurrido por los Contratistas en la ejecución de los trabajos a su cargo.

Recuérdese, de nuevo, lo que en extenso se ha puesto de presente en esta providencia: las obligaciones de la contratista, bajo el régimen del contrato de que en este proceso se trata, “llave en mano”, son de Resultado y, por otro lado, bajo esa misma consideración, la carga de llevar a cabo las obras y por ende lograr los trabajos contratados en los tiempos convenidos, es del contratista, así como la prueba de haberlo hecho de la forma pactada.

De otra parte, si bien, como se ha señalado, de acuerdo con el contrato, la parte contratante, cuando de ordenes de variación se trata ha de fijar el plazo de entrega, que, según la parte contratante no fue señalada por lo que le impidió cumplir, eso no empece a que, tal reclamo, no fue presentado en forma oportuna y, nuevamente, no puede ahora, ante esa falta, reclamarlo para señalar que no se pudo cumplir oportunamente por dicha razón. Se reitera, como aparece en esta providencia, en nada modifica la situación de incumplimiento del Constructor esta circunstancia puntual ocurrida con la orden de Variación numero 5 ni purga o mejora la situación general de la forma como el Constructor no dio cumplimiento a los distintos plazos acordados.

La presente excepción se negará de conformidad con lo expuesto, en concordancia con lo dicho al resolver las pretensiones segunda a décimo segunda de la Demanda Principal.

3. Excepción de contrato no cumplido/ inexigibilidad de las fechas máximas de entrega de que trata el anexo 4.03 del contrato, porque: 1) la contratante no entregó de manera completa y con las adecuaciones requeridas los terrenos para la construcción de las edificaciones en la fecha indicada en dicho anexo, taller de mantenimiento y bodegas CFS e Inspección, tal como lo indica la cláusula 4.03 del contrato, la cual nunca fue modificada. 2) la contratante no entregó de manera

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

oportuna las definiciones requeridas para hacer los ajustes a los diseños las subestaciones reefer y principal.

La presente excepción se negará de conformidad con lo expuesto al resolver las pretensiones segunda a décimo segunda de la Demanda Principal.

4. El riesgo sobre la disponibilidad del sitio para las obras es un riesgo en cabeza de la demandante en reconvención.

La presente excepción se negará de conformidad con lo expuesto al resolver las pretensiones segunda a décimo segunda de la Demanda Principal.

5. Improcedencia de la aplicación de la cláusula de multas una vez culminada la construcción de las edificaciones entregadas.

Para conceder esta pretensión el Tribunal encuentra aplicables las consideraciones hechas frente a la pretensión décima de la Demanda Principal y a las pretensiones trigésimo primera a trigésima cuarta de la Demanda de Reconvención.

6. La multa impuesta al contratista no cumplió el procedimiento previsto en el contrato.

Por otro lado, las mismas consideraciones hechas frente a la pretensión décima de la Demanda Principal y a las pretensiones trigésimo primera a trigésima cuarta de la Demanda de Reconvención le sirven de fundamento al Tribunal para negar esta excepción.

7. Ilegalidad de la aplicación de la cláusula de multas sin acudir al juez del contrato.

Esta excepción se declarará parcialmente tomando en cuenta las consideraciones realizadas al analizar la pretensión primera de la Demanda Principal.

8. Improcedencia de la cláusula penal, ante la inexistencia de obligación u obligaciones incumplidas.

Para negar esta excepción el Tribunal se estará a lo dispuesto al resolver la pretensión trigésima séptima subsidiaria de la Demanda Principal.

9. No existen perjuicios por indemnizar como efecto del supuesto incumplimiento del contrato por vicios ocultos de la construcción o defectos en la estabilidad de las obras ejecutadas.

La presente excepción se concede en virtud de las consideraciones hechas al resolver las pretensiones trigésima quinta y trigésima sexta de la Demanda de Reconvención.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

10. NO es obligación del contratista pagar los supuestos mayores costos por mayor permanencia en la obra por parte de la Interventoría, por pago realizado a HVM por los servicios contratados a través del Contrato SPIA-CI-IV- 2018-014 para cubrir los servicios adicionales de la Interventoría durante el tiempo adicional que LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS tomó para atender los defectos de las Edificaciones, pero además, el pago de los supuestos mayores costos no son imputables al demandado en reconvencción.

Observa el Tribunal que la presente excepción no hace referencia a pretensión alguna de la Demandante en Reconvencción, razón suficiente para despacharla desfavorablemente.

11. No era obligación del contratista la construcción del muro cuantificado en el hecho 110 de la reforma de la demanda.

Observa el Tribunal que la presente excepción no hace referencia a pretensión alguna de la Demandante en Reconvencción, razón suficiente para despacharla desfavorablemente.

## **IX. JURAMENTO ESTIMATORIO Y CONDUCTA DE LAS PARTES**

### **1. De los juramentos estimatorios**

El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la ley 1743 de 2014 dispone que, si la cantidad estimada bajo juramento excediere en un 50% la que resulte probada, se condenará a la parte a pagar al Consejo Superior de la Judicatura una suma equivalente al 10% de la diferencia entre la suma estimada y la probada. Dicha sanción será del 5% cuando quien hizo el juramento no demuestre los perjuicios.

De la exposición de motivos del Código General del Proceso, se desprende que la figura analizada fue creada con el fin de disuadir a las partes de un proceso de formular demandas temerarias o altamente infundadas y frenar aquellas expectativas desmedidas de ganancia de los litigantes como una muestra de claro abuso del derecho de litigar.

La norma contempla dos circunstancias que dan lugar a la sanción, ambas se abordan en el caso en el que el Juez entre a analizar los daños. La primera consiste en que, probado el detrimento, sea inferior a la suma estimada; y la segunda, que no se demuestre perjuicio alguno.

El primer caso es por exceso en la estimación en relación con lo que finalmente se prueba; el segundo, hace relación a la ausencia de prueba que amerita la denegación de pretensiones.

En ambos casos se considera que el litigante ha sido desmedido en su reclamación (bien porque prueba menos

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

de lo que pide o porque no prueba nada) y, por ende, debe ser sancionado.

En este punto es importante resaltar que en sentencia C-157 de 2013, al estudiar la constitucionalidad del párrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad condicionada, considerando que cuando la causa de la no satisfacción de la carga de la prueba de los perjuicios no era imputable a la parte que los había estimado, no había lugar a la sanción.

La razón de esa decisión fue que, para la Corte, en ese evento una sanción resultaría excesiva y desproporcionada frente al principio de la buena fe, al derecho de acceder a la administración de justicia y al debido proceso.

Si precisamente uno de los propósitos del juramento estimatorio es evitar la existencia de temeridad en la reclamación formulada, mal puede sancionarse a una parte que no ha mostrado mala fe en la estimación de los perjuicios cuya indemnización se persigue, tal y como acontece en este caso.

Y si bien dicha consideración se previó solamente para el caso de falta de demostración del daño, encuentra el Tribunal una regla consistente en que cuando la diferencia entre la estimación y lo probado ocurre a pesar del obrar diligente de la parte, no hay lugar a la sanción. Frente a supuestos fácticos que no difieren de fondo, mal puede entrar a hacerse consideraciones que arrojen resultados diferentes.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones el Tribunal entrará a analizar los juramentos estimatorios obrantes en el proceso.

1. El juramento estimatorio hecho en la Demanda Principal.

En el presente caso, la cuantía estimada en la de la Demanda Principal fue de **TRES MIL QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$ 3.566.559.000)** y las condenas a favor del Convocante ascienden a la suma de **DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES CIEN MIL DOSCIENTOS SESENTA PESOS (\$2.955.100.260)**.

Por lo tanto, se observa que la estimación juramentada de la Demanda inicial está dentro del rango permitido en el artículo 206 del CGP y por tanto no hay lugar a sanción alguna.

2. El juramento estimatorio hecho en la Demanda de Reconvención.

En el caso de la Demanda de Reconvención la estimación juramentada resulta inferior a las condenas que se impondrán, sin embargo, es importante tener en cuenta que ello no es consecuencia de un actuar temerario al momento de formular las pretensiones, como tampoco se observa descuido, negligencia o mala fe en el actuar de la Demandante en Reconvención.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

Por el contrario, esta desplegó una diligente actividad probatoria, adjuntando, entre otros, varios dictámenes periciales. A pesar de ello el Tribunal no encontró prueba suficiente de la existencia de los perjuicios por las circunstancias que han quedado plasmadas en apartes anteriores del Laudo pero que no están relacionadas con descuido alguno de la parte.

Es por esta razón que, a pesar de que la suma estimada bajo juramento por el Demandante en Reconvención en la reforma de la demanda de reconvención excede en más de un 50% la suma a la cual será condenada la Demandada en Reconvención, no habrá lugar a proferir la condena prevista en el inciso cuarto del Código General del Proceso, pues, se reitera, el Tribunal no advierte una conducta temeraria de esa parte, que deba ser sancionada.

## **2. La conducta de las partes**

Como se analiza en el siguiente numeral de este Laudo, de la conducta desplegada por las partes no se desprende temeridad o mala fe en la estimación realizada bajo cada uno de los juramentos.

El artículo 280 del Código General del Proceso, que refiere al contenido de las sentencias, establece en el aparte final del primer inciso que “[e]l juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las Partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas”. Por su parte, el artículo 241 del citado estatuto procesal, señala que “el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes”.

Al respecto, el Tribunal pone de presente que, a lo largo del Proceso las Partes y sus respectivos apoderados obraron con pleno apego a la ética y a las prácticas de buena conducta procesal que eran de esperarse de unas y de otros, motivo por el cual no cabe censura o reproche alguno en esa materia y, tampoco, la deducción de indicios en su contra.

## **X. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO**

Teniendo en cuenta que algunas de las pretensiones formuladas prosperan y otras apenas parcialmente, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, el Tribunal se abstendrá de proferir condena en costas.

Hay que recordar que dicha norma enseña que en aquellos casos en que las pretensiones no prosperan en su totalidad el juez, motivando su decisión, podrá abstenerse de condenar en costas o imponer una condena parcial.

En este caso, considera el Tribunal que no hay lugar a imponer condena en costas en el presente asunto, toda vez que, como se dijo, hay pretensiones tanto de la demanda inicial como de la reconvención que no

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

prosperan, a lo cual debe agregarse que las excepciones igualmente tendrán éxito parcial, todo lo cual, para el Tribunal, tanto cualitativa como cuantitativamente, hace que no exista condena en costas y así se dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

**XI. DECISIÓN**

En mérito de los antecedentes y consideraciones antes expuestos, el Tribunal Arbitral instalado para decidir en derecho las diferencias surgidas entre **AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S.** y **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO. DECLARAR** no probadas las excepciones de caducidad y prescripción propuestas por la Convocada **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO. DECLARAR** no probadas las excepciones de “1. *Procedencia de la aplicación unilateral de las multas contractuales y del ejercicio del derecho de retención pactado contractualmente*; 2. *procedencia de las multas impuestas a CPA -LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS incumplió sus obligaciones bajo el Contrato*; 3. *Inexistencia e improcedencia de los perjuicios alegados por LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS*; 4. *Inexistencia de responsabilidad de SPIA respecto de los perjuicios alegados por LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS*; 5. *excepción de contrato no cumplido*; 6. *genérica*”, propuestas por la convocada **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO. DECLARAR** probadas las excepciones denominadas “1. *Inexistencia de nulidad absoluta por objeto ilícito de los apartes invocados en la Pretensión Segunda de la Demanda -las Cláusulas 5.02 (iii), 12.02, 14.02 del Contrato, Segunda del Otrosí No. 3 y párrafo de la cláusula primera del Acuerdo de Desembolso Parcial satisfacen todos los requisitos legales de validez*; 2. *las disposiciones contractuales que LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS pretende se declaren nulas o dejen de aplicarse son producto de las negociaciones y acuerdos libres y mutuos de las partes*; 3. *improcedencia de la interpretación planteada por LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS en su demanda sobre el plazo contractual -LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS está obligado por los plazos de entrega pactados en el Anexo 4.03 del*



**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*Otrosí 2 del Contrato; 4. la suscripción de los Otrosí es No. 1 y No. 2, desvirtúan las situaciones con base en las cuales el Contratista pretende excusar sus incumplimientos a los plazos contractuales; 5. SPIA cumplió todas sus obligaciones contractuales -inexistencia de un atraso material que fuera contabilizado en las multas contractuales atribuible a la fecha de entrega de los terrenos; 6. SPIA no tenía una obligación de ajustar los plazos contractuales en razón de las órdenes de variación; 7. improcedencia del reconocimiento de un plazo adicional por los rediseños de la Subestación Reefer y de la Subestación Principal; 8. LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS pretende desconocer sus propios actos; 9. LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS pretende beneficiarse de su propia culpa; 10. compensación”, propuestas por la convocada **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

**CUARTO. NEGAR** las pretensiones segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena y undécima de la demanda principal de las Convocantes **AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO. DECLARAR** que prospera parcialmente la pretensión primera de la demanda principal de las Convocantes **AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y con las precisiones allí efectuadas por el Tribunal.

**SEXTO. DECLARAR** que prosperan la pretensión décima y pretensión subsidiaria a la pretensión undécima de la demanda principal de las Convocantes **AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SÉPTIMO. CONDENAR** a la **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.** a restituir a **AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S** la suma de **DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$2.392.600.000)** dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia.

**OCTAVO. CONDENAR** a la **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.** a pagar a **AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S** la suma de **QUINIENTOS SESENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS MIL DOSCIENTOS SESENTA PESOS (\$562.500.260)** correspondiente a la indexación de la suma ordenada en el numeral **SÉPTIMO**, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia.

**NOVENO. DECLARAR** probadas las excepciones de “1. *Improcedencia de la aplicación de la cláusula de multas una vez culminada la construcción de las edificaciones entregadas. 2. No existen perjuicios por indemnizar como efecto del supuesto incumplimiento del contrato por vicios ocultos de la construcción o defectos en la estabilidad de las obras ejecutadas.*” y parcialmente la excepción de “3. *Ilegalidad de la*

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

*aplicación de la cláusula de multas sin acudir al juez del contrato”* propuestas por las Convocantes y Demandadas en reconvención **AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**DÉCIMO: DECLARAR** no probadas las excepciones de “1.*Inexigibilidad de las fechas máximas de entrega de que trata el anexo 4.03 del contrato, para 5 de las 6 edificaciones construidas, porque dicho anexo no está acorde con la fecha en que quedó en firme la licencia de construcción, tal como lo indica la cláusula 4.03 del contrato, la cual nunca fue modificada;* 2. *Inexigibilidad de las fechas máximas de entrega de que trata el anexo 4.03 del contrato, porque la contratante no hizo el ajuste al plazo máximo de entrega de que trata el numeral 7.15 del contrato, por la ejecución de la orden de variación No. 5, la cual involucró actividades para las 6 edificaciones construidas, y superó el 14% del valor del contrato;* 3. *Excepción de contrato no cumplido/ inexigibilidad de las fechas máximas de entrega de que trata el anexo 4.03 del contrato, porque: 1) la contratante no entregó de manera completa y con las adecuaciones requeridas los terrenos para la construcción de las edificaciones en la fecha indicada en dicho anexo,: taller de mantenimiento y bodegas CFS e Inspección, tal como lo indica la cláusula 4.03 del contrato, la cual nunca fue modificada. 2) la contratante no entregó de manera oportuna las definiciones requeridas para hacer los ajustes a los diseños las subestaciones reefer y principal;* 4. *El riesgo sobre la disponibilidad del sitio para las obras es un riesgo en cabeza de la demandante en reconvención;* 5. *La multa impuesta al contratista no cumplió el procedimiento previsto en el contrato;* 6. *Improcedencia de la cláusula penal, ante la inexistencia de obligación u obligaciones incumplidas;* 7. *No es obligación del contratista pagar los supuestos mayores costos por mayor permanencia en la obra por parte de la Interventoría, por pago realizado a H MV por los servicios contratados a través del Contrato SPIA-CI-IV- 2018-014 para cubrir los servicios adicionales de la Interventoría durante el tiempo adicional que LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS tomó para atender los defectos de las Edificaciones, pero además, el pago de los supuestos mayores costos no son imputables al demandado en reconvención;* 8. *No era obligación del contratista la construcción del muro cuantificado en el hecho 110 de la reforma de la demanda.”*, propuestas por la Convocante y Demandada en reconvención **AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**DÉCIMO PRIMERO. NEGAR** las pretensiones décimo tercera, décimo cuarta, décimo quinta, décimo sexta, décimo séptima, décimo octava, décimo novena, vigésima, vigésima primera, vigésimo quinta, vigésimo sexta, trigésima primera, trigésima segunda, trigésima tercera, primera pretensión subsidiaria a la trigésima tercera pretensión, trigésima cuarta, trigésima quinta, trigésima sexta, trigésima séptima, trigésima novena, cuadragésima segunda y las subsidiarias de la cuadragésima tercera, cuadragésima cuarta pretensión de la demanda de reconvención formulada por la Convocada y Demandante en reconvención **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y con las precisiones allí efectuadas por el Tribunal.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

**DÉCIMO SEGUNDO. DECLARAR** que prospera parcialmente la pretensión primera, la primera pretensión subsidiaria a la trigésima séptima pretensión, cuadragésima primera de la demanda de reconvencción de la **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y con las precisiones allí efectuadas por el Tribunal.

**DÉCIMO TERCERO. DECLARAR** que prospera la pretensión segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, decima, décima primera, décimo segunda, vigésimo segunda, vigésimo tercera, vigésimo cuarta, vigésimo séptima, vigésimo octava, vigésima novena, trigésima, trigésima octava, cuadragésima, cuadragésima tercera y cuadragésima quinta de la demanda de reconvencción de la **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y con las precisiones allí efectuadas por el Tribunal.

**DÉCIMO CUARTO. CONDENAR** a **AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S** a pagar a la **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.** la suma de **TRESCIENTOS VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$325.762.500)** correspondiente a la suma resultada de la moderación de la cláusula penal, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia. **CONDENAR** a **AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S** a pagar a la **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.** a pagar intereses de mora una vez vencido el plazo establecido en este numeral.

**DÉCIMO QUINTO. DECLARAR** que opera la compensación alegada por la **SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.** hasta por el monto de **TRESCIENTOS VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS (\$325.762.500)**. desde la ejecutoria del presente laudo

**DÉCIMO SEXTO. SIN COSTAS** a cargo de ninguna de las partes, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**DÉCIMO SÉPTIMO. DECLARAR** que no prospera la tacha por sospecha formulada respecto del testigo **HORACIO PENNACCHIOTTI**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

**DÉCIMO OCTAVO. DECLARAR** causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria. El Presidente procederá, en el momento procesal definido en el Reglamento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal, y a devolver el remanente a las partes en proporciones iguales, quienes entregarán a los Árbitros y la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada una de ellas.

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

**DÉCIMO NOVENO. ORDENAR** el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y de la Secretaria.

**VIGÉSIMO. ENTREGAR** para su archivo el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012, en la oportunidad procesal correspondiente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

La anterior decisión se notificó en audiencia.



**MANUEL ANTONIO VILLA HINOJOSA**  
Presidente



**HERNÁN DE JESÚS SANÍN POSADA**  
Árbitro



**RAFAEL GUILLERMO BERNAL GUTIÉRREZ**  
Árbitro



**LILIANA OTERO ÁLVAREZ**  
Secretaria

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

**I. ANTECEDENTES**

1. Partes procesales y representantes:
  - a) Parte Convocante (demandada en Reconvención).
  - b) Parte Convocada (demandante en Reconvención).
2. El Contrato origen de las controversias.
3. La cláusula compromisoria.
4. Trámite del proceso arbitral.
  - a. Indicación de la cuantía y juramento estimatorio.
  - b. La demanda arbitral.
  - c. Los árbitros.
  - d. Instalación.
  - e. Admisión de la demanda.
  - f. Contestación de la demanda.
  - g. Demanda de Reconvención.
  - h. Contestación reforma de la demanda de Reconvención.
  - i. Traslados contestaciones y objeción a los juramentos estimatorios.
  - j. Audiencia de fijación de honorarios y gastos del proceso.
  - k. Primera Audiencia de Trámite.
    - l. Etapa probatoria.
  - m. Alegatos. Audiencia de Laudo.
  - n. Audiencias.
  - o. Control de legalidad.
5. Término del proceso.

**II. PRESUPUESTOS PROCESALES**

- a. Demanda en forma.
- b. Competencia.
- c. Capacidad.

**III. LA CONTROVERSIA**

1. La demanda
  - a. Las pretensiones
  - b. Los Hechos
2. Contestación de la demanda
3. Demanda de Reconvención
  - a. Las pretensiones
- A. "Pretensiones declarativas

**TRIBUNAL ARBITRAL DE  
AVILA S.A.S y HAPIL INGENIERÍA S.A.S  
Vs.  
SOCIEDAD PUERTO INDUSTRIAL AGUADULCE S.A.**

- a) Pretensiones declarativas relacionadas con los incumplimientos del Contrato por parte de Hapil Ingeniería S.A.S. y Ávila S.A.S., como miembros del Consorcio Puerto Aguadulce
- b) Pretensiones declarativas relacionadas con la imposición de multas contractuales por parte de SPIA
- c) Pretensiones declarativas relacionadas con los perjuicios generados a SPIA y la Cláusula Penal prevista en el Contrato
- d) Pretensiones declarativas relacionadas con el pago de intereses por parte de LOS CONSTRUCTORES/CONTRATISTAS a SPIA

**B. Pretensiones de condena**

- b. Los Hechos

**4. Contestación de la demanda de Reconvención**

**IV. ACÁPITE PROBATORIO**

**1. Pruebas decretadas y practicadas.**

- a. Pruebas documentales.
- b. Testimonios.
- c. Exhibición de documentos.
- d. Dictámenes periciales.
- e. Interrogatorios de parte.
- f. Declaración de parte.

**2. Alegatos**

**V. ASPECTOS DE DECISIÓN PREVIA**

**VI. DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN LA CONTROVERSIA Y LAS CUESTIONES A RESOLVER**

**VII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

**DEL DESARROLLO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER**

**VIII. LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL**

**IX. JURAMENTO ESTIMATORIO Y CONDUCTA DE LAS PARTES**

**X. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO**

**XI. DECISIÓN**