TRIBUNAL ARBITRAL

EMGESA S.A. E.S.P. (hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P.)
Demandante y Demandada en Reconvención

CONTRA

Las sociedades integrantes del **CONSORCIO IMPREGILO – OHL (IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.- hoy Grupo ICT II S.A.S- y OHL COLOMBIA Ltda. – hoy OHL COLOMBIA S.A.S.**)
Demandadas y Demandantes en Reconvención

AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.
Demandada

SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.
Llamada en garantía

Radicación 122485

LAUDO ARBITRAL

ÍNDICE

I – PARTES Y SU REPRESENTACIÓN 4
II – ASEGURADORA LLAMADA EN GARANTÍA 5
III – ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO 6
A. Solicitud de convocatoria y conformación del Tribunal Arbitral 6
B. Instalación del Tribunal Arbitral, admisión y notificación de la demanda 7
C. Contestación de la Demanda, Demanda de Reconvención y Llamamiento en Garantía 7
D. Reforma de la demanda y su contestación 9
E. Reforma de la demanda de reconvención y su contestación 9
F. Fijación de honorarios 10
G. Primera Audiencia de Trámite 10
H. Práctica de las Pruebas 10
I. Alegatos Finales 19
J. Término de duración del Proceso 20
IV - SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA 21
A. La demanda arbitral 21
B. Las contestaciones de la demanda reformada y el llamamiento en garantía a SEGUREXPO 33
C. La demanda de reconvención 38
D. La contestación de la demanda de reconvención reformada 57
VI – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL 57
A. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES 57
B. ASPECTOS PROBATORIOS 62
B.1. Recusación de algunos peritos 62
B.2. Exhibición por parte de EMGESA 64
B.3. Exhibición de Moreno Vargas 65
C. LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA 69
C.1. Lo argumentado por los excepcionantes 70
C.2. Elementos de la cosa juzgada 74
C.3. El contrato de transacción contenido en el *Addendum* 17 y la demanda de EMGESA 77
C.4. Conclusión sobre la excepción de cosa juzgada 105
D. EL CONTRATO CELEBRADO, OBLIGACIONES ADQUIRIDAS Y BASES TEÓRICAS DE EVENTUALES RESPONSABILIDADES 106
E. LAS PRETENSIONES FUNDADAS EN EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL CONSORCIO DE LAS GARANTÍAS DE CALIDAD Y ESTABILIDAD DE LA OBRA 138
E.1. La pretensión indemnizatoria del daño emergente 146
E.2. La pretensión relativa al lucro cesante 203
E.3. Las pretensiones sobre variaciones importantes en las cantidades de obra (VICO) 217
E.4. Las pretensiones declarativas y de condena concernientes al pago de la cláusula penal por el incumplimiento del Consorcio 218
E.4. Conclusiones en torno a la valoración probatoria de los dictámenes cuyos peritos fueron recusados 225
F. EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR EL CIO 227
F.1. Cosa juzgada/transacción 227
F.2. Excepciones de ineptitud de la demanda 227
F.3. Excepciones relacionadas con las Variaciones Importantes de Cantidades de Obra (VICO), cláusula penal y el lucro cesante 229
F.4. Las excepciones que invocan el principio de buena fe y la culpa de EMGESA 229
F.5. La inaplicabilidad del art. 2060 del Código Civil 232

F.6. Inaplicabilidad de la garantía contractual de estabilidad de la Presa 234
F.7. Improcedencia de la indemnización del supuesto daño emergente del contrato suscrito con el Consorcio M&M 236
F.8. Improcedencia de la indemnización de los costos directos (contratos suscritos entre EMGESA, Ingetec y AF Consult) 237
F.9. Cobertura de la póliza de estabilidad contratada por el Consorcio: cualquier pago se encuentra a cargo de la aseguradora, y compensación 238
F10. Enriquecimiento injustificado a costa del CIO y cobro de lo no debido 238
F11. Excepción de Contrato no cumplido 239
F12. Análisis de las restantes excepciones y conclusión general 241
G. LAS PRETENSIONES FORMULADAS POR EMGESA RESPECTO DE AXA COLPATRIA Y EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A SEGUREXPO 242
G.1. Aspectos generales del seguro de cumplimiento y del amparo de estabilidad de la obra. Régimen jurídico aplicable. 250
G.2. La Póliza de Cumplimiento No. 8001039835. Su existencia y su validez. Referencia al coaseguro. 263
G.3. El amparo de estabilidad de la obra incorporado en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 8001039835 269
G.4. La imputabilidad de los hechos al CIO como primer presupuesto para el análisis del mérito de las pretensiones de EMGESA respecto de las compañías aseguradoras 274
G.5. La excepción de ausencia de cobertura propuesta por AXA COLPATRIA 275
G.6. Conclusión respecto de las pretensiones declarativas formuladas por EMGESA en contra de AXA COLPATRIA 285
H. LAS PRETENSIONES DE INTERESES Y CORRECCIÓN MONETARIA DE EMGESA 287
I. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN IMPETRADA POR EL CIO CONTRA EMGESA291
I.1. Pretensiones relativas a los intereses moratorios derivados del *Addendum* No. 17 292
I.2. Pretensiones relativas a las cantidades de obra ejecutadas y no pagadas 323
I.3. Pretensiones comunes a las pretensiones principales y a las pretensiones subsidiarias 348
J. LA PRETENSIÓN DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO 355
VII – CONDUCTA DE LAS PARTES 356
VIII – JURAMENTO ESTIMATORIO 356
IX – COSTAS 358
X – DECISIÓN 363
A. Sobre las pretensiones de la demanda reformada de EMGESA: 363
B. Sobre las excepciones formuladas respecto de la demanda de EMGESA: 367
C. Sobre el llamamiento en garantía formulado por AXA COLPATRIA a SEGUREXPO: 368
D. Sobre las pretensiones de la demanda de reconvención reformada de las sociedades integrantes del CIO: 368
E. Sobre las excepciones formuladas frente a la demanda de reconvención: 371
F. De la compensación: 372
G. Sobre la pretensión de liquidación del Contrato CEQ-21: 372
H. Sobre el juramento estimatorio: 373
I. Sobre costas del proceso: 373
J. Sobre aspectos administrativos: 373

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede este Tribunal Arbitral a proferir el Laudo que pone fin a la actuación procesal surtida entre **EMGESA S.A. E.S.P. (hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P.)**, como parte Convocante, y las sociedades integrantes del **CONSORCIO IMPREGILO – OHL** (conformado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.- hoy Grupo ICT II S.A.S- y OHL COLOMBIA S.A.S.**) y **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.,** parte Convocada, con la participación de **SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.**, como llamada en garantía.

I – PARTES Y SU REPRESENTACIÓN

1. Las Partes son personas jurídicas plenamente capaces, y han acreditado en legal forma su existencia y representación, así:

1.1. **Parte Convocante:** La Convocante es EMGESA S.A. E.S.P. (hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P.) - en adelante la Convocante, Demandante, EMGESA o ENEL-, empresa de servicios públicos de naturaleza privada según consta en la certificación expedida por su representante legal[1], identificada con el NIT. 860.063.875-8, domiciliada en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por el doctor John Jairo Huertas Amador en su condición de Representante Legal para Asuntos Judiciales y Administrativos, la cual fue absorbida por ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P.

1.2. **Parte Convocada:** La Convocada está integrada por:

1.2.1. Las sociedades integrantes del CONSORCIO IMPREGILO – OHL – en adelante el Consorcio o el CIO -, conformado mediante documento privado del 23 de noviembre de 2010, a saber:

(I) **GRUPO ICT II S.A.S.** - en adelante GRUPO ICT II -, que absorbió mediante fusión a la sociedad IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., sociedad por acciones simplificada constituida mediante documento privado del 17 de diciembre de 2009,

1 EXPEDIENTE DIGITAL. PRINICPAL NO. 06. FOLIO 523.

identificada con el NIT. 900.329.889-9, domiciliada en la ciudad de Bogotá, y representada legalmente por el señor Giovanmaria Salari.

(II) **OHL COLOMBIA S.A.S.**, antes OHL COLOMBIA LTDA., - en adelante OHL - sociedad por acciones simplificada constituida mediante escritura pública No. 5995 del 17 de diciembre de 2008 de la Notaría 36 de Bogotá, identificada con el NIT. 900.268.605-1, domiciliada en la ciudad de Bogotá, y representada legalmente por el señor José María Pérez Lasheras.

1.2.2. **AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.** – en adelante AXA COLPATRIA -, sociedad anónima de carácter privado constituida mediante escritura pública No. 120 del 30 de enero de 1959 de la Notaría 9 de Bogotá, identificada con el NIT. 860.002.184-6, domiciliada en la ciudad de Bogotá, y representada legalmente por la señora Paula Marcela Moreno Moya en su condición de Representante Legal para Asuntos Judiciales y Administrativos o Policivos.

2. En ejercicio del derecho de postulación procesal actúan por la Convocante y por la Convocada sus correspondientes apoderados judiciales, de conformidad con los poderes especiales que constan en el expediente digital[2] y a quienes en su oportunidad se les reconoció personería.

II – ASEGURADORA LLAMADA EN GARANTÍA

3. AXA COLPATRIA llamó en garantía a SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. - en adelante SEGUREXPO -, sociedad anónima constituida mediante escritura pública No. 326 del 30 de enero de 1962 de la Notaría 3 de Bogotá, identificada con el NIT. 860.009.195-9, domiciliada en la ciudad de Bogotá, y representada legalmente por la señora María Juana Herrera Rodríguez.

4. En ejercicio del derecho de postulación procesal actúa por la llamada en garantía su apoderada judicial, de conformidad con el poder especial que consta en el expediente digital[3] y a quien en su oportunidad se le reconoció personería.

2 Convocante: EXPEDIENTE DIGITAL. PRINCIPAL 04. FOLIOS 190 a 193. OHL: EXPEDIENTE DIGITAL. PRINCIPAL 01. Archivo 04 Instalación. Grupo ICT II: EXPEDIENTE DIGITAL. PRINCIPAL 01. archivo 04 Instalación. Axa Colpatria: EXPEDIENTE DIGITAL. PRINCIPAL 01. archivo 01 Designación de Árbitros. PRINCIPAL 08. FOLIOS 275 a 282.

3 EXPEDIENTE DIGITAL. PRINCIPAL 02. FOLIOS 302 a 303. PRINCIPAL 08. FOLIOS 292 a 294.

III – ANTECEDENTES Y TRÁMITE DEL PROCESO

A. Solicitud de convocatoria y conformación del Tribunal Arbitral

5. La demanda fue presentada el 29 de mayo de 2020 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

6. Las diferencias sometidas al conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del Contrato CEQ – 21 - en adelante el Contrato-, mediante el cual el **CIO** *"se obligó a realizar la construcción de las obras civiles principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo de acuerdo con lo expuesto en los Documentos que forman parte del Contrato especificados en la cláusula sexta".*

7. La Cláusula Compromisoria invocada por la Convocante consta en la Cláusula Décima Quinta del Contrato, que es del siguiente tenor:

> *"**CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA. CLÁUSULA COMPROMISORIA:** Salvo en lo referente a acciones que puedan adelantarse por la vía ejecutiva y lo referente a medidas cautelares para la protección de los derechos de propiedad industrial o intelectual de EMGESA, toda diferencia o controversia que surja entre las partes a causa del presente Contrato en relación directa o indirecta con el mismo, se resolverá en primer término mediante mecanismos de arreglo directo tales como la negociación directa o conciliación. En el evento en que las partes no lleguen a un acuerdo dentro del término de treinta (30) días contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas haga una solicitud con el fin de resolver las controversias o diferencias suscitadas entre las partes, tales diferencias o controversias se resolverán por un tribunal de arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo con las siguientes reglas: (1) El tribunal estará integrado por tres árbitros designados de común acuerdo por las partes y, en su defecto, por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; (2) la organización interna, las tarifas y honorarios del tribunal se sujetarán a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; (3) el tribunal funcionará en Bogotá D.C., en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de esta ciudad y (4) el tribunal decidirá en derecho".*

8. Para garantizar el cumplimiento del Contrato, AXA COLPATRIA en coaseguro con SEGUREXPO expidió la póliza de cumplimiento No. 8001039835, en la que el tomador y afianzado es el CIO, y EMGESA es la beneficiaria.

9. Las partes designaron de común acuerdo como árbitros principales a los doctores Arturo Solarte Rodríguez, José Fernando Ramírez Gómez y Hernando Yepes Arcila,

quienes aceptaron oportunamente la designación y dieron cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012.

B. Instalación del Tribunal Arbitral, admisión y notificación de la demanda

10. El Tribunal se instaló en Audiencia celebrada el 30 de julio de 2020 a la que asistieron las partes y la Procuradora 144 Judicial II Asuntos Administrativos. En esta audiencia se designó como Presidente al doctor José Fernando Ramírez Gómez y como Secretaria a la doctora Andrea Atuesta Ortiz, quien, habiendo dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, tomó posteriormente posesión de su cargo. Así mismo, en esta providencia se fijó como lugar de funcionamiento y secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá ubicado en la Calle 76 No. 11-52.

11. Mediante escrito del 3 de agosto de 2020, la Procuradora 144 Judicial II Asuntos Administrativos, solicitó la desvinculación del Ministerio Público de este trámite por carecer de facultad legal para intervenir en el mismo, dada la naturaleza jurídica de las partes. Mediante providencia del 18 de agosto de 2020, se resolvió tener por no vinculado al Ministerio Público en este trámite arbitral (Acta No. 2 - Auto No. 3).

12. El Tribunal admitió la demanda mediante providencia del 30 de julio de 2020 (Acta No. 1), decisión que, como consecuencia del recurso de reposición presentado por las demandadas, fue revocada mediante auto del 18 de agosto de 2020, y, en su lugar, se inadmitió la demanda y se le concedió a la Convocante el término de cinco (5) días para subsanarla (Acta No. 2 – Auto No. 3). Corregidos oportunamente los defectos que fueron advertidos, mediante providencia del 31 de agosto de 2020 (Acta No. 3 – Auto No. 4), el Tribunal admitió la demanda, corrió traslado de la misma, ordenó la notificación del auto admisorio a las sociedades demandadas, y determinó que el presente trámite se sujetará al Reglamento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

13. El 1 de septiembre de 2020 se les notificó a las sociedades demandadas el auto admisorio de la demanda.

C. Contestación de la Demanda, Demanda de Reconvención y Llamamiento en Garantía

14. El 28 de septiembre de 2022, GRUPO ICT II y OHL contestaron en tiempo la demanda, formularon excepciones de mérito, objetaron el juramento estimatorio, solicitaron el decreto y práctica de pruebas, y presentaron demanda de reconvención.

15. El 29 de septiembre de 2020, AXA COLPATRIA contestó en tiempo la demanda, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio, solicitó el decreto y práctica de pruebas, y presentó llamamiento en garantía a SEGUREXPO.

16. El Tribunal inadmitió la demanda de reconvención y el llamamiento en garantía mediante providencias del 8 de octubre de 2020 (Acta No. 4 - Autos Nos. 5 y 6). Corregidos oportunamente los defectos que se advirtieron, mediante providencia del 15 de octubre de 2020 (Acta No. 5 – Autos Nos. 8 y 9), el Tribunal admitió la demanda de reconvención y el llamamiento en garantía a SEGUREXPO, corrió el traslado, y ordenó las notificaciones correspondientes.

17. El 16 de octubre de 2020 se notificó a SEGUREXPO el auto admisorio del llamamiento en garantía.

18. EMGESA interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda de reconvención. Mediante providencia del 4 de noviembre de 2020, previo traslado del recurso presentado, el Tribunal confirmó el auto recurrido (Acta No. 7 – Auto No. 11).

19. El 17 de noviembre de 2020, SEGUREXPO contestó oportunamente el llamamiento en garantía y la demanda, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó el decreto y la práctica de pruebas.

20. El 4 de diciembre de 2020, EMGESA contestó en tiempo la demanda de reconvención, formuló excepciones de mérito, objetó el juramento estimatorio y solicitó el decreto y práctica de pruebas.

21. Mediante providencia del 11 de diciembre de 2020 se corrió el traslado correspondiente de las excepciones y la objeción al juramento estimatorio formuladas en las contestaciones de las demandas presentadas. Adicionalmente se corrió el traslado a AXA COLPATRIA de las excepciones propuestas en la contestación del llamamiento en garantía, y a GRUPO ICT II y OHL de las excepciones y la objeción al juramento estimatorio formuladas en la contestación de la demanda de reconvención (Acta No. 9 – Auto No. 16). La Convocante y las demandadas OHL y GRUPO ICT II allegaron sendos escritos descorriendo el traslado correspondiente.

D. Reforma de la demanda y su contestación

22. El 19 de enero de 2021 EMGESA reformó la demanda arbitral, que fue inadmitida por el Tribunal mediante providencia del 29 de enero de 2021 (Acta No. 12 – Auto No. 20). Subsanados oportunamente los defectos advertidos por el Tribunal, mediante providencia del 15 de febrero de 2021 (Acta No. 13 - Auto No. 22) se admitió la demanda reformada y corrió el respectivo traslado.

23. El auto admisorio de la demanda reformada fue recurrido por el CIO. Mediante providencia del 4 de marzo de 2021, previo el traslado correspondiente, el Tribunal confirmó la providencia recurrida (Acta No. 14 – Auto No. 24).

24. El 7 de abril de 2021, AXA COLPATRIA contestó oportunamente la demanda reformada, formuló excepciones de mérito, solicitó el decreto y la práctica de pruebas, objetó el juramento estimatorio, y formuló llamamiento en garantía a SEGUREXPO. En esta misma fecha el CIO y SEGUREXPO contestaron la demanda reformada, formularon excepciones de mérito, solicitaron el decreto y práctica de pruebas, y objetaron el juramento estimatorio.

25. Mediante providencia del 12 de abril de 2021 (Acta No. 16 – Auto No. 26) el Tribunal admitió el llamamiento en garantía a SEGUREXPO y corrió el traslado correspondiente. El 10 de mayo de 2021 SEGUREXPO contestó el llamamiento en garantía, propuso excepciones de mérito y solicitó el decreto y la práctica de pruebas.

26. Mediante providencia del 13 de mayo de 2021, se corrió traslado de la objeción al juramento estimatorio y de las excepciones de mérito propuestas en las contestaciones de la demanda reformada, así como de las excepciones formuladas en la contestación del llamamiento en garantía (Acta No. 17 – Auto No. 28), término dentro del cual EMGESA se pronunció sobre el particular y solicitó pruebas adicionales.

E. Reforma de la demanda de reconvención y su contestación

27. El 7 de julio de 2021 el CIO reformó la demanda de reconvención, que fue admitida por el Tribunal mediante providencia del 26 de julio de 2021 (Acta No. 20 – Auto No. 31).

28. El auto admisorio de la demanda de reconvención reformada fue recurrido por EMGESA. Mediante providencia del 4 de marzo de 2021, previo el traslado correspondiente, el Tribunal confirmó la providencia recurrida (Acta No. 21 – Auto No. 32).

29. El 10 de septiembre de 2021, EMGESA contestó oportunamente la demanda de reconvención reformada, formuló excepciones de mérito, solicitó el decreto y la práctica de pruebas y objetó el juramento estimatorio.

30. Mediante providencia del 16 de septiembre de 2021, se corrió traslado de la objeción al juramento estimatorio y de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda de reconvención reformada (Acta No. 22 – Auto No. 34), término dentro del cual el CIO se pronunció sobre el particular.

F. Fijación de honorarios

31. En audiencia celebrada el 29 de octubre de 2021, considerando que las partes no solicitaron la realización de la Audiencia de Conciliación, se fijaron las sumas correspondientes a los honorarios y gastos del Tribunal (Auto No. 37 – Acta No. 25), que fueron consignadas por las partes y SEGUREXPO dentro de la oportunidad legal.

G. Primera Audiencia de Trámite

32. El 7 de diciembre de 2021 inició la Primera Audiencia de Trámite (Acta 28). En esta fecha, previo control de legalidad, el Tribunal asumió competencia para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre las Partes de que dan cuenta: (i) la demanda reformada y sus contestaciones; (ii) la demanda de reconvención reformada y su contestación, y (iii) el llamamiento en garantía y su contestación. El 26 de enero de 2022 continuó la Primera Audiencia de Trámite, fecha en la que el Tribunal solicitó a los intervinientes algunas aclaraciones de sus solicitudes probatorias. El 22 de febrero de 2022 el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por los intervinientes (Acta 30 – Auto No. 44). Mediante providencia proferida en esta misma fecha, en atención a las solicitudes presentadas por algunos de los intervinientes, el Tribunal aclaró el auto que decretó las pruebas. En consecuencia la Primera Audiencia de Trámite finalizó el 22 de febrero de 2022.

H. Práctica de las Pruebas

33. Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente manera:

Documentales:

34. Se ordenó tener como pruebas documentales, con el valor que la ley les asigna:

34.1. Las aportadas por EMGESA junto con:

(i) La demanda inicial, las cuales obran en el expediente digital en las carpetas: *01 122485 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA – AMAZON* y *01 122485 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA INICIAL 01 06 2020 FOLIO 1*.

(ii) La demanda reformada, las cuales obran en el expediente digital en la carpeta *09 122485 PRUEBAS No. 1 PBS REFORMA DEMANDA - FOLIO 132*.

(iii) La contestación de la demanda de reconvención inicial, las cuales obran en el expediente digital en la carpeta *06 122485 PRUEBAS No. 1 PBS CONT. RECONVENCIÓN - FOLIO 129*.

(iv) El escrito mediante el cual descorrió el traslado de las excepciones propuestas en las contestaciones de la demanda reformada, las cuales obran en el expediente digital en la carpeta 15 122485 PRUEBAS 1 TRASLADO EXCEPCIONES CONT REF DDA FOLIO 138.

(v) El escrito mediante el cual descorrió el traslado de las objeciones al juramento estimatorio formuladas en las contestaciones de la demanda reformada, las cuales obran en el expediente digital en la carpeta *16 122485 PRUEBAS 1 TRASLADO OBJECION JURAMENTO CONT REF DDA FOLIO 139*.

34.2. Las aportadas por el CIO junto con:

(i) La contestación de la demanda inicial, las cuales obran en el expediente digital en la carpeta *02 122485 PRUEBAS No. 1 PBS CONTESTACIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 2*.

(ii) La demanda de reconvención inicial, las cuales obran en el expediente digital en la carpeta *03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3*.

(iii) El escrito mediante el cual descorrieron el traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda de reconvención incial, las cuales obran en el expediente digital en la carpeta *07 122485 PRUEBAS No. 1 Pruebas CIOHL Traslado excepciones - FOLIO 130*.

(iv) La contestación de la demanda reformada, las cuales obran en el expediente digital en la carpeta *13 122485 PRUEBAS NO. 1 CONTESTACIÓN REFORMA DEMANDA IMPREGILO Y OHL - FOLIO 136*.

(v) La demanda de reconvención reformada, las cuales obran en el expediente digital en la carpeta *20 122485 PRUEBAS 1 PRUEBAS REFORMA RECONVENCION FOLIO 143*.

34.3. Las aportadas por AXA COLPATRIA junto con:

(i) La contestación de la demanda inicial, las cuales obran en el expediente digital a folios 4 a 80 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

(ii) La contestación de la demanda reformada, las cuales obran en el expediente digital en la carpeta *12 122485 PRUEBAS NO. 1 CONTESTACIÓN REFORMA DEMANDA AXA COLPATRIA - FOLIO 135*.

34.4. Las aportadas por SEGUREXPO junto la contestación de la demanda inicial, las cuales obran en el expediente digital a folios 81 a 128 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Ratificación de Documentos

35. En las siguientes audiencias se llevó a cabo la ratificación de documentos solicitada por Emgesa:

a. El 15 de junio de 2022 (Acta 47): (i) Informe denominado “Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo – Downstream face of main dam”, suscrito por Ulrich Hegg. (ii) Informe denominado “Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo – Colombia”, suscrito por Ulrich Hegg. (iii) Informe denominado “Fenomeni osservati sulla diga principale e sulle opere ad essa connesse al termine delle operazioni di invaso”, suscrito por Ulrich Hegg.

b. 2 de agosto de 2022 (Acta 50): Documento denominado “ATENCION RECLAMO PROYECTO EL QUIMBO.CONTRATO CEQ-21”, suscrito por el señor Daniel Flórez Pérez.

36. EMGESA desistió de la ratificación de los siguientes documentos: (i) Informe denominado “Estabilidad de la microsílica en almacenamiento”, suscrito por Sandra L.

Rodríguez (Acta 41 – Auto No. 57); (ii) Documento denominado "informe geológico, geotécnico e hidrogeológico relativos al túnel de drenaje profundo GD-2", realizado por la sociedad Swiss|Geo|Tech (Acta 41 – Auto No. 57); (iii) Documento denominado "Reporte No. 5 – Compilado", realizado por la sociedad DeSimone Consulting Engineers (Acta 41 – Auto No. 57); y (iv) Documento denominado "REPORTE FINAL", suscrito por los señores Germán E. Pedraza y Carlos A. Garcés (Acta 43 – Auto No. 59).

Interrogatorio y Declaración de Parte

37. El 10 de mayo de 2022 se recibió el interrogatorio y la declaración de parte del representante legal de EMGESA – hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P. – (Acta 32). Esta declaración fue rendida por John Jairo Huertas Amador, en su condición de representante de ENEL, sociedad que conforme manifestó su representante absorbió a EMGESA. El Tribunal dispuso que con esta declaración se entendía surtido el testimonio de John Jairo Huertas Amador. La grabación y la transcripción de esta declaración se incorporaron al expediente digital en la carpeta que obra a folio 154 del Cuaderno de Pruebas 1, con la advertencia de que las transcripciones no sustituyen la grabación, que constituye el registro de las declaraciones practicadas.

38. El 11 de mayo de 2022 se recibió el interrogatorio del representante legal de OHL (Acta 33). La grabación y la transcripción de esta declaración se incorporaron al expediente digital en la carpeta que obra a folio 166 del Cuaderno de Pruebas con la advertencia de que las transcripciones no sustituyen la grabación, que constituye el registro de las declaraciones practicadas.

39. El 12 de mayo de 2022 se recibió el interrogatorio y la declaración de parte del representante legal de GRUPO ICT II (Acta 34). Esta declaración fue rendida por Giovanmaria Salari, en su condición de representante de GRUPO ICT II. En consecuencia, el Tribunal dispuso que con esta declaración se entendía surtido el testimonio de Giovanmaria Salari. En esta misma fecha se surtió el interrogatorio de parte de AXA COLPATRIA. La grabación y la transcripción de estas declaraciones se incorporaron al expediente digital en la carpeta que obra a folio 156 del Cuaderno de Pruebas con la advertencia de que las transcripciones no sustituyen la grabación, que constituye el registro de las declaraciones practicadas.

40. Se aceptó el desistimiento de la declaración de parte de AXA COLPATRIA (Acta 32 – Auto No. 49), así como del interrogatorio de parte de SEGUREXPO y de la declaración de parte de OHL (Acta 33 – Auto No. 50).

Testimonios

41. Se recibieron los testimonios decretados así:

TESTIGO	FECHA DE LA DECLARACIÓN
JORGE NUÑEZ FAJRE	16 de mayo de 2022
JULIO ALFONSO SANTAFÉ RAMOS	16 y 17 de mayo de 2022
FABIO AMAYA REY	17 de mayo de 2022
LEONARDO AUGUSTO NIÑO GARZÓN	18 de mayo de 2022
FRANCESCO STOPPONI	18 de mayo de 2022
LUIS SALVADOR BUSTAMANTE	19 de mayo de 2022
CESAR AUGUSTO OJEDA YEPES	24 de mayo de 2022
RICARDO RIVEROS PURATIC	31 de mayo de 2022
CAMILO MARULANDA E.	7 de junio de 2022

42. En relación con las transcripciones incorporadas al expediente el Tribunal advirtió que ellas no sustituyen la grabación, que constituye el registro de la declaración practicada.

43. Se aceptaron los desistimientos de los testimonios de: Álvaro Adrián Gamboa Cantor, Andrés Alberto Rodríguez Escribano, Luis Felipe Bohórquez (Acta 39 – Auto No. 55), Rider Andrés Sánchez Caicedo, Jean Pierre López Guerra, Edmundo Gonzalo Jaramillo Bastidas, Diego Guerrero Carvajal, Bayardo Materon, Michael Hendron, Gabriel Fernández, Daniel Cañas, William Ruiz Mogollón, Nicolás Ordoñez, Marino Valentini, Kelly Cuellar, Jordan Rujana, Calixto Rojas Jorge Armando Forero Garzón (Acta 40 – Auto No. 56), Marlon Andrés Londoño Diago, Héctor Hernández Ospina (Acta 41 – Auto No. 57), Stefano Chechi (Acta 42 – Auto No. 58), Lorenzo Figoni (Acta 48 – Auto No. 62), y Daniel Flores Pérez (Acta 50 – Auto No. 64).

44. Se agregaron al expediente los documentos aportados por los testigos: Jorge Núñez Fajre (folio 157 del Cuaderno de Pruebas), Fabio Amaya Rey (folio 158 del Cuaderno de Pruebas), y Francesco Stopponi (folio 159 del Cuaderno de Pruebas)

Dictámenes Periciales

45. La Parte Convocante allegó los siguientes dictámenes periciales, que fueron decretados como prueba por el Tribunal:

a. Dictamen Pericial Técnico en Ingeniería Civil y Proyectos elaborado por la firma **EXPONENT**, que obra en el expediente digital en la subcarpeta *3. Dictamen pericial en ingeniería civil y proyectos* que se encuentra dentro de la carpeta *09 122485 PRUEBAS No. 1 PBS REFORMA DEMANDA - FOLIO 132*.

b. Dictamen Pericial Técnico Sistema Mayorista de Energía elaborado por la Ingeniera **CARMENZA CHAHÍN ÁLVAREZ**, que obra en el expediente digital en la subcarpeta *4. Dictamen pericial técnico sistema mayorista de energía* que se encuentra dentro de la carpeta *09 122485 PRUEBAS No. 1 PBS REFORMA DEMANDA - FOLIO 132*. Para la contradicción del dictamen, el 9 de junio de 2022 se recibió la declaración de la perito. La grabación de esta diligencia y la correspondiente transcripción obran en el expediente digital en la carpeta a folio 164 de las Pruebas.

c. Dictamen Pericial Técnico de contradicción elaborado por la firma **EXPONENT**, decretado como prueba pericial únicamente respecto de los aspectos que constituyen una contradicción de los siguientes dictámenes: (i) el allegado el 12 de marzo de 2021 por las sociedades integrantes del CIO suscrito por los peritos Rafael Basso y Ulrich Werner Hegg de la firma Lombardi Ingeniería S.R.l.; (ii) el que allegó AXA COLPATRIA el 12 de marzo de 2021 suscrito por Carlos Andrés Turizo Rico; y (iii) el de ECOINSA allegado el 7 de abril de 2021 por SEGUREXPO.

46. El CIO allegó los siguientes dictámenes periciales, que fueron decretados como prueba por el Tribunal:

a. Dictamen Pericial Técnico en Ingeniería Civil y Proyectos, aportado el 12 de marzo de 2021, elaborado por la firma **LOMBARDI INGENIERÍA S.R.L.**, que obra en el expediente digital en la carpeta *11 122485 PRUEBAS NO. 1 DICTAMENES RAFAEL BASSO Y ULRICH WERNER HEGG APORTADOS CONSORCIO IOHL FOLIO 134*.

b. Dictamen Pericial de contradicción al dictamen de **EXPONENT**, aportado el 15 de junio de 2021, elaborado por la firma **LOMBARDI INGENIERÍA S.R.L.**, que obra en el expediente digital en la carpeta *18 122485 PRUEBAS 1 CIOHL DICTAMEN CONTRADICCION LOMBARDI FOLIO 141*.

c. Dictamen Pericial de contradicción al dictamen de mercado de sistema mayorista de energía de **CARMENZA CHAHÍN ÁLVAREZ**, aportado el 9 de agosto de 2021, elaborado por la firma **ENERSINC S.A.S.**, que obra en el expediente digital

en la carpeta *22 122485 PRUEBAS 1 DICTAMEN ENERSINC (APORTADO CIOHL) FOLIO 145*.

d. Dictamen Pericial sobre asuntos Contables y Financieros elaborado por la firma **C&C GOLD S.A.S.**, que obra en el expediente digital en la carpeta *21 122485 PRUEBAS 1 DICTAMEN C&C GOLD REFORMA RECONVENCION FOLIO 144*.

47. AXA COLPATRIA allegó los siguientes dictámenes periciales, los cuales fueron decretados como prueba por el Tribunal:

a. Dictamen Pericial Técnico, aportado el 12 de marzo de 2021, elaborado por **CARLOS ANDRÉS TURIZO**, que obra en el expediente digital en la carpeta *10 122485 PRUEBAS NO. 1 DICTAMEN CARLOS ANDRÉS TURIZO APORTADO POR AXA COLPATRIA FOLIO 133*.

b. Dictamen Pericial de contradicción al dictamen de **EXPONENT**, aportado el 15 de junio de 2021, elaborado por la firma **FEC SUR AMERICA S.A.S**, suscrito por **Carlos Andrés Turizo R.**, que obra en el expediente digital en la carpeta *19 122485 PRUEBAS 1 AXA COLPATRIA DICTAMEN CONTRADICCION FORENSIC ENGINEERING FOLIO 142*.

48. SEGUREXPO allegó los siguientes dictámenes periciales, que fueron decretados como prueba por el Tribunal:

a. Dictamen Pericial Técnico elaborado por la firma **ECOINSA CONSULTORÍA EN INDEMNIZACIONES Y RECLAMACIONES S.A.S.**, suscrito por **Daniel Flórez Pérez**, que obra en el expediente digital en la carpeta *14 122485 PRUEBAS No. 1 DICTAMEN ECOINSA (aportado por Segurexpo) FOLIO 137*.

b. Dictamen Pericial de contradicción al dictamen de **EXPONENT**, elaborado por **GONZALO LOZANO TRIANA**, que obra en el expediente digital en la carpeta *17 122485 PRUEBAS 1 SEGUREXPO DICTAMEN DE CONTRADICCION GONZALO LOZANO FOLIO 140*.

49. En relación con las experticias, de oficio el Tribunal decretó (Acta 53 – Auto No. 67):

(i) La ampliación del dictamen rendido por **CARMENZA CHAHÍN ÁLVAREZ**, ampliación que fue rendida por la perito e incorporada al expediente en la carpeta *43 122485 PRUEBAS 1 AMPLIACION DICTAMEN CARMENZA CHAHIN 19 SEPT 2022 FOLIO 166*.

(ii) La aclaración de las experticias rendidas por **LOMBARDI INGENIERÍA S.R.L.,** aclaración que fue rendida por el perito e incorporada al expediente en la carpeta *44 122485 PRUEBAS 1 ACLARACION DICTAMEN LOMBARDI 20 SEPT 2022 FOLIO 166*.

50. Mediante providencia del 27 de septiembre de 2022 (Acta 54 – Auto No. 69) se pusieron en conocimiento de los intervinientes la ampliación del dictamen de **CARMENZA CHAHÍN ÁLVAREZ** y la aclaración de las experticias de **LOMBARDI INGENIERÍA S.R.L.** En el término del traslado, la Convocante solicitó la comparecencia a audiencia del perito **LOMBARDI INGENIERÍA S.R.L.**, la cual fue posteriormente desistida (Acta 55).

Declaraciones de los peritos

51. Para la contradicción de los dictámenes se recibieron las declaraciones de los peritos así:

a. El 9 de junio de 2022 se recibió la declaración de la perito **CARMENZA CHAHÍN ÁLVAREZ** y del perito **ENERSINC S.A.S.** La grabación de esta diligencia y la correspondiente transcripción obran en el expediente digital en la carpeta a folio 164 del Cuaderno de Pruebas.

b. Los días 13 y 14 de junio de 2022 se recibió la declaración del perito **EXPONENT**. La grabación de esta diligencia y la correspondiente transcripción obran en el expediente digital a folio 164 del Cuaderno de Pruebas.

c. Los días 15 y 17 de junio de 2022 se recibió la declaración del perito **LOMBARDI INGENIERÍA S.R.L.** La grabación de esta diligencia y la correspondiente transcripción obran en el expediente digital a folio 164 del Cuaderno de Pruebas.

d. El 21 de junio 2022 se recibió la declaración del perito **C&C GOLD S.A.S**. La grabación de esta diligencia y la correspondiente transcripción obran en el expediente a folio 164 del Cuaderno de Pruebas.

e. El 2 de agosto 2022 se recibió la declaración del perito **ECOINSA CONSULTORÍA EN INDEMNIZACIONES Y RECLAMACIONES S.A.S**. La grabación de esta diligencia y la correspondiente transcripción obran en el expediente a folio 165 del Cuaderno de Pruebas.

f. El 4 de agosto 2022 se recibió la declaración del perito **GONZALO LOZANO TRIANA**. La grabación de esta diligencia y la correspondiente transcripción obran en el expediente a folio 165 del Cuaderno de Pruebas.

g. El 9 de agosto 2022 se recibió la declaración del perito **CARLOS ANDRÉS TURIZO y de FEC SUR AMERICA S.A.S**. La grabación de esta diligencia y la correspondiente transcripción obran en el expediente a folio 165 del Cuaderno de Pruebas.

Exhibiciones

52. Se practicó la exhibición de documentos por parte de GRUPO ICT II y OHL. Se incorporaron al expediente los documentos seleccionados por EMGESA de esta exhibición de documentos, los cuales obran a folio 150 del Cuaderno de Pruebas.

53. Se practicó la exhibición de documentos por parte de EMGESA (hoy ENEL). Se incorporaron al expediente los documentos seleccionados por el CIO y SEGUREXPO de esta exhibición de documentos junto con las traducciones allegadas por SEGUREXPO, los cuales obran a folios 149 y 152 del Cuaderno de Pruebas.

54. Se practicó la exhibición de documentos por parte de ECOINSA. Se incorporaron al expediente los documentos seleccionados por el CIO de esta exhibición de documentos, los cuales obran a folio 147 del Cuaderno de Pruebas.

55. Se practicó la exhibición de documentos por parte de MAPFRE. Se incorporaron al expediente los documentos seleccionados por el CIO y SEGUREXPO de esta exhibición de documentos, los cuales obran a folios 147, 149 y 151 del Cuaderno de Pruebas.

56. Se practicó la exhibición de documentos por parte de MORENO VARGAS y MASSEQ PROYECTOS E INGENIERÍA. Se incorporaron al expediente los documentos seleccionados por el CIO de esta exhibición de documentos, los cuales obran a folios 147 y 151 del Cuaderno de Pruebas.

57. Se practicó la exhibición de documentos por parte de INGETEC. Se incorporaron al expediente los documentos seleccionados por SEGUREXPO de esta exhibición de documentos, los cuales obran a folios 148 y 153 del Cuaderno de Pruebas.

58. Mediante providencia del 31 de agosto de 2022 se tuvieron por concluidas las exhibiciones de documentos (Acta 53 – Auto No. 66).

Prueba por Informe

59. Se recibieron los siguientes informes decretados de oficio por el Tribunal (Acta 53 – Auto 67 y Acta 59 – Auto 75):

    (i) Informe por parte del Consorcio M&M, el cual se incorporó al expediente en la carpeta *45 122485 PRUEBAS 1 INFORME CONSORCIO M&M 20 SEPT 2022 FOLIO 167*.

    (ii) Informes por parte del INGETEC, los cuales se incorporaron al expediente en la carpeta 46 122485 PRUEBAS 1 INFORME INGETEC 20 SEPT 2022 FOLIO 168 y en la carpeta 48 122485 PRUEBAS 1 INFORME INGETEC 9 FEB 2023 FOLIO 170.

60. Mediante providencia del 27 de septiembre de 2022 (Acta 54 – Auto No. 69) se corrió traslado a los intervinientes del informe rendido por el Consorcio M&M y del informe de INGETEC del 20 de septiembre de 2022. En el término del traslado SEGUREXPO presentó solicitudes de aclaración y complementación, las cuales fueron decretadas y rendidas por el Consorcio M&M e INGETEC (Acta 55 – Auto No. 70). Las aclaraciones y complementaciones se incorporaron al expediente en la carpeta *47 122485 PRUEBAS 1 ACLARACIONES INFORMES INGETEC Y M&M 19 OCT 2022 FOLIO 169*.

61. Mediante providencia del 13 de febrero de 2023 (Acta 60 – Auto No. 76) se corrió traslado a los intervinientes del informe rendido por INGETEC el 9 de febrero de 2023, quienes no hicieron manifestación alguna.

I. Alegatos Finales

62. Mediante providencia del 15 de noviembre de 2022, previo control de legalidad, el Tribunal dispuso el cierre de la etapa probatoria y señaló fecha y hora para la Audiencia de Alegatos de Conclusión (Acta 57 – Auto No. 73), la cual fue modificada mediante providencia del 31 de enero de 2023 (Acta 58 – Auto No. 74).

63. El 7 de marzo de 2023 se surtió la Audiencia de Alegatos de Conclusión, actuación ésta en la que los apoderados de los intervinientes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron la versión escrita de los mismos, los cuales forman parte del expediente. En esta misma oportunidad, el Tribunal fijó la fecha para la lectura de la parte resolutiva del Laudo.

J. Término de duración del Proceso

64. El término de duración del presente proceso, por mandato del artículo 10 del Decreto 491 de 2022, norma que se encontraba vigente para la fecha en que culminó la Primera Audiencia de Trámite y empezó a transcurrir el término del Tribunal, es de ocho (8) meses, y su cómputo inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, esto es, el día 22 de febrero de 2022. Dicho término fue prorrogado a solicitud de los apoderados de las partes, expresamente facultados para el efecto, por un periodo de seis (6) meses más (Acta 53 del 31 de agosto de 2022).

65. A dicho término, por mandato del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 en concordancia con el artículo 10 del Decreto 491 de 2022, norma esta última que se encontraba vigente para la fecha en que culminó la Primera Audiencia de Trámite y empezó a transcurrir el término del Tribunal, deben adicionarse los ciento cincuenta (150) días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido por solicitud de las partes, como se precisa a continuación:

AUTO	FECHAS	DÍAS HÁBILES SUSPENDIDOS
Auto No. 47 del 22 de febrero de 2022	Entre el 23 de febrero de 2022 y el 24 de abril de 2022, ambas fechas inclusive.	40
Auto No. 62 del 17 de junio de 2022	Entre el 1 y el 10 de julio de 2022, y a partir del 12 de julio y hasta el 31 de julio de 2022, ambas fechas inclusive.	18
Auto No. 65 del 9 de agosto de 2022	Entre el 17 y el 30 de agosto de 2022, ambas fechas inclusive.	10
Auto No. 67 del 31 de agosto de 2022	Entre el 1 y el 19 de septiembre de 2022, ambas fechas inclusive.	13
Auto No. 73 del 15 de noviembre de 2022	Entre el 23 de noviembre de 2022 y el 27 de enero de 2023, ambas fechas inclusive.	46
Auto No. 78 del 7 de marzo de 2023	Entre el 8 de marzo y el 12 de abril de 2023, ambas fechas inclusive.	23
	TOTAL DÍAS HÁBILES SUSPENDIDOS	**150**

66. En consecuencia, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 en concordancia con el artículo 10 del Decreto 491 de 2022, el término se extiende hasta el cuatro (4) de diciembre de 2023.

67. Por lo anterior, la expedición del presente Laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

IV - SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

A. La demanda arbitral

68. EMGESA formuló las siguientes pretensiones en la demanda arbitral reformada en los términos en los que fue subsanada[4]:

A. PRETENSIONES DECLARATIVAS

PRIMERA. *Que con base en los hechos de la demanda, se declare que en la ejecución del Contrato CEQ-21 de 2010 celebrado entre EMGESA S.A. E.S.P. y el CONSORCIO IMPREGILO – OHL para la "construcción de las obras civiles principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo" se presentó un incumplimiento por parte del CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas IMPREGILO COLOMBIA S.A.S. (hoy Grupo ICT II S.A.S.) y OHL COLOMBIA S.A.S. (antes OHL COLOMBIA LTDA.), en las garantías de calidad y estabilidad de la obra, por las fallas originadas en la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la Presa, que fueron causa de los daños encontrados en la referida estructura, y que obligaron a contratar con terceros su reperfilamiento y reparación, así como obligaron a realizar vertimientos que no pudieron ser convertidos en energía eléctrica ni comercializados en el Mercado de Energía Mayorista.*

SEGUNDA. *Que con base en los hechos de la demanda y como consecuencia de la prosperidad de la anterior pretensión se declare que el CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas antes mencionadas, debe pagar a EMGESA S.A. E.S.P. los daños y perjuicios producidos (en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante), por no haber atendido las reclamaciones de calidad y estabilidad de La Presa de la Central Hidroeléctrica el Quimbo, por las fallas originadas en la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la Presa, que fueron causa de los daños encontrados en la referida estructura, y que obligaron a contratar con terceros su reperfilamiento y reparación, así como obligaron a realizar vertimientos que no pudieron ser convertidos en energía eléctrica ni comercializados en el Mercado de Energía Mayorista.*

TERCERA. *Que se declare que en virtud de la ejecución del Contrato CEQ-21 de 2010 celebrado entre EMGESA S.A. E.S.P. y el CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas antes mencionadas, el contratista le adeuda a EMGESA el valor de las Variaciones Importantes en las Cantidades de Obra – VICO –, de conformidad con lo establecido en los numerales 6.2.3.3, 6.4 y 6.10 de las Bases Administrativas Generales (BAG) del Contrato CEQ-21.*

4 EXPEDIENTE DIGITAL. PRINCIPAL NO. 5. 4. 122485 PRINCIPAL No 5 SUBSANACIÓN REFORMA FOLIOS 218 y ss.

CUARTA. *Que se declare que, con ocasión del incumplimiento de las obligaciones imputables al CONSORCIO IMPREGILO – OHL, se ha generado a favor de EMGESA el pago de la cláusula penal, consagrada en la cláusula novena del convenio de formalización del contrato CEQ-21.*

QUINTA. *Declarar que la póliza de cumplimiento No. 8001039835 expedida por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., es válida y vinculante para el CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas antes mencionadas, y EMGESA S.A. E.S.P.*

SEXTA*. Que se declare que EMGESA S.A. E.S.P. es la beneficiaria y asegurada de la póliza de cumplimiento No. 8001039835 expedida por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.*

SÉPTIMA*. Declarar que conforme a la póliza de cumplimiento No. 8001039835 expedida por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., se amparó el cumplimiento del Contrato CEQ-21, así como la calidad y estabilidad de las obras civiles principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, por parte del CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las sociedades atrás mencionadas, quienes tienen la condición de tomadores y afianzados de dicha Póliza.*

OCTAVA. *Declarar que dentro de la vigencia de la póliza de cumplimiento No. 8001039835 expedida por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., acaecieron los siniestros que afectaron el amparo de calidad y estabilidad de La Presa del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo y el cumplimiento del contrato CEQ-21.*

NOVENA. *Declarar que, según lo pactado en la póliza de cumplimiento No. 8001039835 bajo el amparo de calidad y estabilidad de la obra, AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. está obligada a indemnizar a EMGESA S.A. E.S.P, por los daños aquí reclamados, hasta los límites máximos de cobertura pactados en la Póliza mencionada.*

DÉCIMA. *Declarar que AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. ha incumplido e incurrido en mora en su obligación de indemnizar a EMGESA S.A. E.S.P., en los términos de la póliza de cumplimiento No. 8001039835 y de la ley.*

UNDÉCIMA. *Que se declare que AXA COLPATRIA SEGUROS S.A y el CONSORCIO IMPREGILO OHL están obligados a pagar intereses de mora a EMGESA S.A. E.S.P. a la tasa más alta permitida por la ley y por los reglamentos, sobre el valor de las indemnizaciones a cargo de éstas.*

DUODÉCIMA. *Que se decrete la liquidación del Contrato CEQ-21.*

B. PRETENSIONES DE CONDENA

Como consecuencia de las declaraciones contenidas en el literal A. de pretensiones declarativas, solicito respetuosamente se profieran las siguientes condenas:

PRIMERA. *Que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones se CONDENE al CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas antes mencionadas y a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. a pagar SOLIDARIAMENTE a EMGESA en un término no mayor a cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del respectivo laudo, al pago de los daños reclamados, como daño emergente, asociados al espaldón de la presa, que involucró el trabajo de reperfilado de la cara aguas abajo de la presa, el cual ha sido valorado en Sesenta y tres mil doscientos cuarenta y tres millones ciento veintidós mil trescientos nueve pesos (COP $63.243.122.309) incluido el IVA, suma pagada al contratista CONSORCIO M&M.*

SEGUNDA. *Que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones se CONDENE el CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas antes mencionadas y a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., a pagar SOLIDARIAMENTE a EMGESA en un término no mayor a cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del respectivo laudo, los costos directos, como daño emergente, que erogó por el control de calidad de materiales y asesoría a INGETEC, necesarios para realizar los trabajos de reparación de los daños asociados al espaldón de la presa, que involucró el trabajo de reperfilado de la cara aguas abajo de la presa, valorados en SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS VEINTIÚN PESOS COLOMBIANOS (COP $6.757.633.421).*

TERCERA. *Que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones se CONDENE el CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas antes mencionadas y a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., a pagar SOLIDARIAMENTE a EMGESA en un término no mayor a cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del respectivo laudo, los costos directos, como daño emergente, que erogó por el estudio de revisión de diseños del re perfilado de la Central Hidroeléctrica El Quimbo, con la empresa AF Consult Switzerland, por un valor de CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA FRANCOS SUIZOS (CHf$ 58.880).*

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA TERCERA. *En el evento en que el H. Tribunal estime que no es posible efectuar la condena en francos suizos (CHf), liquídese el valor de la pretensión tercera en pesos colombianos (COP), utilizando la Tasa de Conversión Oficial vigente a la fecha en que fueron realizadas las respectivas erogaciones en francos suizos (CHf), momento en el cual se consolidó la pérdida para EMGESA.*

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA TERCERA. *En el evento en que el H. Tribunal estime que no es posible utilizar la Tasa de Conversión Oficial vigente a la fecha en*

que fueron realizadas las respectivas erogaciones, estimando necesaria la conversión de la suma pretendida en CHf a COP, liquídese tal suma utilizando la Tasa de Conversión Oficial vigente a la fecha del Laudo o a la Tasa de Conversión, TRM o cualquier otra tasa que el H. Tribunal considere aplicable.

CUARTA. *Que se CONDENE al CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas antes mencionadas y a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., a pagar SOLIDARIAMENTE a EMGESA en un término no mayor a cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del respectivo laudo, a manera de lucro cesante el costo de la energía no generada y que EMGESA dejó de percibir valorado en TREINTA Y DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS COLOMBIANOS (COP $ 32.155.000.000).*

QUINTA. *Que se condene al CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas antes mencionadas, a pagar a favor de EMGESA S.A. E.S.P. una suma equivalente a DOS MIL CINCUENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS COLOMBIANOS (COP $2.054.244.358), por concepto de Variaciones Importantes en las Cantidades de Obra – VICO –, de conformidad con lo establecido en los numerales 6.2.3.3, 6.4 y 6.10 de las Bases Administrativas Generales (BAG) del Contrato CEQ-21.*

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA COMÚN A LAS PRETENSIONES PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA Y QUINTA. *En el evento en que las pretensiones de condena PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA Y/O QUINTA no prosperen, o prosperen parcialmente, haciendo que su importe sea inferior al valor de la cláusula penal, solicitamos que se condene a la parte convocada a pagar la suma de NOVENTA Y OCHO MIL TREINTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS COLOMBIANOS (COP $ 98.038.959.204,oo), por concepto de cláusula penal pactada en la cláusula novena del convenio de formalización del contrato CEQ-21.*

SEXTA. *Que se CONDENE a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. al pago de intereses moratorios mercantiles sobre las sumas atrás mencionadas desde el 9 de febrero de 2018, mes siguiente a la reclamación presentada por EMGESA a la aseguradora, y hasta tanto se realice el pago efectivo de las prestaciones adeudadas, según lo dispone el artículo 1080 del C. de Co.*

SUBSIDIARIA A LA SEXTA. *En el evento en que el H. Tribunal considere que no se demostró ocurrencia y cuantía del siniestro con la reclamación presentada, condénese a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. al pago de intereses moratorios sobre las sumas atrás referidas desde el mes siguiente a la fecha en que el H. Tribunal encuentre demostrada la ocurrencia y cuantía del siniestro reclamado, sea ello antes o después de la presentación de la respectiva demanda, y hasta tanto se realice el*

pago efectivo de las prestaciones adeudadas, según lo dispone el artículo 1080 del C. de Co.

SÉPTIMA. *Que se condene al CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas antes mencionadas, a pagar a favor de EMGESA S.A. E.S.P., los intereses moratorios calculados conforme al artículo 884 del Código de Comercio, sobre las sumas que no sean indemnizadas por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. o aquellas frente a las que no se condene a la aseguradora a pagar intereses, desde la fecha en que mi representada realizó cada una de dichas erogaciones o se causaron las obligaciones respectivas, y hasta que se reporte el pago efectivo de las mismas.*

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA. *En el evento en que el H. Tribunal considere que no resulta aplicable una condena por intereses moratorios comerciales sobre las sumas no indemnizadas por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. o aquellas frente a las que no se condene a la aseguradora a pagar intereses, se solicita respetuosamente al H. Tribunal que condene al pago de intereses moratorios calculados conforme a la cláusula 2.16.06. de las Bases Administrativas Especiales.*

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA SÉPTIMA. *En el evento en que el H. Tribunal considere que no resulta aplicable una condena por intereses moratorios mercantiles ni contractuales sobre las sumas no indemnizadas por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. o aquellas frente a las que no se condene a la aseguradora a pagar intereses, se solicita respetuosamente al H. Tribunal que las mismas sean indexadas, y que sobre ellas se aplique el interés legal del 6% anual, en los términos del artículo 2232 C.C.*

OCTAVA. *Que se condene a las empresas demandadas a pagar a favor de EMGESA S.A. E.S.P., las costas del proceso.*

69. Los 55 hechos que sustentan las pretensiones se relataron pormenorizadamente en la demanda reformada subsanada, y se resumen a continuación manteniendo el orden en el que fueron presentados por la Convocante:

A. El Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo y el Contrato CEQ-21 celebrado entre EMGESA y el CIO

1. El Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo (en adelante el Proyecto o el Quimbo) es una planta de generación de energía eléctrica de EMGESA que cuenta con una presa de relleno de grava con cara de concreto de 151 mts. de altura, así como unas estructuras anexas. La represa tiene una cota de diseño de llenado del embalse de 720 mts.

2. El 24 de abril de 2009 EMGESA invitó, entre otras empresas, a las sociedades Convocadas a participar en la licitación privada para la construcción de las obras civiles principales del Proyecto.

3. La licitación concluyó con la selección de Impregilo Colombia S.A.S. (hoy Grupo ICT II S.A.S.) y OHL Colombia S.A.S. para la ejecución de las obras civiles principales del Proyecto, quienes mediante documento privado del 23 de noviembre de 2010 constituyeron el Consorcio Impregilo – OHL (en adelante el CIO).

4. El 30 de noviembre de 2010 el CIO y EMGESA celebraron el Contrato CEQ-21 bajo la modalidad de confección de obra material nueva por sistema de "Serie de Precios Unitarios" para la realización de los trabajos de construcción de las obras civiles principales del Quimbo, por un monto estimado de COP$620.473.167.643 más IVA, y un plazo de ejecución de 1541 días contados desde la firma del Acta de Inicio, que se formalizó el 15 de diciembre de 2010.

5. En la ejecución del Contrato las partes suscribieron 17 Addendums u Otrosíes.

6. En cada uno de los Addendums se estableció que todas las estipulaciones que no fueran expresamente modificadas permanecían vigentes y conservaban el alcance inicial del Contrato.

7. Con la firma de los Addendums las partes establecieron un finiquito frente a todas las controversias suscitadas hasta ese momento, salvo lo expresamente excluido por las partes.

8. Son Obligaciones del CIO: a) Adelantar las obras cumpliendo con las especificaciones técnicas, ambientales y de calidad establecidas, entregando una obra completa y funcional a EMGESA; b) Garantizar la calidad y estabilidad de las obras durante un plazo de 3 años contados a partir de la recepción provisional; c) Garantizar la calidad implementando un sistema que permita la entrega de una obra sin fallas o errores; d) *"Excavar, procesar, seleccionar y tamizar el material de las zonas de excavación y préstamo, para utilizarlo únicamente en las zonas de la presa que así fueran requeridas, guardando los sobretamaños del material para la construcción del espaldón aguas abajo de la presa (también conocida como zona 3D o zona 3C gruesa)"*; e) *"Colocar el material de relleno de la presa bien gradado, logrando una distribución homogénea y uniforme entre los tamaños de los materiales de la respectiva zona, removiendo y re-posicionando cualquier material que no cumpliese con las características requeridas"*; f) Compactar el material de relleno siguiendo el procedimiento previsto en el numeral 5.12.07. de las Especificaciones Técnicas, realizando la compactación por capas, utilizando equipos de compactación adecuados; g) En caso de incumplimiento de cualquier obligación contractual, pagar a EMGESA la cláusula penal

sancionatoria establecida en el 10% del valor total del contrato, que en el Addendum 17 alcanzó un valor total de COP$980.389.592.040; h) *"Pagar un reajuste a los precios unitarios de la obra por Variaciones Importantes de Cantidades de Obra (VICO), en aquellos casos en que se ejecutara más de un 115% de las unidades estimadas en la propuesta del CIO"*.

B. El contrato CEQ-203 celebrado entre INGETEC y EMGESA para los diseños del Proyecto y su asesoría durante la construcción.

9. EMGESA contrató a INGETEC para la preparación y ejecución de los diseños detallados para la construcción de las obras del Proyecto, asesoría de campo en sitio y acompañamiento técnico (Contrato CEQ-203).

10. INGETEC diseñó los planos de licitación y de diseño que debían ser seguidos por el CIO. Le correspondía al CIO la realización de los planos de construcción y los planos *as-built*, y a INGETEC prestar su asesoría técnica frente al adelantamiento de las obras.

11. Correspondía a INGETEC determinar el tipo de materiales y las fuentes requeridas en la construcción del Proyecto. En la ejecución del Proyecto se encontraron menores cantidades de material, lo cual fue subsanado con modificaciones en los diseños y compra de material a una cantera externa.

C. El incumplimiento de las garantías de calidad y estabilidad de la obra, por parte del CIO

12. El 30 de junio de 2015 inició el llenado del embalse.

13. Las obras principales contratadas fueron culminadas por el CIO y recibidas provisionalmente por EMGESA en los términos de la cláusula 8.3.1 de las Bases Administrativas Generales, el 15 de abril de 2016. A partir de la recepción provisional comenzó a correr el periodo de garantía de las obras.

14. En el mes de julio de 2016, una serie de defectos en las obras impidieron continuar el llenado del embalse hasta su nivel máximo de operación. Los siguientes son los defectos identificados en ese momento: *"(i) deformaciones verticales y horizontales en los rellenos de la presa, (ii) colocación irregular del enrocado y deterioro del espaldón aguas abajo de la presa, (iii) daños en muros parapeto y (iv) ruptura de la junta horizontal de la cota 718 de la presa"*.

15. Mediante comunicación CEQ-21-ING-CTA-8769 del 20 de julio de 2016 EMGESA informó al CIO *"la existencia de resquebrajamiento en las juntas de los muros parapetos"*.

16. Mediante comunicación CEQ-21-ING-CTA-8784 del 12 de agosto de 2016 EMGESA informó al CIO *"la existencia de desplazamientos superiores a los esperados en la obra"*.

17. Mediante comunicación CEQ-21-ING-CTA-8792 del 24 de agosto de 2016 EMGESA le informó al CIO la existencia de un defecto *"en la banda de PVC que contiene el 'Fly Ash`, en la junta entre la cara de concreto y muro parapeto de la presa"*.

18. Mediante comunicación CEQ-21-ING-CTA-8797 del 26 de agosto de 2016 EMGESA comunicó al CIO *"la existencia de un funcionamiento inadecuado de las juntas ubicadas en el muro parapeto tipo 2, con ocasión de los movimientos horizontales y verticales de la presa, los cuales, (...) también eran superiores a lo esperado"*.

19. En las anteriores comunicaciones EMGESA le solicitó al CIO que, ante la evidencia de defectos en la obra, procediera conforme a lo dispuesto en la cláusula 2.13 de las Bases Administrativas Especiales, en concordancia con la cláusula 5.4. de las Bases Administrativas Generales.

20. El CIO respondió las cartas enviadas por EMGESA con las siguientes comunicaciones: *"(i) CIO/PHEQ-CEQ-21-9808 del 04 de agosto de 2016, (ii) CIO/PHEQ-CEQ-21-9802 del 22 de agosto de 2016 y (iii) CIO/PHEQ-CEQ-21-9829 del 22 de agosto de 2016, en las cuales indicó que era carga de EMGESA acreditar que los deterioros que le estaban siendo notificados eran imputables al contratista, previo a que él comenzara a realizar alguna intervención"*.

21. En la comunicación CEQ-21-OTI-CTA-8807 del 30 de septiembre de 2016, EMGESA indicó que, *"conforme a la Cláusula 2.13 de las BAE, el contratista es quien debe evaluar los deterioros que le son notificados, los cuales existen, como se evidencia en las fotografías consignadas en las comunicaciones previas, determinar sus causas y, si le son imputables, proceder a reparar o reponer"*.

22. En respuesta a la comunicación anterior el CIO indicó "*que la Cláusula 2.13 no lo obliga a evaluar los deterioros, que el informe del que habla la cláusula lo debe realizar EMGESA y, si se determina que existe responsabilidad del contratista, ahí sí aquel procederá a reaccionar ante el deterioro"* (Comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21-9838).

23. En concepto de la Convocante la respuesta del CIO y su negativa frente a la evaluación de los defectos notificados constituye un incumplimiento del inciso segundo de la cláusula 2.13 de las BAE por parte del CIO.

D. Las causas técnicas de la mala calidad de las obras entregadas por el CIO

24. Para corroborar las causas técnicas de los defectos de la obra notificados al CIO, EMGESA contrató a EXPONENT quien rindió el dictamen que se aportó al proceso.

25. El dictamen concluyó lo siguiente:

> *"3.* ***El talud aguas abajo de la Presa, antes de la construcción del refuerzo (reperfilado), no cumplía con los estándares comunes en la industria para presas rellenas de grava con cara de concreto (CFGD).*** *Las deficiencias de la protección del talud aguas debajo (sic) de la Presa como construida (as-built) incluyeron a) inestabilidad superficial del enrocado, b) inclinación y elevación del talud que se desvió de los requisitos del Proyecto y que aumentó el riesgo de desempeño deficiente del talud, c) menor estabilidad del muro parapeto comparada con lo que debía lograrse de acuerdo con los Planos para Construcción, y d) estética deficiente.* ***Todo esto fue el resultado de las prácticas constructivas del CIO****".*

26. Aunque en la obra no se encontró la cantidad y calidad de material proyectado por INGETEC, el CIO *"no realizó una adecuada elección, tamizaje, colocación y compactación del material con el que se contaba, como era su obligación según las disposiciones contractuales"*.

27. La falta de material en la obra fue contrarrestada con la adquisición del material de una cantera externa al no encontrarlo en el lugar de explotación, y con los cambios de diseño necesarios conforme a las condiciones encontradas en la ejecución.

28. *"Durante la construcción del espaldón aguas abajo de la presa, el CIO no ejecutó un proceso de compactación adecuado del material depositado, contraviniendo expresamente las Especificaciones Técnicas del Contrato CEQ-21, y constituyéndose ello en la principal causa de la inestabilidad en la obra entregada a EMGESA"*.

29. El *"CIO ha manifestado en diversas ocasiones que no le era posible compactar con maquinaria de varias toneladas las franjas de la zona 3D (o 3C gruesa)". "El CIO estaba obligado a elegir los métodos, secuencias constructivas, maquinaria y medios para lograr la compactación especificada en el contrato. Si no le era posible compactar una zona de la presa con cierto método o maquinaria, debía utilizar otro (…)"* (Especificaciones Técnicas del Contrato numerales 5.12.07.01 y 5.12.07.02).

30. El CIO depositó en las capas internas de la presa material para el espaldón aguas abajo, lo que forzó la realización de cambios en los diseños y contravino lo dispuesto en los numerales 5.04.19, 5.12.03, 5.12.04 y 5.12.06 de las Especificaciones Técnicas del Contrato.

31. El CIO no respetó el talud indicado en el diseño de la presa de INGETEC.

    a. *"INGETEC diseñó el espaldón aguas abajo con un talud promedio de 1.6 metros en horizontal por 1.0 metro en vertical"*.

    b. Era responsabilidad del CIO construir una rampa en zig-zag en el espaldón aguas abajo.

    c. *"Toda vez que la rampa se construye en forma zig-zag, en el espaldón se generan unos taludes inter rampas que son más empinados que el talud promedio aprobado por el diseñador, INGETEC"*.

    d. *"El contratista, para construir la rampa, debía someter a aprobación de EMGESA el talud inter rampas, para verificar que aquel cumpliera con el promedio establecido por el diseñador y que no fuera tan empinado que pusiera en riesgo la estabilidad de la presa"*.

    e. *"Inicialmente, el contratista sugirió un talud inter rampas de 1.15 metros en horizontal por 1.0 metro en vertical, el cual fue rechazado por INGETEC al ser considerado demasiado empinado".*

    f. *"Luego, el contratista sugirió un talud inter rampas de 1.26 metros en horizontal por 1.0 metro en vertical, el cual fue aceptado por INGETEC y EMGESA"*.

    g. *"Sin embargo, durante la construcción, el CIO no cumplió con el talud de 1.26 metros en horizontal por 1.0 metro en vertical, sino que en la parte más baja de la presa ejecutó un talud mucho más plano, lo que le creó un déficit de altura en la medida en que el lleno iba subiendo, que, para compensar, resolvió implementando un talud mucho más empinado en la parte superior de la presa, lo que también generó inestabilidad de la obra"*.

32. *"[E]l CIO incumplió con las especificaciones del contrato CEQ-21 frente a la granulometría o distribución del tamaño de partículas de cada una de las zonas de relleno de la presa, lo que incrementó la inestabilidad del espaldón aguas abajo de la misma"*.

33. EMGESA tuvo que realizar un re perfilado (reforzamiento) de la presa, para prevenir mayores daños y pérdidas y cumplir con las condiciones mínimas de seguridad de operación.

E. Los daños sufridos por EMGESA a raíz del incumplimiento de las garantías de calidad y estabilidad de las obras por parte del CIO

34. *"[L]a infraestructura de El Quimbo requirió de: (i) la reparación del muro parapeto, (ii) la reparación de [la] junta horizontal rota y (iii) el reperfilado del espaldón aguas abajo de la presa"*.

35. *"Los daños en el muro parapeto y la rotura de la junta horizontal fueron cubiertos por la Póliza No. 2202216000005 Todo Riesgo Daños Materiales, de Mapfre Colombia Seguros Generales S.A., motivo por el cual no son objeto de reclamación"*.

36. No se han indemnizado los costos generados con ocasión del re perfilado de la presa, ni la pérdida de capacidad de generación eléctrica por restricciones de llenado.

37. EMGESA contrató la reconfiguración y reparación del espaldón aguas abajo de la presa.

38. Celebró con el Consorcio M&M (Moreno Vargas - Masseq) el contrato No. 8400118265, cuyo objeto fue la realización de *"OBRAS CIVILES DEL TALUD AGUAS ABAJO DE LA PRESA DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL QUIMBO"*, por un valor de COP $63.243.122.309.

39. Celebró con INGETEC el contrato No. 8400129182 para la prestación del "SERVICIO DE INGENIERÍA DE DETALLE, ASESORÍA EN CAMPO Y OFICINA E INSPECCIÓN TÉCNICA DE OBRAS PARA EL ESPALDÓN DE LA PRESA Y LA GALERÍA GD2 DE LA CENTRAL EL QUIMBO", por un valor de COP $6.757.633.421.

40. Celebró con AF CONSULT SWITZERLAND LTD. un contrato de prestación de servicios profesionales cuyo objeto fue la *"REVISIÓN DE DISEÑOS DEL RE PERFILADO CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL QUIMBO"*, por un valor de CHF 58.445,16, los cuales fueron pagados mediante las órdenes de compra 8400120565 (CHF 47.665,16) y 4500014159 (CHF 10.780).

41. Para evitar daños adicionales en la presa EMGESA tuvo que mantener el embalse de El Quimbo por debajo de su nivel de diseño (por debajo de la cota 714 cuando el nivel de diseño es 720), lo cual le implicó un lucro cesante.

42. EMGESA sufrió un daño por lucro cesante equivalente a COP $ 32.155 millones de pesos de acuerdo con el dictamen pericial de la Dra. Carmenza Chahín Álvarez.

F. Hechos relativos a las VICO y la cláusula penal

43. Concluidas las obras civiles, se encontraron variaciones importantes de las cantidades de obra en varios de los ítems de construcción, comparados con los estimados por el CIO en su propuesta.

44. EMGESA aplicó el ajuste de precios establecido en los numerales 6.2.3.3, 6.4 y 6.10 de las Bases Administrativas Generales (BAG) del Contrato con siguiente resultado:

Ajuste de precio a favor del CIO. Ítems ejecutados con unidades por debajo del 85% de las estimadas	**Ajuste de precio a favor de EMGESA. Ítems ejecutados con unidades por encima del 115% de las estimadas**
$2.701.698.813	$4.759.943.171

45. En la medida en que el ajuste de precio a favor de EMGESA fue mayor, esta tiene un saldo a favor de $2.058.244.358 que no le han sido reconocidos ni pagados.

46. Toda vez que el CIO ha incumplido sus obligaciones contractuales, hay lugar a aplicación de la cláusula penal establecida en la cláusula 9º del Contrato, equivalente a COP $ 98.038.959.204,oo.

G. Los hechos relativos a AXA COLPATRIA

47. AXA COLPATRIA SEGUROS expidió la póliza de seguro de cumplimiento No. 8001039835, mediante la cual se ampara el cumplimiento, buen manejo del anticipo y estabilidad de la obra del contrato CEQ-21.

48. En la póliza se define el amparo de cumplimiento así: *"cubre los perjuicios causados directamente por el incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones emanadas del contrato garantizado.* ***Este amparo cubre el pago de la cláusula penal pecuniaria y las multas****"* (Destacado).

49. El 9 de febrero de 2017 EMGESA (asegurada y beneficiaria), presentó *"AVISO DE SINIESTRO"*.

50. *"El 5 de enero de 2018 EMGESA presentó `RECLAMACIÓN` a AXA COLPATRIA, con cargo al amparo de estabilidad de la obra, con ocasión de la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo, los daños en los muros parapetos y los daños en la junta horizontal de la cota 718"*.

51. El 9 de febrero de 2018 AXA COLPATRIA presentó *"OBJECIÓN"* argumentando no haberse probado la responsabilidad del afianzado ni la cuantía del daño. La objeción no fue presentada en los términos de los artículos 1053 y 1080 del Código de Comercio.

52. El 7 de mayo de 2018, EMGESA presentó *"RÉPLICA A LA OBJECIÓN"*.

53. El 1 de junio de 2018 EMGESA radicó *"INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN"*, con fundamento en el artículo 94 del Código General del Proceso.

54. El 8 de junio de 2018, AXA COLPATRIA dio respuesta a "*RÉPLICA A LA OBJECIÓN"*.

55. AXA COLPATRIA no ha indemnizado a EMGESA.

B. Las contestaciones de la demanda reformada y el llamamiento en garantía a SEGUREXPO

70. Según se relató en el capítulo de antecedentes, GRUPO ICT II y OHL contestaron oportunamente la demanda reformada oponiéndose a todas las pretensiones, se pronunciaron sobre los hechos, solicitaron pruebas, objetaron el juramento estimatorio y formularon las siguientes excepciones[5]:

A. Cosa Juzgada / Transacción

a. *El Addendum No. 17 y su sentido, alcance y aplicación.*
b. *La absurda e incomprensible posición de Emgesa en la Reforma de la Demanda*

B. Cumplimiento del Contrato y buena fe contractual por parte del Consorcio
C. Ausencia de responsabilidad contractual del Consorcio

a. Inexistencia de incumplimiento contractual como presupuesto de la responsabilidad del CIO
b. La naturaleza e interpretación del Contrato CEQ-21

5 EXPEDIENTE DIGITAL. PRINCIPAL NO. 5. 11. 122485 PRINCIPAL No 5 CONTESTACIÓN REFORMA DEMANDA IMPREGILO - FOLIO 499. 12. 122485 PRINCIPAL NO. 5 CONTESTACIÓN REFORMA DEMANDA OHL - FOLIO 500.

c. *Inaplicabilidad del numeral 3 del artículo 2060 del Código Civil*
d. *Inaplicabilidad del numeral 4 del artículo 2060 del Código Civil*
e. *Inaplicabilidad de la garantía contractual de estabilidad de la Presa*
f. *Las obligaciones contractuales del Consorcio*

D. *Culpa exclusiva de EMGESA*

E. *EMGESA pretende beneficiarse de su propia Culpa*

F. *EMGESA está actuando en contra de sus propios actos / Venire contra factum proprio*

G. *Incumplimiento del Contrato por parte de EMGESA/ Excepción de Contrato no Cumplido*

H. *Hecho de un tercero*

I. *Improcedencia de la indemnización de los supuestos perjuicios alegados por EMGESA / Incumplimiento del deber de mitigar el daño por parte de EMGESA*

J. *Improcedencia de la indemnización del supuesto daño emergente del contrato suscrito con el Consorcio M&M / EMGESA está reclamando la indemnización de unos supuestos daños que, aun de existir, no serían imputables al CIO*

K. *Improcedencia de la indemnización del supuesto lucro cesante / EMGESA está reclamando la indemnización de un supuesto lucro cesante que, aun de existir, no serían indemnizables*

   a. *Inexistencia del daño*
   b. *El lucro cesante no es imputable a la supuesta colocación irregular del enrocado de protección del talud aguas debajo de la Presa*
   c. *El lucro cesante no debe ser indemnizado por el Consorcio/Incierto e indirecto /Incumplimiento del deber de mitigar el daño por parte de Emgesa / Aplicación de la cláusula 2.30 de las BAE*
   d. *Prohibición del anatocismo / Emgesa pretende cobrar intereses moratorios sobre intereses de mora calculados en el lucro cesante*

L. *Improcedencia de la indemnización de los costos directos (contratos suscritos entre EMGESA, Ingetec y AF Consult) como daño emergente / EMGESA está reclamando la indemnización de unos supuestos daños que, aun de existir, no serían imputables al CIO*

M. *Improcedencia del cobro de las VICO*

a. *La aplicación de las VICO desconoce la naturaleza del mecanismo de reajuste pactado en el Contrato*
b. *La reclamación por VICO no puede catalogarse como daño emergente*
c. *Las VICO fueron objeto de transacción en el Addendum No. 17*
d. *No existe prueba de las mayores variaciones en las cantidades de Obra*

N. *Improcedencia del cobro de la cláusula penal*

O. *Cobertura de la Póliza de Estabilidad contratada por el Consorcio: cualquier pago se encuentra a cargo de la aseguradora*

P. *Ineptitud de la Demanda / Ausencia de solidaridad entre el Consorcio y AXA COLPATRIA*

Q. *Ineptitud de la Demanda / Indebida acumulación de pretensiones / EMGESA pretende que tanto el CIO como AXA le reparen los supuestos daños sufridos*

R. *Ineptitud de la Demanda / Indebida acumulación de pretensiones / EMGESA está pretendiendo que se le indemnice el mismo daño dos veces*

S. *EMGESA pretende enriquecerse injustificadamente a costa del CIO*

T. *Cobro de lo no debido*

U. *Mala fe contractual de EMGESA*

V. *Compensación*

W. *Genérica*

71. AXA COLPATRIA contestó en tiempo la demanda reformada, se opuso a todas las pretensiones, se pronunció sobre los hechos, solicitó el decreto y práctica de pruebas, presentó objeción al juramento estimatorio, y formuló las siguientes excepciones de mérito[6]:

1. *Ausencia de responsabilidad de AXA COLPATRIA, como consecuencia de la ausencia de responsabilidad del CIO en relación con la inestabilidad del enrocado del espaldón aguas debajo (sic) de la presa*

6 EXPEDIENTE DIGITAL. PRINCIPAL NO. 5. 10. 122485 PRINCIPAL No 5 CONTESTACIÓN REFORMA DEMANDA AXA COLPATRIA Y LLAMAMIENTO - FOLIO 498.

1.1. No se incumplió el contrato de construcción de obras civiles CEQ-21 por parte del CIO, en consecuencia, los defectos reclamados por EMGESA no son imputables al CIO

1.2. Ausencia de nexo causal entre el daño alegado y el incumplimiento contractual imputado al CIO

2. *Las controversias objeto del presente litigio se encuentran transigidas por las partes – COSA JUZGADA*

3. *Ausencia de cobertura bajo el amparo de estabilidad de la obra en la medida en que los daños objeto del litigio ya habían sido identificados por EMGESA de manera previa a la recepción de las obras a entera satisfacción del contratante*

4. *No es responsabilidad del contratista la garantía por los vicios de la obra que supuestamente afectan su estabilidad*

5. *Prescripción de las obligaciones derivadas del contrato de seguro*

6. *Ausencia de cobertura en relación con las Variaciones Importantes en las Cantidades de Obra bajo el amparo de estabilidad de la obra que se pretende afectar*

7. *Ausencia de cobertura de la cláusula penal pecuniaria bajo el amparo de calidad y estabilidad de la obra*

8. *Ausencia de cobertura del lucro cesante reclamado por Emgesa – riesgo expresamente excluido en la póliza No. 8001039835*

9. *Coaseguro*

10. *Límite del valor asegurado*

11. *Terminación del contrato de seguro por agravación del estado del riesgo*

12. *Improcedencia del cobro de intereses de mora, por cuanto no se ha acreditado por EMGESA la ocurrencia del siniestro y cuantía de la pérdida*

13. *Genérica*

72. Adicionalmente, AXA COLPATRIA formuló llamamiento en garantía a SEGUREXPO con las siguientes pretensiones:

"Con fundamento en los hechos descritos en el anterior acápite, solicito comedidamente, se vincule al presente proceso a la aseguradora ***SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO EXTERIOR****, en calidad de llamada en garantía, a fin que, en el evento improbable que se profiera laudo en contra de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. dentro del presente proceso, por causa de los hechos indicados en la demanda reformada formulada por EMGESA, se declare la responsabilidad que también le asiste a la aseguradora SEGUREXPO, en calidad de coaseguradora.*

"Consecuentemente se le condene a pagar, el valor correspondiente a su porcentaje de participación en la hipotética indemnización que deba sufragarse con fundamento en la Póliza de Seguro de Cumplimiento a Favor de Entidades de Servicios Públicos No. 8001039835, es decir, a mi representada la asunción del setenta por ciento (70%) del valor del siniestro, mientras que a SEGUREXPO, el treinta por ciento (30%) del valor del mismo".

73. SEGUREXPO contestó oportunamente el llamamiento en garantía y la demanda reformada, oponiéndose a las pretensiones del llamamiento en garantía y de la demanda reformada, se pronunció sobre los hechos del llamamiento en garantía y de la demanda reformada, solicitó el decreto y práctica de pruebas, objetó el juramento estimatorio de la demanda reformada y formuló las siguientes excepciones de mérito[7]:

"IMPROCEDENCIA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTIA – FALTA DE LEGITIMACION DE AXA COLPATRIA PARA LLAMAR EN GARANTÍA A SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A."

"INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION A CARGO DE EMGESA [DE] DEMOSTRAR LA OCURRENCIA Y CUANTIA DEL SINIESTRO, LAS FALLAS DE ESTABILIDAD DE LA OBRA DEBEN SER IMPUTABLES AL CIO. CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR ART. 1077 DEL CODIGO DE COMERCIO Y CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA No. 8001039835 EXPEDIDA POR AXA COLPATRIA."

"CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CEQ-21 DE 2010 POR PARTE DEL CONSORCIO IMPREGILO – OHL (CIO)"

"INCUMPLIMIENTO DEBER DE MITIGAR EL DAÑO POR PARTE DE EMGESA"

"COSA JUZGADA – TRANSACCIÓN"

7 EXPEDIENTE DIGITAL. PRINCIPAL NO. 5. 13. 122485 PRINCIPAL No 5 CONTESTACIÓN REFORMA DEMANDA SEGUREXPO - FOLIO 501. 16. 122485 PRINCIPAL No 5 SEGUREXPO CONTESTACIÓN LLAMAMIENTO- FOLIOS 519 - 597

"PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO"

"NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO DE SEGURO ARTS. 1058 DEL CODIGO DE COMERCIO POR INEXACTITUD Y RETICENCIA EN LA DECLARACION DEL ESTADO DEL RIESGO."

"NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO DE SEGURO ARTS. 1060 DEL CODIGO DE COMERCIO POR AGRAVACION DEL ESTADO DEL RIESGO."

"EXCLUSIÓN EXPRESA DE LUCRO CESANTE"

"EXCLUSION POR CAUSAS LEGALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA."

"INEXISTENCIA DE SINIESTRO EN EL AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA - NO ES APLICABLE AL CIO LO DISPUESTO EN EL ART. 2060 DEL CODIGO CIVIL."

"IMPROCEDENCIA DE LA EFECTIVAD DE LA CLAUSULA PENAL Y DEL AMPARO DE CUMPLIMIENTO."

"COMPENSACION – REDUCCION DE LA INDEMNIZACION."

"LIMITE DEL VALOR ASEGURADO – COASEGURO".

"EXCEPCIÓN GENÉRICA"

C. La demanda de reconvención

74. El CIO formuló las siguientes pretensiones en la demanda de reconvención reformada[8]:

"A. Pretensiones Principales

"(i) Relativas a los intereses debidos por la mora en el pago de los montos acordados en el Addendum No. 17

"PRIMERO. *Que se declare que el plazo para que* ***EMGESA S.A. ESP*** *le pagara al* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL,*** *integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.***

8 EXPEDIENTE DIGITAL. PRINCIPAL NO. 6. 7 122485 PRINCIPAL 6 REFORMA RECONVENCIÓN FOLIOS 137 A 192.

*(hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, las sumas de dinero acordadas en el literal b) de la cláusula tercera del Addendum No. 17 al Contrato CEQ-21, vencía el 17 de enero de 2017.*

***"SEGUNDO.** Que se declare que **EMGESA S.A. ESP** le pagó al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL,** integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, las sumas de dinero acordadas en el literal b) de la cláusula tercera del Addendum No. 17 al Contrato CEQ-21 hasta el 10 de febrero de 2017.*

***"TERCERO.** Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las anteriores pretensiones, se declare que **EMGESA S.A. ESP** incurrió en mora de veinticuatro (24) días en el pago al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL,** integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, de las sumas de dinero acordadas en el literal b) de la cláusula tercera del Addendum No. 17 al Contrato CEQ-21.*

***"CUARTO.** Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las anteriores pretensiones, se declare que **EMGESA S.A. ESP** se encuentra obligada a pagarle al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL,** integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, los intereses sobre las sumas de dinero acordadas en el literal b) de la cláusula tercera del Addendum No. 17 al Contrato CEQ-21, calculados conforme a la cláusula 2.16.06 de las Bases Administrativas Especiales desde el 18 de enero de 2017 hasta el 10 de febrero de 2017.*

***"QUINTO.** Que se declare que **EMGESA S.A. ESP** no le ha pagado al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL,** integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, los intereses sobre las sumas de dinero acordadas en el literal b) de la cláusula tercera del Addendum No. 17 al Contrato CEQ-21, calculados conforme a la cláusula 2.16.06 de las Bases Administrativas Especiales desde el 18 de enero de 2017 hasta el 10 de febrero de 2017.*

***"SEXTO.** Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las anteriores pretensiones, se declare que **EMGESA S.A. ESP** incumplió lo acordado en el literal b) de la cláusula tercera del Addendum No. 17 al Contrato CEQ-21.*

***"SÉPTIMO.** Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial de las anteriores declaraciones, se declare que **EMGESA S.A. ESP** se encuentra obligada a*

*pagar al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, los intereses sobre las sumas de dinero acordadas en el literal b) de la cláusula tercera del Addendum No. 17 al Contrato CEQ-21, calculados conforme a la cláusula 2.16.06 de las Bases Administrativas Especiales, desde el 18 de enero de 2017 hasta el 10 de febrero de 2017, cuya suma asciende a quinientos trece millones cuatrocientos setenta mil cuatrocientos veintitrés pesos (COP$513.470.423), o aquella que se pruebe en el curso del presente proceso.*

***"OCTAVO.** Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial de las anteriores declaraciones, y por concepto de los intereses causados por los días de retraso o mora en el pago de las sumas acordadas en el literal b) de la cláusula tercera del Addendum No. 17 al Contrato CEQ-21, se condene a **EMGESA S.A. ESP** a pagar al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, la suma de quinientos trece millones cuatrocientos setenta mil cuatrocientos veintitrés pesos (COP$513.470.423), o aquella que se pruebe en el curso del presente proceso.*

"(ii) Pretensiones relativas a las cantidades de obra ejecutadas y no pagadas

***"PRIMERO.** Que se declare que, durante la vigencia del Contrato CEQ-21, el **CONSORCIO IMPREGILO-OHL,** integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, ejecutó las cantidades de obra enlistadas en el Hecho 31 de la presente Reforma de la Demanda de Reconvención, cuyo valor equivale a dos mil ciento setenta y tres millones trescientos veintinueve mil setecientos cuarenta y tres pesos (COP$2.173.329.743), o aquel que se pruebe en el curso del presente proceso.*

***"SEGUNDO.** Que se declare que **EMGESA S.A. ESP** no le ha pagado al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL,** integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, las cantidades de obra enlistadas en el Hecho 31 de la presente Reforma de la Demanda de Reconvención, cuyo valor equivale a dos mil ciento setenta y tres millones trescientos veintinueve mil setecientos cuarenta y tres pesos (COP$2.173.329.743), o aquel que se pruebe en el curso del presente proceso.*

***"TERCERO.** Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las anteriores pretensiones, se declare que **EMGESA S.A. ESP** incumplió el Contrato CEQ-21.*

"CUARTO. *Que se declare que, de conformidad con lo dispuesto en el Contrato CEQ-21,* ***EMGESA S.A. ESP*** *se encuentra obligada a pagarle al* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL,*** *integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.*** *(hoy* ***GRUPO ICT II S.A.S.****), con una participación equivalente al 70%, y por* ***OHL COLOMBIA S.A.S.****, con una participación equivalente al restante 30%, las cantidades de obra enlistadas en el Hecho 31 de la presente Reforma de la Demanda de Reconvención, cuyo valor equivale a dos mil ciento setenta y tres millones trescientos veintinueve mil setecientos cuarenta y tres pesos (COP$2.173.329.743), o aquel que se pruebe en el curso del presente proceso.*

"QUINTO. *Que se declare que, de conformidad con la Cláusula 2.14.5 de las Bases Administrativas Especiales del Contrato CEQ-21 y demás cláusulas contractuales aplicables, el* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL,*** *integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.*** *(hoy* ***GRUPO ICT II S.A.S.****), con una participación equivalente al 70%, y por* ***OHL COLOMBIA S.A.S.****, con una participación equivalente al restante 30%, tiene derecho a que* ***EMGESA S.A. ESP*** *le reconozca y pague el ajuste contractualmente pactado sobre la suma de dinero de que tratan las pretensiones anteriores, ajuste cuyo valor equivale a seiscientos cincuenta y cinco millones novecientos diez mil novecientos dieciséis pesos (COP$655.910.916), o aquella suma que se pruebe en el curso del presente proceso.*

"SEXTO. *Que se declare que* ***EMGESA S.A. ESP*** *no le ha reconocido ni pagado al* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL,*** *integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.*** *(hoy* ***GRUPO ICT II S.A.S.****), con una participación equivalente al 70%, y por* ***OHL COLOMBIA S.A.S.****, con una participación equivalente al restante 30%, el ajuste pactado en el Contrato CEQ-21 sobre la suma de dinero de que tratan las pretensiones primera, segunda y tercera, ajuste cuyo valor equivale a seiscientos cincuenta y cinco millones novecientos diez mil novecientos dieciséis pesos (COP$655.910.916), o aquella suma que se pruebe en el curso del presente proceso.*

"SÉPTIMO. *Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las anteriores pretensiones, se declare que* ***EMGESA S.A. ESP*** *incumplió el Contrato CEQ-21.*

"OCTAVO. *Que se declare que* ***EMGESA S.A. ESP*** *se encuentra obligada a pagarle al* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL,*** *integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.*** *(hoy* ***GRUPO ICT II S.A.S.****), con una participación equivalente al 70%, y por* ***OHL COLOMBIA S.A.S.****, con una participación equivalente al restante 30%, el ajuste pactado en el Contrato CEQ-21 sobre la suma de dinero de que tratan las pretensiones primera, segunda y tercera, cuyo valor equivale a seiscientos cincuenta y cinco millones novecientos diez mil novecientos dieciséis pesos (COP$655.910.916), o aquella suma que se pruebe en el curso del presente proceso.*

"NOVENO. *Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial de las anteriores declaraciones, se declare que* ***EMGESA S.A. ESP*** *se encuentra obligada a pagar al* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL****, integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.*** *(hoy* ***GRUPO ICT II S.A.S.****), con una participación equivalente al 70%, y por* ***OHL COLOMBIA S.A.S.****, con una participación equivalente al restante 30%, un total de dos mil ochocientos veintinueve millones doscientos cuarenta mil seiscientos cincuenta y nueve pesos (COP$2.829.240.659), o aquella que se pruebe en el curso del presente proceso, por cantidades de obra ejecutadas y no reconocidas y el ajuste correspondiente.*

"DÉCIMO. *Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial de las anteriores declaraciones, se condene a* ***EMGESA S.A. ESP*** *a pagar al* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL****, integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.*** *(hoy* ***GRUPO ICT II S.A.S.****), con una participación equivalente al 70%, y por* ***OHL COLOMBIA S.A.S.****, con una participación equivalente al restante 30%, la suma de no menos de dos mil ochocientos veintinueve millones doscientos cuarenta mil seiscientos cincuenta y nueve pesos (COP$2.829.240.659), o aquella que se pruebe en el curso del presente proceso, por cantidades de obra ejecutadas y no reconocidas y el ajuste correspondiente.*

"B. Pretensiones Subsidiarias

"(i) Relativas a los intereses debidos por la mora en el pago de los montos acordados en el Addendum No. 17

"PRIMERO. *Que se declare que el plazo para que* ***EMGESA S.A. ESP*** *le pagara al* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL,*** *integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.*** *(hoy* ***GRUPO ICT II S.A.S.****), con una participación equivalente al 70%, y por* ***OHL COLOMBIA S.A.S.****, con una participación equivalente al restante 30%, las sumas de dinero acordadas en el literal b) de la cláusula tercera del Addendum No. 17 al Contrato CEQ-21, vencía el 17 de enero de 2017.*

"SEGUNDO. *Que se declare que* ***EMGESA S.A. ESP*** *le pagó al* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL,*** *integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.*** *(hoy* ***GRUPO ICT II S.A.S.****), con una participación equivalente al 70%, y por* ***OHL COLOMBIA S.A.S.****, con una participación equivalente al restante 30%, las sumas de dinero acordadas en el literal b) de la cláusula tercera del Addendum No. 17 al Contrato CEQ-21 hasta el 10 de febrero de 2017.*

"TERCERO. *Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las anteriores pretensiones, se declare que* ***EMGESA S.A. ESP*** *incurrió en mora de veinticuatro (24) días en el pago al* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL,*** *integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.*** *(hoy* ***GRUPO ICT II S.A.S.****), con una participación equivalente al 70%, y por* ***OHL COLOMBIA S.A.S.****, con una participación equivalente*

al restante 30%, de las sumas de dinero acordadas en el literal b) de la cláusula tercera del Addendum No. 17 al Contrato CEQ-21.

***"CUARTO.** Que se declare que **EMGESA S.A. ESP** no le ha pagado al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL,** integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, los intereses sobre las sumas de dinero acordadas en el literal b) de la cláusula tercera del Addendum No. 17 al Contrato CEQ-21, calculados conforme a la cláusula 2.16.06 de las Bases Administrativas Especiales desde el 18 de enero de 2017 hasta el 10 de febrero de 2017.*

***"QUINTO.** Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las anteriores declaraciones, se declare que, al no haberle pagado al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, las sumas de dinero a que hacen referencia las pretensiones anteriores, **EMGESA S.A. ESP** se ha enriquecido sin justa causa.*

***"SEXTO.** Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las anteriores declaraciones, se declare que el **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, sufrió un empobrecimiento correlativo al enriquecimiento sin justa causa de **EMGESA S.A. ESP** al no haber recibido el pago de las sumas de dinero a que hacen referencia las pretensiones anteriores.*

***"SÉPTIMO.** Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial de las anteriores declaraciones, se declare que **EMGESA S.A. ESP** se encuentra obligada a pagar al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, los intereses causados por los días de retraso o mora en el pago de las sumas acordados en el Addendum No. 17 al Contrato CEQ-21, por una suma de quinientos trece millones cuatrocientos setenta mil cuatrocientos veintitrés pesos (COP$513.470.423), o aquella que se pruebe en el curso del presente proceso.*

***"OCTAVO.** Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial de las anteriores declaraciones, se condene a **EMGESA S.A. ESP** a pagar al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, los intereses causados por los 24 días de retraso o mora en el pago de las sumas acordados en el Addendum No. 17*

al Contrato CEQ-21, por una suma de quinientos trece millones cuatrocientos setenta mil cuatrocientos veintitrés pesos (COP$513.470.423), o aquella que se pruebe en el curso del presente proceso.

"(ii) Pretensiones relativas a las cantidades de obra ejecutadas y no pagadas

***"PRIMERO.** Que se declare que, durante la vigencia del Contrato CEQ-21, el **CONSORCIO IMPREGILO-OHL,** integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, ejecutó las cantidades de obra enlistadas en el Hecho 31 de la presente Reforma de la Demanda de Reconvención, cuyo valor equivale a dos mil ciento setenta y tres millones trescientos veintinueve mil setecientos cuarenta y tres pesos (COP$2.173.329.743), o aquel que se pruebe en el curso del presente proceso.*

***"SEGUNDO.** Que se declare que **EMGESA S.A. ESP** no le ha pagado al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL,** integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, las cantidades de obra enlistadas en el Hecho 31 de la presente Reforma de la Demanda de Reconvención, cuyo valor equivale a dos mil ciento setenta y tres millones trescientos veintinueve mil setecientos cuarenta y tres pesos (COP$2.173.329.743), o aquel que se pruebe en el curso del presente proceso.*

***"TERCERO.** Que se declare que, de conformidad con la Cláusula 2.14.5 de las Bases Administrativas Especiales del Contrato CEQ-21 y demás cláusulas contractuales aplicables, el **CONSORCIO IMPREGILO-OHL,** integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, tiene derecho a que **EMGESA S.A. ESP** le reconozca y pague el ajuste contractualmente pactado sobre la suma de dinero de que tratan las pretensiones anteriores, ajuste cuyo valor equivale a seiscientos cincuenta y cinco millones novecientos diez mil novecientos dieciséis pesos (COP$655.910.916), o aquella suma que se pruebe en el curso del presente proceso.*

***"CUARTO.** Que se declare que **EMGESA S.A. ESP** no le ha reconocido ni pagado al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL,** integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, el ajuste pactado en el Contrato CEQ-21 sobre la suma de dinero de que tratan las pretensiones primera, segunda y tercera, ajuste cuyo valor equivale a seiscientos cincuenta y cinco millones novecientos diez mil novecientos dieciséis pesos (COP$655.910.916), o aquella suma que se pruebe en el curso del presente proceso.*

"QUINTO. *Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las anteriores declaraciones, se declare que, al no haberle pagado al* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL****, integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.*** *(hoy* ***GRUPO ICT II S.A.S.****), con una participación equivalente al 70%, y por* ***OHL COLOMBIA S.A.S.****, con una participación equivalente al restante 30%, las sumas de dinero a que hacen referencia las pretensiones anteriores,* ***EMGESA S.A. ESP*** *se ha enriquecido sin justa causa.*

"SEXTO. *Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las anteriores declaraciones, se declare que el* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL****, integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.*** *(hoy* ***GRUPO ICT II S.A.S.****), con una participación equivalente al 70%, y por* ***OHL COLOMBIA S.A.S.****, con una participación equivalente al restante 30%, sufrió un empobrecimiento correlativo al enriquecimiento sin justa causa de* ***EMGESA S.A. ESP,*** *al no haber recibido el pago de las sumas de dinero a que hacen referencia las pretensiones anteriores.*

"SÉPTIMO. *Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial de las anteriores declaraciones, se declare que* ***EMGESA S.A. ESP*** *se encuentra obligada a pagar al* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL****, integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.*** *(hoy* ***GRUPO ICT II S.A.S.****), con una participación equivalente al 70%, y por* ***OHL COLOMBIA S.A.S.****, con una participación equivalente al restante 30%, la suma de no menos de dos mil ochocientos veintinueve millones doscientos cuarenta mil seiscientos cincuenta y nueve pesos (COP$2.829.240.659), o aquella que se pruebe en el curso del presente proceso, por cantidades de obra ejecutadas y no reconocidas y el ajuste correspondiente sobre las mismas.*

"OCTAVO. *Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial de las anteriores declaraciones, se condene a* ***EMGESA S.A. ESP*** *a pagar al* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL****, integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.*** *(hoy* ***GRUPO ICT II S.A.S.****), con una participación equivalente al 70%, y por* ***OHL COLOMBIA S.A.S.****, con una participación equivalente al restante 30%, la suma de no menos de dos mil ochocientos veintinueve millones doscientos cuarenta mil seiscientos cincuenta y nueve pesos (COP$2.829.240.659), o aquella que se pruebe en el curso del presente proceso, por cantidades de obra ejecutadas y no reconocidas y el ajuste correspondiente sobre las mismas.*

"C. Pretensiones Comunes a las Pretensiones Principales y a las Pretensiones Subsidiarias"

"PRIMERO. *Que, como consecuencia de la prosperidad, total o parcial de las anteriores declaraciones y condenas, se condene a* ***EMGESA S.A. ESP*** *a pagar al* ***CONSORCIO IMPREGILO-OHL****, integrado por* ***IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.*** *(hoy* ***GRUPO ICT II S.A.S.****), con una participación equivalente al 70%, y por* ***OHL CO-***

***LOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, intereses moratorios según resulte aplicable, a la máxima tasa permitida por la ley, sobre las condenas que se establezcan en favor del **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, en la decisión que ponga fin al presente proceso, calculados desde la fecha en que sean o se hayan hecho exigibles, o la que el Tribunal considere, y hasta la fecha en que se profiera la decisión que ponga fin al presente proceso.*

***"Primera Pretensión Subsidiaria a la Primera Pretensión:** Que, también como consecuencia de la prosperidad, total o parcial de las anteriores declaraciones y condenas, se condene a **EMGESA S.A. ESP** a pagar al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, intereses comerciales según resulte aplicable, sobre las condenas que se establezcan en favor del **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, en la decisión que ponga fin al presente proceso, calculados desde la fecha en que sean o se hayan hecho exigibles, o la que el Tribunal considere, y hasta la fecha en que se profiera la decisión que ponga fin al presente proceso.*

***"Segunda Pretensión Subsidiaria a la Primera Pretensión:** Que, también como consecuencia de la prosperidad, total o parcial de las anteriores declaraciones y condenas, se condene a **EMGESA S.A. ESP** a pagar al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, la actualización monetaria utilizando para el efecto el Índice de Precios al Consumidor (IPC) o el índice de actualización que el Tribunal considere aplicable, sobre las condenas que se establezcan en favor del **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, en la decisión que ponga fin al presente proceso, calculado desde la fecha en que sean o se hayan hecho exigibles, o la que el Tribunal considere, y hasta la fecha en que se profiera la decisión que ponga fin al presente proceso.*

***"SEGUNDO.** Que, también como consecuencia de la prosperidad, total o parcial de las anteriores declaraciones y condenas, se condene a **EMGESA S.A. ESP** a pagar al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por OHL*

*COLOMBIA S.A.S., con una participación equivalente al restante 30%, intereses moratorios según resulte aplicable, a la máxima tasa permitida por la ley sobre las condenas que se establezcan en favor del **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, en la decisión que ponga fin al presente proceso, calculados desde la fecha en que se profiera la decisión que ponga fin al presente proceso y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.*

***"Primera Pretensión Subsidiaria a la Segunda Pretensión:** Que, también como consecuencia de la prosperidad, total o parcial de las anteriores declaraciones y condenas, se condene a **EMGESA S.A. ESP** a pagar al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, intereses comerciales según resulte aplicable, sobre las condenas que se establezcan en favor del **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, en la decisión que ponga fin al presente proceso, calculados desde la fecha en que se profiera la decisión que ponga fin al presente proceso y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.*

***"Segunda Pretensión Subsidiaria a la Segunda Pretensión:** Que, también como consecuencia de la prosperidad, total o parcial de las anteriores declaraciones y condenas, se condene a **EMGESA S.A. ESP** a pagar al **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, la actualización monetaria utilizando para el efecto el Índice de Precios al Consumidor (IPC) o el índice de actualización que el Tribunal considere aplicable, sobre las condenas que se establezcan en favor del **CONSORCIO IMPREGILO-OHL**, integrado por **IMPREGILO COLOMBIA S.A.S.** (hoy **GRUPO ICT II S.A.S.**), con una participación equivalente al 70%, y por **OHL COLOMBIA S.A.S.**, con una participación equivalente al restante 30%, en la decisión que ponga fin al presente proceso, calculado desde la fecha en que se profiera la decisión que ponga fin al presente proceso y hasta la fecha en que se produzca el pago efectivo.*

***"TERCERO.** Que, también como consecuencia de la prosperidad, total o parcial, de las anteriores declaraciones y condenas, se condene a **EMGESA S.A. ESP** a pagar las costas y agencias en derecho que se causen por razón del presente proceso.*

75. Los 83 hechos que sustentan las pretensiones se relataron pormenorizadamente en la demanda de reconvención reformada, y se resumen a continuación manteniendo el orden en que fueron presentados por el CIO:

A. El Contrato y sus disposiciones sobre el pago

1. Se dice que lo relativo a los antecedentes del Contrato, su celebración y ejecución se desarrolló en la reforma de la demanda principal y su contestación.

2. En los distintos documentos contractuales se acordaron unas condiciones específicas de facturación y pago de la remuneración del Contratista (cláusula 5ª del Convenio de Formalización, cláusulas 2.14, 2.15.1, 2.15.2, 2.16.01 y 2.16.06 de las CAE, y cláusulas 6.4.2 y 6.8 de las BAG).

3. Se dice que se remite al tenor de estas disposiciones *"y cuyo alcance será explicado a medida que se desarrolle cada punto"*.

B. Reclamación del pago e incumplimiento contractual de EMGESA

(i) Demoras en pagos acordados en el Addendum No. 17

4. Se cita el literal b) de la Cláusula Tercera del Addendum No. 17 al Contrato.

5. En esta cláusula las partes acordaron: (i) "*Emgesa pagaría al Consorcio la suma de dinero allí prevista, más al respectivo reajuste de precio, a más tardar, el 17 de enero de 2017"*; (ii) "*En caso de mora, Emgesa pagaría al Contratista intereses calculados conforme a la cláusula 2.16.06 de las BAE"*; (iii) El pago de esta suma más los intreses no podía hacerse más allá del 28 de febrero de 2017.

6. La "*cláusula prevé la aplicación de intereses en caso de que el pago se hiciera después del 17 de enero de 2017"*.

7. EMGESA no podía extender dicho plazo sujetándolo a condiciones adicionales, y al hacerlo, incurrió en incumplimiento contractual.

8. EMGESA pagó de forma extemporánea el 10 de febrero de 2017 los montos acordados en el literal b) de la cláusula tercera del Addendum No.17.

9. EMGESA pretendió justificar su incumplimiento, supeditando el pago al agotamiento de trámites contables.

10. La mora en que incurrió EMGESA causó intereses a favor del CIO desde el 18 de enero de 2017 y hasta la fecha efectiva de pago, los cuales aún no le han sido reconocidos.

11. La deuda por los montos acordados en el literal b) de la cláusula 3ª del Addendum No. 17 surgió por su suscripción, y su pago oportuno no podía supeditarse a requisitos contables.

12. EMGESA devolvió la factura por valor de COP$489.665.620, por no cumplir con un requisito que denominó "conformidad".

13. El CIO advirtió su desacuerdo con la manifestación hecha por EMGESA en las comunicaciones No. CIO-PHEQ-CEQ-21-009883 del 6 de marzo de 2017, y No. CIO-PHEQ-CEQ-21-009885 del 13 de marzo de 2017.

14. El Consorcio reiteró que los plazos de pago estaban establecidos en el Addendum No. 17, y que EMGESA no podía dejar de cumplir dicha obligación remitiéndose a disposiciones del Contrato que no resultaban aplicables.

15. En la comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21-09887 del 27 de marzo de 2017, el CIO rechazó que EMGESA mezclara cláusulas del Contrato con lo dispuesto en el Addendum No. 17, para argumentar que tenía 30 días adicionales para el pago.

16. El CIO aclaró que la Cláusula 2.16.06 de las BAE solo se mencionaba en el Addendum 17 para definir la tasa de interés aplicable en casos de mora, por lo que dicha referencia no permitía que EMGESA se atribuyera un término adicional de 30 días para el pago.

17. El 19 de octubre de 2017, mediante comunicación No. CIO/PHEQ-CEQ-21-9899 el CIO solicitó nuevamente el pago de los intereses debidos. Mediante comunicación CEQ-21-OTI-CTA-8837, EMGESA se negó nuevamente al pago.

18. Mediante comunicación No. CIO/PHEQ-CEQ-21-9901 del 20 de diciembre de 2017 el CIO advirtió que si no se realizaba el respectivo pago, esta comunicación se entendía como la notificación prevista en la Cláusula 15 del Convenio de Formalización, dando así lugar al periodo de 30 días de negociación directa entre las Partes.

19. En la comunicación CEQ-21-JDI-CTA-8838 del 5 de enero de 2018, EMGESA insistió en sus argumentos, y rechazó la notificación hecha por el CIO.

20. A la presentación de la demanda de reconvención reformada EMGESA no ha reconocido los intereses.

C. Exigibilidad de los intereses debidos por EMGESA al Consorcio

21. La obligación de EMGESA estaba sometida a plazo y se hizo exigible desde el 17 de enero de 2017.

22. La Cláusula 2.16.01 de las BAE establecía un plazo de 30 días para el pago de cualquier factura presentada por el CIO a EMGESA, una vez fuera radicada.

23. En el Addendum 17, "las Partes sometieron la obligación de pago de los valores allí acordados a un plazo cierto y especial, esto es, el 17 de enero de 2017".

24. El 17 de enero de 2017 se hizo exigible la obligación de pagar los montos debidos con ocasión del Addendum 17, constituyéndose EMGESA en mora a partir del día siguiente a la luz de lo establecido en el artículo 1608 del Código Civil.

25. De acuerdo con el literal (b) de la cláusula 3ª del Addendum 17, las Partes no pretendían someter la exigibilidad de la obligación en cabeza de EMGESA a ningún tipo de condición diferente al acaecimiento del plazo.

26. Las Partes advirtieron que el pago no podía extenderse más allá del 28 de febrero de 2017, con los intereses devengados luego de la exigibilidad de la obligación.

27. La referencia que las Partes hicieron en el literal b) de la cláusula tercera del Addendum 17 a la Cláusula 2.16.06 de las BAE solo tenía por objeto definir la tasa de interés de mora aplicable.

28. Una interpretación contraria tornaría nugatorio el pacto contractual.

29. Ante el incumplimiento de EMGESA del plazo acordado en el Addendum 17, hay lugar al pago de los intereses de mora de acuerdo con la tasa pactada en dicho Addendum, desde el 18 de enero hasta el 10 de febrero de 2017, fecha efectiva de pago.

D. Incumplimiento del pago de las obras ejecutadas por el Consorcio más el reajuste correspondiente

30. El CIO ejecutó unas obras que aunque fueron recibidas satisfacción no le fueron pagadas.

31. Las siguientes son las obras que fueron ejecutadas y no le han sido pagadas:

ITEM	DESCRIPCIÓN	CANTIDADES NO PAGADAS
1.1	Desmonte y limpieza	0.73
1.2	Excavación de cortes de la vía en material común	376
1 .3	Excavación para estructuras y para tuberías en material común	25
1.4	Terraplenes	203
1 .5	Relleno Tipo A para estructuras para tuberías	18.5
1.6	Afirmado	357
1.7	Tubería en concreto reforzado de 0.90 m de diámetro para alcantarilla	10
1.9	Relleno Tipo B para filtros	4.7
2.1	Manejo de aguas superficiales y subterráneas y desecación de fundaciones para la construcción de la presa, ataguía y demás estructuras de la obra.	0.1
3.10	Suministro e instalación de Tubería Sanitaria PVC de diámetro 88mm (3"	71.30
4.21	Excavación para portales de las ventanas de construcción del túnel de desviación	132.4
7.1	Pernos tipo Al y barras de anclaje en excavaciones en corte abierto en superficies naturales del terreno	696
7.2	Pernos tipo Al y barras de anclaje en excavaciones subterráneas	40.00
10.1.8	En otras obras en corte abierto	100.6
10.1.10	En portales de galerías de inyección y drenajes	22.94
10.1.11	En portales de túnel de desviación y ventanas de construcción	142.40
10.2.4	En la cámara de compuertas	43.30
10.2.8	Concreto lanzado en túnel de desviación y ventanas de construcción	72.00
1 0.3	Fibra metálica	818.9
	Tubería para revestimiento y drenaje: Tubería PVC para drenaje de 65 mm de diámetro en la superficie.	60.0
11.15	Conexiones para inyecciones desde la superficie	41.00
11.16	Conexiones ara inyecciones desde obras subterráneas.	41.00
11.22	Tubería para revestimiento y drenaje: Tubería PVC para drenaje de 65 mm de diámetro en excavaciones subterráneas	66.00
12.16	Relleno compactado para la Zona 4 (Rip-Ra) del dique auxiliar y protección del talón de aguas debajo de la presa.	225.60
13.7.1	Concreto clase K para la estructura de descarga y entrega al río a la salida de la casa de máquinas	91.60
13.8.4	Concreto clase K para los muros perimetrales e interiores por encima de la El. 571 ,20 en las zonas de unidades.	81.70
13.8.5	Concreto clase L para las columnas internas entre las El. 562,96 la EL. 592,40.	7.93
13.8.6	Concreto clase L para las vigas y las losas aéreas en las elevaciones 580,40; 586,40 y 592,40 y los fosos de recolección de aceite bajo los transformadores.	218.60
13.8.11	Concreto clase E para las tapas removibles	1.30

13.8.18	Concreto clase L para el Box Coulvert de comunicación entre la zona de unidades y el edificio de control	24.43
13.11.5	Concreto clase K para la cimentación de los cerramientos en malla eslabonada y para los sardineles de la caseta de vigilancia	5.90
13.11.8	Concreto clase K para muros y alcantarillas	9.15
13.12.4	Concreto con mortero autonivelante sin contracción tipo Sikagrout de Sika o similar	0.07
13.12.10.1	Sikaflex IA o similar	66.32
13.12.14.1	Icopor	4592.4
13.12.19	Mezcla de arena asfáltica	11.5
15.1 (#)	Acero de refuerzo Grado 60 - f =420 MPa	364496.6
15.5.1	Malla electrosoldada Q2 de Concremalla o similar	229
16.1.5	Medidores de desplazamiento a través de juntas en la cara de la presa	16
16.2.14	Software para tratamiento de datos	1
16.2.15	Software Servidor (S.O, Office, Antivirus	1
18.2	Rejillas	1493.2
18.3	Escaleras metálicas	303.30
18.6	Barandas metálicas	234.4
18.8	Tapas metálicas misceláneas	2540.7
18.9	Elementos metálicos misceláneos no embebidos	267.90
18.11	Malla eslabonada ara cerramientos	180.33
18.12	Tubos galvanizados para postes de cerramientos	154.00
18.14	Alambre de púas para cerramientos	255.09
18.16.1	Tubería de acero de calidad ASTM A-53, Grado A o B, con sus accesorios de calidad ASTM A-234	205.70
20.3.10	Piso en concreto endurecido	293.13
20.7.7	Ventanas en aluminio natural vidrio de 6 mm	64.90
20.7.9	Rejillas en aluminio natural	10.20
23.8.6	Repuestos generales para el Sistema de Iluminación y tomas	1
33.11	Remoción Ataguía	1

32. El valor de estas obras ejecutadas y no pagadas asciende a COP$2.173.329.743.

33. La cláusula 2.14 de las BAE establece la obligación de EMGESA de pagar los precios unitarios por las cantidades de obra ejecutadas.

34. El reajuste contractual equivale a COP$655.910.916 para el valor debido por EMGESA por concepto de obras ejecutadas y no pagadas (cláusula 2.14.05 del Contrato).

35. EMGESA adeuda al CIO COP$2.829.240.659 por concepto de cantidades de obra que fueron ejecutadas y no pagadas.

36. La identificación de las cantidades de obra no pagadas fue el producto de la revisión que se hizo con el fin de lograr el cierre económico del Contrato, en los términos de la cláusula 6.10 de las BAG.

37. En la revisión se identificaron cantidades de obra que no fueron medidas y reconocidas al CIO en las Actas de Medición, por motivos diversos como ajustes en las dimensiones y/o correcciones de errores de cálculo, entre otros.

38. El proceso de revisión fue adelantado durante varios meses por el CIO para el cierre del Contrato, *"como consta en las comunicaciones CIO/PHEQ-CEQ21-9682 del 25 de abril de 2016, CIO/PHEQ-CEQ-21-9687 del 27 de abril de 2016, CIO/PHEQ-CEQ-21-9714 del 14 de mayo de 2016, CIO/PHEQ-CEQ-21-9725 del 25 de mayo de 2016, CIO/PHEQ-CEQ-21-9737 del 3 de junio de 2016, y CIO/PHEQ-CEQ-219769 del 22 de junio de 2016, en las cuales este remitió los soportes de la contabilidad de obra final de los diferentes ítems, para la revisión y aprobación de Emgesa"*.

39. El valor reclamado *"fue el resultado de una revisión y conciliación conjunta de las Partes, como se evidencia en la comunicación CIOPHEQ-CEQ-21-9849 del 8 de noviembre de 2016"*.

40. *"[E]sta comunicación da cuenta del acuerdo al que habían llegado Emgesa y el Consorcio en las múltiples reuniones adelantadas, sobre el monto de las cantidades de Obra que serían objeto de reconocimiento y pago al Contratista"*.

41. Los soportes de dicho acuerdo fueron remitidos con comunicación CIO-PHEQ-CEQ-21-9875 del 10 de febrero de 2017, mediante la cual se envió el Acta No. 68 firmada por el CIO, de acuerdo con los montos aprobados por EMGESA.

42. El 10 de febrero de 2017, el CIO presentó los soportes del valor reclamado por obras ejecutadas y no pagadas hasta la fecha.

43. El valor de las obras ejecutadas y no pagadas fue objeto de conciliación de acuerdo con lo establecido en la comunicación CIO-PHEQ-CEQ-21-9849 del 8 de noviembre de 2016.

44. La conformidad de EMGESA en relación con el monto debido al CIO por las obras ejecutadas y no pagadas se evidencia en el borrador del *Addendum* No. 18, remitido por EMGESA mediante Comunicación CEQ-21-JDI-CTA-8817 del 9 de febrero de 2017.

45. EMGESA no modificó el borrador remitido. Por el contrario, envió el borrador reiterando la cifra que había sido acordada.

46. En el literal a) Acta de cierre, del numeral SEGUNDO del borrador de *Addendum* No. 18, se estableció: *"Las partes acuerdan el reconocimiento a favor del Contratista de la suma de (COP$2.173.329.743) que corresponden a las cantidades*

de obra ejecutadas y no reconocidas durante la construcción una vez efectuada la revisión de los planos As Built aprobados por Emgesa (…)".

47. Aunque EMGESA omitió incluir el reajuste correspondiente a la suma reconocida por los ítems contractuales ejecutados y aun no pagados, el numeral antes transcrito da cuenta del acuerdo de las Partes.

48. El reconocimiento de EMGESA del valor adeudado al CIO es evidente en su contestación a la Demanda de Reconvención Inicial, en la que solicitó que se tuviera como prueba el Borrador del Addendum No. 18 aportado por el Consorcio, sin salvedad.

49. EMGESA incluyó en el borrador del Addendum 18 un ajuste que hacía nugatorio el reconocimiento en favor del Consorcio al cierre económico del Contrato.

50. EMGESA incluyó un acápite sobre las VICO, *"que calculó a partir de un ajuste a favor del CIO por un total de COP$2.701.698.813 y un ajuste a favor de Emgesa por un total de COP$4.759.943.171, generando un supuesto resultado final por concepto de VICO a favor de Emgesa equivalente a COP$2.058.244.358"*.

51. "Dichos cálculos se hicieron de manera unilateral por parte de EMGESA y sin que el Consorcio tuviera la oportunidad de revisarlos y/o de manifestar su inconformidad".

52. Con dicha inclusión, EMGESA desconoció meses de negociación en los que nunca mencionó la inclusión de las VICO en el balance general de la obra.

53. EMGESA incluyó en el borrador del Addendum No. 18 que: *"El valor de este Ajuste de Precio será descontado del valor a pagar por concepto de Estado de Pago Final del Contrato y/o de cualquier otra suma pendiente de pago a favor del Contratista"*.

54. EMGESA procedió *"a descontar el valor de COP$2.058.244.358 que, por concepto de VICO, calculó a su favor, del valor de COP$2.173.329.743 reclamado por cierre de cantidades finales de obras ejecutadas por el Consorcio"*.

55. EMGESA no incluyó en sus cálculos el reajuste correspondiente equivalente a COP$655.910.916.

56. Dichos montos por VICO no podían incluirse como parte del ajuste de precio para el cierre del Contrato en la medida en que se encontraban transados en el Addendum 17.

57. EMGESA era consciente de que dicho asunto había sido transado con la firma del Addendum No. 17 pues en las mesas de trabajo para la negociación del cierre económico del Contrato nunca puso en discusión un reajuste por concepto de VICO.

58. *"Así lo señaló el Contratista mediante comunicaciones No. CIO/PHEQ-CEQ-21-9882 del 24 de febrero de 2017, No. CIO/PHEQ-CEQ-21-9887 del 27 de marzo de 2017, No. CIO/PHEQ-CEQ-21-9990 del 19 de octubre de 2017 y No. CIO/PHEQ-CEQ-21-9902 del 20 de diciembre de 2017"*.

59. En la última comunicación el CIO *"advirtió que, en caso de persistir Emgesa en su postura, dicha comunicación serviría como notificación de lo dispuesto en la cláusula 15 del Convenio de Formalización del Contrato CEQ-21"*.

60. En la *"comunicación No. CEQ-21-JDI-CTA-8839, Emgesa respondió afirmando que dentro del Addendum No. 17 no quedó incluido el ajuste relativo a VICO contenido en la Cláusula 6.2.3.3 de las BAG, y que dicho precepto no fue modificado por las Partes y permanecía vigente"*.

61. EMGESA rechazó la notificación *"afirmando que, en su concepto, no existía controversia sobre el particular"*.

62. EMGESA no ha reconocido al CIO los montos debidos por las obras ejecutadas y no pagadas al momento del cierre económico y la liquidación del Contrato.

63. EMGESA persiste en ignorar el sentido, alcance y efectos de la transacción contenida en el Addendum 17.

64. Mediante correo electrónico enviado por el Director del Proyecto, EMGESA invita al CIO a participar en las reuniones correspondientes, en el que se indicó que uno de los puntos de la agenda eran precisamente las VICO.

65. De lo que queda claro que "las VICO no sólo sí fueron parte de las discusiones sostenidas entre las Partes, sino que además podían perfectamente serlo, sin que el concepto en sí mismo considerado las excluyera de tal posibilidad".

66. Al tratarse de un contrato por precios unitarios (Cláusula 4ª del Convenio de Formalización, Cláusulas 2.14 de las BAE y 6.1 de las BAG), el pago de cada ítem contractual podía hacerse una vez finalizado. En caso de existir reajustes por VICO aplicables a ítems finalizados antes del 31 de octubre de 2017, no existía razón para que EMGESA tuviera que esperar hasta el Acta de Cierre para cobrarlos.

67. La Cláusula 6.4.2 de las BAG determina que *"las solicitudes de reajuste se presentarán tan pronto se haya ejecutado el ítem contractual que fundamenta el reajuste"*.

68. *"[A] medida que se fueran ejecutando los diferentes ítems y que se fueran generando mayores cantidades de obra, debieron haber sido evaluados los reajustes respectivos con el fin de incluirlos en las actas de avance mensual inmediatamente siguientes"*.

69. *"[E]n la evaluación mensual de los ítems ejecutados para determinar su viabilidad de pago, debían revisarse los eventuales reajustes en caso de que las cantidades de obra ejecutadas excedieran las previstas inicialmente con el fin, además, de hacer un balance general del proyecto y determinar la necesidad de aplicar las cláusulas de reajuste pactadas en las cláusulas 6.2.3.3 y 6.4.2 de las BAG".*

70. Para las negociaciones del Addendum No. 17 existían solicitudes de reajuste por VICO que estaban pendientes.

71. *"[E]l finiquito pactado respecto de las controversias existentes por hechos ocurridos antes del 31 de octubre de 2017 sí cubre lo correspondiente a reajustes por VICO"*.

72. Los valores reclamados por EMGESA por concepto de VICO en el Addendum No. 18 corresponden, en su mayoría, a ítems concluido antes del 31 de agosto de 2017, fecha del finiquito pactado en el Addendum No. 17.

73. Los valores reclamados corresponden a obras efectivamente ejecutadas por el CIO.

E. Persistencia de incumplimiento por parte de EMGESA y correlativo enriquecimiento de EMGESA sin justa causa

En los hechos 74 a 83, el CIO pone de presente que EMGESA incumplió sus obligaciones contractuales, el reconocimiento que pretende en la reforma de la demanda de reconvención por las obras ejecutadas y no pagadas, y cómo EMGESA se enriqueció sin justa causa al negarse a pagar las sumas adeudadas al CIO, tanto por concepto del *Addendum* 18 como por obras ejecutadas y no pagadas (artículo 831 del Código de Comercio).

D. La contestación de la demanda de reconvención reformada

76. EMGESA contestó oportunamente la demanda de reconvención reformada oponiéndose a todas las pretensiones, se pronunció sobre los hechos, solicitó pruebas, formuló objeción al juramento estimatorio y presentó las siguientes excepciones de mérito[9]:

1. Inexistencia de las obligaciones que se predican de EMGESA

1.1. Reclamo 1 correspondiente a los intereses por demora en pagar los montos acordados en el Addendum No. 17.
1.2. Reclamo 2 por pago correspondiente al acta No. 69 – acta de medición final de obra

2. Ausencia de mora

3. Prohibición del anatocismo frente al reclamo 1

4. Compensación

5. Prescripción

6. Improcedencia de las pretensiones de enriquecimiento sin causa

VI – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

77. Del recuento realizado en acápites anteriores se desprende que la relación procesal existente en el presente caso se constituyó regularmente, y que en su desenvolvimiento no se configuró defecto alguno que, de acuerdo con la ley, pueda invalidar en todo o en parte la actuación surtida y que, por no haber sido saneado, le imponga al Tribunal el deber de darle aplicación al artículo 137 del C.G.P.

78. A esto debe añadirse que, durante las etapas procesales correspondientes, el Tribunal realizó los respectivos controles de legalidad y ninguna de las Partes hizo manifestación alguna al respecto.

9 EXPEDIENTE DIGITAL. PRINCIPAL NO. 6. 18_122485_PRINCIPAL_6_CONTESTACION_REFORMA_RECONVENCION_FOLIOS_278_ 362.

79. De los presupuestos del proceso el único que amerita un análisis específico es el concerniente a la aptitud de la demanda presentada por EMGESA, por cuanto ha sido cuestionada por las codemandadas Impregilo Colombia S.A.S. (hoy Grupo ICT II S.A.S.) y OHL Colombia S.A.S., quienes simultáneamente formularon sendas excepciones de mérito que llamaron "*P. Ineptitud de la Demanda/Ausencia de solidaridad entre el Consorcio y Axa Colpatria", "Q. Ineptitud de la Demanda/Indebida acumulación de pretensiones/Emgesa pretende que tanto el CIO como AXA le reparen los supuestos daños sufridos"* y "*R. Ineptitud de la Demanda/Indebida acumulación de pretensiones/Emgesa está pretendiendo que se le indemnice el mismo daño dos veces".*

80. La primera de las denuncias de ineptitud de la demanda la relacionan las excepcionantes con la "*reiterada y pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que ha explicado que no existe solidaridad entre el asegurado o responsable y la aseguradora",* lo cual resulta desconocido por "*las pretensiones de condena primera, segunda, tercera y cuarta",* en las que expresamente se solicitan condenas solidarias para todas las Convocadas, es decir, el asegurado y el asegurador. Consideran, entonces, que hay una indebida formulación de dichas pretensiones, pues para el Tribunal no le es "*posible proferir una condena solidaria"* ni "*tampoco lo es proferir condenas por separado, pues las mismas no fueron solicitadas por Emgesa al formular la Reforma de la Demanda".*

81. La segunda arista de la irregularidad de la demanda también se relaciona con la indebida acumulación de pretensiones, en tanto "*Emgesa pretende que se le pague, por un lado, la indemnización derivada de la Póliza de Estabilidad de la Obra, y, por el otro, la reparación supuestamente adeudada por parte del Consorcio. En otras palabras, la Convocante pareciera ser de la teoría de que, aparentemente, tiene pleno derecho a que tanto AXA como el Consorcio le reparen cualquier daño sufrido, la una como aseguradora y el otro como constructor".* Planteamiento que, según las opositoras, desconoce la naturaleza y finalidad del contrato de seguro, particularmente los seguros de daños que son meramente indemnizatorios. De manera que en este caso fácilmente se observa que la Convocante acumula indebidamente "*pretensiones de condena de la acción directa contra la aseguradora, con pretensiones indemnizatorias dirigidas en contra del Consorcio",* lo que supone un ejercicio indebido de "*la acción directa en contra de la aseguradora pues incluyó pretensiones de carácter indemnizatorio tanto en contra del Consorcio como de AXA COLPATRIA",* al solicitar la condena solidaria.

82. La tercera acusación de ineptitud de la demanda tiene explicación en el hecho relativo a que "*las pretensiones de condena primera, segunda, tercera, cuarta y quinta"* significan que EMGESA le pide al Tribunal que ordene a las Convocadas una doble indemnización por el mismo daño, "*ya que, en el evento en que alguna de estas pretensiones principales no prospere, o de que prospere parcialmente, y, siempre y cuando la condena por estas cinco pretensiones sea inferior al valor del importe de la cláusula penal, Emgesa le solicita al Honorable Tribunal que le ordene a la parte Convocada pagar a favor de Emgesa el cien por ciento de la cláusula penal, circunstancia que, innegablemente implica la indemnización del mismo daño dos veces".*

83. Las pretensiones que controvierten las excepciones son las de condena que van de la primera a la quinta, que en su orden piden que el "*CONSORCIO IMPREGILO - OHL … y AXA COLPATRIA S.A.",* sean condenadas "*a pagar SOLIDARIAMENTE A EMGESA…los daños reclamados, como daño emergente, asociados al espaldón de la presa, que involucró el trabajo de reperfilado de la cara aguas abajo de la presa, el cual ha sido valorado…"* (la primera). Igualmente en la segunda se impetra dicha condena solidaria por "*los costos directos, como daño emergente, que erogó por el control de calidad de materiales y asesoría a INGETEC, necesarios para realizar los trabajos de reparación de los daños asociados al espaldón de la presa, que involucró el trabajo de reperfilado de la cara aguas abajo de la presa…".* Esa condena solidaria también se reclama en las pretensiones tercera y cuarta por los conceptos que en ellas se indican, no así en la quinta que señala como sujeto pasivo único al "*CONSORCIO IMPREGILO-OHL",* frente al cual se depreca una condena a favor de EMGESA *"por concepto de Variaciones Importantes en las Cantidades de Obra-VICO-, de conformidad con lo establecido en los numerales 6.2.3.3., 6.4 y 6.10 de las Bases Administrativas Generales (BAG) del Contrato CEQ-21".* Cabe anotar que frente a las pretensiones mencionadas, para el evento en que *"no prosperen o prosperen parcialmente, haciendo que su importe sea inferior al valor de la cláusula penal",* se solicita que "*la parte convocada",* sea condenada a pagar la suma de *"($98.038.959.204.oo), por concepto de cláusula penal pactada en la cláusula novena del convenio de formalización del contrato CEQ-21".*

84. Cabe resaltar, en primer término, que la demanda es el proyecto de sentencia que la parte demandante le presenta al juez. Además, como bien se sabe, mediante ella se ejerce materialmente el derecho de acción y se da inicio al proceso como claramente lo establece el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012.

85. Estas connotaciones son la que han llevado a la doctrina, y también a la jurisprudencia, a considerar la demanda formalmente propuesta como una de las condiciones

de existencia y validez formal del proceso, es decir, como uno de los presupuestos procesales.

86. Atendiendo la trascendencia de este acto procesal, de postulación por excelencia, la ley ha sujetado la estructura de la demanda a una serie de requisitos que además de empezar a garantizar el derecho de defensa de la parte demandada, permiten identificar de manera clara, precisa y concreta, el objeto del litigio propuesto por el demandante. A partir de esos elementos cobran definición factores tan importantes como la litispendencia, la congruencia de la sentencia y la exclusión misma de la cosa juzgada, pues ellos conducen a saber con exactitud si el objeto de lo pretendido, incluida su causa, ya fue juzgado con anterioridad o fue sometido a un mecanismo de autocomposición que produzca ese efecto.

87. El Código General del Proceso consagra los requisitos de la demanda en el artículo 82, siendo destacable para el presente caso la exigencia del numeral 4, relativa a las pretensiones, las cuales deben ser expresadas "*con precisión y claridad",* conforme lo señala la norma. Precisión y claridad que implican, cuando se plantea una "*acumulación de pretensiones",* que estas se propongan reuniendo los requisitos formales que para tal suma establece el artículo 88 del señalado código, esto es, que el juez sea competente para conocer de todas ellas, sin tener en cuenta la cuantía; que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento; y que "*las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias".*

88. Cuando se presenta una acumulación subjetiva de pretensiones, además de los requisitos anteriores que valen para la acumulación objetiva, debe concurrir un cuarto requisito, como lo es la conexidad de causa, o de objeto, o de relación de dependencia, o probatoria o instrumental, conforme lo declara el mismo artículo 88.

89. Precisamente la propuesta en el caso es una acumulación subjetiva de pretensiones o un litisconsorcio facultativo por la parte pasiva, conformado por las sociedades integrantes del CIO y AXA COLPATRIA. Por consiguiente, la acumulación de pretensiones que hubo de proponer la parte demandante debe reunir los cuatro requisitos que para ese tipo de acumulación de pretensiones estatuye el artículo 88 del Código citado, y de verdad que el caso los cumple, porque el juez de conocimiento y el trámite es el mismo, no existe incompatibilidad o exclusión lógica entre ellas, y una y otras están ligadas o conectadas por un mismo factor, como lo es la concurrencia de objeto y causa de la pretensión.

90. Siendo la anterior la realidad procesal, las excepciones que se analizan están destinadas al fracaso, y ante su defecto se dejará por verificada la existencia del presupuesto procesal de demanda en forma porque ninguno de los argumentos propuestos por las excepcionantes desdice esta condición procesal, pues las razones en que se fincan cada una de las mencionadas excepciones nada tienen que ver con el aspecto puramente formal de la demanda presentada por EMGESA, porque como ya se vio, y enseguida se ahondará, los motivos aducidos para su fundamento son ajenos a los requisitos examinados, o involucran aspectos sustanciales igualmente extraños a la forma de la demanda, que es el objeto limitado del análisis.

91. La discusión que propone la excepción de ineptitud de la demanda propuesta por el CIO (literal P), partiendo de la inexistencia de "*solidaridad entre el asegurado o responsable y la aseguradora",* para entonces dejar por sentada "*una indebida formulación de las pretensiones"* que pudiera conducir a una sentencia incongruente, es un tema que desborda, como ya se anotó, el examen formal de la demanda, porque si existe o no la solidaridad que se invoca para reclamar las respectivas condenas, es un problema atinente a la legitimación en la causa, perfectamente unido al derecho sustancial que se hace valer, y, por lo tanto, sin ninguna incidencia en el campo meramente procesal de la acumulación de pretensiones, en tanto la pretensión, como atrás quedó expuesto, determina el objeto del proceso, y por ende el ámbito de conocimiento del juez, a quien el demandante le pide adoptar la resolución que le propone como fórmula definitiva para la heterocomposición del litigio, siendo indiferente para el momento de incoar la acción el alcance del derecho sustancial en el caso concreto, que es lo que aspiran alterar las demandadas cuando quieren trasladar el estudio de la solidaridad a los requisitos de la acumulación de pretensiones, y así calificar de inepta una demanda que vista bajo la perspectiva formal del artículo 88 del Código General del Proceso, no adolece del defecto denunciado.

92. Igual sucede con la excepción de ineptitud de la demanda que se identifica bajo el literal Q de la contestación de la demanda del CIO, por cuanto en esta también se deduce la indebida acumulación de pretensiones de factores diferentes a los que tiene en cuenta el artículo 88, como son las normas sustanciales que reconocen la naturaleza y finalidad del contrato de seguro, así como las que se encargan de determinar la legitimación en la causa, según se explicó antes, pues es este presupuesto material el que resulta involucrado cuando las excepcionantes ponen de presente lo indebido que resulta formular contra la aseguradora pretensiones que derivan de la acción directa y simultáneamente pretender que el Consorcio sea condenado solidariamente a indemnizar perjuicios. Por supuesto que aquí también entra en juego todo el tema sustancial de la solidaridad que antes se traía a colación para desechar la anterior excepción.

93. Lo de la doble indemnización que comporta la excepción R, propuesta bajo el ropaje de la ineptitud de la demanda, es otro medio defensivo totalmente extraño a los requisitos de forma de una demanda, entre ellos el de la formulación de las pretensiones, mucho más cuando la técnica usada por la parte demandante es la que la ley autoriza, esto es, la de la subsidiariedad para el evento del fracaso total o parcial de la pretensión propuesta principalmente; forma esta del planteamiento que trasciende al momento de la sentencia, porque la evaluación de la pretensión calificada como subsidiaria solo procede por razón de la no prosperidad de la pretensión principal en la forma indicada, como bien lo dicen las demandadas, lo cual en principio descarta la doble indemnización que predican dichas Convocadas. Pero, además, cabe decirlo, este es otro punto de la órbita del derecho sustancial que en manera alguna puede servir de sustento para tildar de inepta una demanda.

94. Por las anteriores razones, el Tribunal no dará prosperidad a los medios exceptivos anteriormente analizados, atinentes, todos ellos, a una pretendida ineptitud de la demanda presentada por EMGESA.

B. ASPECTOS PROBATORIOS

B.1. Recusación de algunos peritos

95. La Convocante desde sus primeras intervenciones y luego en el alegato de conclusión, ha rechazado los dictámenes de los siguientes expertos por considerarlos incursos en causales de recusación, como lo establece el artículo 235 del Código General del Proceso, razón por la que considera debe restárseles todo mérito probatorio: i) Lombardi, por cuanto esta firma "*rindió varios conceptos por solicitud del CIO desde el año 2014, informes que fueron presentados como prueba documental por parte de los contratistas desde la contestación de la demanda inicial y que en la contestación de la reforma de la demanda se identifican con los numerales 31, 44 y 46 del literal A del acápite de pruebas, documentos que fueron objeto de ratificación por parte del ingeniero Ulrich Hegg";* ii) Ecoinsa, porque según reconocimiento de las Convocadas y de la Llamada en garantía, "*estuvo a cargo del ajuste encargado por AXA Colpatria Seguros en el año 2018 con ocasión de la reclamación formulada por mi representada";* y iii) Carlos Andrés Turizo (FEC), porque según manifestación de él mismo, trabajando para DeSimone, estuvo a cargo de "*evaluar los daños de una reclamación hecha por Emgesa al CIO",* para efectos de lo cual los contrató Advanta "*que es una empresa de ajustes y nos pidió hacer una evaluación de estos daños y de cuál era la causa".*

96. En esta oportunidad pertinente resulta resolver entonces la objeción planteada por la Convocante, en vista de estar constatada respecto de cada uno de los auxiliares de la justicia la causal de recusación invocada, como lo es la prevista para los jueces en el número 12 del artículo 141 del Código General de Proceso, consistente en *"Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso…"*, que definitivamente fue lo que hicieron los identificados peritos cuando a petición de las Convocadas, y antes del proceso, emitieron conceptos, a petición de consultas o fungiendo como ajustadores de seguros a solicitud de las empresas aseguradoras.

97. Ahora, como del perito se exige imparcialidad, lo mismo que del juez, en esto radica la razón por la cual el artículo 235 ibidem, además de establecer la "*objetividad e imparcialidad"* como condiciones de la labor pericial, impone a las partes el deber de abstenerse "*de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces. La misma regla deberá observar el juez cuando debe designar perito".*

98. Claramente la imposición de este deber obra como salvaguarda del principio de la imparcialidad, porque esos conceptos u opiniones previas ponen en entredicho la participación en los intereses comunes de ambas partes, que es lo que al fin de cuentas refleja la imparcialidad que el artículo 235 del Código General del Proceso pone de presente cuando declara que el perito *"deberá tener en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes"*.

99. Verificado que en los referidos expertos concurre la causal de recusación establecida para los jueces, y que fue oportunamente alegada por la Convocante, debe entrarse a diferenciar el régimen que para los peritos establece el artículo 235 del régimen de recusación de los jueces consagrado por el mismo código de procedimiento a partir del artículo 141, porque, como ya se anotó, la asociación que la norma primera hace con las causales de recusación de los jueces, simplemente la explica la circunstancia que una y otra conducta se gobiernan por un mismo principio, como es el de la imparcialidad, pero sin que sea posible asimilarlas, pues una es la función del juez y otra muy distinta la del auxiliar de la justicia. De modo que el artículo 235 del Código General del Proceso, no consagra un sistema de recusación que traiga aparejada la exclusión del medio probatorio como lo pretende el apoderado de la Convocante, sino un tamiz o control probatorio que empieza por el deber impuesto a las partes y al propio juez, que luego se manifiesta en la rígida apreciación de la prueba pericial que establece el mismo artículo, cuando en el inciso 3º consagra:

> "*el juez apreciará el cumplimiento de ese deber de acuerdo con las reglas de la sana critica, pudiendo incluso negarle efectos al dictamen cuando existan circunstancias que afecten gravemente su credibilidad".*

100. Según el aparte legal acabado de citar, el incumplimiento del deber impuesto por el artículo 235 del Código General del Proceso no implica necesariamente la negación del valor probatorio del dictamen rendido por quien estaba incurso en una causal de recusación. Esta es una opción cuando apreciado bajo reglas estrictas de la sana critica, se llegue a concluir que el perito no actuó con imparcialidad. Pero la otra alternativa es evaluarlo en torno a las mismas reglas de la sana critica, como en este caso se hará al valorar la prueba.

B.2. Exhibición por parte de EMGESA

101. En el curso de la exhibición de documentos por parte de EMGESA, esta última manifestó su oposición a exhibir determinados documentos en los términos del artículo 267 del Código General del Proceso, y por su parte el CIO solicitó a lo largo del proceso y en sus alegatos de conclusión que *"se le apliquen todas las consecuencias y efectos legalmente previstos para los casos en los que una parte es renuente a exhibir los documentos ordenados por el juez"*.

102. Examinadas las razones aducidas por EMGESA en escritos del 30 de junio y 9 de agosto de 2022 respecto de los documentos que en escrito del 11 de julio de 2022 el CIO precisa no le han sido exhibidos y solicita se conmine a EMGESA a su exhibición[10], observa el Tribunal que estas son justificadas y por lo tanto no hay lugar a aplicar la sanción prevista en el artículo 267 del Código General del Proceso. En efecto, EMGESA ha expresado que no cuenta con información adicional, que se trata

10 Según escrito del CIO del 11 de julio de 2022, estos documentos son: *"b) Todos los conceptos, informes, memorandos, estudios y-o recomendaciones de Ingetec a Emgesa relacionadas con las zonas 3C y 3D emitidas entre los años 2009 y 2016", "c) Todos los conceptos, informes, memorandos, estudios y-o recomendaciones de Ingetec a Emgesa relacionadas con ejecución del Contrato No. 8400129182 emitidas entre los años 2017 a 2020", "Todas las comunicaciones, correos electrónicos, estudios internos, informes, recomendaciones, opiniones, conceptos y/o memorandos, tanto físicos como electrónicos, relacionados con la reclamación y pago por parte de Mapfre Colombia Seguros Generales S.A. con cargo y/o por concepto de la Póliza de Todo Riesgo Daños Materiales y Lucro Cesante No: 2202216000005.", "Todas las comunicaciones, correos electrónicos, estudios internos, informes, recomendaciones, opiniones, conceptos y/o memorandos, tanto físicos como electrónicos, relacionados con los siniestros que afectaron el amparo de calidad y estabilidad de La Presa del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo y el cumplimiento del Contrato CEQ-21, amparados por la póliza de cumplimiento No. 8001039835.", "Todas las comunicaciones, correos electrónicos, estudios internos, informes, recomendaciones, opiniones, conceptos y/o memorandos, tanto físicos como electrónicos, relacionados con la contratación de las obras del reperfilado del talud aguas abajo de la Presa, incluyendo sus diseños y revisión de estos", "Todas las comunicaciones, correos electrónicos, estudios internos, informes, recomendaciones, opiniones, conceptos y/o memorandos, tanto físicos como electrónicos, relacionados con los problemas u obstáculos para el llenado del embalse."*

de información y documentos que ya obran en el expediente, y señaló en escrito del 30 de junio que:

> *"El pasado 03 de noviembre de 2020, el Dr. John Jairo Huertas, representante legal de EMGESA, y, en su momento, apoderado de la compañía en el presente trámite, explicó que la gestión documental de la compañía se había visto afectada como consecuencia de ataques cibernéticos que habían ocasionado pérdida de información y necesidad de rastrear un porcentaje importante de forma física, pues el respaldo cibernético había sido afectado.*
>
> *"Particularmente, explicó el Dr. Huertas:*
>
> *"4. La pérdida del servidor implica que el rastreo de la información requerida por las convocadas no pudo realizarse a través de los sistemas de información de la entidad, sino recopilada por otros medios de los archivos y copias locales de diferentes funcionarios, así como debe ser realizado en forma presencial en las oficinas de EMGESA, ubicadas en la ciudad de Bogotá, y en la Hidroeléctrica El Quimbo, ubicada en el departamento del Huila"."*

103. Adicionalmente, no advierte el Tribunal que el CIO hubiese acreditado que un documento específico en efecto se encontraba en poder de EMGESA y no hubiera sido exhibido, considerando que la exhibición debía circunscribirse a los documentos que no se encontraban en el expediente y que algunos de los documentos que el CIO extraña fueron objeto de otras exhibiciones de documentos.

B.3. Exhibición de Moreno Vargas

104. Mediante memorial del 3 de junio de 2022 el CIO se pronunció sobre los documentos exhibidos por Moreno Vargas S.A. como sociedad integrante del Consorcio M&M y resaltó lo siguiente:

> *"1. En el Anexo No. 3 nuestras representadas manifestaron que los miembros del Consorcio M&M no habían hecho entrega de varios de los planos que fueron solicitados por el CIO, y que el Tribunal ordenó que fueran exhibidos. Entre la lista de los planos faltantes se encontraban los de construcción y As-Built, documentos en los que se determinaron las especificaciones de granulometría, compactación y colocación del material.*
>
> *"2. Por medio del Auto No. 49 del 10 de mayo de 2022, el Tribunal le ordenó a las sociedades integrantes del Consorcio M&M que exhibieran toda la documentación*

solicitada en la Tabla No. 2 del anexo correspondiente a la exhibición de estas sociedades.

"3. No obstante lo anterior, mediante memorial del 20 de mayo de 2022, el Consorcio M&M únicamente allegó los planos contenidos en la subcarpeta 5 Aspecto técnico, carpeta A planos diseños iniciales, los cuales habían presentado problemas de visualización.

"4. Respecto de los demás planos cuya incorporación solicitaron nuestras representadas en el Anexo No. 3, las sociedades miembros del Consorcio M&M se limitaron a argumentar que: a. No todo plano Qd (plano de construcción) tuvo un plano Qz (plano As built) posterior, pues, según el Consorcio M&M, existieron varios planos de construcción que se agruparon en un único plano As Built.

"b. Si bien no encontraron en sus archivos planos en las versiones 0 o 1 según les fue requerido, estos manifiestan que las mismas no son importantes ya que corresponden a versiones anteriores de planos que ya fueron remitidos a nuestras representadas.

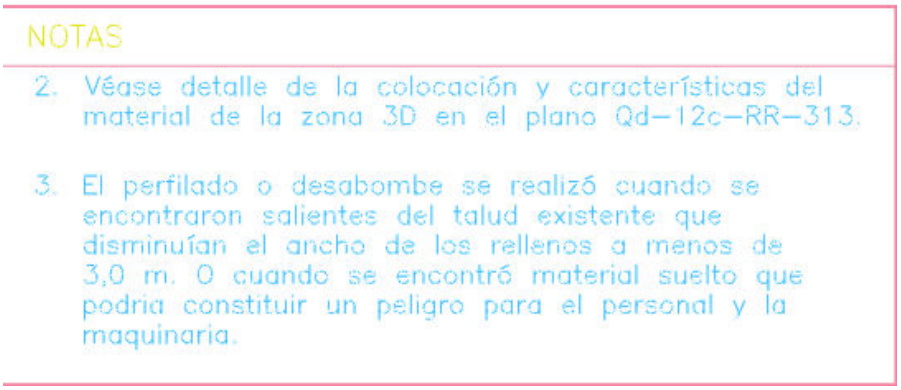
"5. En relación con los argumentos expuestos por los miembros del Consorcio M&M, los mismos no solo resultan completamente ambiguos pues no se mencionan a qué planos aplicarían las circunstancias antes expuestas, sino que, además, estos simplemente no logran justificar y excusar el incumplimiento y renuencia de las sociedades que conforman el Consorcio M&M a las órdenes del Honorable Tribunal.

"6. Adicionalmente, respecto a lo manifestado por las sociedades integrantes del Consorcio M&M nos permitiremos pronunciarnos puntualmente sobre cada uno de ellos con el fin de demostrar que estos no excusan el abierto incumplimiento de las sociedades que conforman el Consorcio M&M a las órdenes del Honorable Tribunal ni su renuencia a exhibir la información solicitada.

"a. Frente a la justificación aducida por el Consorcio M&M en el sentido de que existen planos de construcción fueron agrupados en un solo plano As Built, se pone de presente que dicho argumento no es de recibo.

"Como se señaló en el Anexo No. 3, varios de los planos As Built o de construcción cuya exhibición se le solicitó complementar al Consorcio M&M, se evidenciaron como faltantes pues existían expresas referencias a estos en otros planos que ya habían sido entregados a nuestras representadas.

*"El anterior es, por ejemplo, el caso del plano Qd-12c-RR-313**, el cual se referencia de forma expresa en el plano As built Qz12cRR312.***



"En consecuencia, contrario a lo aducido por el Consorcio M&M, se constata que no es que dicho plano As Built no exista o que se hubiera agrupado en otro plano de esta misma categoría, sino que el Consorcio M&M, en abierto incumplimiento a la orden del Tribunal se rehúsa a entregarlo.

"b. En relación con el argumento de que los planos versiones 0 y 1 no se encontraron en el archivo del Consorcio, se manifiesta que el mismo resulta inverosímil.

"Por el contrario, esta parece ser una simple excusa del Consorcio M&M para no exhibir los planos de una obra que este construyó hace menos de 4 años, y los cuales deben necesariamente encontrarse en su poder, aunque solo fuera para cumplir con su deber profesional.

"De igual forma, si bien a nuestras representadas les fueron entregadas versiones posteriores de algunos de planos que se solicitan en su versión 0 y 1, dichas versiones no suplen la información que consta en versiones anteriores de los mismos planos.

"Lo anterior por cuanto en cada versión de los planos válidos para construir constan las modificaciones de los diseños que se fueron introduciendo en obra, como bien ha podido corroborar el Tribunal en los planos aportados como pruebas en el proceso y con los testimonios recibidos hasta el momento en este trámite arbitral.

"De hecho, estas modificaciones resultan especialmente relevantes respecto de los planos de colocación y compactación del material, los cuales se insiste, únicamente fueron entregados en su versión de licitación.

"Así las cosas, nuestras representadas dejan constancia de la actitud renuente de los miembros del Consorcio M&M a entregar la información que fue oportunamente requerida por el CIO y decretada por el Honorable Tribunal en los Auto Nos. 45 del 22 de febrero y 49 del 10 de mayo de 2022."

105. Examinadas las razones expuestas por Moreno Vargas S.A. en comunicación del 19 de mayo de 2022[11], encuentra el Tribunal que el tercero en este caso no se ha rehusado a exhibir sin causa justificada. Esta sociedad expuso las razones por las cuales no exhibía documentos adicionales, precisando que no encontraron los documentos, en los siguientes términos:

> *"Frente a los comentarios realizados por la solicitante a la información exhibida con anterioridad, se debe tener en cuenta que los planos con prefijo Qd son planos suministrados por el cliente, mientras que los planos con prefijo Qz son planos as built elaborados por el Consorcio M&M. De conformidad a lo precisado por el cliente, no todo plano Qd debe tener necesariamente planos as built Qz, algunos planos originales se agruparon en un solo as built o se omitieron de acuerdo a la naturaleza y proceso constructivo de cada actividad.*
>
> *"Respecto la información de la subcarpeta 5 Aspecto técnico, carpeta A planos diseños iniciales que no permite la visualización, se comparte nuevamente la información.*
>
> *"Para la información referenciada en la secuencia de comentarios, manifestamos que no fue encontrada en los documentos suministrados por el cliente en su momento; no obstante, es de señalar que, si bien no se cuenta actualmente con los planos en la versión 0 o 1 según requerimiento, los mismos corresponden a la versión actualizada que revisó el Consorcio en su oportunidad y que ya fueron objeto de exhibición por el Consorcio."*

106. Como puede observarse, Moreno Vargas S.A. rehusó la exhibición ofreciendo *"causa"* para no proceder a la misma, la cual el Tribunal halla *"justificada"*, por cuanto la encuentra razonable y extraña al mero capricho que es lo que el artículo 267 del Código General del Proceso, procura evitar cuando exige concretamente que la oposición a la exhibición tenga *"causa justificada"*, esto es, un motivo que de plano se entienda admisible, como en el caso sería la tenencia de los documentos adicionales por las razones que se exponen. Por lo demás, el Tribunal no advierte que Moreno Vargas S.A. tuviera razones propias, y tal vez egoístas para rechazar la exhibición que las convocadas reclaman.

107. Por lo anterior no se impondrá la sanción prevista en el artículo 267 del Código General del Proceso a este tercero.

11 EXPEDIENTE DIGITAL. 45_122485_PRINCIPAL_7_RESPUESTAS_REQUERIMIENTOS_EXHIBICIONES_200522_FOLIOS_967_989.

C. LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

108. Definido el punto de los presupuestos procesales, dando por averiguada su concurrencia en el presente proceso, debe el Tribunal ocuparse de los presupuestos materiales para la sentencia de mérito, particularmente los referentes a la cosa juzgada que todas las Convocadas y la llamada en garantía proponen como excepción de fondo, así como la falta de legitimación en la causa respecto de algunas pretensiones, según se analizó en el acápite anterior al examinar las excepciones de ineptitud de la demanda propuestas por las sociedades que integran el Consorcio constructor, la cual habrá de considerarse a medida que se vayan resolviendo las pretensiones acerca de las cuales se plantea tal objeción.

109. Primeramente se abordará el estudio de la existencia de la cosa juzgada como consecuencia del acuerdo transaccional que contiene el *Addendum* No. 17, pues si este comprende el objeto litigioso propuesto por EMGESA, la decisión por adoptar no es otra que la declaratoria de la existencia de la cosa juzgada, relevándose así el Tribunal de entrar a definir concretamente las pretensiones de la Convocante que atañen a este punto, pues la existencia de la cosa juzgada enervaría cualquier pronunciamiento de mérito distinto a esa declaratoria, por tratarse, como antes se anotó, de un presupuesto o condición material para dictar la sentencia de fondo, es decir, una que se ocupe de decidir el tema litigioso, constituido por las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado, según lo consagra el artículo 278 del Código General del Proceso, porque la autoridad de la cosa juzgada impide modificar la decisión antes tomada, "*que es la voluntad de la ley declarada en ella para ese litigio*"[12].

110. A tono con lo anterior, ha dicho la jurisprudencia que "*[a] través de la institución procesal de la cosa juzgada procura la ley eliminar toda incertidumbre en frente de litigios ya decididos por sentencia de fondo, pues una de las características de tal institución es la de impedir todo ataque ulterior destinado a revisar la misma materia ya decidida, o en otros términos, elimina la posibilidad de que las mismas partes o sus causahabientes puedan de nuevo volver a plantear la controversia*"[13].

12 Murcia Ballen Humberto, Recurso de Revisión Civil, Ed. Librería del Profesional, ed. 2º, 1996, Bogotá, pág. 72.

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 8 de abril de 1992.

C.1. Lo argumentado por los excepcionantes

111. Como atrás se expresó, tanto las demandadas como la llamada en garantía alegaron la cosa juzgada como excepción, así:

112. Las sociedades que conforman el Consorcio, bajo el título "*Cosa Juzgada/Transacción",* explicaron que en este caso "*operó el fenómeno de la cosa juzgada",* porque en "*el Addendum No. 17 Emgesa y el Consorcio transaron y finiquitaron* ***todas*** *sus diferencias, hechos, objeciones, reclamos y demás controversias ocurridas y/o conocidas hasta el 31 de octubre de 2016".* Transacción y finiquito -se agrega-, que "*versa, entre otras, sobre las pretensiones que Emgesa ha formulado ante este Tribunal Arbitral".*

113. Seguidamente se mencionan los antecedentes del *Addendum*, así:

> "*r) Que el Contratista ha presentado a EMGESA una serie de solicitudes de Ajustes al Precio del Contrato (NOC), las cuales se detallan en Anexo No. 1 de este Addendum, respecto de las cuales las partes mantenían ciertas discrepancias sobre su procedencia y respecto del valor asociado a las mismas.*
>
> *"s) Que el contratista también ha presentado a EMGESA una serie de Reclamos, los cuales se detallan en Anexo No. 2 del presente Addendum, respecto de los cuales las partes mantenían ciertas discrepancias sobre su procedencia y sobre los valores asociados a los mismos.*
>
> *"t)* ***Que por su parte EMGESA ha expuesto al contratista en las reuniones mantenidas, que también tendría una serie de reclamaciones, las cuales por oportunidad de negociación no fueron formalizadas****, y sobre las cuales las partes mantenían ciertas discrepancias respecto de su procedencia y respecto de los valores asociados a las mismas"* (subrayado y negrita por fuera de texto)**.**

114. Conforme a lo estipulado en la cláusula segunda del *Addendum*, se dice que el objeto del mismo era:

> "*…****resolver de forma integral todas las discrepancias existentes entre las Partes*** *y todas las Solicitudes de Ajustes de precios, las Solicitudes de Ajustes de plazo, los Reclamos presentados o no.*
>
> *"Los acuerdos se resumen de la siguiente forma:*

"f) Convenir un ajuste de precio por la resolución de todas las Solicitudes de Ajustes de Precios presentados por el Contratista hasta el 31 de octubre de 2016 y no incluidas en los Addendums anteriores.

"g) Convenir un Ajuste de Precio para resolver todos los Reclamos presentados por el Contratista hasta el 31 de octubre de 2016.

"h) Formalizar la ampliación del plazo para la fecha de término de las Obras.

"i) ***Dar por resueltas la Reclamaciones que Emgesa ha informado al Contratista.***

"j) ***Convenir el finiquito de todos los asuntos que se tratan en el siguiente Artículo Tercero del presente Addendum*** ***(subrayado y negrita por fuera de texto)".***

115. A continuación las excepcionantes citan el texto del literal d) de la cláusula tercera del *Addendum*, que dice: *"Con los acuerdos que se formalizan en el presente Addendum las partes dan por resueltas* ***todas las Reclamaciones informadas por EMGESA al Contratista"*** (subrayado y negrita por fuera de texto).

116. Teniendo en cuenta la anterior cláusula, las Convocadas dicen que su texto es absolutamente "*claro e inequívoco en hacer referencia a todas las reclamaciones informadas por Emgesa al Consorcio hasta el 31 de octubre de 2016, sin distinguir si se trata de reclamaciones presentadas antes o durante el plazo de garantía",* pues en su opinión "*no había necesidad de hacer diferenciación alguna en relación con el tiempo ni la materia de las mismas".* Alcance este, que se dice es reiterado por el literal e) de la misma cláusula cuando manifiesta que:

"*Con la firma del presente Addendum (Otrosí) No. 17 y en virtud de lo señalado en los artículos anteriores, las Partes* ***se otorgan mutuo finiquito respecto de todas sus diferencias, objeciones, intereses financieros, reclamos y demás controversias ocurridas hasta el 31 de octubre de 2016, y respecto de todas aquellas situaciones,*** *ajustes de precios y/o plazos del Contrato,* ***que se refieran*** *a trabajos hechos y circunstancias ocurridos antes de dicha fecha.*

"(…)

"Por lo anterior, las PARTES renuncian expresamente a presentar cualquier solicitud de Ajuste de Precio y/o plazo o presentar cualquier reclamación por mayores costos, o por mayores plazos, ***o por daños o perjuicios o por cualquier otro***

> ***<u>hecho ocurrido antes del 31 de octubre de 2016"</u>*** *(subrayado y negrilla por fuera de texto).*

117. En conclusión, se afirma que el *Addendum* No. 17 contiene una transacción que implica la demostración de la cosa juzgada alegada, razón por la cual se califica de "*absurda e incomprensible"* la posición de EMGESA en la reforma de la demanda, donde cambió completamente el planteamiento de la demanda inicial, sacando a relucir una "*novedosísima teoría: que a través del Addendum No. 17 las Partes primero transaron todas sus diferencias, objeciones, reclamos y demás controversias por hechos o circunstancias ocurridas y/o conocidos hasta el 31 de octubre de 2016. Y que, a renglón seguido, y por la vía de hacer referencia al plazo de garantía, excluyeron lo relativo a la colocación irregular del enrocado y deterioro del material de protección del talud aguas abajo de la presa de esa transacción".*

118. Posición esta -se dice-, que sustancia el hecho 7 de la reforma de la demanda, que EMGESA invoca como "*fundamento jurídico de las pretensiones de la demanda",* citando el siguiente aparte del acuerdo:

> ***"<u>Se deja expresa constancia que este finiquito no altera ni exime al Contratista de sus responsabilidades inherentes al plazo de Garantía que se encuentra establecido en la cláusula 2.13 de las Bases Administrativas Especiales del Contrato</u>"*** (resalto y subrayado).

119. Desde luego que las Convocadas no comparten el entendimiento que al citado párrafo le confiere la Demandante, pues con el mismo se busca "*anular o revocar la transacción contenida en el Addendum", "haciendo una lectura manifiestamente errónea, parcializada y descontextualizada del Addendum, olvidando -convenientemente- que las cláusulas y estipulaciones del mismo no se encuentran aisladas en un vacío normativo, sino que estas hacen parte de un cuerpo integral de disposiciones que deben interpretarse y aplicarse de forma conjunta".*

120. El texto de los antecedentes, como el del objeto y el literal e. de la cláusula tercera del *Addendum* No. 17 -se manifiesta-, "*es absolutamente claro en reflejar lo que fue la verdadera voluntad de las Partes: dar por resueltas y terminadas todas las reclamaciones que Emgesa le había informado al Consorcio, y que no habían sido formalizadas, por hechos o circunstancias ocurridas y/o conocidas hasta el 31 de octubre de 2016" (…). "Reclamaciones que, por una parte, como no habían sido formalizadas por Emgesa sino informadas por esta no se relacionaron en ningún anexo, como en cambio sí ocurrió con los reclamos de CIO. Y, por la otra, versaban sobre unos hechos y circunstancias que, principalmente, habían ocurrido durante el plazo de ga-*

rantía", que empezó a correr a partir del 15 de abril de 2016, cuando EMGESA "*expidió el Certificado de Recepción Provisional de la Obra, en los términos de las cláusulas 2.11. 02 y 2.13 de las BAE y 5.4 de los BAG".*

121. Luego se explica, trayendo a colación lo dicho por EMGESA en los hechos 14, 15 y 23 de la reforma de la demanda, que es ella misma la que "*confiesa y reconoce, con los efectos del artículo 193 del CGP, que los hechos y defectos que supuestamente dieron lugar a las pretensiones contenidas en la Reforma de la Demanda tuvieron lugar y se conocieron en julio de 2016, esto es, antes del 31 de octubre de 2016 y en vigencia del plazo de garantía",* como también ocurrió con la suscripción del *Addendum* No. 17. Por lo demás, se manifiesta, "*como el propio Addendum No. 17 lo dispone, el alcance de la transacción y del finiquito allí contenidos incluye todas las reclamaciones que Emgesa había expuesto o informado al Contratista hasta el 31 de octubre de 2016, las cuales no fueron formalizadas para aquel entonces. Reclamaciones dentro de las que, claramente, se encontraban esos cuatro defectos de las Obras de que la Convocante dijo haber tenido conocimiento en julio de 2016, esto es, durante el plazo de garantía".* Con todo -se sigue diciendo-, "*el hecho de que a través del Addendum No. 17 se hubieran tranzado* (sic)*, entre otras, la reclamación relacionada con la supuesta colocación irregular del enrocado y deterioro del talud aguas debajo de la presa ciertamente no conllevaba la necesidad de dar por terminado, en forma anticipada, el plazo de garantía. Porque durante el tiempo que restaba de ese plazo de garantía bien hubiera podido presentarse cualquier otro defecto en la Presa que no hubiera sido conocido sino hasta ese momento",* siendo esta la razón para "*dejar expresa constancia de que, si bien mediante este otrosí las partes tranzaron* (sic) *todas sus diferencias y controversias conocidas y/o ocurridas hasta el 31 de octubre de 2016, incluyendo, pero sin limitarse a, la supuesta colocación del enrocado y deterioro del talud aguas abajo de la presa, esa transacción ciertamente no extinguía ni modificaba el plazo de garantía, en los términos y condiciones pactadas en el Contrato".*

122. AXA COLPATRIA para dar sustento a la excepción de cosa juzgada que también propuso, aduce lo establecido en el *Addendum* No. 17, citando los antecedentes, el objeto y el alcance de los acuerdos en él estipulados, los cuales antes fueron señalados textualmente; pero también recuerda lo previsto en el *Addendum* No. 7 de 30 de enero de 2014, para así concluir que "*todos los asuntos relativos al material de protección del talud aguas abajo de Presa en cuanto a lo expresamente pactado en el referido otrosí, tienen efecto de cosa juzgada y no pueden ser objeto de decisión del Tribunal".* Tratándose del *Addendum* No. 17, luego de hacer cita expresa de los apartes ya mencionados, se llega a la misma conclusión expuesta por las otras codemandadas, pues para "*la fecha en que se suscribió el otrosí, e incluso, al 31 de*

octubre de 2016, EMGESA ya había evidenciado todos los defectos por los cuales ahora formula reclamación". Para dar fundamento a lo afirmado, la excepcionante se apoya en apartes del contenido de la reforma de la demanda, de las comunicaciones cruzadas entre las partes y de la pericia aportada por el Consorcio.

123. SEGUREXPO fundamenta la excepción de cosa juzgada en lo consagrado en el literal c, cláusula tercera del *Addendum* No. 17, que trae textualmente, de acuerdo con el cual entiende que "*todas"* las diferencias fueron transigidas, razón por la que considera que "*EMGESA renunció a presentar cualquier reclamación contra el CIO (incluyendo las VICO) por daños o perjuicios, por lo tanto, los asuntos relacionados con los materiales de los rellenos y la protección del talud aguas abajo de la Presa tienen efecto de cosa juzgada, en consecuencia, no pueden ser objeto de decisión del Tribunal".* Remata SEGUREXPO su alegación señalando que en el literal t de la cláusula segunda del *Addendum* se indica:

> *" "EMGESA ha expuesto en las reuniones mantenidas, que también tendría una serie de reclamaciones, las cuales por oportunidad de negociación no fueron formalizadas sobre las cuales las partes mantenían ciertas discrepancias, respecto de su procedencia y respecto de los valores asociados a las mismas", así las partes expresamente dispusieron "dar por resueltas las reclamaciones que EMGESA ha informado al contratista".*

C.2. Elementos de la cosa juzgada

124. Según lo informan las Convocadas, el *Addendum* No. 17, celebrado el 5 de enero de 2017, contiene una transacción que "*produce el efecto de cosa juzgada en última instancia",* por virtud de lo dispuesto por el artículo 2483 del Código Civil. Precepto legal este que, sumado a otros que expresamente reconoce la legislación (artículos 312, 314 y 317 del Código General del Proceso, y artículo 66 de la Ley 446 de 1998 -actualmente, el artículo 64 de la Ley 2220 de 2022-, entre otros), extiende a otros actos y providencias judiciales un efecto que en principio fue concebido como fuerza vinculante definitiva de las sentencias judiciales ejecutoriadas, dictadas en los procesos contenciosos de conocimiento, tal como se lee en el artículo 303 del Código General del Proceso (artículo 332 del Código de Procedimiento Civil), en torno a los cuales se ha elaborado toda la teoría que sustenta el mencionado vigor de la sentencia final, pero que igualmente vale para explicar la cosa juzgada como efecto de la transacción, porque lo que la norma del Código Civil hace es asimilarla a la sentencia "*en última instancia",* según la expresión del texto normativo.

125. El artículo 303 del Código General del Proceso, da cuenta de los presupuestos de la cosa juzgada cuando en el inciso primero declara que "*[l]a sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes".*

126. Relaciona esta norma lo que en la doctrina se ha denominado "*identidades procesales",* que constituyen los límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada, es decir, los elementos de contraste o comparación que permiten responder la pregunta sobre cuándo hay cosa juzgada, se repite, al hacer el paragón entre la sentencia pasada que definió el litigio y la sentencia que propone la nueva demanda que compromete a las mismas partes del proceso anterior (identidad de partes).

127. Al lado de la identidad de partes, que es el elemento subjetivo, entran en juego para efectos de definir la procedencia de la *exceptio rei judicatae*, los límites que integran el elemento objetivo, esto es, la identidad de objeto y la identidad de causa, entendiendo por el primero, como lo ha expresado Couture, pero también la Corte Suprema de Justicia, "*…el bien corporal o incorporal que se reclama en juicio: el corpus en las acciones que se refieren a bienes corporales; el estado civil, los atributos morales, y en general el bien que se ansía, en las acciones que versan sobre derechos incorporales"*[14]*.* En palabras de la Corte, *"el objeto de la demanda consiste en las prestaciones o declaraciones que se reclaman de la justicia…"*[15]*.*

128. En una y otra definición la identidad de objeto se presenta cuando se persigue en el segundo proceso el mismo "*bien jurídico disputado"* en el primero, o el mismo bien de la vida, mueble o inmueble, corporal o incorporal, como diría Chiovenda.

129. La causa hace relación a los "*hechos jurídicos"* que sirven de fundamento a la pretensión. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho que "*[c]uando el derecho alude a la identidad de causa, está afirmando que la demanda del nuevo litigio exterioriza como fundamento de la pretensión, la misma razón de hecho que se alegó en el proceso anterior. Empero, conviene aclarar que no se desnaturaliza el factor eadem causa petendi por el simple hecho de que se introduzcan variaciones accidentales, ni porque se enuncien diferentes fundamentos de derecho. En cambio, deja de haber identidad de causa cuando a pesar de promoverse la misma acción, varían sustancialmente los supuestos de hecho de la causa petendi"*[16]*.*

14 Couture Eduardo J., Fundamentos de Derecho Procesal Civil, ed. 3º, Ed. Depalma, 1958, pág.432.

15 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 9 de mayo de 1952. G.J., t. LXXII, pág. 86.

16 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. sentencia de 8 de abril de 1992.

130. Adviértase entonces, que las denominadas tres identidades de la cosa juzgada son los mismos elementos que estructuran la pretensión como declaración de voluntad que es, conformando una unidad perfectamente interrelacionada, que exige que el objeto y la causa sean examinados como un conjunto y no aisladamente, pues el fundamento del primero se halla en la segunda, como claramente lo establece el artículo 82 del Código General del Proceso. Así lo explica la doctrina cuando dice: "*Como se trata de dos aspectos tan íntimamente relacionados, las más de las veces será prudente examinarlos como si se tratara de una unidad, para determinar en todo el conjunto de la res iudicium deductae, tanto la identidad de objeto como la identidad de causa*"[17].

131. Ocupándose del elemento objetivo y de la inescindibilidad entre el objeto de la pretensión y la causa para pedir, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que:

> "*…si bien hoy es ya indiscutible que el límite objetivo de la cosa juzgada lo forma, en conjunto, el objeto y la causa de pedir, no siempre resulta fácil escindir lo que es materia de decisión en la sentencia, o sea su objeto en sí mismo considerado, y la razón o motivo de la reclamación de tutela para un bien jurídico, desde luego que se trata siempre de dos aspectos íntimamente relacionados entre sí.*
>
> *"Por lo consiguiente, jamás será imprudente y antes bien las más de las veces necesario examinar tales cuestiones, como si se tratase de una unidad, para así determinar precisamente en todo el conjunto de la res judicium deductae, tanto la identidad de objeto como la identidad de causa: sobre qué se litiga y por qué se litiga*"[18]

132. Vistas las precedentes consideraciones jurídicas, procede entrar a examinar de manera concreta el presupuesto material de la ausencia de cosa juzgada, confrontando el objeto del contrato de transacción que se aduce como fundamento de la excepción alegada y el objeto de las pretensiones que hubo de formular EMGESA en su demanda reformada, como seguidamente se analizará.

17 Murcia Ballen, Humberto, Op. cit., pág. 109.

18 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de abril de 1984.

C.3. El contrato de transacción contenido en el *Addendum* 17 y la demanda de EMGESA

133. Antes de abordar la evaluación específica de los actos referidos, cabe adicionar para la claridad del análisis algunas otras consideraciones teóricas, relacionadas ellas con el contrato de transacción y el fenómeno de la cosa juzgada que la ley le asigna como efecto.

134. La transacción -ha dicho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia-*:*

> *"tiene como finalidad obvia, esencial y necesaria, poner término a las disputas patrimoniales de los hombres, antes que haya juicio o durante el juicio. Celebrada de acuerdo con las prescripciones generales de los contratos, su efecto no podrá ser otro que el de cerrar, ineludiblemente, absolutamente y para siempre el litigio en los términos de la transacción. La controversia de allí en adelante carece de objeto, porque ya no hay materia para un fallo, y en fin, porque lo que se persigue en el juicio y la sentencia, ya está conseguido. Las partes se han hecho justicia así mismas, directa y privadamente, en ejercicio de su libertad, de modo que la jurisdicción, que es institución subsidiaria, quedó sin que hacer. Y se han hecho justicia en la forma más plausible, porque implica abandono de intereses en beneficio común, en busca de la paz humana, que es altísimo bien. Por esto y otros motivos, los pueblos han consagrado una sentencia cuya sabiduría ha venido confirmando el aluvión de la experiencia: "Más vale un mal arreglo que un buen pleito".*
>
> *"Es por tanto, absurdo suponer que un juicio pueda subsistir lógica y jurídicamente después de haber sido transigido, porque es tanto como admitir al tiempo dos ideas y dos situaciones antitéticas, ya que no hay medio entre lo que concluye o fenece y lo que sobrevive y continúa. De ahí que carezca de sentido estipular en una transacción que el juicio siga en curso, o adelantado sin estipulación alguna, por una especie de consensualidad de las partes* "[19].

135. Ahora, volviendo sobre los elementos que estructuran la cosa juzgada, y específicamente sobre el elemento objetivo, pues en el caso la identidad subjetiva (partes del contrato de transacción y partes del proceso originado con la demanda presentada por EMGESA contra los integrantes del Consorcio constructor) se da por descontada, resulta necesario afirmar que el contraste para verificar la identidad de objeto y causa se tiene que realizar entre lo transigido, es decir, el objeto y la causa del contrato de transacción que contiene el *Addendum* No. 17, y el objeto y la causa de las pretensiones propuestas por EMGESA en la demanda reformada de 5 de febrero de 2021. Por lo tanto, la tarea que a continuación se adelantará estará dirigida a

19 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de diciembre de 1954. G.J. LXXIX, pág. 267.

hacer tal confrontación, empezando por examinar el contenido del *Addendum*, para luego de la observación de las pretensiones de la demanda, definir si tiene lugar la identidad del elemento objetivo que daría paso a la alegada cosa juzgada, habida consideración, como ya se anotó, de la identidad de sujetos en uno y otro acto.

C.3.1. El Addendum (Otrosí) No. 17 de 5 de enero de 2017

136. Este *Addendum*, suscrito exactamente el 5 de enero de 2017 entre EMGESA y el CIO, en sus condiciones de partes Contratante y Contratista, respectivamente, está claramente referido "*al CONTRATO CEQ-21",* declarando como "*ANTECEDENTES"* del mismo los que a continuación se compendian, en cuanto atañe al caso:

a) Que el 30 de noviembre de 2010, las partes celebraron el mencionado contrato "*bajo la modalidad de Confección de Obra Material Nueva por el sistema de 'Serie de Precios unitarios', donde el CONTRATISTA se obligó a realizar los trabajos de Construcción de las Obras Civiles Principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo … por un monto que se estima en $620.473.167.643 … sin IVA, y cuyo plazo de ejecución es de 1.541 días, contados a partir de la firma del Acta de Inicio, la cual se suscribió el 15 de diciembre de 2010".*

b) Después de hacer mención de lo acordado en los *Addendum* 1 a 6, las partes se refirieron al *Addendum* No. 7, que AXA COLPATRIA invoca adicionalmente como fundamento de la excepción de cosa juzgada que también alega, manifestando estas que mediante el *Addendum* No. 7 las partes acordaron:

> *"1. Delimitar el alcance y las fechas de cumplimiento de los Hitos del contrato No. 11, No. 12 y No. 14.*
>
> *"2. Revisar la forma de pago de los ítems 25.5 Blindaje Túnel de Carga 1 y 25.6 Blindaje Túnel de carga 2 del Cuadro de Precios del Contrato.*
>
> *"3. Detallar la forma de pago del ítem 25.1 "Compuertas de los Túneles de Conducción, con todos sus equipos y Accesorios"* y 25.2 *"Blindaje Adyacente a las compuertas de los túneles de conducción con todos sus accesorios".*
>
> *"4. Aclarar y acotar la forma de pago del material a colocar en el talud aguas abajo de la presa de acuerdo con la optimización del diseño y especificaciones instruidos por EMGESA en su Comunicación CEQ-21-JDI-CTA-5699".*

c) *"Que el Contratista ha presentado a EMGESA una serie de solicitudes de Ajustes al Precio del Contrato (NOC), las cuales se detallan en Anexo No. 1 de este*

Addendum, respecto de las cuales las partes mantenían ciertas discrepancias sobre su procedencia y respecto del valor asociado a las mismas".

d) *"Que el Contratista también ha presentado a EMGESA una serie de Reclamos, los cuales se detallan en Anexo No. 2 del presente Addendum, respecto de los cuales las partes mantenían ciertas discrepancias sobre su procedencia y sobre los valores asociados a las mismas".*

e) *"Que por su parte EMGESA ha expuesto al Contratista en las reuniones mantenidas, que también tendría una serie de reclamaciones, las cuales por oportunidad de negociación no fueron formalizadas, y sobre las cuales las partes mantenían ciertas discrepancias respecto de su procedencia y respecto de los valores asociados a las mismas".*

f) *"Que las partes han convenido resolver todas sus discrepancias mediante un acuerdo integral que se formaliza mediante el presente Addendum".*

137. Seguidamente el *Adendum* No. 17 procede a identificar su "*OBJETO"* en los siguientes términos:

"*El objeto del presente Addendum es resolver de forma integral todas las discrepancias existentes entre las Partes y todas las Solicitudes de Ajustes de Precios; las Solicitudes de Ajustes de Plazo, los reclamos presentados o no por hechos ocurridos antes del 31 de octubre de 2016.*

"Los acuerdos se resumen de la siguiente forma:

"a) Convenir un Ajuste de Precio por la resolución de todas las Solicitudes de Ajustes de Precios presentadas por el Contratista hasta el 31 de octubre de 2016 y no incluidas en Addendums anteriores.

"b) Convenir un Ajuste de Precio para resolver todos los Reclamos presentados por el Contratista hasta el 31 de octubre de 2016.

"c) Formalizar la ampliación del plazo para la Fecha de Término de las Obras.

"d) Dar por resueltas las Reclamaciones que EMGESA ha informado al Contratista.

"e) Convenir el finiquito por todos los asuntos que se tratan en el siguiente Artículo Tercero del presente Addendum".

138. Conforme al artículo tercero, titulado "*ALCANCE DE LOS ACUERDOS",* y en cuanto a la "*d) Resolución de Reclamaciones de EMGESA al contratista"*, el *Addendum* No. 17 declara:

> "*Con los acuerdos que se formalizan en el presente Addendum las Partes dan por resueltas todas las reclamaciones informadas por EMGESA al Contratista".*

Agregándose un literal e) denominado "*Finiquito",* en el que se establece que "*con la firma del presente Addendum (Otrosí) No. 17 y en virtud de lo señalado en los artículos anteriores, las Partes se otorgan mutuo finiquito respecto de todas sus diferencias, objeciones, intereses financieros, reclamos y demás controversias ocurridas hasta el 31 de octubre de 2016, y respecto de todas aquellas situaciones, Ajustes de precios y/o de Plazos del Contrato, que se refieren a trabajos, hechos y circunstancias ocurridas antes de dicha fecha.*

"Las partes expresan su voluntad de que los acuerdos que suscriben en este Addendum (Otrosí) No 17 surtan los efectos de una sentencia ejecutoriada en última instancia y de que las concesiones y renuncias contenidas en este Addendum (Otrosí) surtan plenos efectos y tengan plena validez y fuerza legal, sea cual fuere la jurisdicción en que sean invocadas, alegadas o defendidas. En consecuencia, las PARTES manifiestan expresamente que este Addendum (Otrosí), surte plenos efectos y tiene plena validez y fuerza legal en Colombia y en cualquier otra jurisdicción ante la cual se pretenda reclamar cualquier derecho o solicitar la invalidez de cualquier acuerdo entre las PARTES. Así mismo, las PARTES dejan constancia que celebran este Addendum (Otrosí) con [el] objeto de poner fin a las controversias existentes hasta el 31 de octubre de 2016 y precaver un litigio eventual en los términos y para los efectos previstos en el título 39 del Libro 4º del Código Civil Colombiano. En consecuencia, en el evento de incumplimiento de alguna de las PARTES de los términos aquí convenidos, la PARTE cumplida tan sólo tendrá derecho a reclamar las obligaciones contenidas en este Addendum (Otrosí), junto con la indemnización de perjuicios correspondientes, pero no la resolución de este Addendum (Otrosí).

"(…)

"Por lo anterior, la PARTES renuncian expresamente a presentar cualquier solicitud de Ajuste de Precio y/o Plazo o a presentar cualquier reclamación por mayores costos, o por mayores plazos, o por daños, o perjuicios o por cualquier hecho ocurrido antes del 31 de octubre de 2016, conforme a lo previsto y acordado en este Addendum.

"Se deja expresa constancia que este finiquito no altera ni exime al Contratista de sus responsabilidades inherentes al plazo de Garantía que se encuentra establecido en la cláusula 2.13 de las Bases Administrativas Especiales del Contrato, amparadas por la póliza de Garantía de Estabilidad de obra establecida en la cláusula 2.11.02 de las mismas Bases Administrativas Especiales del Contrato".

139. Del texto del *Addendum* No. 17 que se acaba de citar, se extraen las siguientes conclusiones:

i) Que con ocasión del desarrollo, ejecución y cumplimiento del Contrato de construcción de la Obra del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, celebrado el 30 de noviembre de 2010, entre las partes se presentaron solicitudes y reclamos que originaron discrepancias, respecto de su procedencia y los valores asociados a los mismos.

ii) Que con el fin de "*resolver de forma integral todas las discrepancias existentes entre las Partes"*, así como *"las Reclamaciones presentadas o no por hechos ocurridos antes del 31 de octubre de 2016*", las partes suscribieron el 5 de enero de 2017 el *Addendum* No. 17.

iii) Que en dicho *Addendum* quedaron involucradas para efectos de la composición o arreglo, las Reclamaciones que EMGESA había "*expresado" "en las reuniones mantenidas", "las cuales por oportunidad de negociación no fueron formalizadas*".

iv) Que mediante este *Addendum* "*las Partes dan por resueltas todas la reclamaciones informadas por EMGESA al contratista",* ocurridas hasta la fecha ya indicada, otorgándole a este el efecto "*de una sentencia ejecutoriada en última instancia",* es decir, el efecto de cosa juzgada que apareja el contrato de transacción que comporta el acuerdo vertido en el *Addendum*, no solo porque su contenido sustancial corresponde a este tipo de negocio, sino por la remisión normativa que las partes hacen al título XXXIX, Libro Cuarto del Código Civil, que es el que se ocupa de reglamentar el contrato de transacción.

v) Por virtud del contrato de transacción que contiene el *Addendum*, las Partes "*renuncian expresamente…a presentar cualquier reclamación por daños, o perjuicios o por cualquier hecho ocurrido antes del 31 de octubre de 2016…".*

vi) Por último, en el *Addendum* se dejó constancia de que "*este finiquito no altera ni exime al Contratista de sus responsabilidades inherentes al plazo de Garantía",* establecido en el numeral 2.13 de las BAE, amparadas por la póliza de Garantía de Estabilidad de Obra, señalada por la cláusula 2.11.02 de las BAE.

C.3.2. Las pretensiones de EMGESA

140. En la demanda reformada y subsanada, la Convocante formuló unas pretensiones declarativas y otras de condena. En la primera de las declarativas se pide que se declare que el CIO incumplió el Contrato de "*Construcción de las Obras Civiles Principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo", "en las garantías de calidad y estabilidad de la obra, por las fallas originadas en la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la presa, que fueron causa de los daños encontrados en la referida estructura, y que obligaron a contratar con terceros un reperfilamiento y reparación, así como obligaron a realizar vertimientos que no pudieron ser convertidos en energía eléctrica ni comercializados en el Mercado de Energía Mayorista".* Consecuentemente la pretensión segunda declarativa impetra que se declare que dicha Convocada está obligada a pagar el daño emergente y el lucro cesante, "*por no haber atendido las reclamaciones de calidad y estabilidad de la Presa de la Central Hidroeléctrica el Quimbo (…), que fueron causa de los daños encontrados en la referida estructura, y que obligaron a contratar con terceros un reperfilamiento y reparación, así como obligaron a realizar vertimientos que no pudieron ser convertidos en energía eléctrica ni comercializados en el Mercado de Energía Mayorista".*

141. La pretensión tercera declarativa está dirigida a obtener una declaración obligacional del CIO para con EMGESA por el "*valor de las Variaciones Importantes en la Cantidad de obra -VICO-, de conformidad con lo establecido en los numerales 6.2.3.3., 6.4 y 6.10 de las Bases Administrativas Generales (BAG) del Contrato CEQ-21."*

142. La pretensión cuarta se refiere a la obligación del pago de la cláusula penal, consagrada en el mismo contrato, en tanto que la quinta y la sexta procuran declaraciones relativas a la póliza de cumplimiento expedida por AXA COLPATRIA, en su condición de codemandada. Así mismo, las pretensiones siguientes hasta la décima están destinadas a lograr declaraciones acerca de la obligación que tiene la mencionada aseguradora de pagar, dentro del marco del contrato de seguro, las indemnizaciones correspondientes al "*amparo de calidad y estabilidad de la obra".*

143. Las pretensiones de condena que contiene el literal B del aparte de la demanda que se revisa, concretan las sumas de dinero que las Convocadas estarían obligadas a

pagar por los conceptos de daño emergente, lucro cesante, variaciones Importantes en las Cantidades de Obra – VICO -, intereses moratorios y cláusula penal.

144. Como fundamento de las pretensiones, EMGESA invocó, en síntesis, el incumplimiento del Contrato de Construcción de las obras en cuanto a "*las garantías de calidad y estabilidad de la obra, por las fallas originadas en la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la presa",* que, según se dijo, "*fueron causa de los daños encontrados en la referida estructura, y que obligaron a contratar con terceros un reperfilamiento y reparación, así como obligaron a realizar vertimientos que no pudieron ser convertidos en energía eléctrica ni comercializados en el Mercado de Energía Mayorista"* (pretensión primera). Circunstancias estas que dan pábulo a la pretensión segunda porque el CIO no atendió "*las reclamaciones de calidad y estabilidad de La Presa".*

145. Al referirse a los *Addendum* No. 7 y No. 17, la Convocante dice lo siguiente:

a. El primero celebrado el 30 de enero de 2014, dice, "*[d]elimita el cumplimiento de Hitos y detalla formas de pago del material a colocar en el espaldón aguas abajo de la presa, suscribiendo un finiquito que resolvía cualquier controversia de las partes sobre ese asunto. Addendum sin costo".*

b. En cuanto al No. 17, anota: "*Se conviene un ajuste de precios que resolvía todos los reclamos presentados entre las partes hasta el 31/10/2016 por un valor total de COP $57.458.903.057, salvo los expresamente excluidos por las partes, como vicios de construcción de la obra y garantía de calidad y estabilidad. Se formaliza la ampliación de la fecha de término de las obras adicionales".*

146. Según lo informa la Convocante, "*[e]n cada uno de los Addendums, las partes fueron claras en establecer que todas las estipulaciones contractuales que no fueran expresamente modificadas por el respectivo Addendum, permanecían plenamente vigentes, y conservarían el alcance inicial del Contrato CEQ-21",* como en este caso habría ocurrido, al ser excluido del "*finiquito"* y de las "*renuncias recíprocas*", lo estipulado en el *Addendum* No. 17 en párrafo que expresamente se cita en la parte pertinente, cuyo tenor literal se invoca como el "*apoyo jurídico de las pretensiones de la demanda",* de acuerdo con el siguiente contenido:

> *"Se deja expresa constancia que este finiquito no altera ni exime al Contratista de sus responsabilidades inherentes al plazo de Garantía que se encuentra estable-*

cido en la cláusula 2.13 de la Bases Administrativas Especiales del Contrato, amparadas por la póliza de Garantía de Estabilidad de la obra establecida en la cláusula 2.11.02 de las mismas Bases Administrativas Especiales del Contrato".

147. Despejada en sentir de la Demandante la viabilidad de su demanda, no obstante la celebración del *Addendum* No. 17, esta dedica el acápite C de los Hechos del memorial demandatorio a darle fundamento al "*incumplimiento de las garantías de calidad y estabilidad de la Obra por parte del CIO",* que como ya se anotó, constituye elemento fáctico basilar en la estructuración del libelo introductorio.

148. Expresa la demanda reformada de EMGESA que "*[e]l 30 de junio de 2015 se realizó el cierre de las puertas del túnel de desvío del Proyecto, y, con ello, se inició el llenado del embalse".* Sin embargo, se agrega, "*las obras civiles principales contratadas solo fueron culminadas por el CIO y recibidas por EMGESA de manera provisional en los términos de la cláusula 8.3.1. de las Bases Administrativas Generales, el 15 de abril de 2016. A partir de dicha recepción provisional, comenzó a correr el período de garantía de las obras por parte del CIO, según lo dispuesto en la cláusula atrás mencionada".*

149. En el mes de julio de 2016 -se afirma-, "*una serie de defectos en las obras civiles de El Quimbo impidieron continuar el llenado del embalse hasta su nivel máximo de operación".* Los defectos identificados fueron: "*(i) deformaciones verticales y horizontales en los rellenos de la presa, (ii) colocación irregular del enrocado y deterioro del espaldón aguas abajo de la presa, (iii) daños en muros parapeto y (iv) ruptura de la junta horizontal de la cota 718 de la presa".*

150. A continuación se relata que esos daños fueron comunicados el 20 de julio de 2016, el 12 de agosto de 2016, el 24 de agosto de 2016 y el 26 de agosto de 2016, mediante misivas donde "*EMGESA solicitó al CIO que, ante la evidencia de defectos en la obra, procediera conforme a lo dispuesto en la cláusula 2.13 de las Bases Administrativas Especiales en concordancia con la cláusula 5.4 de las Bases Administrativas Generales",* las cuales se procede a citar textualmente.

151. El CIO respondió las comunicaciones de EMGESA manifestando "*que era carga de EMGESA acreditar que los deterioros que le estaban siendo notificados eran imputables al contratista, previo a que él comenzara a realizar alguna intervención".* Ante esta respuesta -se manifiesta-, EMGESA remitió comunicación el 30 de septiembre de 2016, "*mediante la cual indica que, conforme a la Cláusula 2.13 de las BAE, el contratista es quien debe evaluar los deteriores que le son notificados, los cuales existen, como se evidencia en las fotografías consignadas en las comunicaciones*

previas, determinar sus causas y, si le son imputables, proceder a reparar o reponer". Por su parte, se dice en hecho siguiente que el CIO expresó "*que la cláusula 2.13 no lo obliga a evaluar los deterioros, que el informe del que habla la cláusula lo debe realizar EMGESA y, si se determina que existe responsabilidad del contratista, ahí si aquel procederá a reaccionar ante el deterioro".*

152. Las respuestas del Consorcio, expresa la demanda de EMGESA, "*constituye un incumplimiento deliberado del inciso segundo de la cláusula 2.13 de las BAE".*

153. Posteriormente, en la demanda reformada se exponen los hechos que explican "*las causas técnicas de la mala calidad de las obras entregadas por el CIO"* y "*los daños sufridos por EMGESA a raíz del incumplimiento de las garantías de calidad y estabilidad de las obras por parte del CIO".*

154. Por último, la demanda reformada relata los hechos que dan base a las pretensiones relativas a las VICO y a la cláusula penal, explicándose respecto de las primeras que estas fueron verificadas una vez concluidas las obras civiles objeto del contrato CEQ-21, hechas las comparaciones "*con los estimados por el CIO en su propuesta".*

C.3.3. Contraste entre el elemento objetivo de la transacción (Addendum No. 17 de 5 de enero de 2017) y el mismo elemento en las pretensiones de EMGESA referentes al enrocado del espaldón aguas abajo de la presa

155. Como antes quedó expuesto, para efectos de decidir la defensa de cosa juzgada alegada por las Convocadas, incluida la llamada en garantía, es necesario comparar los elementos de la pretensión en cada uno de los mencionados actos (sujetos, causa y objeto), con el fin de verificar si se presentan las tres identidades que la ley exige para la configuración de la cosa juzgada (artículo 303 del Código General del Proceso).

156. Desde luego, como antes se había anticipado, en el caso la identidad de sujetos se da por descontada, por cuanto las partes de la transacción son las mismas de este proceso, esto es, EMGESA S.A. E.S.P., por una parte, y el consorcio Impregilo -OHL S.A.S. (hoy Grupo ICT II S.A.S. y OHL Colombia S.A.S.), por la otra. Por lo tanto, el estudio subsiguiente se concretará en el examen del elemento objetivo, integrado por el objeto y la causa de la transacción y de las pretensiones propuestas por EMGESA, los cuales, como igualmente quedó dicho, ameritan ser tratados como una unidad, para así determinar, conforme a jurisprudencia citada, *"en todo el conjunto de la res judicio deductae, tanto la identidad de objeto como la identidad de causa: sobre qué se litiga y por qué se litiga"*.

157. Dentro del objeto es preciso distinguir el inmediato y el mediato. Por el primero se debe entender la concreta solicitud que se le hace al juez para que declare la existencia de un derecho o de una relación jurídica, o para que imponga una determinada condena al demandado, o para que extinga, modifique o constituya una relación o situación jurídica. Tratándose del objeto mediato, este debe entenderse referido al derecho subjetivo, bien o interés jurídico sobre el que recae la pretensión.

158. La causa, conforme a la teoría de la substanciación que consagra el numeral 5 del artículo 82 del Código General del Proceso, no es otra cosa que el fundamento fáctico que apoya la pretensión, es decir, la causa para pedir, conformada por las circunstancias de hecho esenciales que llevan a concretar claramente el objeto procesal. Lo decisivo, a los efectos de la individualización de la pretensión -dice la doctrina-, "*son los hechos empíricos, tal y como acontecieron en la realidad o curso de la historia o, dicho en otras palabras, el fundamento de la pretensión es el acontecimiento real (el 'estado de las cosas' o 'sachverhalt') con el que el actor funda su petición o conjuntamente de hechos al que la norma material (o 'Tatbestand') asocia el surgimiento de los efectos jurídicos instaurados en la petición, sin que constituya, por tanto, fundamento de la pretensión los tales efectos o consecuencias jurídicas pretendidas o la relación jurídica que es presupuesto de la consecuencia jurídica solicitada y que se deriva de tales hechos (Rosemberg)"*[20]*.*

159. Partiendo de los anteriores conceptos, y en consideración a que el *Addendum* No. 17 fue acordado con el "*objeto de poner fin a las controversias existentes hasta el 31 de octubre de 2016 y de precaver un litigio eventual en los términos y para los efectos previstos en el título 39 del Libro 4º del Código Civil Colombiano",* en principio pudiera suponerse que el litigio surgido en torno al incumplimiento de las "*garantías de calidad y estabilidad de la obra, por las fallas originadas en la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la presa",* que es la circunstancia fáctica que se aduce para pretender no solo el incumplimiento contractual, dada la no atención de la reclamación que hubo de formularse por tal hecho (pretensión primera), sino las indemnizaciones de perjuicios a las cuales se refieren la pretensión segunda y las consecuentes pretensiones de condena, quedaría incluido en el acuerdo transaccional que comporta el mencionado *Addendum* No. 17, por cuanto es la misma parte Convocante quien informa en la demanda reformada que en el mes de julio de 2016, o sea antes del 31 de octubre del mismo año, se detectaron "*una serie de defectos en las obras civiles de El Quimbo",* que "*impidieron continuar el llenado*

20 Cortés Domínguez Valentin y otros, Derecho Procesal Civil, Ed. Colex, Madrid, 1996, pág. 125.

del embalse hasta su nivel máximo de operación"; defectos entre los cuales se señala, precisamente, la "*(ii) colocación irregular del enrocado y deterioro del espaldón aguas abajo de la presa".* Daños estos que, según dice la misma demanda, fueron comunicados al Consorcio constructor en las fechas indicadas de los meses de julio y agosto de 2016, sin obtener respuesta satisfactoria del Consorcio, constituyéndose así en "*un incumplimiento deliberado de la cláusula 2.13 de las BAE".*

160. Empero, para concluir definitivamente que el elemento objetivo de la transacción y de las indicadas pretensiones de la demanda de EMGESA es el mismo, o sea, que existe identidad entre uno y otro, es necesario tener claro si el *Addendum* No. 17 excluyó del "finiquito", y por ende de la transacción, las responsabilidades del Contratista *"inherentes al plazo de garantía que se encuentra establecido en las Bases Administrativas Especiales del Contrato, amparadas por la póliza de Garantía de Estabilidad de Obra establecida en la cláusula 2.11.02 de las mismas Bases Administrativas Especiales del Contrato"*.

161. Por supuesto que este es un hecho esencial en la causa petendi, del cual depende la determinación de la identidad que se investiga, pues la parte Convocada alega todo lo contrario, o sea que el *Addendum* comprendió lo concerniente al plazo de garantía establecido en la estipulación 2.13 de las BAE.

162. Al respecto la parte Convocante explicó en los numerales 6 y 7 del literal A de la demanda reformada lo que seguidamente se transcribe:

> "*6. En cada uno de los Addendums, las partes fueron claras en establecer que todas las estipulaciones contractuales que no fueran expresamente modificadas por el respectivo Addendum, permanecerían plenamente vigentes, y conservarían el alcance inicial del Contrato CEQ-21.*
>
> *"7. Así mismo, con la suscripción de cada uno de los Addendums, las partes establecieron un finiquito frente a todas las controversias de las partes suscitadas hasta ese momento salvo, claro está, lo que las partes expresamente excluyeron de dichas renuncias recíprocas. Así, por ejemplo, el Addendum 17 estableció lo siguiente:*
>
> *"Con la firma del presente Addendum (Otrosí) No. 17 y en virtud de lo señalado en los Artículos anteriores,* ***las Partes se otorgan mutuo finiquito respecto de todas sus diferencias, objeciones, intereses financieros, reclamos y demás controversias ocurridas hasta el 31 de octubre de 2016, y respecto de todas aquellas situaciones, Ajustes de precios y/o de Plazos del Contrato, que se refieran a trabajos, hechos y circunstancias ocurridas antes de dicha fecha.***

> ***"Las Partes expresan su voluntad de que los acuerdos que se suscriben en este Addendum (Otrosí) No. 17 surtan los afectos de una sentencia ejecutoriada en última instancia y de que las concesiones y renuncias contenidas en este Addendum (Otrosí) surtan plenos efectos y tengan plena validez y fuerza legal, sea cual fuere la jurisdicción, en que sean invocadas, alegadas o defendidas*** *… Así mismo,* ***las PARTES dejan constancia que celebran este Addendum (Otrosí) con el objeto de poner fin a las controversias existentes hasta el 31 de octubre de 2016 y de precaver litigio eventual en los términos y para los efectos previstos en el título 39 del Libro 4º del Código Civil Colombiano*** *…*
>
> *"Se deja establecido que se excluye del finiquito la posibilidad de reclamos producto de responsabilidades que eventualmente establezcan las autoridades. Igualmente se excluye del finiquito la posibilidad de reclamar por obligaciones laborales a cargo del CONTRATISTA causadas o relacionadas con la ejecución del CONTRATO CEQ-21.*
>
> *"Por lo anterior, las PARTES renuncian expresamente a presentar cualquier solicitud de Ajuste de Precio y/o plazo o a presentar cualquier reclamación por mayores costos, o por mayores plazos, o por daños, o perjuicios o por cualquier otro hecho ocurrido antes del 31 de octubre de 2016, conforme a lo previsto y acordado en este Addendum (resalto y subrayo)".*

163. Enseguida, la demanda reformada de EMGESA cita la parte del *Addendum* que considera "*el párrafo fundamental para el apoyo jurídico de las pretensiones de la demanda",* que expresamente declara:

> *"****Se deja expresa constancia que este finiquito no altera ni exime al Contratista de sus responsabilidades inherentes al plazo de Garantía que se encuentra establecido en la cláusula 2.13 de las Bases Administrativas Especiales del Contrato, …*** *(resalto y subrayo)".*

164. Las sociedades Convocadas integrantes del CIO al responder los argumentos expuestos por la Convocante en los hechos 6 y 7 del literal A de la demanda reformada, en resumen, asistidas por el texto mismo del *Addendum* No. 17, expusieron:

i) Mediante dicho *Addendum*, las partes transigieron "*todas las reclamaciones, controversias y/o diferencias derivadas de, o relacionadas con los hechos y/o circunstancias ocurridas y/o conocidas antes del 31 de octubre de 2016".* Por ende, la cosa juzgada cubre lo pretendido en la demanda reformada de EMGESA, por lo cual no tiene asidero hacer referencia al plazo de garantía, alegando que tal acto excluyó "*lo relativo a la colocación irregular del enrocado y deterioro del espaldón aguas abajo de la presa".*

ii) "*…el texto tanto de los antecedentes, como del objeto, y, sobre todo, del literal e) de la cláusula tercera del Addendum No. 17 es absolutamente claro en reflejar lo que fue la verdadera voluntad de las Partes: da por resueltas y terminadas todas las reclamaciones que Emgesa le había informado al Consorcio y que no habían sido formalizadas, por hechos o circunstancias ocurridas y/o conocidas hasta el 31 de octubre de 2016".* Reclamaciones -se agrega-, que "*como no habían sido formalizadas, sino informadas, no se relacionaron en ningún anexo, como en cambio sí ocurrió con los Reclamos del CIO. Y, por la otra, versaban sobre unos hechos y circunstancias que, principalmente, habían ocurrido durante el plazo de garantía".*

165. Se afirma en la contestación presentada por el Consorcio que "*el 15 de abril de 2016 Emgesa expidió el Certificado de Recepción Provisional de las Obras, momento a partir del cual empezó a correr o aplicar el plazo de garantía de estabilidad de la Obra, en los términos de las cláusulas 2.11.02 y 2.13 de las BAE y 5.4 de las BAG".* Fue en "*julio de 2016",* cuando EMGESA manifiesta "*haber advertido la existencia de cuatro defectos en la Presa",* los cuales identifica, y dice que los "*comunicó a CIO",* pero que "*eran conocidos desde mucho antes. Prueba de ello son, además de las múltiples comunicaciones intercambiadas entre las partes, los informes de Estudio Lombardi del 2014 y del panel de expertos convocados por Emgesa en 2015",* en los cuales "*se analizó y debatió, entre otros, la colocación irregular del enrocado de protección del talud aguas abajo de la Presa que hoy alega la Convocante".* Meses después -se manifiesta-, "*y también en vigencia del mencionado plazo de garantía, se suscribió el Addendum No. 17…".*

166. Refiriéndose al párrafo que la Convocante invoca como fundamento de sus pretensiones, las Convocadas lo explican bajo el entendido que "*si entre el 31 de octubre de 2016 y el 15 de abril de 2019 se hubiera presentado un defecto en la Presa y/o en cualquier otro sector de la Obra, que no hubiera sido advertido para aquel entonces, el Consorcio hubiera tenido que honrar sus obligaciones post-contractuales aplicables durante el plazo de garantía. Eso fue lo que las Partes reiteraron en el último párrafo del literal e) de la cláusula tercera del Addendum No. 17",* que es el único de los *Addendums* celebrados que contiene tal salvedad "*porque fue el único celebrado en vigencia del plazo de garantía y mediante el cual se transaron unas controversias o diferencias que, en criterio de Emgesa, habían surgido durante ese plazo de garantía",* siendo esta la razón que "*llevó a las Partes a reiterar que la transacción allí contenida no alteraba ni extinguía el plazo de garantía, el cual estuvo vigente hasta el 15 de abril de 2019".* Pero esto no implica, "*ni quiere decir, …que por esa vía las Partes hubieran excluido de la transacción contenida en el mismo Addendum No. 17*

los defectos de que Emgesa dice haber tenido conocimiento en julio de 2016. Si el querer de las Partes hubiera sido el de excluir de la transacción en comento lo relativo a alguno o todos los defectos que la Convocante dijo haber encontrado en la Presa en julio de 2016, así lo hubieran estipulado expresamente en el Addendum No. 17".

167. Al fundamentar la excepción de cosa juzgada las Convocadas reiteraron los argumentos ya compendiados para explicar el alcance y sentido del párrafo de la cláusula tercera del *Addendum* No. 17, en torno al cual se da la discusión. Adicionalmente debe tenerse en cuenta lo acordado en el *Addendum* No. 7, que en opinión de AXA COLPATRIA, también apoya la excepción de cosa juzgada alegada, en tanto en este se solucionaron todos los asuntos relativos al material de protección del talud aguas abajo de la Presa.

168. Ahora bien, estando averiguado que las pretensiones primera y segunda de la demanda reformada de EMGESA tienen como objeto la reclamación comunicada al Consorcio en el mes de julio de 2016, es decir, antes del 31 de octubre de 2016, según lo manifestado por la propia Convocante en el memorial de reforma, el quid del asunto para efectos de determinar si hay cosa juzgada, observadas las posiciones de una y otra parte, estriba en descubrir el alcance de lo acordado por las partes en el *Addendum* No. 17, y específicamente de lo estipulado en el párrafo que la parte demandante señala como elemento "*fundamental para el apoyo jurídico de las pretensiones de la demanda".* Se trata, entonces, de desentrañar la real intención de las partes contratantes, es decir, si con la transacción se quiso componer todo, sin distingos, o si por el contrario de ella quedaron excluidas reclamaciones como las que son objeto de las pretensiones antes indicadas.

169. La identidad de los objetos de la pretensión y del contrato de transacción, necesaria para el éxito de la oposición de la parte demandada, sólo puede ser percibida con alcances jurídicos a través del cotejo entre el contenido de aquella y el de los pactos que las partes celebraron, a efectos de transigir diferencias e intereses surgidos durante el proceso de desarrollo del contrato de construcción del Quimbo. Ese escrutinio supone lógicamente la apreciación de qué es lo que fue transado, es decir, cuál es el objeto de esta convención, dado que, según la jurisprudencia nacional, que sigue en esto la formulada en otras latitudes a propósito de textos legales definitorios de la transacción diferentes del que lo hace en el derecho colombiano, tiene como componente objetivo las mutuas concesiones que en ella se hacen las partes. El artículo 2469 del Código Civil colombiano define la transacción como "*un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*", omitiendo al efecto de describir en la naturaleza del tipo contractual el

elemento que en muchas otras codificaciones vigentes caracteriza la transacción, a saber, el otorgamiento por las partes de *"mutuas"* concesiones. Pese a ello, la Corte Suprema de Justicia introdujo este elemento como propio también del régimen colombiano que viene así a coincidir con la concepción que del contrato postulan ordenamientos ajenos[21]. Expone al respecto esta corporación:

> *"La transacción es un contrato bilateral por el cual los contratantes terminan una controversia ya existente, o evitan una que pueda suscitarse, mediante el abandono recíproco de una parte de sus respectivas pretensiones por la promesa que una de ellas hace a la otra de una cosa para obtener el derecho discutido en toda su integridad*" [22].
>
> *"Para que haya transacción, en el sentido estrictamente jurídico del vocablo, requiérese, según los dictados de la jurisprudencia universal, que los contratantes terminen una controversia, nacida, o eviten un litigio que está por nacer, mediante el abandono recíproco de una parte de sus pretensiones, o la promesa que una de ellas hace a la otra de alguna cosa para obtener un derecho claro y preciso*" [23].
>
> *"El contrato de transacción supone como condiciones de su formación: a) el consentimiento de las partes; b) la existencia actual o futura de una desavenencia, disputa o desacuerdo entre las mismas; c) la transacción supone reciprocidad de concesiones o de sacrificios por parte de cada uno de los contratantes"*[24].

170. La sentencia del 6 de mayo de 1966 explícitamente critica la concepción del Código Civil, para reiterar la doctrina sobre la onerosidad de la transacción:

> *"El artículo 2469 del Código Civil define la transacción diciendo que es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Esta definición ha sido tildada de inexacta y deficiente, porque, de una parte, le asigna a la transacción el carácter de contrato cuando por sí sola no engendra obligaciones, y porque, de otro lado, no alude al elemento de las concesiones recíprocas de las partes que es característico de este fenómeno y que lo*

21 Así: Según el artículo 1965 del Codice Civile la transacción *es "colquale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro". El Code Civil por su parte proclama que la transacción "est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître"*. (Article 2044). De acuerdo al artículo 1809 del Código Civil Español *"La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado"*.

22 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 28 de marzo 1931, XXXVI, 302.

23 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 3 de marzo 1938, XLVI, 120.

24 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 22 de marzo 1949, LXV, 634.

distingue de otras figuras jurídicas afines. En varias ocasiones la Corte ha sentado la doctrina de que son tres los elementos específicos de la transacción, a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas (Cas. civ. diciembre 12 de 1938, XLVII, 479-480; cas. junio 6 de 1939, XLVIII, 268). Teniendo en cuenta estos elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual."[25]

171. Esta mutación del temperamento del Código Civil conduce a complementar el régimen del contrato de transacción, caracterizado por el texto legislativo a través de la causa, añadiéndole a su configuración el elemento del objeto, preconizado en los textos jurisprudenciales y en la doctrina más extendida, lo cual conduce a adscribir el tipo contractual bajo la categoría de *"contrato a título oneroso y con prestaciones recíprocas"*[26]. De tal manera, a despecho de la literalidad de la definición legal, en el derecho patrio el elemento *aliquo dato, vel retento, vel promisso* es propio del régimen jurídico de la transacción.

172. De allí deriva que, para resolver la excepción en comentario, sea necesario averiguar si la transacción que la parte Convocada opone a las pretensiones de la demanda se enmarca o no dentro de los otorgamientos, "*accertamenti*", "concesiones" y "finiquitos" que de consuno plasmaron ella y EMGESA en el *Addendum* No. 17, y, por esa vía, de las correlativas exenciones y condonaciones que por ese medio se hicieron una a la otra.

173. La respuesta a la cuestión así planteada no surge obvia y palmaria del texto contractual, dada la peculiar formulación con que el mismo, sirviéndose de opuestas tesituras lingüísticas a lo largo y ancho del documento, acuña las concesiones y los otorgamientos recíprocos, según que se trate de puntualizar los que recibe el CIO o los que a su turno se adjudican a EMGESA, pues, mientras los que corresponden a aquel son plenamente identificados en su individualidad, los de la parte dueña de la obra en construcción invariablemente son indicados de una manera general, casi abstracta, que rehúsa individualizarlos.

25 Código Civil y Legislación Complementaria. Editorial Legis.

26 Messineo F. (1955). Manual del Derecho Civil y Comercial. Tomo VI. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa - América. Pág. 208.

174. En las transcripciones que antes se hicieron, salta a la vista esta diversa concepción de las concesiones que hace EMGESA respecto de aquellas que el CIO le atribuye a su vez: se vio allí cómo, ya en las consideraciones preliminares vertidas en la cláusula PRIMERO: ANTECEDENTES del *Addendum* No. 17, la letra r) advierte que *"el contratista ha presentado a EMGESA una serie de solicitudes de Ajustes al Precio del Contrato (NOC), las cuales se detallan en el Anexo No. 1 de este Addendum"*, igual que lo hace a continuación en la letra s), según la cual *"… el contratista también ha presentado a EMGESA una serie de Reclamos, los cuales se detallan en el Anexo No. 2 del presente Addendum, respecto de los cuales las partes mantenían ciertas discrepancias sobre su procedencia y sobre los valores asociados a los mismos"*, al paso que la letra t) da cuenta de las inquietudes de EMGESA indicando que esta *"... ha expuesto al Contratista en las reuniones mantenidas, que también tendría una serie de reclamaciones las cuales por oportunidad de negociación no fueron formalizadas, y sobre las cuales las partes mantenían ciertas discrepancias respecto de su procedencia y respecto de los valores asociadas a las mismas"* (todos los subrayados son ajenos del texto). Así pues, mientras las solicitudes del CIO que son materia de la transacción tuvieron carácter i) escrito y ii) enunciación precisa de su naturaleza, alcance y precio, las de EMGESA fueron i) verbales, ii) no formalizadas y iii) no precisadas en su contenido.

175. El distinto modo de asumir el acervo de desacuerdos constitutivos de la *res dubia* y de la *res litigiosa* según el sujeto que reclama el esclarecimiento correspondiente o su solución, se refleja luego en las cláusulas dispositivas: al definir el objeto del *Addendum* No. 17 el ordinal SEGUNDO del documento indica que se trata de "*resolver de forma integral todas las discrepancias existentes entre las Partes y todas las Solicitudes de Ajuste de Precio, las Solicitudes de Ajustes de Plazo, los reclamos presentados o no por hechos ocurridos antes de 31 de octubre de 2016*", es decir, que en general se precisan las inquietudes aportadas por el CIO como solicitudes relativas a ajustes de precio y plazo, al tiempo que las que la hermenéutica indica como propias de EMGESA se mencionan como los reclamos presentados o no por hechos ocurridos con anterioridad a la fecha límite..

176. Este contraste de tesitura determina en la misma cláusula la disímil formulación de los acuerdos a que se llegó en la transacción: las letras a), b) y c) exponen que estos se decantan en el convenio de ajustar el precio del contrato CEQ-21 para la resolución de todas las solicitudes presentadas en la materia hasta la fecha de referencia, así como en la celebración de otro convenio para resolver todos los reclamos presentados por el contratista y, finalmente, en el acuerdo de formalizar la ampliación del plazo para la terminación de las obras, todo ello en cuanto interesa al CIO. En

cambio, las reclamaciones de EMGESA, no señaladas mediante la precisión del objeto sobre el que recaen, se dan por resueltas de modo general ("todas", según enfatiza el *Addendum* en la letra d), alusiva a las "reclamaciones informadas" por EMGESA al contratista.

177. La estipulación que contiene el ordinal TERCERO que las partes destinaron a describir el alcance de los acuerdos anunciados en el ordinal precedente, en perfecta consonancia con esa cláusula genérica, refleja, corroborándolo, el modo de referirse a lo que se discute y a lo que decide: el literal a) ajusta el precio del contrato *"por resolución de todas las Solicitudes de Ajuste de precios (NOC) pendientes presentadas por el contratista",* en la cantidad de $9.278.915.396, advirtiendo que el Anexo 1 del instrumento indica *"... todas las solicitudes de Ajustes de Precios (NOC) presentadas por el Contratista y que se entiende quedan resueltas con este Ajuste de Precios"; de acuerdo* con el literal b) las partes convienen otro *"ajuste de precio por resolución de todos los reclamos hasta el 31 de octubre de 2016"* en cuantía de $48.179.987.661, añadiendo que *"en Anexo No. 2 de este Addendum se indica el detalle de todos los Reclamos que se entienden resueltos con este Ajuste de Precio";* y la letra c) regula el *"ajuste del Plazo de Término (sic) de las Obras e Inicio del Periodo de Garantía de las Obras"*, señalando que este *"inició el 16 de abril de 2016 y terminará el 15 de abril de 2019"*. A su turno, la letra d), a propósito de los intereses de EMGESA a los que el *Addendum* imparte dilucidación, abandona la técnica de particularización de los objetos de transacción para indicar de modo genérico, universal y globalizador que el acuerdo resuelve *"todas las reclamaciones informadas por Emgesa al contratista"* (subraya el Tribunal).

178. Finaliza el ordinal *"TERCERO: ALCANCE DE LOS ACUERDOS"*, estableciendo el corolario de las declaraciones y decisiones estudiadas hasta aquí, mediante el señalamiento del efecto de la transacción: las partes se otorgan "*mutuo finiquito respecto de todas sus diferencias, objeciones, intereses financieros, reclamos y demás controversias ocurridas hasta el 31 de octubre de 2016 y respecto de todas aquellas situaciones, Ajuste de precios y/o Plazos del Contrato, que se refieren a trabajos, hechos y circunstancias ocurridas antes de dicha fecha*", y hacen explícito que estos acuerdos transaccionales ("*concesiones y renuncias contenidas en este Addendum*") están dotados de la fuerza de cosa juzgada de última instancia ("*... con objeto de poner fin a las controversias existentes hasta el 31 de octubre de 2016 y de prever un litigio eventual en los términos y para los efectos previstos en el TÍTULO 39 del Libro 4º del Código Civil Colombiano*"). Por último estipulan que en caso de incumplimiento de la transacción, la parte cumplida no podrá recurrir a la resolución del

contrato y deberá sujetarse en tal caso a la necesidad de acudir a la acción de cumplimiento como única vía jurídica de efectivización de los derechos que derivan del contrato de transacción.

179. Echa de ver el Tribunal una distinta extensión de los siempre generales términos en que los textos contemplan parte del objeto de la transacción, mayormente visible en cuanto se refiere a los intereses de EMGESA si se confronta la descripción de estas en la cláusula estipulativa propiamente tal (ordinal 3º letra d) que utiliza la expresión "*reclamaciones*" y la del "*finiquito*" que engloba "t*odas sus diferencias, objeciones, intereses financieros, reclamos y demás controversias ocurridas hasta 31 de octubre de 2016*" y "*todas aquellas situaciones… que se refieren a trabajos hechos y circunstancias ocurridas antes de esta fecha*". Y ello es significativo y trascendental para el intento de aprehender en sus términos reales la voluntad de las partes, pues si su descripción se contrae a las *"reclamaciones"* es dable atribuirle una cierta determinación aún conservando su amplitud. En esta dirección las "*reclamaciones*" supondrían una cierta formalidad en su formulación, y también cierto grado de concreción de su alcance. Obsérvese que en un contrato bilateral en el que las partes interactúan a lo largo de un dilatado ejercicio de cumplimiento de su objeto, máxime como en este caso donde EMGESA no solo es dueña de la obra sino supervisora de su ejecución con facultades de instruir al ejecutor, es inevitable que surjan desavenencias, contraste de opiniones técnicas, insatisfacciones y quejas, de uno u otro contratante que no tienen todas pareja importancia ni igual relieve. Es plausible entender al respecto que cuando se habla específicamente de "*reclamaciones",* la cláusula no estaría refiriéndose a todos los episodios de desarmonía entre las partes, sino a aquellos desacuerdos de particular importancia, susceptibles de asumir el carácter de exigencias perentorias de la parte a la que interesan, revestidas de la posibilidad de ser transformadas en pretensión procesal dentro de un litigio ante la jurisdicción, en el evento de no ser satisfechas por el destinatario del reclamo. Sin embargo, el texto del finiquito es categórico en expresar que el contrato de transacción enfatiza su vocación en alcanzar con sus efectos novatorios toda clase de objetos que dentro del lapso fijado hayan sido materia de manifestaciones de inconformidad por parte de la Convocante, y tanto si se trata de expresiones de voluntad como de "*trabajos, hechos y circunstancias*".

180. Todo lo anterior hace ver las dificultades que para el intérprete jurisdiccional genera el contrato de transacción en estudio desde el punto de vista del reconocimiento de un componente del objeto que, por otra parte, es de insoslayable discernimiento a la hora de desatar el nudo de la cuestión jurídica de si las reclamaciones contenidas en las pretensiones de la actora vinculadas a la obligación de garantía de estabilidad

a cargo de CIO, en consonancia con los supuestos fácticos argüidos en los numerales 14 a 23 del capítulo de la demanda relativo a los "HECHOS", son coincidentes con las concesiones pactadas por EMGESA en beneficio de su contraparte, lo que es tanto como decir si fueron efectivamente transadas. Siendo inconcluyente en este aspecto de la cuestión el análisis del pacto transaccional por fuerza de las incongruencias expresivas con que fue concretada en distintas partes del documento la voluntad de los contrayentes, el Tribunal encuentra que, por la vía afirmativa o inclusiva, es decir, por la de indagación de lo que constituye objeto de la transacción, el exégeta no encuentra la solución del problema. La inconsonancia literal no es superable a través del empeño de investigar el contenido concreto de la transacción en la perspectiva de lo que forma parte de ella.

181. Sin embargo, puntualiza el Tribunal, es dable alcanzar certeza a través de otra vía cognoscitiva, la de apreciar lo que aquello que la voluntad explícita e inequívoca de los ligados por la transacción quiso excluir de ella, esto es, la mención de lo que la transacción no es. Es ese el pasaje de las estipulaciones donde las partes precisaron finalmente el objeto de su contrato, y para amojonar de manera nítida los límites a fin de despejar las incertidumbres insuperables de los textos que consagraron a la determinación positiva del objeto, optaron por el método de circunscribir éste, indicando de manera expresa lo que no es suyo. Si los textos padecen una generalidad que los hace incomprensibles, la exclusión por la negativa les imprime la precisión que originalmente les falta.

182. Surge incontrovertible esa conclusión cuando se toma en cuenta que EMGESA y el CIO pactaron la incolumidad de las obligaciones de garantía de estabilidad a cargo de este último en el inciso final de la cláusula tercera de la transacción mediante la siguiente estipulación, ya destacada por el Tribunal: "*Se deja expresa constancia que este finiquito no altera ni exime al Contratista de sus responsabilidades inherente al plazo de Garantía que se encuentra establecido en la cláusula 2.13 de las Bases Administrativas Especiales del Contrato, amparadas por la póliza de Garantía de Estabilidad de obra establecida en la cláusula 2.11.02 de las mismas Bases Administrativas Especiales del Contrato".*

183. De allí resulta que de ninguna manera la garantía de estabilidad de la obra a cargo del contratista está incluida en las concesiones de la aquí Convocante, y que aunque la transacción pudiera alcanzar a todas las manifestaciones de desacuerdo, y a todos los hechos y eventos susceptibles de surgir en la ejecución del contrato de obra hasta el 31 de octubre de 2016, las prestaciones y obligaciones necesarias para dar ejecución a esas obligaciones de garantía se mantuvieron inalterables por obra del

mismo concurso de voluntades que innovó otros aspectos del contrato de construcción de obra.

184. La hermenéutica del contrato, que es la labor que hasta ahora se ha hecho en el caso, siendo rol que el juzgador puede cumplir aun frente a contratos diáfanos, cobra mayor sentido, según lo han estimado la jurisprudencia y la doctrina, cuando las cláusulas negociales no son claras, o sea que son imprecisas o confusas, pues si esta condición no se da, lo que el juzgador haría sería desconocer la real intención de los contratantes que al decir de la Corte Suprema de Justicia "*es la primera y cardinal directriz que debe orientar al juzgador",* conforme lo preceptúa el artículo 1618 del Código Civil, porque "*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; las demás reglas de interpretación advienen a tomar carácter subsidiario y, por lo tanto, el juez no debe recurrir a ellas sino solamente cuando le resulte imposible descubrir lo que hayan querido los contratantes; cuáles fueron realmente los objetivos y las finalidades que estos se propusieron al ajustar la convención"*[27]*.*

185. Los contratos deben interpretarse -sigue diciendo la Corte-, "*cuando son oscuros, es cierto, pero tal labor de hermenéutica tiene que encuadrarse dentro de lo racional y lo justo, conforme a la intención presunta de las partes, y sin dar cabida a restricciones o ampliaciones que conduzcan a negar al contrato sus efectos propios: la violación de esta limitante implicaría el claro quebranto del principio legal del efecto obligatorio del contrato; al actuar así el juez se rebelaría directamente contra la voluntad de las partes claramente expresada, modificando a su talante los específicos efectos queridos por ellas al contratar".*

186. Para cumplir esa tarea interpretativa descubriendo la real intención de las partes al celebrar el negocio, el juzgador puede valerse de múltiples instrumentos, como son la naturaleza del contrato, la finalidad del mismo, las cláusulas claras y las cláusulas admitidas, que entrelazadas sirvan para explicar las dudosas, las circunstancias que rodearon la celebración del acuerdo y las posteriores al mismo, y, en fin, cualquier otro factor que permita cumplir eficazmente la operación interpretativa, respetando siempre la fidelidad a la voluntad de los contratantes.

187. Volviendo sobre el caso alrededor de las nociones teóricas que han quedado expuestas, ciertamente el *Addendum* No. 17, como también quedó visto, por los generales términos que se contemplan en los textos referidos al objeto de la transacción

27 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de julio de 1983.

por parte de EMGESA, no es lo suficientemente claro al identificar los asuntos, solicitudes o reclamaciones hechas por la Convocante que quedaban cobijadas por la transacción que contiene dicho *Addendum*, salvo en lo relacionado con la fecha límite, fijada en el 31 de octubre de 2016, pero no en cuanto a la materia o clase de la reclamación, pues la dificultad de su lectura empieza por no concretar específicamente las reclamaciones de EMGESA, en tanto a estas el *Addendum* se refiere como aquellas que habían sido informadas al Consorcio, pero que "*no habían sido formalizadas",* razón por la cual no aparecían relacionadas en ningún anexo, pues como ya quedó observado a estas el documento se refiere de forma global o generalizadora. De manera que justificada halla el Tribunal la labor hermenéutica que se ha venido adelantando.

188. Como lo dice el párrafo del *Addendum* No. 17, varias veces citado, el "*plazo de garantía"* al que éste se refiere, es el consagrado por la cláusula 2.13 de las Bases Administrativas Especiales (BAE) del Contrato CEQ-21, que a la letra declara:

> "*2.13 PLAZO DE GARANTÍA*
>
> "*El plazo de garantía de las Obras, a que se refiere la cláusula 5.4 de las Bases Administrativas Generales, será de tres (3) años contados desde la fecha de Recepción de las Obras. Dicho plazo corresponde a la Garantía de Estabilidad de Obra establecida en la Cláusula 2.11.02 de las Bases Administrativas Especiales.*
>
> *"Ante cualquier notificación de EMGESA al contratista de un defecto en alguna obra o equipo, el Contratista deberá reaccionar en el plazo máximo de quince (15) días, entregando un informe que diagnóstique el tipo de defecto, las causas que lo provocaron y las medidas que tomará para repararlo. Una vez que se verifique el defecto en la obra o equipo, el Contratista presentará para la aprobación de EMGESA, un programa para efectuar las reparaciones o restituciones que correspondan.*
>
> *"El plazo de garantía de la parte reparada de la obra, equipo o material o de equipo o materiales de reemplazo será también de tres (3) años contados a partir de su respectiva reparación, pero considerando que el plazo máximo acumulado de garantía no excederá de cuatro (4) años".*

189. Por su lado, la cláusula 2.11.02, que se ocupa de los "*Tipos de Garantías",* refiriéndose en particular a los amparos que deberían tener las pólizas exigidas al contratista*,* hace referencia específica a la cobertura de "*ESTABILIDAD DE OBRA",* así: "*Garantizar el pago de los perjuicios originados en la destrucción total o parcial, el deterioro, alteración o menoscabo de las obras y equipos contratados por razones imputables al Contratista que impidan la utilización para la cual se ejecutaron siempre y cuando hayan sido recibidas a satisfacción por EMGESA".* Al determinar la

vigencia de este amparo, se establece que este debía ser "*[i]gual a tres (3) años contados a partir de la emisión del Certificado de Recepción de las Obras".*

190. Teniendo en cuenta estas cláusulas contractuales, el *Addendum* No. 17 estableció, según transcripción que de él se hizo antes, que el "*finiquito"* que él implicaba, no alteraba ni eximía "*al Contratista de sus responsabilidades inherentes al plazo de garantía"* que en las mencionadas estipulaciones aparecía consagrado, lo cual resulta claro en consideración a la finalidad del "*plazo de garantía",* que estaba destinado a que el Contratista reparara los defectos o desperfectos que se detectaran en la Obra, amén de que el término empezaba a correr "*desde la fecha de Recepción de las Obras".*

191. De manera que del alcance del *Addendum* No. 17, no obstante sus advertencias sobre que con el mismo se trataba de "*resolver de forma integral todas las discrepancias existentes entre las partes",* con límite de ocurrencia al 31 de octubre de 2016, lo cual se reitera a lo largo del contenido del *Addendum*, se deben excluir, porque el mismo *Addendum* así lo establece, los siguientes asuntos: i) las discrepancias sucedidas después del 31 de octubre de 2016; ii) "*…la posibilidad de reclamos producto de responsabilidades que eventualmente establezcan las autoridades";* iii) "… *la posibilidad de reclamar por obligaciones laborales a cargo del CONTRATISTA causadas o relacionadas con la ejecución del CONTRATO CEQ-21";* y iv) las "*responsabilidades inherentes al plazo de Garantía",* en tanto la norma contractual expresamente señala "*que este finiquito no altera ni exime al Contratista"* de las mencionadas responsabilidades. Conclusión esta a la cual llegó el Tribunal anteriormente cuando examinó el *Addendum* utilizando como herramienta hermenéutica "*la de apreciar lo que aquello que la voluntad explícita e inequívoca de los ligados por la transacción quiso excluir de ella, esto es, la mención de lo que la transacción no es".*

192. Así entendido el *Addendum,* las admoniciones totalizadoras que en él se utilizan cuando acude a las palabras "*resolver de forma integral", "todas … las discrepancias", "todas las reclamaciones", "todas sus diferencias"* u otras similares, no pasan de ser un reflejo ideal del pensamiento de las partes, porque la realidad es que el texto material del *Addendum* No. 17 se encarga de mostrar una realidad diferente al dar margen a excepciones como las indicadas, que obviamente ponen de manifiesto que la transacción no arropó todas y cada una de las controversias existentes hasta el 31 de octubre de 2016, y mucho menos las relacionadas con las responsabilidades inherentes al plazo de garantía, con independencia de que los defectos que darían lugar a ellas, hayan sido conocidos e informados antes del 31 de octubre de 2016, no solo porque el texto del *Addendum* expresamente hizo la exclusión, sino porque no tiene sentido el entendimiento que a la estipulación le otorgan las excepcionantes,

tratándose, como se trata, de una garantía dirigida a que el Contratista reparara los desperfectos que pudieran presentarse en los tres (3) años siguientes a la entrega de la Obra, entre ellos el relativo a su estabilidad, que está destinado a producir sus efectos en la fase post-contractual, bajo el supuesto de que haya sido emitido el "*Certificado de Recepción de las Obras".*

193. Por lo tanto, la cosa juzgada que alegan las Convocadas y la llamada en garantía con respecto a las pretensiones señaladas en este acápite no puede prosperar, porque la lectura que las demandadas hacen de la disposición contractual que se examina es una propuesta interpretativa que desconoce el mismo texto de la cláusula, y con ella la intención de los contratantes, porque mientras que estos afirman que el "*finiquito"* (la transacción) "*no altera ni exime al Contratista de sus responsabilidades inherentes al plazo de Garantía que se encuentra establecido en la cláusula 2.13…",* las Convocadas sostienen todo lo contrario, argumentando que si el querer de los contratantes hubiese sido excluir la reclamación que es objeto de las pretensiones primera y segunda de la demanda de EMGESA, "*así lo hubieran estipulado expresamente en el Addendum No. 17",* tal vez, agrega el Tribunal, utilizando palabras que no generaran la confusión que da lugar a la necesidad de interpretar el texto contractual, como lo hace el Tribunal llegando a conclusión distinta a la propuesta por las demandadas y la llamada en garantía.

194. Para rematar, definitivamente debe descartarse la identidad objetiva entre la transacción y las pretensiones de la demanda de EMGESA que fueron indicadas al comienzo de este acápite, porque si de todos modos el plazo de garantía seguía rigiendo para comprender reclamaciones que surgieran de defectos constructivos verificados con posterioridad al 31 de octubre de 2016, como lo afirman las Convocadas, la constancia final del *Addendum* No. 17 sobre que "*este finiquito no altera ni exime al Contratista de sus responsabilidades inherentes al plazo de Garantía…",* devendría inane, inocua y sin sentido, salvo que se le confiera el entendimiento que le da el Tribunal, es decir, que con ella se buscó excluir del efecto de la transacción asuntos post-contractuales, como son aquellos que se relacionan con la estabilidad de la obra, con independencia del momento en que ellos detonaran, tal cual sucede con los que plantean las pretensiones referidas. Es que la interpretación que proponen las opositoras, además de ir en contravía del artículo 1620 del Código Civil, pues le resta eficacia a la "*constancia",* desconoce el principio de fidelidad a la voluntad de los contratantes, que al fin se descubre de la misma naturaleza del contrato celebrado mediante el *Addendum*, de la asociación de las cláusulas claras y admitidas del mismo, así como de la finalidad del plazo de garantía, que como ha quedado expuesto de acuerdo con el Contrato CEQ-21, y el *Addendum* No. 17, se relaciona,

entre otros aspectos, con la "*estabilidad"* de la obra, comprendiendo así obligaciones "*post-contractuales".*

195. Pero es que al anterior análisis debe sumarse lo manifestado por el ingeniero Luis Salvador Bustamante Pineda, quien directamente intervino en nombre de EMGESA en las negociaciones del *Addendum* No.17, cuando indica con perfecta claridad y precisión que el problema "*de la cara aguas abajo del enrocado",* no fue objeto de dicho *Addendum* porque "*nunca pudimos llegar a un acuerdo y ni siquiera se discutió … porque estábamos en posiciones muy encontradas, realmente Emgesa exigía que eso se arreglara y el Contratista tenía otra posición que para él no era su responsabilidad…"*. De manera que si esta controversia no fue incluida en los acuerdos contenidos por el *Addendum* No. 17 de 5 de enero de 2017, como lo expone diáfanamente el señor Bustamante, infructuosa resulta la búsqueda de la identidad de causa y objeto entre la transacción y las pretensiones señaladas por una simple sustracción de materia, que en definitiva es un argumento de pura lógica que lleva a ratificar el raciocinio precedente, es decir, que en consideración a la negativa de las partes a llegar a un acuerdo sobre la mencionada diferencia, esta de todos modos, dada dicha situación, quedaba excluida de la transacción por virtud de lo estipulado en la cláusula contractual varias veces mencionada.

C.3.4. Contraste entre la transacción y las pretensiones relacionadas con las Variaciones Importantes en las Cantidades de Obra – VICO -

196. La pretensión tercera principal declarativa de la demanda reformada presentada por EMGESA pide que se declare que el Consorcio está obligado a pagarle a la Convocante "*el valor de las Variaciones Importantes en las Cantidades de Obra - VICO-, de conformidad con lo establecido en los numerales 6.2., 6.3., 6.4. y 6.10 de las Bases Administrativas Generales (BAG) del Contrato CEQ-21".* Consecuentemente se formula la pretensión quinta de condena, impetrando que el mencionado Consorcio sea condenado a pagarle a EMGESA la suma de $2.054.244.358 por concepto de las mencionadas VICO.

197. Pues bien, frente a estas pretensiones definitivamente cambia el raciocinio hasta ahora expuesto, por cuanto en este caso sí se verifica la identidad objetiva que en las anteriores se echaba de menos, razón por la que respecto de ellas prosperará la excepción de cosa juzgada alegada por las demandadas.

198. Se concluye lo anterior porque las VICO sí quedaron comprendidas por el arreglo transaccional que contiene el *Addendum* No. 17 de 5 de enero de 2017, como seguidamente se explica:

i) En primer lugar es claro que tal ítem no fue excluido expresamente del alcance del referido *Addendum*, porque como atrás se detalló, cuatro fueron las exclusiones explícitamente previstas, entre las cuales no se hallan las variaciones Importantes en las Cantidades de Obra, salvo que estas se lograran ubicar en las controversias o diferencias sucedidas después del 31 de octubre de 2016.

ii) Desde luego que esta última opción no ocurre, según lo informado por la prueba obrante en el expediente, que a continuación se evalúa; toda la cual lleva a concluir que las discrepancias acerca de estas Variaciones se presentaron antes del 31 de octubre de 2016, es decir, antes de que se celebrasen los acuerdos que dieron origen al *Addendum* No. 17 de 5 de enero de 2017, y por consecuencia a los finiquitos que este comporta.

199. Las pruebas que después de un análisis conjunto conducen a la señalada conclusión son las siguientes:

- El testigo Luis Salvador Bustamante Pineda, quien tuvo un rol protagónico por parte de EMGESA en las obras, e intervino en la celebración del *Addendum* No. 17, dice al respecto sobre el tema: "*de la cara aguas abajo del enrocado"* "*nunca pudimos llegar a un acuerdo y ni siquiera se discutió…porque estábamos en posiciones muy encontradas, realmente Emgesa exigía que eso se arreglara y el Contratista tenía otra posición que para él no era su responsabilidad…".* Más adelante agregó: "*...el addendum 17 si no estoy mal fue el último addendum que se firmó, siempre durante la ejecución de los trabajos hubo algunos puntos de vista del Consorcio que se debían contrastar contra los puntos de vista de Emgesa sobre cosas que deberían ameritar un cambio de precios o en cantidades o en tiempos de ejecución y todas esas cosas se resolvían, se protocolizaban los acuerdos a que se llegara mediante addendum, en el addendum 17 yo creo que tratamos de cerrar una serie de discrepancias que teníamos anteriores para llegar a digamos al cierre del Contrato…".* Por último, declara que no recuerda si las VICO se incluyeron en el *Addendum* No. 17, "*pero que discutimos acerca del tema sí". "Si hubieran sido incluidas ahí debería decir en el addendum, es decir el addendum tiene que tener lo que expresamente se acordó… lo que no esté dicho ahí no se acordó".*

- Por su lado el testigo Cesar Augusto Ojeda se refiere a las VICO desde el punto de vista de su estructuración contractual, pero sin arrojar luces sobre si las mismas fueron involucradas o no en el *Addendum* No. 17. Además menciona un

documento de enero de 2017, elaborado a petición del ingeniero Santafé, evaluando si las VICO que se le ponían de presente en otro documento estaban bien calculadas (el ingeniero Santafé ninguna mención hace del tema). También manifestó que el cálculo de ellas se pretendió hacer en el proyectado *Addendum* No. 18.

- Leonardo Augusto Niño Garzón, también empleado de EMGESA relacionado con el proyecto, expresa lo siguiente: la no firma del *Addendum* No. 18 "*básicamente"* se debió a la "*divergencia…de nuestra postura de cobrar las VICO que ellos entiendo habían interpretado, por alguna razón que, no deberían ir en este punto…". "...nosotros las estábamos incorporando en ese ejercicio"* (se refiere al proyectado *Addendum* No. 18). "...*en lo que ellos no estuvieron de acuerdo fue en la aplicación de las VICO que nosotros quisimos incorporar también en ese momento".*

- Aparece también en el expediente el mensaje que el ingeniero Luis Salvador Bustamante envía a varias personas el 4 de mayo de 2016, citándolas a reunión con el fin de tratar varios "*temas que están pendientes de acuerdo entre las partes",* entre ellos lo relacionado con "*4. VICOS: Variaciones Importantes de Cantidad de Obra"*[28]*;* igualmente obra el certificado de recepción de la presa emitido por EMGESA el 26 de febrero de 2016, donde el Inspector Jefe deja constancia sobre la terminación de las obras por el Contratista, "*de acuerdo a los planos, especificaciones técnicas y a los requerimientos por parte del Inspector Jefe de Emgesa S.A. E.S.P., durante su ejecución, con la sola excepción de las observaciones que se señalan en el Anexo No. 1…".*

200. Este conjunto de pruebas, como ya se anticipó, permite concluir no solo que las VICO era un punto objeto de discusión con antelación al 31 de octubre de 2016, como lo da a entender el correo del ingeniero Bustamante de 4 de mayo de 2016, sino que el mismo quedó comprendido entre los acuerdos cobijados por el *Addendum* 17 de 5 de enero de 2017, porque como lo explica el ingeniero Bustamante, gran protagonista en la confección de este *Addendum*, de ese "*finiquito*" quedó excluida la diferencia del espaldón, pero no la relativa a las VICO cuando dice, se reitera, "*...el addendum 17 si no estoy mal fue el último addendum que se firmó, siempre durante la ejecución de los trabajos hubo algunos puntos de vista del consorcio que se debían contrastar contra los puntos de vista de Emgesa sobre cosas que deberían ameritar un cambio en precios o en cantidades o en tiempos de ejecución y todas esas cosas se resolvían, se protocolizaban los acuerdos a que se llegara mediante addendum,*

28 EXPEDIENTE DIGITAL. 07 122485 PRUEBAS No. 1 Pruebas CIOHL Traslado excepciones - FOLIO 130. 1. Correo electrónico de Luis Salvador Bustamante del 4 de mayo de 2016.

en el addendum 17 yo creo que tratamos de cerrar una serie de discrepancias que teníamos anteriores para llegar a digamos al cierre del contrato…".

201. Aunque el ingeniero Bustamante dice no recordar si las VICO quedaron comprendidas por el *Addendum* No. 17, pero admitiendo claramente que ese punto sí lo "*discutimos",* lo cierto es que su advertencia culminante sobre "*lo que no esté dicho ahí no se acordó",* la desdice expresamente el mismo texto del *Addendum*, especialmente cuando se refiere a las discrepancias o diferencias surgidas de las reclamaciones presentadas por EMGESA, dado que estas no fueron formuladas formalmente. De ahí que el *Addendum*, cuando se trata de identificar las diferencias de EMGESA, se refiera a ellas genéricamente como "*reclamaciones presentadas o no",* reclamaciones *"expresadas*" *"en las reuniones mantenidas las cuales por oportunidad de negociación no fueron formalizadas", y* además se haga notar que estas no constan en ningún anexo.

202. En compendio, claramente queda demostrado que lo concerniente a las VICO fue una reclamación anterior al 31 de octubre de 2016, como diáfanamente lo prueba el mensaje del ingeniero Bustamante de 4 de mayo de 2016. Así mismo, verificado se encuentra que las VICO fueron objeto importante de examen a propósito de las conversaciones que se establecieron con ocasión de los acuerdos que dieron origen al *Addendum* No. 17, según lo informan los testigos Bustamante y Ojeda, quienes además no se atreven a excluir categóricamente ese punto de los convenios logrados en ese momento.

203. Por último, la oposición del Consorcio a convenir el *Addendum* No. 18 porque este incluía una liquidación de las VICO, de lo cual da cuenta el testimonio del señor Niño Garzón, deviene en indicio a favor de la alegación de la parte oponente, porque como el mismo declarante lo informa esa incorporación fue una decisión unilateral de EMGESA, con la cual obviamente no estuvo de acuerdo el Consorcio, originándose así la frustración de este nuevo *Addendum*, porque como antes se expresó, habiendo quedado las VICO comprendidas por la transacción de 5 de enero de 2017, no tenía sentido la intención de EMGESA de volver sobre ellas en el proyectado *Addendum* No. 18. Llama la atención que en la comunicación que EMGESA dirige al Consorcio el 9 de febrero de 2017, haciéndole entrega del proyectado *Addendum* No. 18, mediante el cual se hace "*un balance total de todos los eventos de pago ocurridos"* [29]*,* el único "*evento"* que se destaca, según las palabras de la carta, es el relacionado con las VICO, como si este fuera el principal y único que estaba pendiente, porque

29 EXPEDIENTE DIGITAL. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 18. Borrador del Addendum No. 18.

si fuera tan clara la exclusión de este reclamo de lo acordado en el *Addendum* No. 17, no tendría sentido incluirlo en el proyectado *Addendum* No. 18, y mucho menos resaltarlo, como lo hace la comunicación, lo cual, como ya se dijo, lleva a pensar en una idea opuesta, como sería, que la controversia acerca de la VICO quedó comprendida por el *Addendum* No. 17, como bien se puede extraer del dicho de los testigos mencionados, cuando ninguno de ellos se atreve a afirmar contundentemente lo contrario, no obstante su directa participación en el acuerdo.

204. Otro indicio que concurre en pro de la conclusión a la que llega el Tribunal, deviene del Certificado de Recepción Provisional Parcial de las Obras, expedido por el Inspector Jefe de EMGESA el 26 de febrero de 2016[30], dejando constancia de la terminación de la Presa por el Contratista sin observación alguna relacionada con las VICO que ahora se tratan en este Laudo.

205. Entonces, como ya se anunció, en consideración a que las pretensiones indicadas al inicio de este aparte del Laudo contienen un objeto que fue tratado y resuelto por la transacción que perfecciona el *Addendum* No.17 de 5 de enero de 2017, se presenta la triple identidad que exige el artículo 303 del Código General del Proceso para que se configure la cosa juzgada que como excepción de mérito propusieron los contradictores, con respecto, en este evento, a las pretensiones tercera declarativa y quinta de condena formuladas en la demanda reformada presentada por EMGESA.

C.4. Conclusión sobre la excepción de cosa juzgada

206. Con fundamento en el análisis anteriormente realizado, el Tribunal declarará probada la excepción de cosa juzgada, únicamente en cuanto a las pretensiones de EMGESA relacionadas con las Variaciones Importantes en las Cantidades de Obra – VICO -, y la descartará en relación con las restantes pretensiones de la Convocante a las que se hizo referencia al inicio de este acápite.

30 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 122485 PRUEBAS No. 1 PBS CONTESTACIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 2. 50. Certificado de Recepción Provisional Parcial de Obras del hito 15 del proyecto “Obra Presa” suscrito el 26 de febrero de 2016.

D. EL CONTRATO CELEBRADO, OBLIGACIONES ADQUIRIDAS Y BASES TEÓRICAS DE EVENTUALES RESPONSABILIDADES

207. EMGESA, al referirse al Contrato CEQ-21 celebrado con el Consorcio conformado por las sociedades Impregilo y OHL el 30 de noviembre de 2010, dice que este se acordó "*bajo la modalidad de Confección de Obra Material Nueva por el sistema de 'Serie de Precios Unitarios', donde el CONTRATISTA se obligó a realizar los trabajos de Construcción de las Obras Civiles Principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, por un monto inicialmente estimado de Seiscientos Veinte Mil Cuatrocientos Setenta y Tres Millones Ciento Sesenta y Siete Mil Seiscientos Cuarenta y Tres pesos Colombianos (COP $620.473.167.643,00), más IVA, y cuyo plazo de ejecución era de 1.541 días, contados desde la firma del Acta de inicio, la cual se formalizó el día 15 de diciembre de 2010"* (hecho 4 de la demanda reformada).

208. A partir de esta calificación, no sin antes dejar constancia sobre que el Contrato CEQ-21 "*está constituido por una serie de documentos complementarios entre sí, de manera que lo estipulado en uno de ellos, se entiende incorporado a todos. Solamente en los eventos en que la cláusula respectiva lo indica, o cuando existe una contradicción entre ellos, prevalece la estipulación especial, según lo señalado expresamente por las partes en el Convenio de Formalización del Contrato"* (aparte 2, 2.1. de la reforma de la demanda), y luego de dar cuenta de todos y cada uno de los documentos que integran el Contrato (cláusula sexta del mismo) (hecho 2.2. del aparte 2), la Convocante invocó el artículo 2060 del Código Civil como sustento legal de la obligación de garantía del Consorcio como constructor frente a EMGESA, además, claro está, de la estipulación particular de las partes atinente a la garantía de estabilidad de la obra, por cuanto es aquella norma -dice- la que "*establece, en cabeza del constructor, una garantía decenal frente a la estabilidad del bien inmueble que ha construido".* Por lo tanto, agregó la demandante, "*resulta indiscutible que, en el caso concreto, además de las garantías de calidad y estabilidad de la obra contractualmente establecidas, es imputable al CIO una obligación de garantía decenal, con fundamento en la cual, los daños que sufra la obra entregada comprometen su responsabilidad si aquellos provienen de vicios en el suelo, los materiales o el proceso constructivo, como ocurre en el caso, pues ha quedado claro que fue la falta de rigor en el método constructivo la que ocasionó los daños en el PHEQ cuya indemnización se pretende mediante esta demanda"* (fundamentos 3.1., párrafo final de la demanda reformada).

209. Además, huelga anotar que, tanto en la demanda reformada como en los alegatos de conclusión, la Convocante insistentemente ha sostenido que, "*[t]ratándose de un contrato de construcción de un inmueble, las obligaciones del CIO eran, unas de*

garantía y, otras de resultado". Explicando estas últimas, EMGESA menciona, en la demanda y en el alegato final, diversas normas contractuales por virtud de las cuales predica que el cumplimiento del Contrato por parte del Consorcio suponía que este entregara las obras "*completas y conforme a las Especificaciones Técnicas, Planos y Términos de Contrato".*

210. Al contestar el hecho 4 de la demanda reformada de EMGESA, relacionado con la clase del Contrato celebrado, el Consorcio advirtió que de acuerdo con la información contenida en los documentos contractuales, este no había adquirido "*obligación alguna en relación con los Planos de Diseños de las Obras. Por esta razón, cualquier defecto que se derive de falencias o errores de diseño contenidos tanto en los Diseños de la Obra como en los Planos Válidos, no compromete la responsabilidad del Contratista, sino de Emgesa y/o del tercero encargado por esta para tales diseños".* Seguidamente se agregó: "*[e]n otras palabras, lejos de ser un Contrato Llave en Mano, como parece presentarlo Emgesa ante este Tribunal, se trató de un negocio jurídico atípico. A la luz del Contrato, las obligaciones del CIO se limitaron a la construcción de las obras civiles del Proyecto de conformidad con los Diseños de la Obra suministrados por Emgesa y de acuerdo con las instrucciones de la Dueña de la Obra, que no solo es experta en centrales hidroeléctricas, sino que a su vez gozaba de amplias facultades de control, vigilancia, inspección y supervisión sobre el Proyecto".*

211. Más adelante explica el Consorcio, sin negar que el Contrato fue celebrado para la "*confección de Obra Material Nueva por el sistema de 'Serie de Precios Unitarios', para la ejecución de los trabajos de construcción de las Obras Civiles Principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo",* que se trata de un "*contrato de adhesión",* que debe ser interpretado a favor del Contratista, pues todas las cláusulas las redactó y las impuso EMGESA; contrato este que contiene "*cláusulas abusivas que desequilibran el principio de proporcionalidad y razonabilidad en la asunción de los riesgos de las partes",* no siendo "*un contrato a precio global ni mucho menos del tipo Llave en mano, ni EPC, por el contrario, este es un contrato atípico",* en el que las obligaciones del Consorcio "*se limitaron a la construcción de la Presa de conformidad con los Diseños de la Obra suministrados por Emgesa…".*

212. En cuanto al artículo 2060 del Código Civil, anotó el Consorcio que este no es aplicable al caso, no solo porque se trata de un contrato atípico al cual no se le pueden "*aplicar las normas del contrato de construcción de edificios, sino porque, además, los presuntos daños que alega Emgesa no son producto de la construcción de la Obra, sino de los errores y defectos de los Planos de Diseño, y las equivocadas decisiones que tomó la Convocante frente a estos errores".*

213. Planteamientos similares hizo el Consorcio en el alegato final.

214. Por parte, AXA COLPATRIA, al plantear la cuarta excepción, señala que el artículo 2060 del Código Civil no es aplicable para la definición de la presente controversia, particularmente porque en este caso los materiales los suministró el dueño de la obra.

215. Con independencia de las discrepancias que surgen de las posiciones expuestas por una y otra parte acerca del Contrato CEQ-21, lo cierto es que ambas, como no podía ser de otra manera porque esa es la calificación que contiene el acuerdo de formalización de dicho Contrato, coinciden en que el celebrado es un Contrato de Construcción bajo la modalidad de Confección de Obra Material Nueva por el sistema de "*Serie de Precios Unitarios",* por virtud del cual el Contratista se obligó a realizar los trabajos de Construcción de las Obras Civiles Principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, mientras que EMGESA como contraprestación se obligó a pagar la suma de dinero anteriormente mencionada como estimada al principio de la obra, porque, como ya se anotó, el sistema acogido fue el de "*Serie de precios unitarios".*

216. Así lo establecen las cláusulas primera, tercera y cuarta del Convenio celebrado en el mes de noviembre de 2010, siendo esta última la que expresamente señala como "***TIPO DE CONTRATO****",* la "*confección de obra material nueva por el sistema que las partes denominan por 'Serie de Precios Unitarios' en Pesos Colombianos (COP), con fórmula de reajuste, la cual se encuentra prevista en el numeral 2.14.05 Reajustes de los Pagos del Contrato de las Bases Administrativas Especiales".*

217. Además de estas tres estipulaciones atinentes al objeto del Contrato, el valor del Contrato y el tipo de Contrato, debe tenerse en cuenta para el análisis específico que ahora se hace, la cláusula sexta, encargada de indicar los "***DOCUMENTOS DEL CONTRATO",*** es decir, el régimen convencional, por cuanto las obras deben ser ejecutadas "*en conformidad con lo establecido en los documentos que forman parte de este Contrato",* que por su orden de prelación la cláusula relaciona. También la octava concerniente a las garantías que el Contratista debe constituir para "*responder por el incumplimiento de las obligaciones surgidas",* y la décima tercera, por virtud de la cual EMGESA se hacía cargo por intermedio del "*Director de Proyecto"* de "*supervisar y verificar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el presente Contrato, así como también de verificar el cumplimiento por parte del Contratista…"* de otras obligaciones detalladas en la cláusula.

218. Hecha esta primera aproximación al Contrato CEQ-21, antes que identificar su tipología debe dejarse aclarado que, según lo previsto por las partes, este está sometido al régimen que deriva de los llamados "*DOCUMENTOS DEL CONTRATO",* relacionados por la cláusula sexta atrás referida, entre los cuales cabe destacar en su orden, además de los que le preceden en la propuesta de las partes, las "*f) Bases Administrativas Especiales", "g) Bases Administrativas Generales para Contratos de Obras (versión julio de 2002)*" y las *"j) Especificaciones Técnicas".* De manera que, sumados los otros documentos que la norma contractual señala, se reitera, este es el marco de gobierno jurídico del Contrato CEQ-21, salvo, claro está, las normas imperativas que resulten desconocidas por este, caso en el cual obligadamente tiene que acudirse a su aplicación; ocurriendo lo mismo con las normas dispositivas o supletivas del régimen legal para efectos de llenar vacíos o deficiencias del régimen convencional establecido por las partes del Contrato. Por lo tanto, en principio, para el Tribunal es suficiente, para efectos de elucidar las inquietudes iniciales de una y otra parte, entrar a verificar lo previsto por ellas, y obviamente si las disposiciones contractuales fueron o no cumplidas.

219. Como quedó dicho, el Contrato celebrado por las Partes de este proceso, según la propia calificación que ellas hicieron, fue un contrato de confección de obra material nueva por el sistema de precios unitarios, por virtud del cual, como atrás se anotó, el Contratista se obligó a construir el Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo de acuerdo con las especificaciones establecidas en el Contrato. En esta clase de contrato, como lo determina la referencia que expresamente se hace al "*sistema de precios unitarios",* el valor total del contrato surge del precio que se le asigne a las distintas unidades de medida para los diferentes conceptos de trabajo. Por supuesto que este tipo de contrato difiere del llamado contrato llave en mano que menciona el Consorcio en su alegato de conclusión, porque en este último el contratista se hace cargo de todas las etapas de la construcción, empezando por el diseño hasta la entrega final de la obra puesta en funcionamiento, por un precio total o global previamente fijado.

220. En este caso, como igualmente se anotó, la cláusula tercera del Contrato CEQ-21, expresa un "*valor estimado del presente contrato" "de acuerdo"* -dice- "*con lo establecido en el Cuadro de Precios que figura en los formularios 2.01 y 2.02 de la Propuesta que hace parte integral de este Contrato en Anexo 1".* Empero, la cláusula cuarta del mismo contrato, además de mencionar "*el sistema" de 'Serie de Precios Unitarios',* como la manera de estimar el precio del Contrato, prevé como "*fórmula de reajuste"* del precio la establecida "*en el número 2.14.05 Reajuste de Pagos del Contrato de las Bases Administrativas Especiales",* precedida por la definición que trae el número 2.14.04, que literalmente declara:

"2.14.04 Precio Reajustado del Contrato.

"Se entenderá por precio reajustado del Contrato a una fecha determinada, el que resulte de calcular un Estado de Pago hipotético, presentado en esa fecha con el reajuste que le corresponda de acuerdo con lo establecido en estas Bases Administrativas Especiales y que considere como obra ejecutada la cantidad de obra estimada que aparece en el Cuadro de Precios para cada uno de los ítems de pago del contrato".

"Los pagos del Contrato -dice el número 2.14.05- *estarán sujetos a reajuste, mediante la aplicación de la fórmula de reajuste que se establece a continuación…"* (enseguida se detallan los distintos ítems luego de anotarse la fórmula de reajuste y el factor del mismo).

221. Tanto la nominación que al Contrato le dan las partes como las fórmulas de reajuste que han quedado reseñadas, dejan averiguado el tipo de Contrato celebrado, que no es otro que el de Confección (construcción) de Obra Material Nueva por el sistema de Serie de Precios Unitarios, por el cual el Consorcio se obligó a efectuar los trabajos de Construcción de las Obras Civiles Principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, a cambio del precio que resultare determinado por el sistema establecido por las partes para el efecto.

222. Así, entonces, está excluida la idea de otro tipo de contrato, como lo sería el de llave en mano, porque este, como quedó dicho, se caracteriza porque el Contratista por un precio global y fijo se encarga de toda la obra, desde el diseño hasta la entrega terminada y en funcionamiento.

223. En el presente caso, el Consorcio, prevalido de que EMGESA (dueña de la obra) fue quien hizo los diseños por intermedio de una tercera empresa (Ingetec), seleccionó y obtuvo las licencias para la explotación del material con el que habría de hacerse la construcción del enrocado del talud aguas abajo de la presa, y asumió directamente la interventoría de la obra en asocio con el diseñador, siendo estas irrefragables conclusiones probatorias, considera que el Contrato celebrado es uno atípico, además de haberse tratado de un contrato de adhesión, por cuanto el mismo se ajustó sobre cláusulas preformuladas que EMGESA le presentó al Consorcio, amén del régimen que especialmente consagran las Especificaciones Técnicas y las Bases Administrativas Generales y Especiales que antes se mencionaban.

224. Ciertamente los Códigos Civil y de Comercio colombianos no consagran expresamente el contrato de construcción de obra bajo la modalidad de precios unitarios,

que fue el celebrado por las partes de este proceso. Tampoco hoy en día lo hace la legislación que reglamenta el contrato estatal de construcción de obra pública, como sí lo hacía el anterior estatuto contractual de la administración pública (Decreto Ley 222 de 1983). Sin embargo, como lo han dicho la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, "*aunque la Ley 80 de 1993 no incorporó esa clasificación del contrato de obra, nada obsta para que las partes pacten la modalidad de pago que mejor se ajuste a las necesidades de la obra"*[31]*.*

225. Por su lado, el Consejo de Estado ha explicado que, mientras que la legislación "*precedente"* (se refiere al Decreto Ley 222 de 1983) a la Ley 80 de 1993 establecía como una de "*las formas de pago de los contratos de obra"* el sistema de "*precios unitarios",* esta "*solamente ordena que las estipulaciones contractuales se ajusten a las disposiciones legales que correspondan a la naturaleza y la esencia del respectivo contrato, autorizando la inclusión de las modalidades, condiciones, estipulaciones que se consideren convenientes o necesarias y que no contraríen el ordenamiento que les es superior"*[32]*.*

226. Lo dicho por las Corporaciones judiciales mencionadas sobre el contrato estatal de obra vale para el contrato de construcción de obra de derecho privado, como el del caso, porque como atrás quedó expresado, en este también es dable distinguir, como igualmente lo hace la doctrina[33], entre el contrato de obra a precios unitarios y el contrato de obra a precio global, de acuerdo con la forma de pago del precio que se convenga, porque como lo expuso el Consejo de Estado en la providencia anteriormente citada, "*[s]e acepta entonces, sin necesidad de definición legal, que el contrato de obra a precio unitario es aquél en el que el precio del objeto contractual a cargo del contratista, se configura por tres elementos: una unidad de medida, el estimativo de la cantidad de cada medida y un precio por cada unidad de medida; siendo claro que lo más probable es que el monto del precio del objeto contractual sea uno al momento de la celebración del contrato y otro cuando concluya la ejecución…".*

227. Ahora, como al tenor de los artículos 2053 y 2054 del Código Civil los elementos esenciales del contrato de obra son el objeto y el precio, la forma como las partes conciban la modalidad de pago del precio de ningún modo desnaturaliza el contrato, pues este sigue siendo tal con independencia de que se pacte el sistema del precio global, precios unitarios, honorarios, u otros de los que la ley indique o las propias

31 Corte Constitucional, sentencia de 16 de junio de 2022, exp. T-8.165.203.

32 Consejo de Estado, concepto de 9 de septiembre de 2008, radicado 1.920.

33 Cárdenas Mejía Juan Pablo, Contratos, Ed. Legis, Bogotá, 2021, pág. 693.

partes pacten. De manera que si el contrato que se trata cuenta con los elementos señalados, es decir, "*que una persona asume para con otra, el compromiso de efectuar un trabajo material determinado, bajo un precio, sin que ello implique una relación de subordinación o de representación, destacando entonces, su carácter de consensual, siendo suficiente para su perfección, el solo acuerdo sobre las condiciones de la construcción y su pago"*[34]*,* este puede ser considerado un contrato de confección de obra, regulado por las normas del Código Civil citadas, y no otro, menos uno atípico, porque si estos son los que carecen de regulación legal, tal circunstancia no guarda correspondencia con el del caso porque su existencia está reconocida por el Código Civil con independencia del régimen especial estipulado por las partes y de que el dueño de la obra haya asumido las tareas que anteriormente se mencionaron, por cuanto el contrato de confección de obra material nueva por el sistema de precios unitarios suele ser más flexible en comparación con otro tipo de contrato de obra, como el de llave en mano; más tratándose de un contrato de derecho privado, donde priman los principios de libertad contractual y autonomía privada, obviamente celebrado entre personas particulares, no públicas. Por lo tanto, como anteriormente quedó anotado, al Contrato CEQ-21 se le aplican además de las normas convencionales previstas por las partes, las normas que el Código Civil dedica a la reglamentación de los contratos de confección de obra material, donde se halla el artículo 2060 del mismo estatuto, sobre cuyo alcance en el caso concreto se presenta controversia entre las partes, y que el Tribunal entrará a definir en su momento de acuerdo con la estructura del presente Laudo, en tanto resulte pertinente.

228. Adicionalmente, si el contrato típico, al contrario del atípico, es aquel que ha sido reconocido por la ley, inclusive nominándolo, con abstracción de la amplitud de la regulación expresa que esta haya hecho, dado que todo lo que ésta directamente no haya previsto puede ser cubierto por la aplicación analógica de disposiciones de figuras semejantes o por lo que las mismas partes acuerden, no se advierte razón alguna para negarle este carácter al que es objeto de examen, mucho más cuando su existencia legal y su vigencia en la realidad social ha sido reconocida por las distintas Cortes, órganos máximos de las jurisdicciones que prevé la Constitución Política, incluida la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación civil de 17 de marzo de 2022[35].

34 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2019. rad. 2011-00101-01.

35 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 17 de marzo de 2022. Radicación 68081-31-03-002-2016-00074-01. M.P. Hilda González Neira.

229. Ahondando más sobre la especie del contrato celebrado, debe decirse que el de confección de obra material es una de las manifestaciones del contrato de arrendamiento consagrado en el Código Civil en el Título XXVI del Libro Cuarto, cuyo Capítulo 8 trata *"De los contratos para la confección de una obra material",* de semejante manera a como el capítulo siguiente (9) trata de una especie gemela bajo la denominación *"Del arrendamiento de servicios inmateriales"*. Este encuadramiento del contrato es herencia del Derecho romano que, al decir de Planiol y Ripert[36], concibió la "*locatio operis faciendi* como contraposición a la *locatio operarum* o arrendamiento de servicios", estructuras recogidas por el derecho moderno para disciplinar el contrato en que una parte se obliga en favor de la otra a producir una cosa en el mundo físico, el primero, o a realizar un ejercicio conductual, un hacer creativo, en el segundo, según se ve en todas la codificaciones que siguieron el modelo francés de 1804.

230. No es de extrañar que la estructuración del contrato por el cual "... *una persona se obliga a ejecutar o producir una obra o resultado de trabajo a cambio de una remuneración*"[37], como especie del fenómeno de la locación, sea considerada hoy insuficiente o defectuosa en cuanto cobija un fenómeno que en el mundo contemporáneo exhibe la mayor extensión, diversidad e innovación, a saber, el de la construcción de edificaciones de toda clase. "*Es indudablemente un anacronismo la consideración que el Código todavía mantiene del contrato de obra como una subespecie del arrendamiento, heredando una vieja concepción romana y romanista que distinguía tres variantes de la <locatio conductio> según quedara referida a cosas, obras o servicios, aunque cualquier parecido de un contrato de obra con un contrato de arrendamiento no pase de ser pura coincidencia y ni aun coincidencia existe*", dice a propósito el tratadista Luis Díez-Picazo.[38]

231. Esa desarmonía entre las realidades económicas del presente y las figuras contractuales diseñadas por el pensamiento jurídico de tiempos tan lejanos explica que muchos de los ordenamientos que compartieron con el Código Civil chileno, y consiguientemente, el colombiano, el régimen jurídico de estas expresiones del contrato, hayan optado por reflejar las manifestaciones contemporáneas de esa actividad económica en leyes especializadas, concebidas algunas de ellas para complementar o

36 Planiol, Marcelo. y Ripert, Jorge. "Tratado Práctico de Derecho Civil. Tomo XI. Los contratos civiles, segunda parte". Con el concurso de Andres Rouast, Rene Savatier y Jean Lepargneur. Traducción de Mario Díaz Cruz. Cultural S.A. La Habana. 1940. pág. 151.

37 Valencia Zea, Arturo. "Derecho Civil Tomo IV de los Contratos". (5ª ed.). Editorial Temis. Bogotá, 1989, pág. 392.

38 Díez-Picazo, Luis. "Ensayos Jurídicos. Tomo II Derecho de obligaciones y contratos. Derecho de daños. Enriquecimiento injustificado". (1ª ed.). Editorial Aranzadi, 2011, pág. 2.229.

corregir el tratamiento clásico, y otras para introducir regímenes inspirados en las experiencias modernas, mediante la superposición de normatividades nuevas[39].

232. Es lo cierto que en el derecho doméstico conservan plena vigencia las normas originales del Código Civil en la materia de que se viene hablando y que en su matriz es forzoso encuadrar el litigio presente[40]. No alberga duda el Tribunal acerca de la sujeción del contrato que origina el litigio a las regulaciones atrás aludidas, desde luego completadas con las cláusulas contractuales que, a modo de ley propia, pactaron EMGESA y el CIO en orden a fijar la disciplina normativa de sus prestaciones. Tales son el temperamento o la naturaleza de las Bases Administrativas Generales (BAG), las Bases Administrativas Especiales (BAE) y las Especificaciones Técnicas en cuanto anexos del Contrato que, de acuerdo con la cláusula sexta del Convenio de Formalización del Contrato – junto a otros documentos, y siguiendo un orden de precedencia y prevalencia estrictamente señalado-, rigen la ejecución de las obras materia de este.

233. Esta es la especie sobre la que versa el presente litigio, no solo porque así lo proclama la explícita singularización que le atribuyeron las partes según se dijo atrás, sino porque las prestaciones a que se obligaron los contrayentes materializan las que son propias del contrato de obra en las definiciones legales, o, mejor, a falta de estas, en las descripciones que las concernientes normas del Código Civil establecen como los elementos esenciales de aquel.

234. El contrato para la confección de obra material, como se desprende de las alusiones hechas hasta aquí, es de naturaleza bilateral, oneroso y conmutativo. Su objeto, la transformación por el artífice de materiales del mundo físico para confeccionar un objeto específico, a cambio de una retribución, define el rol que respectivamente asumen las partes, a saber, la confección de un objeto y el pago del precio, así como lo que cada una aporta, el trabajo encaminado a la mudanza de un material, para el artífice, y el encargo de que se ejecute su transformación, para su contraparte.

39 Expresión de esa tendencia contemporánea son la llamada Loi Spinetta del 4 de enero de 1978 en Francia así como la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE) vigente en España desde el 6 de mayo de 2000. Los estatutos de protección al consumidor contienen previsiones respecto de estos contratos. De allí la cautela con que deben ser tomadas las enseñanzas de la doctrina y la jurisprudencia extranjeras para interpretar las instituciones civiles y comerciales colombianas relativas al contrato de construcción de obra, cuyo correcto entendimiento exige tomar en consideración si explican normas que en los estatutos extranjeros corresponden estrictamente a los textos domésticos ya seculares, o, como suele ocurrir, versan sobre textos modificatorios o subrogatorios de los códigos originales en temas en que el derecho colombiano no ha sufrido modificación.

40 No se desconoce la expedición del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) o de la Ley 1796 de 2016, así como de su decreto reglamentario 282 de 2019, que introdujeron, particularmente estas últimas, una reglamentación más moderna en torno a la seguridad en la construcción de vivienda y a las garantías que deben ofrecer los constructores al respecto. En todo caso, es claro que esa regulación no es aplicable al presente asunto.

235. El origen de los materiales de que será hecha la obra encargada es por lo mismo elemento trascendental del acuerdo de voluntades. Entre otras razones porque, según que sean puestos por el propietario de la obra o por el artífice, el contrato adquiere la naturaleza de arrendamiento –de la actividad del contratista, se entiende– o de venta del objeto resultante, caso en el cual "*no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra"*, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 2053 del Código Civil, en la condición de *"venta a prueba"*.

236. El suministro de los materiales tiene efecto en el régimen del riesgo de su pérdida, sujeto como está al principio *res perit domino* (artículo 2057 del Código Civil): la materia suministrada por el que ordenó la obra perece para este salvo que la pérdida ocurra por culpa del artífice o de sus dependientes o que ella advenga como resultado de vicio de la materia, siempre que el artífice no haya debido conocerlo en razón de su pericia profesional o que, habiéndolo conocido, hubiere omitido dar aviso oportuno al propietario que la suministra. Igualmente, cuando es el artífice quien suministra la materia, el riesgo de la pérdida corre a cargo suyo, aún si la pérdida no es imputable a su culpa, salvo cuando la obra ha sido recibida en sentido jurídico ("reconocida y aprobada") o la pérdida ocurriere durante la mora del acreedor en recibir. Debe destacarse que esta visión del riesgo en el contrato de obra, referida exclusivamente a la pérdida fortuita de los materiales, debe complementarse en la actualidad teniendo en cuenta, por una parte, que la distribución de los riesgos derivados del contrato de obra depende en buena parte de la modalidad en la que se convenga la remuneración del contratista, tema este al que se hizo alusión en párrafos anteriores (precio único prefijado, precios unitarios, etc.), y, por otra, que es usual en la contratación contemporánea que las partes realicen pactos o estipulaciones sobre riesgos previsibles, para asignarlos a quien mejor pueda administrarlos, mitigarlos o trasladarlos.

237. Las obligaciones que echa sobre sus hombros el artífice son, de manera principal, la realización de la obra estipulada con arreglo al encargo –que vale tanto como decir según los planos y diseños suministrados por el comitente o la declaración expresa del mismo sobre las características de la obra que espera obtener– y su entrega dentro del plazo que se haya previsto. Conviene recordar que el desarrollo material de los trabajos es, en general, responsabilidad del empresario quien deberá llevarlo a cumplimiento con obediencia a las pertinentes "reglas del arte" y en seguimiento de los planos recibidos del comitente. Sin embargo, por virtud de estipulaciones específicas, en contratos como el que retiene la atención de este Tribunal, el comitente no se limita al aporte de los diseños que prefiguran la obra sino que asume facultades de intervención en el desarrollo de ella, en ocasiones hasta llegar al establecimiento

de reglas e instrucciones sobre la ejecución misma. Tal injerencia en la determinación de los procedimientos necesariamente se proyecta sobre el ámbito de la responsabilidad del artífice, a cuyo respecto la doctrina francesa clásica ya advertía: *"Pero, la responsabilidad del arquitecto y del empresario desaparece o queda reducida en caso de culpa del propietario. Esta cuestión surge cuando él mismo ha levantado un plano defectuoso de donde se deriva el vicio del edificio; en ese caso el arquitecto y el empresario tienen la obligación de advertir al propietario acerca del riesgo que corre; de no hacerlo así, serán responsables."*[41].

238. Un aspecto particular en el que la actividad del comitente adquiere protagonismo consiste en la facultad que tiene de aprobar la obra una vez confeccionada, si satisface las exigencias formuladas en las estipulaciones. La aprobación es el hecho que perfecciona la venta "a prueba" cuando los materiales son puestos en su totalidad o en su parte más importante por el artífice. En los demás casos, en los que la confección de obra se rige por las reglas generales, la recepción de la obra terminada, previo el examen correspondiente, es la expresión de voluntad de la parte que ordenó la confección en el sentido de haber sido cumplidas las obligaciones del otro contrayente. De allí la importancia que reviste como evento que pone fin al contrato cuando la recepción no está acompañada de la formulación de reservas por parte del comitente. En el caso de existir estas, la aprobación permanece sujeta a la condición del perfeccionamiento de la obra, si tal es la voluntad del comitente, es decir, si este no opta, mediante la decisión de no recibir, por la refacción o por la alternativa de la indemnización de perjuicios. Al respecto la doctrina comenta:

> "*La obligación específica en la materia* –expresan LE TOURNEAU y CADIET– es *[la]* de recibir la obra. *La recepción es un acto jurídico distinto de la entrega (acto material) o toma de posesión (aún si ella puede ser concomitante); por este acto el dueño de la obra acepta aquella, una vez que ha sido terminada, constatando que ha sido realizada de conformidad con el encargo y respetando las reglas del arte. Si este no es el caso, puede rehusar la aprobación del trabajo. Pero puede también recibir la obra aún si no está enteramente satisfecho expresando reservas. La recepción puede ser tácita, a condición de que no sea equívoca.*
>
> *"(…)*
>
> *"El acto jurídico de la recepción comporta significativos efectos siendo el principal la descarga de la responsabilidad en beneficio del empresario, al menos para lo que no ha dado lugar a reservas*"[42].

41 Planiol y Ripert. Op.Cit. Pág. 207.

42 Le Tourneau, P. y Cadiet, L. "Droit de la Responsabilité et des Contrats". Éditions Dalloz. París, pág. 840. Traducción del Tribunal.

239. A la aceptación precede la revisión o el examen de la obra por parte de quien debe dar aquella o de sus mandatarios. La recepción sin condicionamientos hace presumir, *iuris tantum,* la comprobación del propietario de haber sido ejecutadas correctamente las obras, siempre entendiendo que cuando es pura y simple obliga al dueño de la obra a recibir lo ejecutado por el artífice. Del mismo modo el pago presupone que la obra fue aprobada y recibida. Doménico Barbero explica al respecto: "*Por consiguiente, no es que presuponga la aceptación; a lo más, la implica, o la hace presumir, por cuanto la obra 'aprobada', que, por lo dicho, quiere decir 'verificada con resultado favorable', no puede menos de ser aceptada. La 'aceptación', sin embargo, continúa siendo un acto de voluntad (negocio jurídico): acto debido jurídicamente (y coercible, si es indebidamente negado), pero necesario, lógicamente, como es necesaria la 'aprobación' si la verificación es positiva. Por eso es que en la 'aprobación', la 'aceptación' será presunta, pero nunca presupuesta. Y ciertamente la aceptación, precisamente porque es un negocio, podría ser dada también en defecto de aprobación, esto es, aun en el caso de verificación negativa: supera, por tanto, a la aprobación, y cuando interviniese con pleno conocimiento de que no ha habido aprobación o de que ha sido negativa, habría que concluir que, como acto negocial de disposición, supera y pone fuera de causa toda relevancia jurídica de dicho defecto*"[43].

240. Atrás se dijo que la recepción señala el hito inicial de las responsabilidades derivadas de la garantía de estabilidad a que está sujeto el empresario en la especie singular de la construcción de edificios a precio alzado[44], y en todos los casos pone fin a los deberes de conservación y custodia de la cosa confeccionada así como de los materiales suministrados por el comitente, en su caso, con los efectos ya señalados sobre el riesgo de pérdida (artículo 2057 del Código Civil). En todo caso, en relación con el tema que se analiza es relevante señalar que en las reglas particulares de los contratos para la construcción de edificios se dispone que *"[e]l recibo otorgado por el dueño, después de concluida la obra, sólo significa que el dueño la aprueba, como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte, y no exime al empresario de la responsabilidad que por el inciso precedente se le impone"* (art. 2060, num. 4º, Código Civil). Sobre el alcance de esta disposición y su aplicación al caso concreto, el Tribunal volverá más adelante.

---

43 Barbero, Domenico. "Sistema del Derecho Privado". "Tomo IV Contratos". Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires,1962, pág. 158.

44 Cfr. Planiol y Ripert. op. cit. Pág. 209: "*Duración de la responsabilidad. Los arts. 1792 y 2270 han fijado en 10 años la duración de la garantía que pesa sobre el empresario o el arquitecto, pero, no determinan el momento en que comienza ese plazo. No puede ser otro que el del recibo de las obras por el propietario o el del requerimiento que se le haga para que las reciba. Si la recepción se ha hecho en varias partes, el plazo comenzará el día en que se haya completado."*

241. También considera útil el Tribunal poner de presente el esquema de las modalidades de responsabilidad civil asociadas al contrato de confección de obra material. En la especie litigiosa es forzoso hacerlo dado que una o varias de ellas están presentes en las distintas manifestaciones de la Demandante, de donde resulta imperativo esclarecer si concurren indistintamente a determinar el alcance de sus reclamaciones que motivan el litigio o si la *causa petendi* está referida especialmente a alguna de ellas en particular, y de qué contenido prestacional está provista cada una, sean compatibles entre sí o alternativas unas de otras.

242. Las postulaciones de EMGESA podrían tener vinculación con cuatro modalidades de responsabilidad: *A)* al régimen común de la responsabilidad civil por incumplimiento de contrato; *B)* a la garantía decenal de la estabilidad del edificio objeto del contrato; *C)* a la garantía trienal de estabilidad y calidad de la obra ejecutada, prevista en el contrato; y *D)* a la responsabilidad profesional del constructor. El Tribunal se ocupará de ellas en ese mismo orden.

243. Como ocurre en todos los contratos bilaterales, el incumplimiento del de confección de obra material genera a cargo de la parte incumplida las alternativas contempladas en el artículo 1546 del Código Civil, cuya preceptiva está refrendada en el artículo 2056. Este último reza:

> *"Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución.*
>
> *"Por consiguiente, el que encargó la obra, aun en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiere podido ganar en la obra".*

244. Adicionalmente, el articulado del Código Civil, tras delinear con arreglo al sistema general la responsabilidad civil por incumplimiento total o parcial del contrato o por el retardo en la ejecución, contempla el caso de la ejecución defectuosa de la obra indicando que este evento genera al artífice la obligación de rehacer aquella o de indemnizar los perjuicios (artículo 2059 del estatuto civil), como obligación alternativa a elección del comitente.

245. Puede decirse que esta es la disciplina común de la responsabilidad por incumplimiento total, parcial o por retardo del contrato de obra o por su defectuoso cumplimiento y a ella están sujetas en general las anomalías que deriven de la ejecución.

Se trata entonces de responsabilidad civil por inejecución de las obligaciones, por culpa o dolo del deudor, con el rigor habitual del error de conducta cuando incide en contratos establecidos para el interés común de las partes, que las obliga a responder hasta por culpa leve (artículo 1604 del Código Civil), todo lo cual, sin embargo, debe analizarse teniendo en cuenta que las obligaciones principales del artífice son obligaciones de resultado.

246. La regulación del contrato de confección de obra material prescrita por el Código Civil destaca el régimen particular de la especie de aquel celebrada para la construcción de edificios mediante contrato convenido a precio único prefijado. La disciplina relativa a esta hipótesis incluye una institución de orden público referente a la responsabilidad del constructor, a quien denomina "empresario" a diferencia de los demás contratos del tipo que lo identifican con la expresión "artífice", mientras que el sujeto que para las restantes hipótesis es llamado "el que encargó la obra" en el caso de los edificios es aludido como "dueño".

247. La particularidad que señala el Tribunal hace referencia a la responsabilidad del empresario por la estabilidad de la obra durante los diez (10) años subsiguientes a la entrega. Dice al respecto el ordinal tercero del artículo 2060 del Código Civil:

> *"Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario: si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2041, inciso final".*

248. Esta institución, *mutatis mutandis,* se repite en todos los códigos civiles de estirpe romanística[45]. Suele ser conocida con el nombre de garantía decenal y su carácter es el de imponer un modo particular de responsabilidad a una hipótesis singularmente delimitada.

45 El art. 1792 del Código matriz inicialmente tuvo el siguiente texto: *"Si l`édifice construit à prix fait, périt en tout ou en partie par le vice de la construction, même par le vide du sol, les architecte et entrepreneur en sont responsables pendant dix ans"*. De este precepto derivó, con notables cambios, el artículo 2003 del Código Civil chileno trasplantado a su vez al colombiano con el número 2060. La evolución de las instituciones francesas mediante la ley 7812 del 4 de enero de 1978 impuso al artículo 1792 que rige en la actualidad un texto bien distinto en sus alcances: *"Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. [...]. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère"*.

249. Para entender la figura es necesario tomar en cuenta que no corresponde a una estipulación de las partes del contrato de obra y que, por ello, la obligación que contempla no configura una hipótesis de responsabilidad que tenga su origen directo en la inobservancia de deberes de conducta que surjan de la voluntad explícita de los contratantes.

250. Siendo fuente única de la obligación la propia ley, se aplica en todo contrato de construcción de edificios pactados a destajo aún contra la voluntad de los contrayentes, siempre, claro está, que se reúnan las causas específicas de la ruina y los demás requisitos que menciona la norma. En este sentido, y con énfasis en la irrelevancia de calificar este tipo de responsabilidad como contractual o extracontractual, ha señalado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que *"es lo cierto que esta Corporación ha perfilado una jurisprudencia, que tiene la categoría de doctrina probable, atinente a que la responsabilidad civil del constructor por vicios en el suelo, en los materiales o en la construcción, a que hace referencia el artículo 2060 del Código Civil, es, más que contractual o extra contractual, de índole legal*".[46] Sin perjuicio de lo anterior, en la doctrina nacional es usual distinguir la responsabilidad contractual del constructor derivada de los supuestos a los que hacen referencia los artículos 2056 y ss. del Código Civil, de la responsabilidad extracontractual en la que tales profesionales pueden incurrir y que está regulada por los artículos 2351 y 2356 del mismo estatuto.[47]

251. El ordenamiento es categórico e imperativo en imponer al constructor esa obligación con total prescindencia de las cláusulas contractuales, por lo cual hay que asumir un segundo rasgo de la institución que, a su carácter de norma de orden público, le añade la nota de inderogabilidad por quienes se ligan en el contrato de construcción.

252. El artículo 2060 del Código Civil establece para la construcción de edificios un régimen poco menos que exhaustivo, pues se ocupa de prever, no solo la garantía excepcional, sino también sus estrictos condicionamientos y modalidades de manifestación.

253. A la luz de los términos específicos en los que está regulada la figura en el derecho patrio son observables los siguientes elementos del régimen: (i) que se trate de un encargo por precio fijo preestablecido, o bien, según preceptúa el artículo 2061 del Código Civil, de un contrato celebrado por un arquitecto en condición de constructor;

46 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 1º de marzo de 2021. Rad. 11001-31-03-016-2012-00639-01. M.P. Francisco Ternera Barrios.

47 Santos Ballesteros, Jorge. Responsabilidad Civil. Tomo II. Parte Especial. Págs. 163 y ss.

(ii) que se trate de un edificio *("... y no de una construcción diversa",* añaden Planiol y Ripert)[48]; (iii) que el edificio perezca o amenace ruina en todo o en parte; (iv) que el desastre se origine en vicio de la construcción o en vicio del suelo o en defecto de los materiales suministrados por el contratista. Si lo hubieren sido por el dueño, la responsabilidad del empresario está sujeta a que no haya dado aviso oportuno a su contraparte de la defectuosa condición de los materiales, habiéndola conocido o debido conocer (artículo 2057 del Código Civil, inc. final).

254. Salta a la vista que, de las modalidades de la contratación posibles, el Código Civil reservó la garantía de estabilidad, en la concepción original de la figura, para aquella del contrato de edificación a destajo, o, siguiendo sus palabras, "*celebrados con un empresario que se encarga de toda la obra por un precio único prefijado…*". Este precepto rige todas las disposiciones del artículo 2060 del mencionado Código.

255. No obstante la precisa delimitación de la hipótesis normativa, la jurisprudencia doméstica extendió la aplicación del artículo 2060 del Código Civil a otras modalidades de contrato de construcción, hasta el punto de que en la actualidad, según lo ha establecido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la garantía de estabilidad existe siempre que haya construcción de *"edificio"*, cualquiera que sea la modalidad del contrato[49].

256. Ahora bien, en el contrato que motiva el trámite arbitral en curso el sistema acogido por las partes para el establecimiento final del precio de las obras encomendadas al empresario no corresponde en estricto rigor a ninguna de las cuatro modalidades habitualmente practicadas, pues, si bien tal régimen consulta las características de la remuneración por *"serie de precios unitarios"*, no determina estos de manera invariable como es frecuente que ocurra, sino que prevé justamente lo contrario, es decir, que el precio de un determinado ítem se modifique con motivo de su ejecución para ajustarlo a la realidad del costo[50].

48 Op. Cit. pág. 198.

49 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC14426-2016 de 7 de octubre de 2016. En el mismo sentido, Laudo arbitral de 16 de febrero de 2004. Conavi Banco Comercial v. Conconcreto S.A.

50 Las Bases Administrativas Generales (numeral 2.14) son enfáticas en la estipulación del principio general:

"EMGESA se obliga a pagar al Contratista los precios Unitarios del Contrato conforme a lo estipulado en el Contrato, como única contraprestación por el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista conforme al mismo"

A la misma cláusula pertenece la siguiente prescripción:

"Los Precios Unitarios del Contrato incluyen todos los gastos directos e indirectos en que incurrirá el Contratista por los trabajos que se especifican en los documentos del Contrato y todos aquellos gastos que, no estando explícitos, sean, sin embargo, necesarios o inherentes para la ejecución de las obras del Contrato"

257. La sistemática acordada por los contrayentes en virtud de cláusulas predispuestas estructura un sistema complejo de remuneración que combina fragmentos técnicos de las varias modalidades conocidas en el tráfico dentro de un conjunto orientado a desarrollar el concepto de retribución a partir de precios unitarios singularizado por la relevante particularidad del reajuste de estos para cada periodo mensual con arreglo a índices provenientes de una entidad pública.

258. Surge con la más inequívoca evidencia que las estipulaciones propias del contrato entre EMGESA y el CIO acogen un sistema de retribución que no corresponde a la noción de *"precio único prefijado"* a la que se refiere el artículo 2060 del Código Civil. En ese contexto, si bien podría analizarse si resulta aplicable a este supuesto de hecho la extensión que la jurisprudencia civil ha realizado respecto de la garantía decenal a todo contrato celebrado por un empresario de la construcción, independientemente de la modalidad que se haya acordado respecto de su remuneración,

---

Así mismo la cláusula 2.14.02 declara:

"El nivel de precios iniciales del Contrato corresponde al último día del mes de presentación de la Oferta. Dichos precios están expresados en Pesos Colombianos (COP) y estarán sometidos al reajuste establecido en la Cláusula 2.14.05 de estas Bases Administrativas Especiales"

Y el subnumeral 2.14.05 se ocupa de establecer la fórmula que debe guiar el reajuste de los precios unitarios, después de prevenir:

"Los pagos del Contrato estarán sujetos a reajustes, mediante la aplicación de la fórmula de reajuste que se establece a continuación:

Los Precios del Contrato están expresados en moneda de febrero de 2010 y estarán sujetos a sistema de reajuste, según el factor de reajuste que se calculará con la siguiente fórmula:

Factor de Reajuste = 0,55 IPC/IPCo + 0,10 P/Po + 0,10 C/Co + 0,10 F/FFo + 0,15 D/Do"

De otro lado todo con base en la regla general establecida en la cláusula 6.2.0 de las BAG ajustes al precio de contrato:

"...

Los ajustes al precio del Contrato se determinarán a partir de un análisis de Costos Directos basados en los valores que el Contratista indicó en el análisis de costos y justificación de precios de su Oferta. Los recargos al Costo Directo que corresponda aplicar, por concepto de Costos Indirectos, Gastos Generales e Imprevistos se determinarán en consideración de las características específicas que presente el precio en estudio, pudiendo ser estos distintos a los declarados en la oferta, salvo el recargo por utilidad, cuyo porcentaje, cuando proceda, será igual al que el Contratista consideró en su oferta. En ningún caso procederá considerar partidas que se paguen a través de otros precios del Cuadro de Precios del Contrato.

[...]

El Contratista está obligado a proporcionar al Inspector Jefe toda la información que éste requiera para establecer el valor de los ajustes al precio del Contrato. En caso de no lograrse acuerdo en la valoración del ajuste al precio del Contrato, el Contratista podrá presentar un reclamo en los términos y forma establecidos en la cláusula 9.1 de estas Bases Administrativas Generales."

considera el Tribunal que dicha labor hermenéutica no resulta indispensable por las razones que más adelante se desarrollarán, en particular porque la garantía legal que se viene comentando no constituye el fundamento medular de las pretensiones de EMGESA.

259. Sin perjuicio de lo anterior, debe destacar el Tribunal que otro de los elementos que deben ser reunidos para que la garantía opere es que se trate de la construcción de un edificio. Ahora bien: qué es *"edificio"* para los efectos del artículo 2060 del Código Civil ha sido motivo de discusión a lo largo del tiempo desde el comienzo de la vigencia de los códigos civiles que contemplan la garantía decenal de estabilidad[51], los cuales uniformemente la refieren a construcciones calificadas de tales. Así don Fernando Vélez sostiene lo siguiente:

> *"Advertiremos que los artículos 2.060 y 2.061 sólo se refieren a la construcción de edificios, y como las disposiciones que modifican el Derecho común, no admiten interpretación extensiva, tales artículos no comprenden la construcción de otras obras, como diques, muelles, puentes, ferrocarriles etc., que por lo mismo quedan sometidas a las reglas de aquel Derecho, entre las cuales están las de este capítulo"*[52].

260. Igual es la opinión del tratadista Gómez Estrada, quien, a falta de definición legal específica de lo que significa *"edificio"* en el texto legal, toma en consideración el sentido de la expresión en el habla común asumiendo entonces el significado que le da la Real Academia Española como "*obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos como casa templo teatro, etc.*", así como el sentido que revela la aplicación que el propio Código hace de ella en otro lugar:

> *"… Por 'edificio' no puede entenderse, pues, como algunos han pretendido, cualquier conjunto de materiales que configuren una estructura levantada sobre el suelo con cualquier finalidad permanente, sino la que tenga por objeto servir de habitación u otro análogo, o de albergue y resguardo, siendo al efecto de interés recordar el sentido lato en que la misma intitulación del capítulo V, título XXVI, libro 4º del Código alude a 'edificios', al hacer este término equivalente a 'casas' y 'almacenes' (arts, 2028 y s.s.). No encajan dentro de ese concepto, pues, obras como carreteras, diques, extensión de líneas eléctricas o telefónicas, pozos, puentes, etc."*[53].

51 Quinquenal en el caso español según dispone el artículo 1591 del Código.

52 Vélez, Fernando. Estudio Sobre el Derecho Civil Colombiano. Tomo VII. Ediciones Lex LTDA. Bogotá, 1983. pág. 853.

53 Gómez Estrada, Cesar. "De los principales contratos civiles". (4ª ed.). Editorial Temis. Bogotá, 2008, pág. 375.

261. La disidencia de Valencia Zea respecto de la doctrina clásica nacional, siguiendo concepción obtenida en la doctrina alemana y en la francesa, tiene como edificio "… *cualquier obra que con carácter definitivo tenga como destino permanecer adherida al suelo o a un edificio: por ejemplo, una casa de habitación, una construcción para almacenes, oficinas, salas de diversión, un puente, un canal de riego, un muelle, una esclusa, un trabajo particular en una fábrica, una instalación de calefacción, un trabajo importante de reforma o reparación de una casa, etc.*"[54].

262. A un resultado similar llega la doctrina más reciente: así, el tratado del profesor Juan Pablo Cárdenas acude para dilucidar el asunto a una consideración diacrónica de las distintas definiciones que al término *"edificio"* han asociado las sucesivas ediciones del Diccionario de la Real Academia Española desde la de 1855, –vigente a la fecha de adopción del Código Civil y que por ello sería la más apropiada para el entendimiento de la norma original–, hasta la definición actual ("*construcción estable, hecha con materiales resistentes, para ser habitada o para otros usos*"[55]) cuyo resultado es contrario y extiende el significado de la palabra a las construcciones levantadas para uso no habitacional. Es su dictamen, "... *este enfoque parece preferible, particularmente en lo que se refiere a la garantía de estabilidad que consagra el numeral 3º del artículo 2060. En efecto, un puente o una represa deben ser estables y no caer o amenazar ruina pues en tal caso se pone en peligro la vida o integridad de las personas. Las mismas causas que determinan la responsabilidad de los constructores de una casa, esto es, el vicio de construcción, el vicio de materiales o el vicio del suelo se pueden presentar en el caso de un puente o una represa*"[56]. En sentido semejante, Santos Ballesteros manifiesta que "*por edificio se entiende, de acuerdo con la doctrina generalmente aceptada, toda obra o construcción realizada por el hombre mediante la unión de materiales que adhieren permanentemente al suelo. En este criterio amplio, resulta indiferente la naturaleza de la obra, calidad y clase de materiales empleados, tamaño, importancia, localización sobre el suelo o debajo de la superficie (…)"*.[57]

263. Considera el Tribunal que esta acepción corresponde al sentido que actualmente debe atribuirse a la norma del artículo 2060 del Código Civil.

54 Op. cit.

55 23ª Edición 2014.

56 Cárdenas, Juan Pablo. "Contratos". "Notas de clase", (1ª ed.). Editorial Legis. Bogotá, 2021, pág. 722.

57 Santos Ballesteros, Jorge. Responsabilidad Civil. Tomo II. Parte General. Tercera Edición. Ed. Temis y Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá (2012). pág. 165.

264. La hipótesis fáctica que activa la aplicación de la garantía es la ruina o amenaza de ruina del edificio, en todo o en parte. El concepto de ruina lo define el DRAE, luego de puntualizar el origen semántico de la expresión ("*del lat. ruina,* de *ruere 'caer'*"), como "*1 acción de caer o destruirse algo*" y "*5 restos de uno a más edificios arruinados*". En perfecta consonancia con la cobertura léxica, la jurisprudencia ha entendido que la ruina ocurre cuando "*... el edificio se hubiere derrumbado o concretado la amenaza de ruina"*[58]*.* Allí mismo se indica*:*

> "*En efecto, para que tenga lugar la reclamación se requiere, ante todo, como presupuesto para indagar la causa generadora del daño, que dentro del término de vigencia de la garantía decenal se haya producido el desplome del edificio o presentado la amenaza de ruina total o parcial. De acuerdo con el precepto en comento, la garantía decenal se activa únicamente cuando el 'edificio perece o amenaza ruina'*" (subraya el Tribunal).

265. El concepto de ruina que ha postulado la Corte no solo alude a la venida del edificio al suelo, sino que también podría extenderse al evento, equivalente en sus efectos, que algunos autores denominan "ruina funcional". Dice el fallo citado:

> "*El Tribunal, desde luego, en ninguna parte desconoció la garantía decenal del constructor, establecida en el artículo 2060, ordinal 3º del Código Civil, respecto del edificio construido, contra los vicios, bien de la construcción, ya del suelo que el empresario o sus dependientes hayan debido conocer en razón de su oficio, ora de los materiales, siempre que comprometan la estabilidad y la solidez de la obra o la afecten por amenaza de ruina, en todo o en parte, a tal punto que la hagan impropia para su destino conforme a su naturaleza"* (subrayado del Tribunal).

266. Con esta precisión, resulta claro, en todo caso, que la obligación del artículo 2060 (ordinal tercero) del Código Civil, de conformidad con el entendimiento que generalmente le ha dado al punto la jurisprudencia civil, está reservada por la ley al evento extremo de la ruina o a su real amenaza, y no a ningún otro de ejecución defectuosa de la construcción, cuyo régimen es el general de la responsabilidad común por culpa o dolo.

267. Es necesario subrayar que la ruina puede ser de toda la edificación o de parte de ella, "*de manera que la ley regula el caso en el que el edificio o parte de él cae o amenaza caerse, así aún no se hayan desprendido partes del mismo. Como la ley*

---

58 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de junio de 2009.

no distingue qué clase de parte, puede ser cualquiera: por ejemplo, un balcón. En otros países se ha adoptado una noción más amplia"[59].

268. La responsabilidad se extiende por el lapso de diez años, que comienza a correr con la recepción de la obra por el comitente, la cual, según advierte el ordinal cuarto del artículo 2060 del Código Civil, "*solo significa que el dueño la aprueba como exteriormente ajustada al plan y a las reglas del arte*" sin afectar para nada la responsabilidad del empresario por los defectos no aparentes de la cosa.

269. No toda hipótesis de ruina del edificio determina la entrada en vigor de la garantía decenal pues, con el cuidado que caracteriza al régimen propio del Código Civil colombiano[60], el artículo que se viene comentando lo vincula a una noción de causalidad e imputabilidad respecto del empresario: para su vigor en un caso dado se requiere que la catástrofe del inmueble provenga (a) de vicio de la construcción, (b) de vicio del suelo cuya consideración el empresario hubiere pasado negligentemente por alto, o (c) por vicio de los materiales puestos por él mismo. A esta última hipótesis equivale la del evento de materiales suministrados por el dueño de la obra cuya deficiencia el empresario, por descuido suyo, haya dejado de advertir, o que, habiéndola advertido hubiere omitido dar aviso oportuno al comitente, tal como previene el inciso tercero del artículo 2057 del Código Civil al que remite la norma en análisis.

270. Conocidos los supuestos que dan lugar a la obligación de garantizar la estabilidad de la obra por los diez años siguientes a su entrega, esta institución particular suscita dos problemas: a) el de la naturaleza de lo que viene llamándose "garantía", utilizando el nombre con que la institución es conocida en el ordenamiento francés, y b) el contenido obligacional que le es propio.

271. En respuesta al primero de dichos problemas, se predica en el derecho civil francés contemporáneo la idea de que la obligación de proveer a la restauración de la solidez del edificio cuando ha sufrido deterioro catastrófico pertenece a una categoría de obligaciones conocida como "garantías". Lo que sean ellas y las características diferenciales que revisten respecto de las demás posibilidades de las obligaciones se percibe cuando se les ubica dentro de la clasificación de las distintas especies del

59 Cárdenas, Juan Pablo. Op. cit. pág. 730.

60 Es notoria en este aspecto la disímil tesitura de la responsabilidad decenal en el derecho colombiano respecto al francés, tanto en la versión original de la norma del artículo 1792 inspiración del artículo 2060, como en la versión que actualmente rige. En su versión inicial, el Code Napoleon alude al perecimiento del edificio *"... por vicio de la construcción, aún por vicio del suelo…"*. En la actualidad esta formulación está totalmente reemplazada por una de mayor rigor en su alcance tanto respecto del objeto de la obligación como de la magnitud del daño que contempla: *"Todo constructor de una obra es responsable de pleno derecho, frente al dueño o adquirente de la obra de los daños incluidos los que resulten de un vicio del suelo, que comprometan la solidez de la obra o que, afectando en uno de sus elementos constitutivos o en sus instalaciones la hagan impropia para su destino"*.

género obligación. En Contrats D´Affaires el tratadista francés Francois Xavier Testu las clasifica y define de la siguiente forma:

> ***"91.02 Jerarquía de las obligaciones contractuales.*** *surge de lo que antecede que la obligación de garantía es la más intensa de las obligaciones contractuales cuya jerarquía puede presentarse de la manera siguiente comenzando por la menos pesada:*
>
> ***a) Obligación de medios:*** *El deudor debe realizar su mejor esfuerzo siendo suficientemente diligente (es el duty of care anglosajón) para intentar obtener el resultado previsto y evitar los hechos dañosos; si se pregunta entonces sobre la buena ejecución del contrato corresponde al acreedor demostrar que el deudor no ha sido suficientemente diligente (sobre la distinción entre obligaciones de resultado y obligaciones de medio, véase el numero 112.01 s);*
>
> ***b) Obligación de medios reforzada*** *(se habla a veces de obligación de resultado atenuada): Se trata de la misma obligación precedente con la diferencia de que toca al deudor demostrar que ha sido suficientemente diligente, es decir, que no ha cometido incumplimiento en la ejecución de sus prestaciones (véase numero 112.04);*
>
> ***c) Obligación de resultado:*** *es la obligación contractual clásica y en cierto modo de principio; el deudor debe alcanzar el resultado prometido, y solo será excusado si demuestra que un evento de fuerza mayor ha impedido la ejecución de esta promesa (sobre la fuerza mayor véase numero 114.02);*
>
> ***d) Obligación de garantía:*** *el deudor debe absolutamente alcanzar el resultado. Aún demostrando la fuerza mayor el deudor de una obligación tal no puede liberarse: permanece de todos modos obligado a la garantía"*[61].

272. El citado tratadista Testu pone en evidencia el parentesco de la garantía con la institución de los vicios ocultos y de la cautela del vendedor al comprador en el caso de evicción de la cosa vendida, que, en su concepto, no son otra cosa que instrumentos jurídicos para hacer efectivo el compromiso del primero de transmitir al segundo una posesión útil y tranquila. El artículo 1625 del Code ha dicho desde su origen: "*La garantía que el vendedor debe al comprador tiene dos objetos: el primero es la posesión pacífica de la cosa vendida; la segunda, los defectos ocultos de esta cosa o los vicios redhibitorios*" (subraya el Tribunal)[62].

61 Testu, Francois. "Contrats d´affaires". Editions Dalloz. París, 2010, pág. 344.

62 En el derecho colombiano el profesor Jorge Oviedo Albán distingue la "garantía" por vicios ocultos en el contrato de compraventa, de la obligación de entrega que ordinariamente asume el vendedor. Oviedo Albán, Jorge. La garantía por vicios ocultos en la compraventa. Universidad de la Sabana – Editorial Temis. 2015. Págs. 231 y ss.

273. Así pues, "garantía" es el término que desde siempre utilizó el derecho francés en relación con las obligaciones que adquiere en el contrato de venta quien, al enajenar una cosa, transmite al adquirente la vocación a la posesión sin sobresaltos por razón de derechos de terceros o por vicios de la cosa misma que destruyan o limiten su utilidad: el que realiza tal operación jurídica se hace responsable de que su contraparte goce en todo caso de lo que es su propósito transmitirle[63]. En eso consiste *"garantizar"* en el contexto del contrato de compraventa, y en el de la generalización sistemática que condujo a la construcción de un concepto genérico que comprende otras especies dotadas de las mismas características. Barbero lo expresa de la siguiente manera: "*He aquí, en su configuración más genérica, la relación de 'garantía' (en sentido pasivo). 'Garantía' quiere decir seguridad (relativa) de que lo 'debido', o su equivalente, aunque no 'prestado', será de todos modos 'conseguido': en esto y para esto está su 'garantía'*" [64].

274. Siendo entonces claro que la garantía es una obligación de resultado caracterizada por su mayor perentoriedad en cuanto contempla la prestación que le es inherente como forma de concreción de una obligación no satisfecha en su expresión primigenia, y habida cuenta también que es propiedad suya característica el operar de pleno derecho de manera que es inmune al advenimiento del caso fortuito, ocurre preguntarse si el derecho colombiano contempla este tipo de obligaciones en general, o por lo menos, si la obligación impuesta al empresario constructor en favor del comitente y sus causahabientes por la ruina del edificio o su inminencia irrefragable dentro de los diez años siguientes a la recepción por aquel, encaja en la categoría.

275. En cuanto al primer aspecto, esto es, la existencia de obligaciones de garantía en el derecho colombiano, la respuesta es afirmativa. Es pertinente observar, por ejemplo, que, en un ámbito particular de la legislación, específicamente en materia de protección al consumidor, el artículo 7° de la Ley 1480 de 2011 consagra una garantía legal en virtud de la cual todo proveedor y/o productor tiene la obligación de responder por la calidad, idoneidad, seguridad, el buen estado y el funcionamiento de los productos.

---

63 Explica TESTU *"Esta presencia de la garantía de evicción en el espíritu de los autores del CÓDIGO explica la escogencia de la palabra **garantía**. La palabra tiene en primer lugar un sentido procesal, ligado a la vía de acción de **llamamiento en garantía**, que consiste para una persona convocada en responsabilidad a llamar al proceso a quien ella considera como la verdadera responsable a fin que la proteja de las condenas pronunciadas contra ella (...) Ahora bien la ley ha concebido aquí una protección enérgica hasta el punto que el vendedor puede ser traído al proceso sin discutir; y la palabra garantía ha permanecido impregnada de esta idea de un compromiso automático: la obligación del garante es pesada (´está garantizada`)"*. Traducción del Tribunal. Las negrillas reemplazan cursivas presentes en el original. Op cit., pág. 344.

64 Barbero, Domenico. "Sistema del Derecho Privado". "Tomo I El Ordenamiento Jurídico". Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos aires,1962, pág. 161.

En ese contexto, el numeral 5 del artículo 5° de esta ley define la garantía como la "*obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto*".

276. Por otra parte, en ejercicio de la autonomía privada las partes pueden pactar garantías de las que surgen deberes de conducta singulares y concretos, distintos de los que corresponden a la prestación principal. De conformidad con el artículo 932 del Código de Comercio, por ejemplo, el vendedor puede extender a favor del comprador una garantía de buen funcionamiento de la cosa vendida. Establece la mencionada disposición que "*si el vendedor garantiza por tiempo determinado el buen funcionamiento de la cosa vendida, el comprador deberá reclamar al vendedor por cualquier defecto de funcionamiento que se presente durante el término de la garantía, dentro de los treinta días siguientes a aquel en que lo haya descubierto, so pena de caducidad. El vendedor deberá indemnizar los perjuicios causados por cualquier defecto de funcionamiento que sea reclamado oportunamente por el comprador (…)*".

277. Según se puede observar, en el ordenamiento colombiano se han consagrado algunas figuras que corresponden en su conceptualización a las obligaciones de garantía, en tanto que se trata de obligaciones en las que el deudor, de manera cercana a lo que ocurre con las obligaciones de resultado, garantiza o asegura la obtención de un resultado y asume, con tal propósito, riesgos específicos que pueden provenir incluso de circunstancias externas y ajenas al control de las partes.

278. Ahora bien, en cuanto a que si la que se ha denominado también como la *"garantía decenal"* del artículo 2060 del Código Civil corresponde efectivamente a una obligación de garantía en los términos anteriormente explicados, a juicio del Tribunal la respuesta es negativa. En efecto, en el derecho colombiano el régimen de la obligación de que viene hablándose coincide en parte con el de la institución francesa pero son igualmente trascendentales las diferencias entre uno y otra: también en el artículo 2060 del Código Civil colombiano la obligación que esta obra carga sobre la órbita jurídica del constructor tiene *(i)* la naturaleza de prestación que surge de una obligación frustrada en su forma original, siendo igualmente *(ii)* gravamen del mismo obligado original y no de un tercero, que es lo propio de una *"garantía"* que no es *"caución"*. Pero hasta ahí llega la comunidad de rasgos, pues la institución doméstica de la garantía decenal no comporta la inexcusabilidad que en el derecho francés impide al deudor exonerarse si no es por la causa extraña según predica el actual artículo 1792 (loi 78-12 del 4 de enero de 1978), y, menos aún, admite que se le

pueda entender como obligación de la que no es dable liberarse sino con el cumplimiento. El derecho civil colombiano, acaso con la sola excepción de la hipótesis del perecimiento del cuerpo cierto en poder de quien lo roba o hurta (artículo 1735 del Código Civil), o, claro está, del evento en que el deudor asuma la responsabilidad por un determinado caso fortuito (artículo 1732 del Código Civil), no consagra vínculos obligacionales que escapen al rigor exoneratorio de la fuerza mayor.

279. No es a este respecto accidental que la normatividad incorporada al Código Civil haya omitido caracterizar la obligación de saneamiento con la denominación que utilizó el francés, y por lo mismo mantenido la disciplina de la institución dentro del tratamiento general como *"obligación"*. Así pues, lo que en el Code se constituye en categoría específica nominada, el derecho colombiano insiste en considerarla como parte del género obligación, de manera que, mientras el uso de la expresión *"garantía"* en el derecho francés alude a una figura circunscrita y determinada, en el léxico jurídico de Colombia la misma expresión es apenas un uso lingüístico, plenamente justificado por lo demás.

280. Pero la razón que obliga a apartarse, no tanto de la expresión misma sino del régimen jurídico que le está anexo en el derecho francés, es de fondo: allá, la obligación impuesta por la garantía opera de *pleno derecho* según preceptúa el primer inciso del nuevo artículo 1792, y el empresario solo puede exonerarse "*si el constructor prueba que los daños provienen de una causa extraña*" (ibidem, inciso final), siendo esta la versión menos rigurosa ya que, según se observa en las citas doctrinales hechas atrás, muchos autores sostienen que de ninguna manera la auténtica *"garantía"* sucumbe ante la fuerza mayor. En contraste, la obligación del constructor en el derecho doméstico deriva de precisos vínculos causales con una de las tres hipótesis generadoras, que deben serle probadas al responsable, y respecto de cada una de las cuales el constructor tiene particulares medios de defensa.

281. El contenido de la garantía decenal que recae sobre el contratista de edificio *"encargado"* por un precio único es la reparación *in natura* mediante la reconstrucción del edificio arruinado, o alternativamente, la plena reparación de los perjuicios causados, en sus componentes de daño emergente y de lucro cesante.

282. Como ya lo anticipó el Tribunal, para el panel arbitral es claro que las pretensiones de la demanda principal no se basan directamente en las reglas del artículo 2060 del Código Civil, en particular de su numeral 3º, no obstante la mención que se hace de ellas en el acápite relativo a *los "fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales"* de la demanda. Es evidente que los hechos y las pretensiones se focalizan en la garantía contractual de estabilidad de la obra. A lo anterior debe agregarse que, si el Tribunal

examinara las reclamaciones de EMGESA a la luz de los requisitos establecidos en el numeral 3º del artículo 2060 del Código Civil, resulta evidente que varias de las exigencias allí consagradas no se reúnen en el caso concreto, independientemente de la modalidad del precio convenido, tales como que en el asunto *sub examine* no se presenta la *ruina* de la edificación, considerando como tal a la Central Hidroeléctrica de El Quimbo, o que los materiales del enrocado del espaldón aguas abajo de la presa fueron entregados por el *"dueño de la obra"* y respecto de los mismos el CIO hizo las respectivas advertencias sobre las deficiencias en cantidad y calidad que en su condición de profesional observó.

283. Ahora bien, la tercera fuente de responsabilidad, la que de manera concreta funda las pretensiones de la Convocante, es la garantía trienal que ella denomina *"Garantía de Calidad y Estabilidad de Obra"*, cuyo objeto y alcance se define en el numeral 5.4 de las BAG.

284. Acerca de las obras materiales dice:

> *"...*
>
> *En caso de pérdidas, daños, defectos o averías, de responsabilidad del Contratista, éste deberá proceder de inmediato a la reparación, al reacondicionamiento o al reemplazo que corresponda, a su cargo y costa, a fin de asegurar la entrega de las Obras en la Recepción Definitiva, en buenas condiciones y conforme a lo estipulado en el Contrato."*

Sobre los equipos señala:

> *"Si durante el plazo de garantía, un equipo o accesorio presenta algún defecto, no satisface su funcionamiento en servicio normal o no dan resultados satisfactorios las pruebas a que sean sometidos, en condiciones atribuibles a la responsabilidad del Contratista o del fabricante, el Contratista reparará de inmediato, a su cargo y costa, los equipos o accesorios defectuosos, reparando o reemplazando las partes defectuosas o inadecuadas, o sustituyéndolos por equipos o accesorios nuevos no objetables, según sea el caso, para eliminar dicho defecto y mal funcionamiento y cumplir con lo especificado en el Contrato"*

285. Se trata entonces de una modalidad de garantía contractual comoquiera que su origen es directamente la estipulación de las partes. A juicio del Tribunal el régimen que de ella emana refleja las siguientes características:

a) es una modalidad de prestación de garantía por los defectos de construcción, así como por la calidad y funcionalidad de los equipos o accesorios mecánicos que se incorporan al inmueble;

b) el objeto de la cobertura no tiene limitación material alguna, pues es su propósito expreso poner a cubierto al propietario de la obra contra todos los vicios de la construcción o de los equipos, sin importar su gravedad;

c) está limitada en el tiempo al periodo correspondiente a lo que el contrato denomina Plazo de Garantía, a saber, tres años a partir de la recepción provisional de las obras y antes de la recepción definitiva;

d) contempla obligaciones de reparación, reacondicionamiento o reemplazo de cualquiera de las obras del contrato y de mal funcionamiento tanto de la construcción como de los equipos instalados en virtud de aquel.

286. Estos rasgos permiten singularizar la garantía contractual como una protección contra el efecto extintivo de las obligaciones del empresario que, en su caso, acarrea la recepción de la obra sin reservas, pues una vez que ellas son entregadas, por regla general, cesan las obligaciones del constructor sobre cualquier aspecto de los trabajos cumplidos que en el negocio jurídico de recibo por el dueño de la obra no hayan merecido reservas expresas. El papel de la garantía convencional es entonces el de proteger al que encargó la obra contra el efecto perimente de la terminación del contrato que es, se repite, el de poner fin a la obligación de reparación, reconstrucción, rectificación e idoneidad de la obra propias del mismo durante su ejecución, y cuyo incumplimiento daría lugar a las consecuencias obligacionales contempladas en el artículo 2059 del Código Civil. A través de este pacto las partes proveyeron a reiniciar, y no a prolongar, las cargas propias del contratista en cuanto a la estabilidad, idoneidad, fidelidad a los planos y condiciones del encargo que, de no mediar esta estipulación.[65]

65 Recuerda el Tribunal que el contrato de empresa se sujeta a las reglas del de venta o de arrendamiento según que los materiales sean puestos por el artífice o del comitente. Ahora bien, en el caso de la construcción de inmuebles sólo si se edifica sobre terrenos propios del contratista con materiales suministrados por él se materializa la sujeción a las reglas de la compraventa, según opinión de don Fernando Vélez, que para ello hace memoria de sentencia proferida por el Tribunal de Medellín el 18 de octubre de 1897: *"dice que el artículo 2053 no puede referirse sino al caso en que el artífice se compromete a edificar o construir una obra material en terreno propio y poniendo la mayor parte de los materiales necesarios; pues lo principal en la construcción de una obra material es el suelo sobre el cual debe construirse. Sólo entonces puede decirse que el contrato sea de venta de un inmueble."* Op. Cit. pág. 834.

287. Lo anterior en cuanto hace a la materialidad de la garantía. Pero igualmente obligatorio es el procedimiento que para aplicarla estipularon las partes en la cláusula. 2.13 de las BAE:

> ***"2.13 PLAZO DE GARANTÍA***
>
> *(…)*
>
> *Ante cualquier notificación de EMGESA al Contratista de un defecto en alguna obra o equipo, el Contratista deberá reaccionar en el plazo máximo de quince (15) días, entregando un informe que diagnostique el tipo de defecto, las causas que lo provocaron y las medidas que tomará para repararlo. Una vez que se verifique el defecto en la obra o equipo, el Contratista presentará para la aprobación de EMGESA, un programa para efectuar las reparaciones o restituciones que correspondan".*

288. Es claramente singularizable la protección que al comitente ofrece esta estipulación dentro de las distintas posibilidades y circunstancias temporales de la responsabilidad. De hecho, coincide con la contractual de derecho común a que está sujeto el empresario durante la construcción por el cumplimiento defectuoso o retardado, y que genera obligaciones a su cargo por las insuficiencias, errores o incumplimientos advertidos antes del recibo de las obras no acompañado de la formulación de reservas. Pues el efecto purgativo de la recepción extingue la posibilidad de reclamar después de la entrega aquellos vicios de la cosa que sean advertidos por las partes antes de ella. Análogamente, la garantía trienal reestablece, por obra de la estipulación específica las obligaciones del mismo alcance en cabeza del constructor cuando aquellas desaparecen por terminación del contrato y por los tres años subsiguientes.

289. De la misma manera, la garantía trienal es inconfundible con la decenal impuesta por la ley no solo en el origen normativo y en su lapso de cobertura, sino, más señaladamente, por la entidad de los daños a cuya reparación provee y por el diferente régimen de su imputabilidad, estrictamente circunscrita en la garantía decenal y abierta a todos los resultados de la actividad del constructor en la trienal.

290. La estipulación de la garantía, pues, determina tanto el contenido y alcance que reviste, como el procedimiento a través del cual se concreta en los hechos y a uno y otro está sometido por igual el contratista en la ejecución regular del contrato.

291. Dos temas adicionales propuestos por cada una de las partes deben dejarse aclarados antes de culminar este punto atinente a la garantía contractual. Uno, relacionado

con la clase de obligación que vinculaba al Consorcio, pues según lo entiende EMGESA, siendo esta una obligación de resultado la única forma de exonerarse de su responsabilidad sería demostrando "*una fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero o el hecho exclusivo de la víctima",* conforme lo establece el artículo 2060 del Código Civil. El segundo, alegado por el Consorcio Convocado, en tanto afirma que el Contrato celebrado fue de adhesión, razón por la que considera abusivas las cláusulas por virtud de las cuales se trasladan riesgos desproporcionados al Contratista, generándose así un desequilibrio en la relación establecida.

292. Tratándose del tipo de obligación, punto planteado por EMGESA, debe empezarse por afirmar que este por lo regular surge de lo que las partes hayan acordado, o sea, que es el texto del contrato cuando este consta por escrito el faro orientador. Es así como, en este caso, la lectura del Contrato CEQ-21 basta para que el juzgador se dé cuenta de que las obligaciones adquiridas por el Consorcio frente a EMGESA son de resultado, es decir, de aquellas en las que el deudor, además de utilizar los medios necesarios, debe alcanzar el resultado o fin querido por el acreedor, y para el cual se contrató. En efecto, el señalado Contrato al describir el "*OBJETO"* en la cláusula primera claramente establece que "*el CONTRATISTA se obliga a realizar la construcción de las Obras Civiles Principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo".* Obligación de resultado (construir las obras principales), que también se infiere de la misma nominación que las Partes le confieren al Contrato en la cláusula cuarta cuando lo llaman "*confección de obra material nueva",* y que de algún modo ratifica la cláusula quinta del mismo acuerdo al establecer las condiciones de facturación y pago, cuando se refiere a "*trabajos ejecutados",* siendo necesario para efecto de los pagos, conforme lo indica el parágrafo segundo de esta cláusula, la presentación del "*Acta de Avance de la Obra",* o sea, la "*entrega"* de la prueba del resultado al cual se refiere el cobro. Esta clase de obligación también se observa en los textos de las cláusulas 2.02 y 2.04 de las BAE del Contrato cuando le imponen al Contratista la responsabilidad de "*Construir la totalidad de las obras…a fin de entregarlas a EMGESA completas y conforme a las Especificaciones Técnicas, Planos y Términos del Contrato"* (cláusula 2.04 literal a)), lo mismo que la cláusula 2.02 cuando consagra que el Contratista, "*debe ejecutar todo lo necesario para dar cumplimiento al Contrato a plena satisfacción de EMGESA".*

293. Como se anticipó, la consecuencia de esta conclusión se habrá de definir posteriormente con ocasión del examen probatorio que corresponda con el objetivo de resolver las pretensiones formuladas por EMGESA y las excepciones de mérito propuestas por las Convocadas y la llamada en garantía.

294. Por otra parte, el Consorcio Convocado dice que el Contrato CEQ-21 fue uno de adhesión, por cuanto se tuvo que plegar a las cláusulas predispuestas por EMGESA, algunas de las cuales son abusivas porque desequilibran la relación al trasladar riesgos desproporcionados al Contratista, razón por la que pide que las mismas sean interpretadas en contra de la Contratante como lo consagra el artículo 1624 del Código Civil.

295. En el contrato CEQ-21 deben distinguirse dos partes, la primera, conformada por veintitrés cláusulas vertidas en el documento firmado por las partes el 30 de noviembre de 2010, cuyas cláusulas constituyen los pilares generales del negocio, y aparecen como fruto de una libre discusión, pues no existe prueba acerca de una imposición. La segunda parte del Contrato, referida por la cláusula sexta a los "*DOCUMENTOS DEL CONTRATO",* donde entre otros se incorporan como parte "*integrante de este Contrato",* las "*f) Bases Administrativas Especiales", "g) Bases Administrativas Generales para Contratos de Obras (versión julio de 2002)"* y "*j) Especificaciones Técnicas".*

296. Son estas segundas estipulaciones particulares de la contratación, relativas ellas a la ejecución o desarrollo de la obra, riesgos y responsabilidades asumidas, las que el Consorcio invoca para calificar de adhesión el Contrato CEQ-21, y tildar de abusivas algunas de sus cláusulas para abogar por su ineficacia o una interpretación a su favor.

297. La doctrina, la legislación y la jurisprudencia han definido unánimemente el contrato de adhesión como aquel en el que las cláusulas son dispuestas por una de las partes, de manera que la otra no puede modificarlas, ni hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas.

298. Esto es lo que afirma el Consorcio en cuanto a las cláusulas que constituyen las Bases Administrativas Especiales y Generales del Contrato, así como las Especificaciones Técnicas, porque según dice, estas estaban predispuestas y EMGESA las impuso en la negociación. Circunstancia esta que confirman varios de los funcionarios de EMGESA, quienes informan que tales estipulaciones hacían parte de los documentos que Endesa en Chile utilizaba en contratos de esta misma clase. Así lo manifiesta el representante legal de la Convocante, cuando al absolver interrogatorio de parte expresó que "*el contrato lo preparó Emgesa es decir, el diseño, construcción y elaboración de todo el proyecto… Tomó elementos de los documentos de lo que teníamos en Chile para elaboración de obras civiles*…". Claro está, como antes quedó expresado, que esa predisposición y la adhesión del Consorcio solo se puede predicar respecto de los documentos incorporados al Contrato, conforme lo declara

la cláusula sexta del documento libremente negociado, pero tal acontecer no desvirtúa la naturaleza de contrato de adhesión que se le atribuye al CEQ-21, porque la adhesión puede ser total o parcial, lo cual implica evaluar e interpretar las cláusulas contractuales bajo las reglas de hermenéutica que correspondan a la parcialidad que es objeto de examen, pues uno es el tamiz si se está frente a una condición general predispuesta e impuesta, y otro cuando se está frente a una cláusula fruto de la libre discusión y acuerdo.

299. Teniendo en cuenta que el Contrato CEQ-21 es de adhesión, el Consorcio impetra tanto en la contestación de la demanda como en el alegato de conclusión que "*todas las cláusulas, términos y condiciones previstas en este y en los demás documentos que lo integran, deben ser interpretadas a favor del Consorcio y en perjuicio de la Convocante, ya que fue esta la que impuso la redacción y términos de estos documentos".* Seguidamente en el alegato de conclusión después de relacionar, según se dice demostrados, "*los poderes y potestades que el Contrato confirió a Emgesa en su calidad de Dueña, Supervisora e Interventora de las Obras",* se manifiesta que el "*Contrato CEQ-21 contiene cláusulas abusivas que desequilibran la cargas y responsabilidades de las Partes",* por cuanto "*transgreden el principio de proporcionalidad y razonabilidad en la asunción de los riesgos, y los límites de la autonomía de la voluntad en los contratos civiles, al punto de que son fuente ad infinitum de responsabilidad a cargo del CIO y en beneficio de Emgesa. Así, de acuerdo con este clausulado el Contratista es absoluta e ilimitadamente responsable por cualquier problema que se origine en el Proyecto, aún cuando este no se hubiera encargado de la actividad que generó el supuesto riesgo, o, peor aún, cuando este ejecutó dicha actividad en cumplimiento de las órdenes de la Convocante y habiéndole advertido -insistente y oportunamente- sobre los riesgos que se podían derivar de la ejecución de dicha actividad".*

300. Una vez hechos los anteriores planteamientos teóricos, la Convocada anticipa que lo abusivo de las cláusulas contractuales que se tachan de tales será demostrado "*en el curso de este proceso",* que es la metodología que el Tribunal también seguirá, es decir, que si es del caso a propósito de la verificación de hechos que tengan relación con las respectivas cláusulas, se evaluará si en ellas concurren las condiciones que tanto la jurisprudencia como la doctrina, y hoy la misma ley, han estimado como requisitos axiológicos para calificar como abusiva una cláusula contractual, y así entrar a decidir sobre la ineficacia que reclama el Consorcio.

301. Para finalizar, y según se anticipó, corresponde destacar que los constructores son empresarios profesionales, pues además de que desarrollan una actividad comercial

en los términos del artículo 20 del Código de Comercio —según el cual son mercantiles, entre otras, las empresas de obras o construcción—, en el numeral 9° del artículo 4° de la Ley 400 de 1997, modificado por la Ley 1229 de 2008, se define al constructor como "*el profesional, ingeniero civil o arquitecto, bajo cuya responsabilidad se adelanta la construcción de una edificación*".

302. Ese carácter profesional del constructor genera consecuencias particulares en lo que respecta al régimen de responsabilidad que le resulta aplicable —que puede ser tanto contractual como extracontractual, según el caso—, asunto sobre el cual la doctrina ha precisado que aquel carácter "*les confiere naturaleza especial a las obligaciones profesionales en cuyo sentido y alcance deben quedar comprendidos aquellos factores como la especialización, la técnica empleada, la competencia y la gravedad de los intereses materiales confiados, la influencia de los usos y derechos corporativos, circunstancias todas estas que pueden modificar profundamente el contenido de una obligación hasta determinarla en forma absoluta y multiplicar, por tanto, su diligencia y eficacia. En consecuencia, la responsabilidad de los arquitectos y empresarios debe medirse en función y sentido de las obligaciones profesionales cuyo contenido está conformado por los factores antes mencionados*"[66]. Por lo tanto, debido a las particularidades mencionadas, se ha sostenido que "*el rigor con el que se debe examinar la conducta de un deudor profesional, es superior a aquel que se emplea usualmente para evaluar el comportamiento de un deudor común. (…) No en vano, se afirma que 'el grado de previsibilidad del modelo de comportamiento del profesional estará por encima del correspondiente al buen padre de familia. Pero 'el buen profesional' no será tampoco el más acucioso, dedicado y diligente de los técnicos y de los científicos, sino el hombre de empresa o el experto medio y ordinario, a quien se le aplicará una 'especial regla de diligencia, definida por lo que se conoce con el nombre de Lex Artis, que es el conjunto de los saberes o técnicas especiales de la profesión*"[67].

303. Tratándose, entonces, de sujetos que de manera habitual desarrollan una actividad para la que se requieren conocimientos técnicos o científicos particulares, les resulta aplicable un régimen de responsabilidad más estricto: el de la responsabilidad profesional. Este se caracteriza, principalmente, porque al experto en la materia de la que se trate se le exigen unos estándares de prudencia y diligencia más rigurosos que aquellos que se predican de las demás personas que carecen del conocimiento

66 Santos Ballesteros, Jorge. Responsabilidad Civil. Tomo II. Parte General. Tercera Edición. Ed. Temis y Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá (2012). Págs. 172 y 173.

67 Tribunal arbitral de CONSTRUCTORA MAZAL LTDA. v. INVERSIONES GBS LTDA. Laudo de 15 de marzo de 2001. Árbitros: Juan Caro Nieto, Diego Muñoz Tamayo y Aurelio Tobón Mejía.

especializado de aquel, cuyo contenido suele estar determinado por las leyes y los reglamentos que regulan el área en la que se desempeña el profesional, así como por los intereses que están involucrados en la actividad que desarrolla. Al respecto, la jurisprudencia civil ha explicado que, "*al efectuar el juicio de culpabilidad no se examina cómo obró o debió obrar una persona del común siendo diligente, sino lo que se espera de un experto en la gestión específica en el asunto que dio origen al acaecimiento del daño, en otras palabras, la especialidad del profesional en una determinada relación jurídica aumenta el grado de diligencia exigible frente a él*"[68]. Por consiguiente, la responsabilidad del constructor se determina con fundamento en el criterio de la *"culpa profesional"*, entendida como el error de conducta en el que no habría incurrido un buen profesional puesto en las mismas circunstancias que aquel a quien se le atribuye la responsabilidad, valorado su comportamiento de conformidad con la *lex artis,* esto es, el "*conjunto de reglas o directrices explícitas e implícitas que regulan el ejercicio de las profesiones*"[69].

304. Ahora bien, cuando se trata de un asunto en el que se reclama la indemnización de los perjuicios que el acreedor habría sufrido como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a cargo del constructor, lo expuesto anteriormente deberá armonizarse con la clasificación que distingue entre las obligaciones de medio y las de resultado, pues por regla general el constructor asume compromisos de esta última naturaleza, caso en el cual, como lo ha precisado la jurisprudencia[70], para el surgimiento de la obligación indemnizatoria no se exige la acreditación de la culpa del profesional y no se admite la prueba de la diligencia por parte de este como medio de exoneración de responsabilidad, quedándole, en todo caso, la posibilidad de liberarse mediante la prueba del factor extraño.

E. LAS PRETENSIONES FUNDADAS EN EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL CONSORCIO DE LAS GARANTÍAS DE CALIDAD Y ESTABILIDAD DE LA OBRA

305. Son estas las pretensiones primera y segunda, formuladas bajo los siguientes textos:

68 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC5430-2021 de 7 de diciembre de 2021. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

69 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 1° de julio de 2009. Exp. No. 11001-3103-039-2000-00310-01. M.P. William Namén Vargas.

70 Al respecto, ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC1819-2019 de 28 de mayo de 2019. M.P. Luis Alonso Rico Puerta; y Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 2013. Exp. No. 20001-3103-005-2005-00025-01.

*"**PRIMERA.** Que con base en los hechos de la demanda, se declare que en la ejecución del contrato CEQ-21 DE 2010 celebrado entre EMGESA S.A. E.S.P y el CONSORCIO IMPREGILO – OHL para la 'construcción de las obras civiles principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo', se presentó un incumplimiento por parte del CONSORCIO IMPREGILO - OHL, integrado por las empresas IMPREGILO COLOMBIA S.A.S. (hoy grupo ICT II S.A.S) y OHL COLOMBIA S.A.S. (antes OHL COLOMBIA LTDA), en las garantías de calidad y estabilidad de la obra, por las fallas originadas en la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la Presa, que fueron causa de los daños encontrados en la referida estructura, y que obligaron a contratar con terceros su reperfilamiento y reparación, así como obligaron a realizar vertimientos que no pudieron ser convertidos en energía eléctrica ni comercializados en el Mercado de Energía Mayorista.*

*"**SEGUNDA.** Que con base en los hechos de la demanda y como consecuencia de la prosperidad de la anterior pretensión se declare que el CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas mencionadas, debe pagar a EMGESA S.A. E.S.P., los daños y perjuicios producidos (en sus modalidades de daño emergente y lucro cesante), por no haber atendido las reclamaciones de calidad y estabilidad de la Presa de la Central Hidroeléctrica El Quimbo, por las fallas originadas en la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la Presa, que fueron causa de los daños encontrados en la referida estructura y que obligaron a contratar con terceros su reperfilamiento y reparación, así como obligaron a realizar vertimientos que no pudieron ser convertidos en energía eléctrica ni comercializados en el Mercado de Energía Mayorista".*

306. Resumidamente los hechos que dan fundamento a las anteriores pretensiones son los siguientes:

i) El 30 de noviembre de 2010, el Consorcio y EMGESA celebraron el Contrato CEQ-21 bajo la modalidad de Confección de Obra Material Nueva por el sistema de *"Serie de Precios Unitarios*", en el que el Contratista se obligó a realizar los trabajos de Construcción de las Obras Civiles Principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo por un valor estimado de COP $620.473.167.643 y en un plazo de 1.541 días contados desde el 15 de diciembre de 2010, fecha en la que se firmó el acta de inicio.

ii) Por virtud de dicho contrato, el Consorcio adquirió las siguientes obligaciones:

a) realizar la totalidad de las obras con estricto cumplimiento de las especificaciones técnicas, ambientales y de calidad establecidas en los Documentos del Contrato, entregando una obra completa y funcional al Contratante; b) garantizar la calidad y estabilidad de las obras dentro de un plazo de tres (3) años contados a partir de la recepción provisional de las obras, respondiendo por cualquier defecto encontrado

en las mismas durante dicho plazo, y procediendo prontamente a su diagnóstico, reparación, reconstrucción y/o reemplazo, sin que en ningún caso pudiere exculpar su responsabilidad por el hecho de que EMGESA hubiese recibido provisionalmente las obras, o que las mismas hubiesen sido inspeccionadas por EMGESA durante su construcción; c) garantizar la calidad de las obras, implementando un sistema de aseguramiento de calidad que permitiera la entrega a EMGESA de una obra exenta de fallas o errores; d) excavar, procesar, seleccionar y tamizar el material de las zonas de excavación y préstamo, para utilizarlo únicamente en las zonas de la presa que así fueran requeridas, guardando los sobre tamaños del material para la construcción del espaldón aguas abajo de la presa (zona 3D o zona 3C gruesa); e) colocar el material de relleno de la presa bien gradado, logrando una distribución homogénea y uniforme entre los tamaños de los materiales de la respectiva zona, removiendo y reposicionando cualquier material que no cumpliese las características requeridas; f) compactar el material de relleno de la presa siguiendo el procedimiento regulado en el número 5.12.07 de las Especificaciones Técnicas del Contrato CEQ-21, realizando la compactación por capas inmediatamente colocado y esparcido el material, utilizando equipos de compactación adecuados para el tipo de material y el espacio de maniobra exigido en la Obra; g) pagar una cláusula penal sancionatoria a favor de EMGESA, en todos los casos en los que el Contratista incumpliese cualesquiera de las obligaciones del contrato; y h) pagar un reajuste a los precios unitarios de la obra por Variaciones Importantes de Cantidades de Obra (VICO), conforme a los parámetros definidos.

iii) EMGESA contrató con Ingetec Ingeniería y Diseño S.A., el diseño del proyecto y su asesoría durante la construcción. En desarrollo de este contrato CEQ-203, Ingetec elaboró los planos de licitación y de diseño que debían ser seguidos por el Consorcio en la construcción de las obras, mientras que a este le correspondía la realización de los planos de construcción y los planos as-built.

iv) De conformidad con el contrato CEQ-203, Ingetec debía determinar el tipo de materiales y las fuentes requeridas para la construcción del Proyecto. En esta tarea Ingetec hizo estimaciones de cantidades de material que "*resultaron desacertadas, encontrándose en realidad menores cantidades de las esperadas",* pero estas "*dificultades fueron prontamente subsanadas con modificaciones de los diseños y compra de material en una cantera externa".*

v) Las obras civiles contratadas fueron recibidas provisionalmente por EMGESA el 15 de abril de 2016, fecha a partir de la cual "*comenzó a correr el período de garantía de las obras por parte del CIO".*

vi) En el mes de julio de 2016, se detectaron una serie de defectos que "*impidieron continuar el llenado del embalse hasta su nivel máximo de operación".* Los defectos verificados fueron: a) deformaciones verticales y horizontales en los rellenos de la presa, b) colocación irregular del enrocado y deterioro del espaldón aguas abajo de la presa, c) daños en muros parapeto y d) ruptura de la junta horizontal de la cota 718 de la presa.

vii) EMGESA, mediante comunicaciones de 20 de julio de 2016, 12 de agosto, 24 y 26 del mismo mes de agosto de 2016, le comunicó al Consorcio los defectos mencionados, solicitándole que "*ante la evidencia…procediera conforme a lo dispuesto en la cláusula 2.13 de las Bases Administrativas Especiales en concordancia con la cláusula 5.4. de las Bases Administrativas Generales"*[71]*.* Sin embargo, este no atendió el llamado contestando "*que era carga de Emgesa acreditar que los deterioros que le estaban siendo notificados eran imputables al contratista, previo a que él comenzara a realizar alguna intervención"*[72]*.* Posición esta que fue ratificada en otras comunicaciones que cita la demanda reformada; todas significativas del "*incumplimiento deliberado del inciso segundo de la cláusula 2.13 de las BAE"*[73]*.*

viii) Las causas técnicas de la mala calidad de las obras fueron dictaminadas por la firma internacional de ingeniería Exponent, en dictamen adjuntado, según el cual "*aunque en el lugar de la obra no se encontró la cantidad ni calidad del material proyectado por INGETEC en la etapa del diseño, el CIO, durante la ejecución de la obra, no realizó una adecuada elección, tamizaje, colocación y compactación del material con el que se contaba, como era su obligación según las disposiciones contractuales…".*

ix) La falta de material en el lugar de la obra -dice la demanda reformada de EMGESA- fue contrarrestada definitivamente por EMGESA e Ingetec. La primera, adquiriendo el material necesario en una cantera externa y la segunda realizando cambios a los diseños conforme a las condiciones que se fueron encontrando. Cambios estos, en el material y en los diseños, que en modo alguno incidieron en la mala calidad de las obras.

71 Hecho 19 de la demanda reformada. EXPEDIENTE DIGITAL. PRUEBAS 1. 01 122485 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA INICIAL 01 06 2020 FOLIO 1. 02_Reclamaciones Emgesa al CIO.

72 Hecho 20 de la demanda reformada. EXPEDIENTE DIGITA. PRUEBAS 1. 01 122485 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA INICIAL 01 06 2020 FOLIO 1. 04_Soportes reclamación_espaldon.

73 Hecho 23 de la demanda reformada.

x) Específicamente la demanda reformada de EMGESA explica que "*durante la construcción del espaldón aguas abajo de la presa el CIO no ejecutó un proceso de compactación adecuado del material depositado, contraviniendo expresamente las Especificaciones Técnicas del Contrato CEQ-21, y constituyéndose ello en la principal causa de la inestabilidad en la obra entregada a EMGESA",* sin que sean admisibles las excusas dadas porque el Consorcio "*estaba obligado a elegir los métodos, secuencias constructivas, maquinaria y medios para lograr la compactación especificada en el contrato".*

xi) Así mismo, la demanda reformada, siguiendo lo dictaminado por Exponent, denuncia que el Consorcio *"tampoco respetó el talud indicado en el diseño de la presa entregada por INGETEC",* ni cumplió con las especificaciones contractuales relativas a la "*granulometría o distribución del tamaño de partículas de cada una de las zonas de relleno de la presa, lo que incrementó la inestabilidad del espaldón aguas abajo de la misma".*

xii) Como consecuencia de los defectos advertidos por EMGESA luego de la entrega provisional de la presa, se requirió la realización de las siguientes obras: a) reparación del muro parapeto, b) reparación de la junta horizontal rota, y c) reperfilado del espaldón aguas abajo de la presa.

xiii) Mapfre indemnizó los daños en el muro parapeto y la rotura de la junta horizontal. Pero los costos concernientes al reperfilado y a la pérdida de la capacidad de generación eléctrica por restricciones del llenado de la presa aún están sin indemnizar.

xiv) EMGESA ante la renuencia del Consorcio para cumplir con las garantías de calidad y estabilidad, que son las obligaciones incumplidas, tuvo que contratar la reconfiguración del espaldón con el Consorcio M & M (Moreno Vargas – Masseq) por un valor de COP $63.243.122.309. También con Ingetec celebró un contrato por COP $6.797.633.421 y con AF Consult Switzerland otro por 58.445,16 francos suizos.

xv) Como consecuencia de la imposibilidad de generar energía al tope máximo, la Convocante dice haber sufrido un lucro cesante por COP $32.155.000.000.

307. En cuanto concierne a la causa de las pretensiones declarativas primera y segunda de la demanda reformada, citadas antes textualmente, deben entenderse probados los siguientes hechos:

a) El contrato para la Construcción de las Obras Civiles del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, celebrado el 30 de noviembre de 2010 entre EMGESA S.A. E.S.P. (parte Contratante) y el Consorcio Impregilo – OHL (parte Contratista), en tanto la existencia y validez de este contrato, además de no haber sido discutida o controvertida en el proceso, aparece demostrada con el convenio escrito que obra en el expediente digital[74].

b) Con la demostración del hecho anterior (i), aflora la prueba del hecho ii) relacionado con las obligaciones contraídas por el Consorcio, por cuanto el listado que de ellas se presenta corresponde a algunas de las cláusulas contractuales, concretamente las establecidas por los diversos numerales de las Bases Administrativas Especiales y Generales, así como de las Especificaciones Técnicas que la Convocante invoca en los pie de páginas del hecho 8 de la demanda reformada.

c) Igualmente debe estimarse demostrado el Contrato CEQ-203, celebrado entre EMGESA e Ingetec, por virtud del cual esta última se encargó del diseño del Proyecto y de la prestación de asesoría durante el desarrollo de la construcción, pues de este contrato da cuenta el convenio de formalización que obra en este expediente[75], amén de que su celebración es admitida sin reparo alguno por Ingetec.

d) Por supuesto que este hecho iii), unido al iv), involucra una serie de circunstancias de carácter obligacional, tanto de Ingetec como del Consorcio, que ameritan una evaluación específica en consideración a su íntima relación con el meollo de la controversia, como más adelante se explicará.

e) De otro lado, tampoco ofrecen duda los hechos v), vii) y xiii), relacionados con las recepción provisional de las obras el 15 de abril de 2016, las comunicaciones cruzadas entre EMGESA y el Consorcio con ocasión de los defectos descubiertos por la primera, y las indemnizaciones recibidas de Mapfre por los daños del muro parapeto y la ruptura de la junta horizontal. Los dos primeros porque en el expediente aparecen los correspondientes respaldos probatorios, y los pagos recibidos de Mapfre porque es hecho admitido por la propia parte Convocante, y por lo tanto, perfectamente probado[76].

74 EXPEDIENTE DIGITAL. PRUEBAS 1. 01 122485 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA INICIAL 01 06 2020 FOLIO 1. 01_Contrato. TOMO 1. 01_CONVENIO. 01_Convenio_de_Formalizacion.

75 EXPEDIENTE DIGITAL. PRUEBAS 1. 01 122485 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA INICIAL 01 06 2020 FOLIO 1. 01_Contrato. TOMO 1. 01_CONVENIO. 01_Convenio_de_Formalizacion.

76 En el Expediente Digital a folio 49 de las PRUEBAS 1 se encuentra la prueba 49 aportada con la contestación de la demanda correspondiente al Certificado Provisional de Recepción de Obras expedido el 15 de abril de 2016. A

f) Finalmente, huelga anotar que los hechos (xiv) y (xv), atinentes al monto de los perjuicios sufridos, habrán de constatarse a propósito de las pretensiones de condena que se formulan, si es del caso, pues para el momento del estudio de las pretensiones declarativas que han quedado reseñadas, particularmente la segunda, bastaría la verificación de los defectos alegados, con independencia del valor o costo de la reparación, o de la cuantía de los ingresos por la energía dejada de generar, para deducir en abstracto la responsabilidad civil de la parte demandada, porque en esta materia es necesario distinguir tres claros aspectos: la legitimación para pedir la indemnización de los perjuicios, la prueba del daño, y la cuantificación del resarcimiento, siendo este último el elemento determinante para la imposición de una condena por un valor concreto, como lo exige la ley procesal colombiana, pero no para deducir, por lo menos en teoría, la responsabilidad civil de aquel a quien se imputa la generación del daño de que se trata.

308. Asociados los hechos que han sido descritos como fundamento de las dos pretensiones indicadas, con el contenido literal de estas, focalizado queda el problema que plantea este proceso, y con él las cuestiones que deben ser absueltas para adoptar la decisión que en derecho corresponda:

a. EMGESA demanda al Consorcio pretendiendo que este sea declarado responsable de los daños infligidos por no haber cumplido con las garantías de calidad y estabilidad de la Obra, establecidas como obligación a cargo del Contratista en el Contrato CEQ-21, en consideración a las fallas originadas por la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la Presa, que fue la causa de los daños encontrados en la referida estructura, para cuya corrección se debió contratar con terceros su reperfilamiento (daño emergente), además de no poderse llenar el embalse hasta la cota máxima y obtener así su mayor rendimiento (lucro cesante).

b. Las fallas que se presentaron en el espaldón, EMGESA se las imputa al Consorcio porque durante la ejecución de la obra, según el dictamen de Exponent que aduce, "*…no realizó una adecuada elección, tamizaje, colocación y compactación del material con el que se contaba…".* También, por no haber respetado "*el*

folio 1 de las PRUEBAS 1 en la carpeta 02 obran las comunicaciones "Reclamación Emgesa CIO". En el hecho 35 de la demanda reformada se dice: "*Los daños en el muro parapeto y la rotura de la junta horizontal fueron cubiertos por la Póliza No. 2202216000005 Todo Riesgo Daños Materiales, de Mapfre Colombia Seguros Generales S.A., motivo por el cual no son objeto de reclamación en el presente trámite arbitral. En ese sentido, el 29 de mayo de 2019 se firmó finiquito de indemnización entre Mapfre Colombia Seguros Generales y Emgesa S.A. E.S.P., mediante el cual la última se da por íntegramente indemnizada "por los daños causados a la junta horizontal en la cota # 718 y los muros parapetos"*.

talud indicado en el diseño de la presa entregado por Ingetec", ni haber cumplido con la "*granulometría o distribución del tamaño de partículas de cada una de las zonas de relleno de la presa",* estipuladas en las Especificaciones Técnicas.

c. Entonces, como bien lo afirma la parte Convocada, aunque en la demanda reformada aún se mencionan otros defectos de la Presa construida por el Consorcio, lo cierto es que en este proceso el debate se concreta en la "*colocación irregular del enrocado y deterioro del espaldón aguas abajo de la Presa"* como hecho generador de los perjuicios que se reclaman, por razón de que las Convocadas no atendieron "*las reclamaciones de calidad y estabilidad"* propuestas por EMGESA.

d. Con todo, en el hecho 14 de la demanda reformada presentada por EMGESA, esta afirma que, "*en el mes de julio de 2016, una serie de defectos en las obras civiles de El Quimbo impidieron continuar el llenado del embalse hasta su nivel máximo de operación. Los defectos identificados para ese momento consistieron en: (i) deformaciones verticales y horizontales en los rellenos de la Presa, (ii) colocación irregular del enrocado y deterioro del espaldón aguas abajo de la Presa, (iii) daños en muros parapeto y (iv) ruptura de la junta horizontal de la cota 718 de la Presa".*

309. En torno al planteamiento de la demanda reformada, y con el fin de dar respuesta al argumento que las Convocadas exponen tratando de sustraer del conocimiento del Tribunal Arbitral daños distintos a los que reseñan las pretensiones primera y segunda declarativas objeto de estudio, cabe hacer la siguiente precisión:

a. Ciertamente en este proceso EMGESA no pretende indemnización del daño emergente padecido por el resquebrajamiento de los muros parapeto y por la ruptura de la junta horizontal de la cota 718 de la Presa, por cuanto los perjuicios que estas anomalías constructivas le irrogaron a su patrimonio, por razón del egreso que tuvo que hacer para lograr la reparación, le fue indemnizado por la aseguradora Mapfre con base en la póliza de seguro que frente a ella se hizo valer.

b. Así considerada la demanda reformada, es claro que en este proceso EMGESA pretende la indemnización del daño emergente que exclusivamente corresponde al valor en que incurrió para la reparación (reperfilado) del enrocado de protección del espaldón del talud aguas abajo de la Presa, dado su deterioro por su irregular colocación, y la indemnización del lucro cesante que por esta misma causa se originó al no poderse producir la energía máxima que el llenado completo de la presa permitía. Tratándose de los demás defectos que relaciona el

hecho 14 de la demanda reformada ("*(i) deformaciones verticales y horizontales en los rellenos de la Presa, (ii) …, (iii) daños en muros parapeto y (iv) ruptura de la junta horizontal de la cota 718 de la Presa"),* en su momento habrá de analizarse su connotación respecto del lucro cesante pretendido, pues todos ellos se afirma en la demanda reformada, "*impidieron continuar el llenado del embalse hasta su nivel máximo de operación";* defectos estos, todos, que según el dictamen de Exponent, aducido como prueba, tuvieron como causas que el Consorcio *"no realizó una adecuada elección, tamizaje, colocación y compactación del material con el que se contaba",* además de no haberse respetado "*el talud indicado en el diseño de la presa entregado por Ingetec",* ni haberse cumplido con la *"granulometría o distribución del tamaño de partículas de cada una de las zonas de relleno de la Presa"* previstas en las Especificaciones.

E.1. La pretensión indemnizatoria del daño emergente

310. Como quedó visto, la demanda reformada de EMGESA en las dos pretensiones anteriormente transcritas pide que las sociedades integrantes del Consorcio convocado sean condenadas a indemnizarle el daño emergente sufrido "*por las fallas originadas en la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la Presa",* que es la causa de los defectos hallados en dicha estructura, para cuya reparación se tuvo que contratar con terceros su reperfilamiento, por cuanto los contratistas no atendieron las reclamaciones hechas con fundamento en las garantías de calidad y estabilidad de la obra que en el Contrato se habían previsto.

311. La resolución de esta pretensión conlleva el planteamiento de las siguientes consideraciones con el fin de dar respuesta a las múltiples cuestiones que surgen de la causa petendi antes expuesta:

E.1.1. El problema de los materiales

312. La parte 5 de las Especificaciones Técnicas, capítulo 5.12, "*Rellenos para la presa",* consagra en la cláusula 5.12.03.02, al detallar la "*zona 3C",* que "*el material estará compuesto por gravas y arenas naturales provenientes de los depósitos aluviales del río Magdalena y del río Páez y eventualmente de la formación Gualanday, y deberá cumplir los requisitos de granulometría, humedad y calidad exigidos en los planos, en estas especificaciones, o como lo ordene EMGESA".* También dice la estipulación que este material se utilizará "*para la construcción del relleno de la zona central y de aguas abajo del cuerpo de la presa, como se indica en los Planos".*

313. En cuanto a la "*zona 3D",* la misma cláusula afirma que *"el material de la zona 3D se utilizará para construir la zona exterior del espaldón de aguas abajo de la presa como se indica en los Planos. El material estará compuesto por fragmentos de roca procedentes de las excavaciones subterráneas, excavaciones a cielo abierto y de zonas de préstamo aluvial; será un material limpio y deberá cumplir con los requisitos de granulometría, humedad y calidad exigidos en los Planos, en estas especificaciones o como lo ordene EMGESA".*

314. Tratando el punto de "*FUENTES PARA MATERIALES DE RELLENO",* la cláusula 5.12.04 expresamente señala que, "*para la obtención de los materiales para los rellenos de la presa y obras asociadas, se han estudiado zonas aluviales y fuentes de cantera de la formación Gualanday, las exploraciones y ensayos de laboratorio efectuadas a los materiales provenientes de estas zonas, se muestran en los documentos de Información de Referencia de fuentes de materiales".*

315. Sobre los materiales cabe resaltar que el inciso 3º de esta misma cláusula claramente establece que "*el contratista no deberá utilizar ninguna otra fuente, a menos que esta haya sido aprobada por escrito por EMGESA".*

316. Además, esta misma especificación dice que, "*complementando lo expuesto en el número 5.12.03.01 de estas especificaciones, si el Contratista al revisar los registros de las exploraciones ejecutadas considera que es necesario ampliar las investigaciones en determinadas zonas de suministro de materiales tan pronto como reciba la orden de iniciación de actividades deberá presentar por escrito a EMGESA un plan de exploración detallado a su costo que le permita planificar confiablemente todas sus explotaciones de material para cumplir a cabalidad el programa contractual de construcción".*

317. Los planos de licitación, versiones 022 y 023 de 21 de septiembre de 2009, fijan como material para la protección del talud, "*enrocado de formación Gualanday",* que se mantiene en la V0 de 18 de mayo de 2012, pero cambiado en la V1 "*por gravas aluviales",* para luego en la V4 de 21 de febrero de 2013, definirse que "*La zona 3D"* se sustituye por la "'*Zona 3C' Gravas aluviales predominantemente gruesas, tamaño mayor a 3".* Cambios estos que quedaron formalizados mediante el *Addendum* No. 7.

318. Conforme a estas especificaciones contractuales, sumadas a la propia admisión de la Convocante y al dicho de múltiples testigos, incluidos los citados a petición de

EMGESA, era esta como propietaria de la obra, la encargada de seleccionar, licenciar y suministrar los materiales con los cuales se habría de desarrollar el proyecto, partiendo de la propuesta plasmada en los Planos de Licitación, es decir, "*los planos entregados por el PROPIETARIO para permitir al Contratista el conocimiento necesario y suficiente para la licitación y planificación de las Obras",* según la definición de las BAG del Contrato, versión de julio de 2002.

319. Ahora, según lo pone de presente el dictamen de Exponent que le sirve de fundamento a EMGESA para la exposición de la causa petendi, Ingetec, que fue la empresa contratada por EMGESA (Contrato CEQ – 203), para elaborar los planos de licitación y el diseño que debía ejecutarse en la construcción de la Presa, incurrió en error al preparar la licitación que incluía la construcción del enrocado de protección "*con bloques angulares de material derivado de la formación Gualanday",* pues, como lo informa la prueba en su generalidad, al fin no se halló cantidad suficiente y adecuada de dicho material para llevar adelante la construcción, lo que implicó, como igualmente lo señala la prueba que obra en el expediente, que para la corrección de este problema, que era "*un error de diseño",* como lo califica el dictamen de Exponent, Ingetec haya presentado "*una serie de modificaciones que incluyeron un cambio de los bloques angulares de material Gualanday a 'grava aluvial predominantemente gruesas con tamaño mayor a 3'* (*denominado zona 3C Gruesa)…".*

320. Para la solución de este problema presentado con el material "*Gualanday",* EMGESA dispuso, según su propia afirmación, el cambio de este material por el de la "*grava aluvial gruesa"* que menciona el dictamen de Exponent, que procedió a adquirir de las canteras de la empresa Masseq en cantidad de tres millones de metros cúbicos.

321. A esta problemática del material y a la necesidad de su cambio, se refieren los testigos citados a petición de ambas partes, así como los peritos, tanto en los dictámenes como en las declaraciones de contradicción que debieron absolver. Así, el ingeniero Santiago Unigarro, integrante del grupo que trabajó el dictamen de FEC SURAMÉRICA S.A., aducido por AXA COLPATRIA, al ocuparse de los temas antes indicados, además de destacar las deficiencias del material extraído de la cantera Gualanday, explica que la exploración exigía hacer un mayor número de perforaciones, distribuidas de la manera como lo representa una de las gráficas que para el efecto presentó[77].

77 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 42 122485 PRUEBAS 1 DECLARACIONES PERITOS 2, 4 y 9 AGOSTO 2022 FOLIO 165. 122485 CARLOS TURIZO SANTIAGO UNIGARRO Y FRANCISCO NANCLARES 09 08 2022. Pág. 53.

322. El señor Giovanmaria Salari, representante del Grupo ICT, comentando la calidad del material hallado en la cantera Gualanday, explicó luego de advertir que era EMGESA quien debía obtener las licencias para extraer materiales, que en la labor constructora "*se puso en evidencia una sorpresa para nosotros constructores, que era que el material que se obtenía de esa excavación, que supuestamente debía ser la famosa roca Gualanday, ese material era un material sumamente pobre, de escasísima resistencia al escalarlo con el método de la voladura aún con todas las precauciones…voladura controlada…que significa empleo de explosivo. Aún con ese método…ese material prácticamente se desintegraba en su totalidad, se obtenía muy pocos bloques. Esto motivó de parte nuestra una alerta que obviamente pusimos de presente inmediatamente a Emgesa…Ninguna de esta roca sirve para utilizarla, como enrocado, ya sea de protección del talud aguas abajo de la presa, o bien como enrocado para el río up del dique auxiliar…. Esto se volvió tema de discusión y finalmente…Emgesa aceptó que la roca no servía, que no se conseguía en la obra la roca de formación Gualanday, que estaba prevista para la construcción del talud aguas abajo de la presa y para el dique auxiliar".*

323. Seguidamente, el señor Salari explica las características del material Gualanday que debió encontrarse, diciendo que "*es una roca angular, angulosa, irregular y es una roca que tiene una resistencia muy alta en el sentido de no rodar… es una roca que la puede colocar tranquilamente sobre un talud muy empinado porque esa roca es como que fueran…todas pirámides…y esas pirámides se entrelazan entre ellas y tienen una capacidad de sostenerse sobre un talud de manera absolutamente estable".*

324. Este material, agrega el declarante Salari, se cambió por *"un material de bolo que siempre es roca, pero son rocas que han rodado en el río y que han quedado en forma de bolo, o sea en forma esférica…o sea como cualquier pelota de futbol, rueda con facilidad en una inclinación…esta es la gran diferencia entre lo que estaba previsto que era utilizar la roca de voladura y lo que fue en cambio utilizar la roca obtenida mediante el procesamiento del material aluvial…".*

325. Lo expuesto por el señor Salari lo confirma el señor José María Pérez Lasheras, representante de OHL, cuando dice: "*…es que en la zona esa estaba previsto inicialmente colocar material gualanday y el material que se estaba encontrando en la obra no era válido, era de mala calidad y porque por la lluvia se deshacía y este material, vuelvo a repetir, la obligación de aportar este material no era nuestra, era de Emgesa. Emgesa lo que hizo fue cambiar, cambió el diseño en lugar de colocar material Gualanday, ordenó colocar material aluvial…".*

326. A su vez, los declarantes Luis Salvador Bustamante Pineda, Ricardo Emilio Riveros Puratic, Camilo Marulanda Escobar y Francesco Stopponi, los tres primeros citados a petición de la Convocante y, el último, representante legal del Consorcio, con claridad se refieren al problema del material, cuando en su orden dicen: hubo una discusión sobre el material porque el "*que se obtuvo no tenía las características esperadas para el espaldón y el diseñador investigó, estuvo buscando…y se obtuvo de otra cantera de una empresa que se llama Masseq…"* (Luis Salvador Bustamante Pineda)*; "…el material de la roca no era el esperado…por la falta de material se adecuó el diseño, ya, se ajustó para poder cumplir con los requerimientos de seguridad y de diseño estándar que se requiere para este tipo de proyecto"* (Ricardo Emilio Riveros Puratic)*;* por su parte, el testigo Camilo Marulanda Escobar, Gerente Técnico de Ingetec, diseñador de la obra, manifestó que cuando se presentó el problema con las fuentes de materiales se procedió a "*ayudar a Emgesa a buscar alternativas de fuentes de materiales que eran parte también responsabilidad del contratista…, canteras en la zona…Esa era nuestra función, tratar de solucionar ese tipo de problemas, de generar zonificación dentro del cuerpo de la presa para poder optimizar y maximizar el uso de materiales disponibles…Entonces nuestra función era dar las recomendaciones a Emgesa…, identificar en las canteras posibles para uso de materiales".* Por último, el señor Stopponi describe así la cuestión: se presentaron problemas "*porque los materiales que se encontraron no respondían completamente a lo que estaba previsto en la base de los documentos contractuales como la roca que había que utilizarse para alguna parte de la estructura y algunos materiales de algunas canteras que no eran los que estaban previstos".*

327. Estas declaraciones, ratificadas por varios de los documentos que también aparecen en el expediente, permiten dar respuesta a cuatro cuestiones que suscita el caso planteado por las partes del proceso, en tanto queda claro, como al principio se anotó, que era EMGESA con la asesoría de Ingetec, la encargada de escoger las fuentes de material y obtener las licencias para la exploración y explotación de las mismas. Igualmente, que Ingetec, y por supuesto EMGESA, incurrieron en un error al seleccionar, sin investigación suficiente la cantera Gualanday, y proceder a hacer la licitación incluyendo la construcción del enrocado de protección del talud aguas abajo de la presa "*con bloques angulares de material derivado de la formación Gualanday".*

328. También está claro que, con ocasión del problema que se presentó, EMGESA optó por solucionarlo cambiando el material de la cantera Gualanday por "*grava aluvial gruesa" "con tamaño mayor a 3'",* adquirida de las canteras de Masseq. Cambio este que aparejó la modificación de las características del material, como lo afirma

el señor Salari[78] y lo confirman Luis Salvador Bustamante Pineda[79], Francesco Stopponi[80], Rafael Basso y Ulrich Hegg[81], porque mientras que el material Gualanday era

78 Dijo el representante de Grupo ICT II: *"SR. SALARI: En la zona 3D dice gravas aluviales, gravas aluviales, es grava, grava, nada más. O sea, que modificó de roca de la formación Gualanday a grava. Grava le comentaba hace un momento que es el material de depósito aluvial que está compuesto por material fino, desde limos muy finos a arenas finas, arena más gruesa y piedras de grava redondeada siempre todo lo que es aluvial normalmente es redondeado, no, gravas de distinto tamaño desde el tamaño de una nuez, digamos de una pulgada hasta 20, 25 pulgadas aproximadamente. (…)*
SR. SALARI: … Señalo que nosotros obviamente este diseño lo objetamos fuertemente porque poner grava sola, como lo expliqué antes, significa meter un material absolutamente erosionable, fácil de erosionar, totalmente erosionable con una lluvia hasta lluvias casi normales." Págs. 68 y 69 de la transcripción de esta declaración.

79 Señaló el testigo: *"SR. BUSTAMANTE: Si el material para el enrocado estaba previsto que fuera un material de una formación que se llamaba gualanday y debería tener unas características de tamaño y resistencia a la intemperie y lo que ocurrió fue que las rocas que se encontraron no eran resistentes a la intemperie, entonces al estar expuestas al oxígeno ella se descomponía, entonces al descomponerse era lógico que no daban ninguna garantía, ese fue el problema fundamental que se encontró con el material, pues el problema propio del material fue ese.*
Ahora eso originó que hubiera otro problema ya es constructivamente y había que conseguir un material que reemplazara a ese material de origen gualanday ahí fue donde se optó por conseguir el material que hace un momento les comentaba que era el de Masec que es un material aluvial, se hizo un contrato de suministro con esa empresa que fue quien se encargó de suministrarlo todo y fue depositado en una zona que se les asignó para que allí los lo retirara el consorcio para su colocación, eso también conllevó digamos a unos cambios en la distribución de las capas, del tipo de material hubo algunos cambios que hacer para ajustarse con lo que realmente podía existir eso fue lo que ocurrió". Pág. 6 de la transcripción de la declaración.

80 Manifestó el declarante: *"SR. STOPPONI: [00:22:10] Antes que todo, la cantidad de material. En el momento en que empezamos a trabajar seguramente no había la cantidad necesaria de material prevista para construir toda la presa. Entonces, fue necesario ir casi seleccionando los materiales de manera de poderlo utilizar en la varias etapas, en la varias tipologías que necesitaba la presa porque no había material suficiente en las canteras que Emgesa tenía licenciadas, ese fue el problema, digamos, más grave. Después vino licenciando nuevas Canteras, naturalmente, con otras características, entonces, tocó seleccionar el material diferentemente, clasificarlo y hacer unos trabajos que de pronto no hubiera tenido que hacer si la cantera hubiera estado una sola, definida y de mejor material.*
Después hubo el problema de la roca, como les dije para hacer el espaldón aguas abajo de la presa que preveía un … como los que utilizan en la presa de este tipo que construimos en Sudamérica, en Sogamoso, que son roca que estaba previsto encontrar, sea en las canteras, sean la excavación de los túneles o ya sea en la excavación del vertedero. Mientras no se encontró absolutamente nada, no es que encontraron poquita, no se encontró el tipo de material sea de los túneles, o sea del vertedero, era un material no apto para este tipo de trabajo. Con la voladuras ya este material se partía en bloques relativamente menor de lo esperado y después, una vez llegada la intemperie, este material se deshacía o se volvía a arena, era una arenisca seguramente no consolidada, suficientemente, entonces, no eran rocas. Entonces, esto no se pudo utilizar, por lo tanto, fue necesario buscar una forma alterna para construir el espaldón aguas abajo y también en el interior de la presa, Emgesa fue obligada a cambiar algunas zonas de la presa para adaptar la cantidad de materiales encontrada en las varias canteras a la varias zonas de la presa. No toda la presa estaba hecha de la misma manera, estaba dividida en varias zonas y cada zona tenía su granulometría, su especificaciones y no encontrándose el material tocó variar esta tipología de la zona de la presa …como le digo, con los tiempos que corren, con los programas de obra, con la organización de la obra, con la maquinaria, la disposición de la maquinaria, cambiar en carrera, como se dice algo, no era tan sencillo. Se logró, se hizo la presa, pero realmente esto comportó unos esfuerzos superiores a los que generalmente se pueden necesitar durante la construcción de una obra bien planeada, como era la que teníamos." Pág. 6 de la transcripción de la declaración.

81 Al respecto los peritos señalaron: *"SR. ULRICH: … El contexto del problema, Emgesa a cambiar todo un material angular el enrocado de cual andaraje a un material aluvionable, el problema … obviamente, es el cambio del material. (...)*
SR. BASSO: El factor de forma consideramos que es el principal. Otros factores pueden ser secundarios si lo comparamos un material de forma redondeada con un material de forma angular y ambos están, tiene las mismas propiedades de porosidad, de resistencia, de densidad, claro que el material redondeado tiende o tiene menor resistencia. Por lo tanto, lo que queremos decir acá es que la forma de los elementos como que afecta significativamente la resistencia. Entonces es, digamos, la principal causa, digamos así, relacionado a la resistencia.

un *"material angular",* el últimamente seleccionado era "*un material redondeado", "bolos",* como lo llaman algunos de los declarantes.

329. Sin embargo, este cambio de material si bien es cierto se reflejó en unos cambios de diseño en cuanto al material mismo concierne (hubo seis modificaciones), no conllevó un cambio de diseño respecto del procedimiento constructivo del enrocado de protección del talud aguas abajo de la presa, como era de rigor, según lo dictaminan los peritos de Lombardi, quienes explican que, "*si se cambian las características físicas de los materiales, sea por naturaleza o por colocación, estos presentan diferentes parámetros de cálculo y su comportamiento será distinto a lo previsto inicialmente. Por esta razón, el diseño y las especificaciones técnicas de construcción deben ser ajustadas para que la estructura cumpla con las mismas condiciones de seguridad y funcionamiento inicialmente previstas"*. Es así, agregan los peritos, que, "*para que los taludes de los rellenos sean estables, estos deben ser diseñados con una inclinación compatible con las propiedades de resistencia de los materiales que los constituyen. Si las propiedades de resistencia de los materiales son inferiores a lo considerado en el diseño inicial, la inclinación del talud debe ser ajustada para atender a las condiciones de seguridad establecidas, de lo contrario, el talud se vuelve inestable, lo cual producirá una rotura o deslizamiento de masa".* [82]

330. El ingeniero Jorge René Núñez respondiendo una pregunta del apoderado de AXA COLPATRIA, fue claro al manifestar que el cambio de material que se utilizó para la zona de protección del espaldón aguas abajo no conllevó variaciones de la geometría de la presa. *"No, claro que no, ni tampoco de las especificaciones técnicas de obtención de transporte y colocación y compactación tampoco",* fue su enfática respuesta.

331. Criterio técnico que comparten los peritos de FEC SURAMERICA S.A.S., quienes son claros al manifestar que al cambiarse el material debió modificarse la geometría de la presa, "*pero entiendo* – dice el perito Turizo-*, que hay comunicaciones de Emgesa en donde dice que no se puede hacer cambios a la geometría porque va a*

(…)
SR. BASSO: No, ahí una cosa es la calidad de material para permitir, digámoslo así, producir bloques, que es la formación Gualanday. Entonces, al momento de procesar este material de la formación Gualanday para intentar obtener los bloques debida calidad de la roca de origen no produce bloques en cantidad suficiente para ser utilizado como material de protección, por lo tanto, de no haber escasez de este tipo de material de cantera o material de formación de cantera, digamos así, bloques. No haber esto, entonces Emgesa trata de cambiar a un material de origen de gravas redondeadas que cuando utilizado, cuando como relleno, como material de protección presenta menor resistencia. Sea como resistencia es de menor calidad el material de gravas." Págs. 28 y 34 de la transcripción de la declaración.

82 11 122485 PRUEBAS NO. 1 DICTAMENES RAFAEL BASSO Y ULRICH WERNER HEGG APORTADOS CONSORCIO IOHL FOLIO 134. El Quimbo - Dictamen técnico. Pág. 11.

afectar los dos parámetros más importantes de un proyecto de esta magnitud, que sería el cronograma de la construcción y el costo de la construcción. Es decir, el cambiar la geometría que sería hacerla menos inclinada, hubiera tenido…donde está la base de la presa ser más ancha y el volumen de material ser mayor, pero como dijo Santiago, no podía hacerlo más ancho porque tenían la casa de máquinas en el pie, al borde la represa del muro, entonces era muy tarde para hacer los cambios". Para complementar, afirma el perito Unigarro, "*incluso esa pendiente no se modificó desde los planos de licitación, que era algo importante de tener en cuenta".*

332. El ingeniero Jorge René Núñez Fajre, se refiere a "*un cambio de diseño" "debido a la falencia del material de enrocado que era originalmente previsto",* así como a otros cambios de diseño que en este tipo de obra "*son resultado de la dinámica propia que tiene el mismo diseño original",* pero de ningún modo menciona un cambio de técnica ingenieril relacionado con el enrocado de protección derivado del material Gualanday, de conformación angular, por el material de grava aluvial, de forma redondeada.

333. Francesco Stopponi, luego de relatar lo concerniente a la vicisitud del material, porque el *"previsto en la oferta nunca fue posible encontrarlo",* manifiesta que "*tocó que utilizar un material que nos causó muchos problemas porque era un material diferente con un diseño no adecuado, entonces esto provocó graves problemas al talud del agua de la presa…".* El problema más grave, agrega el declarante, fue "*con la cantidad de material prevista para construir la presa…no había material suficiente en la cantera que Emgesa seleccionó… Después vino licenciando nuevas canteras naturalmente con otras características, entonces tocó seleccionar el material diferentemente, clasificarlo y hacer unos trabajos que de pronto no hubiera tenido que hacer si la cantera hubiera estado una sola definida y de mejor material … Después hubo el problema de la roca … Con las voladuras ya este material se partía en bloques relativamente menor de lo esperado y después, una vez llegaba a la intemperie, este material se deshacía o se volvía arena, era una arenisca … no eran rocas. Entonces, esto no se pudo utilizar, por lo tanto fue necesario buscar una forma alterna para construir el espaldón aguas abajo y también en el interior de la presa. Emgesa fue obligada a cambiar algunas zonas de la presa para adaptar la cantidad de materiales encontradas en las varias canteras a las varias zonas de la presa. No toda la presa estaba hecha de la misma manera, estaba dividida en varias zonas y cada zona tenía su granulometría, sus especificaciones y no encontrándose el material tocó variar esa tipología de la zona de la presa".*

334. Lo expuesto por el ingeniero Stopponi, quien remata diciendo que "*los planos … tuvieron que adaptarse a la disponibilidad de ciertos materiales que se encontraban, entonces, lo que me parece increíble es que al final se cambió el material y no se*

cambiaron los diseños, por lo menos en lo que se refiere a nosotros …", pone de manifiesto la necesidad técnica de modificar los diseños con el fin de ajustarlos al material de grava aluvial grande, de forma redondeada, con el que a la postre se construyó el enrocado de protección del talud aguas abajo de la presa, porque como lo predican los peritos atrás citados, el diseño y las especificaciones técnicas de construcción deben adecuarse a las características del material utilizado.

335. De algún modo el testigo Camilo Marulanda Escobar, Gerente Técnico de Ingetec, confirma lo dicho por el constructor Stopponi, porque al preguntársele si los diseños fueron modificados por el cambio del material, respondió que, *"más que modificaciones"*, lo que se hizo fue *"ir optimizando eso … ir haciendo unos ajustes que permitieran no perder o no retrasar al contratista, seguir con el programa de construcción. Pero efectivamente se hicieron ajustes …, por ejemplo, consecuencias de la sección final que se terminó, me refiero, antes del perfilado se generaron temas, por ejemplo, que el muro Parapeto de aguas abajo, que estaba quedando así donde estaba en la sección original cuando se planteó en obra, estaba quedando sobre el material que estaba teniendo problemas de estabilidad y de deformación, se hicieron cambios de diseño en ese sentido de poderlo meter hacia o moverlo hacía aguas arriba para poder cimentar sobre un material que diera más tranquilidad"*.

336. Como puede notarse en el dicho del señor Marulanda, la regla general fue el no cambio de diseños, ya que, como él manifiesta, lo que se hizo fueron "*ajustes"* de "*optimización",* pues el único cambio de diseños que menciona fue a posteriori, en la "*sección final" "antes del perfilado",* cuando narra el desfase del "*muro parapeto".*

337. El ingeniero Perri, al comentar el cambio del ancho de protección que pasó de 4 metros a un talud de 2.2 metros de la zona 3C y 1.8 metros de la zona 3C gruesa, antes que hablar de un cambio de diseño dispuesto por el encargado de esta tarea (Ingetec), afirma que esto fue fruto de un acuerdo entre las partes. Manifiesta que este cambio se debió *"a las dificultades que tenía el CIO de encontrar suficiente material grueso … las partes acuerdan que esa va a ser la condición en que se va a construir esta parte del enrocado de protección, en esas partes se indica que se cambian los anchos y que se acuerdan los materiales, más no se cambian los métodos de compactación …"*.

338. Seguidamente, preguntado por si el cambio se debió a error en el diseño, el perito informa que en *"los planos de licitación se había propuesto que el enrocado de protección fuera de Gualanday, luego este se cambió y eventualmente se cambió a material aluvial, en mayo de 2013 se emitieron los planos válidos para construcción No. 5, en los cuales ya se indica que el ancho del espaldón aguas abajo va a ser de 4*

metros de espesor y que va a ser construido en material aluvial grueso, entonces el cambio inicial de Gualanday a material aluvial ocurrió debido a que había deficiencias en el diseño, y eso es lo que indico yo claramente en mis informes. El material, no había suficiente material Gualanday adecuado para construir un enrocado de protección, sucesivamente, luego de que se corrigió ese error inicial, se pasó a un diseño en el cual el enrocado de protección iba a ser construido a través de material aluvial, aquí, ya en el momento en que se cambia a material aluvial, ya el error de diseño inicial ha sido sorteado, y entonces el cambio que se realizó luego de 4 metros a 2.2 más 1.8, no es debido a un error inicial de diseño, sino debido a que se desperdició gran parte del material grueso en la parte interior de la presa por parte del CIO".

339. El examen de las pruebas últimamente referidas, permite ratificar que el único cambio que al diseño original se le introdujo fue el relacionado con la modificación del material con el cual se iba a hacer el enrocado de protección, como lo muestran los seis cambios que antes se mencionaron, pero sin que por ninguna parte aparezca algún cambio concerniente a la estructura misma de la obra del espaldón, o a su método constructivo, porque mientras que el problema del material se presentó inicialmente, el cambio de diseño que menciona el testigo Marulanda ocurrió antes de adelantar el trabajo de reperfilado, o sea al final de la obra, y las variaciones en la franja del enrocado que menciona el perito Perri fueron consecuencia del mutuo consenso de las partes, quienes así deciden que esa va a ser la forma como "*se va a construir esta parte del enrocado de protección".*

340. Solamente dos de los declarantes hacen referencia a cambios en los diseños, siendo ellos Luis Salvador Bustamante Pineda, quien manifiesta que por los problemas con el material, "*hubo cambios en los diseños y así se le presentaron al contratista para que los ejecutara, de acuerdo con eso …".* Luego añadió que, *"la geometría de la cara de aguas abajo fue diferente a la que estaba prevista en los planos y en planos la geometría era un poco enfocada en llegar a un ancho de la cresta de la presa y así como se estaba ejecutando la cresta iba a ser mucho más estrecha de lo que se tenía previsto".* El otro testigo que hace comentarios sobre "*modificaciones de diseño"* es el ingeniero Ricardo Emilio Riveros Puratic, Jefe de Ingeniería del Proyecto El Quimbo, cuando expresa que *"… por la falta de material se adecuó el diseño, ya, se ajustó para poder cumplir con los requerimientos de seguridad y de diseño y estándar que se requiere para este tipo de proyecto".*

341. Empero, de estas declaraciones no se puede inferir un cambio específico del diseño que estuviera definitivamente determinado por el cambio de material, por cuanto uno y otro testigo cuando abordan este tema lo hacen de manera general, sin las singu-

laridades o particularidades necesarias para saber concretamente de que están hablando, además de que sus dichos de algún modo resultan contrarios a las exposiciones del señor Marulanda Escobar y del ingeniero Perri, quienes en sus condiciones de diseñador y perito de parte, descartan modificaciones esenciales de los diseños que hubiesen sido consecuencia directa y obligada por el cambio del material Gualanday por el de grava aluvial gruesa. Pero, además, lo dicho por el ingeniero Bustamante, no es otra cosa que la adecuación relacionada con el muro parapeto a la cual se refirió el ingeniero Marulanda Escobar, Gerente Técnico de Ingetec, quien explicó, como anteriormente se anotó, que antes de hacer el *"perfilado"* (obra original que hubo de ser corregida con el *"reperfilado"*), se tuvieron que hacer *"ajustes"* de diseño porque el muro parapeto *"estaba quedando sobre el material que estaba teniendo problemas de estabilidad y deformación"*, porque la cresta estaba quedando más estrecha, conforme a lo manifestado por el señor Bustamante.

342. La permanencia del diseño inicialmente concebido en torno a los parámetros ofrecidos por el material Gualanday la deja perfectamente elucidada el ingeniero Perri, cuando al referirse a los cambios acordados con motivo de las dificultades que el Consorcio tenía con el material, manifiesta "*que se acuerdan los materiales, más no se cambian los métodos de compactación…",* es decir, que estos continuaban siendo mediante la utilización de un rodillo vibratorio de 15 toneladas, como inicialmente se había previsto.

343. Punto este último donde brota otra de las quejas propuestas por la parte Convocante, porque a pesar de los acuerdos de los cuales habla el ingeniero Perri, que incluyen la no modificación del método de compactación, porque como ha quedado explicado tampoco hubo cambios fundamentales en los diseños, derivados consecuentemente del cambio de material, lo cierto es que el Consorcio, según lo argumenta la parte Convocante, no aplicó el método que contractualmente se encontraba establecido, sino que en su lugar usó como maquinaria una retroexcavadora apisonando el material con la cuchara de la misma, radicando en la utilización de este procedimiento una de las grandes controversias que se proponen en el proceso, porque EMGESA considera que la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la presa es la razón por la cual se originó su deterioro y la necesidad de su posterior reparación y reperfilamiento. En otras palabras, para la Convocante fue "*la falta de compactación",* según el dictamen de Exponent, la causa del mencionado deterioro, pues el método utilizado no satisfizo la exigencia contractual.

344. Desde luego que el Consorcio afirma que, en cuanto a los problemas derivados del material, en ninguna conducta negligente incurrió porque siempre estuvo atento a la revisión y corrección de los Planos de Diseño, y así se lo advirtió a EMGESA, según

lo comenta el ingeniero Jorge Núñez, reconocido funcionario de EMGESA en la Obra, pero sin que se conozca la razón de la respuesta definitiva de la Contratante. Nosotros -dice- "*seguimos construyendo sobre los planos válidos mientras eso no era cambiado. Esa era la ley para nosotros en términos de especificación y planos".* Dicho este que confirma el ingeniero Riveros, también vinculado a la Obra por parte de EMGESA.

345. Como lo hace ver el Consorcio en su alegato final, varias comunicaciones remitió a EMGESA advirtiéndole las deficiencias del material seleccionado y el inconveniente de su utilización en los rellenos de la presa, así como la inidoneidad de las gravas aluviales para ser empleadas como enrocado de protección, además de recomendarle adoptar correctivos en la matriz original (comunicaciones de 10 de marzo de 2012, 17 de abril de 2012, 11 de enero de 2013, 18 de febrero de 2013, 13 de junio de 2013, entre muchas más). Específicamente la comunicación de 17 de abril de 2012, cuestiona, dados los problemas del material, lo originalmente diseñado, y fue después de otras repetidas comunicaciones cuando EMGESA empezó a tomar medidas, en todo caso insuficientes, como aquellas que instruyeron al Consorcio para que "*optimizando el diseño actual" y "aprovechando los materiales existentes que poseen características adecuadas para la protección del talud",* empleara en la zona de protección gravas aluviales predominantemente gruesas y dividiera esta zona de protección de 4 metros en dos franjas, una de 2.2 metros, interior, y otra exterior de 1.8 metros. Con todo, el Consorcio siguió advirtiendo de las fallas de los diseños originales, tal como lo hizo en comunicación de 12 de mayo de 2014 y otras siguientes.

346. Como conclusiones de lo anteriormente examinado, debe afirmarse sin dubitación alguna, que EMGESA a pesar de haber dispuesto el cambio del material originalmente previsto (Gualanday de forma angular) por el material de grava aluvial de forma redondeada, como consecuencia de los defectos que el primero presentó, dado el error de selección que la Convocante cometió (error de diseño lo llama Exponent), en manera alguna tomó la decisión de cambiar la geometría de la presa, particularmente en relación con la construcción del enrocado, porque como ha quedado visto la inclinación del talud no sufrió ninguna variación, como tampoco el método de compactación, que a decir verdad eran factores fundamentales en la construcción del enrocado de protección del espaldón del talud aguas abajo de la presa.

E.1.2. La compactación

347. En torno a lo expuesto precedentemente, el orden de ideas conduce al examen de lo contractualmente establecido con respecto al método de compactación, así como a verificar la aplicación que del mismo hizo el Consorcio.

348. Antes se había dejado anotado que el Contrato CEQ-21 estipulaba, como procedimiento de compactación del enrocado de protección del talud aguas abajo de la presa, la utilización de un rodillo vibratorio de 15 toneladas que debía pasarse seis veces, y que el Contratista en vez de este método usó una máquina retroexcavadora apisonando con la cuchara de esta el material que allí se había colocado.

349. El Consorcio demandado al contestar el hecho 26 de la demanda reformada, referente a que la causa de los problemas presentados con la presa estriba en que el Contratista "*no realizó un adecuada elección, tamizaje, colocación y compactación del material con el que se contaba",* no entra a controvertir el sistema utilizado para la compactación, sino que imputa las supuestas inestabilidades presentadas a la calidad del material con que se construyó el enrocado de protección, negando por lo demás haber incurrido en "*cualquier déficit constructivo",* y por ende haber cumplido con las especificaciones técnicas en cuanto a los ítems que la demandante dice fueron desconocidos. Adicionalmente expresa que "*tanto Ingetec como Emgesa eran los responsables de controlar en detalle cómo se realizaba dicho procedimiento, la manera de disponer los materiales, el espesor de cada capa, la cantidad de agua a colocar, e incluso, cuantas pasadas se debían efectuar con el equipo especificado para la compactación".*

350. Por lo tanto, atendiendo el contenido de la respuesta de las Convocadas, cabe dejar por averiguado que la técnica usada para la compactación fue la que la demandante detalla en su libelo, o sea la de la máquina retroexcavadora utilizando la cuchara de la misma como mecánica de apisonamiento.

351. Este procedimiento para hacer la "*compactación"* es el identificado y explicado por distintos medios de prueba, recogidos a solicitud tanto de la Convocante como de las opositoras, quienes además exponen razones justificativas del mismo, así:

    a. Los peritos de FEC SURAMERICA S.A.S. expresan: "*pues el material en estado suelto para la franja de cuatro metros de ancho medidos horizontalmente, difícilmente soportarían un equipo de 15 toneladas".* Por su parte, el ingeniero Nanclares, integrante de este grupo de expertos, explica así la dificultad: "*El problema de los materiales colocados en la protección del talud de aguas abajo era que la*

fricción o el ángulo de reposo de esos materiales era inferior a la inclinación del talud, entonces, ningún equipo podía ser utilizado de manera confiable en compactar ese material".

b. Jorge René Núñez Fajre, funcionario de Endesa, manifiesta que el procedimiento de compactar especificado no se pudo cumplir porque la práctica que el Contratista aplicó en la construcción del espaldón "*no es un procedimiento adecuado", y "a raíz de eso a mi juicio es que ese material se hizo imposible de compactar a criterio de la empresa contratista alegando riesgos innecesarios de cumplir, no obstante se siguió subiendo sin buscar una solución en términos de compactación que estaba especificada…".*

c. José María Pérez Lasheras, representante de OHL, acepta sin duda el cambio del procedimiento de compactación cuando manifiesta: "*Bueno, pues el método inicialmente previsto era por rodillo vibrante, pero se propuso en ese método de compactación por el caso de una retro y fue aprobado por Emgesa…".* Este cambio "*se debió a que la zona de compactación inicial era superior a 2 metros, si no me equivoco, y esto se podría hacer por rodillo vibrante, pero como cambió el ancho a 1.8 metros no se podía hacer con este tipo de rodillo y se propuso una alternativa, vuelvo a repetir, aprobada por cualquier sistema internacional de construcción de presa … Eso debido, entre otras cosas, es que la zona esa estaba previsto inicialmente colocar material gualanday y el material que se estaba encontrando en la obra no era válido, era de mala calidad y porque por la lluvia se deshacía y este material, vuelvo a repetir, la obligación de aportar este material…era de Emgesa. Emgesa lo que hizo fue cambiar, cambió el diseño en lugar de colocar material aluvial y para ese material y teniendo en cuenta la pendiente promedio, que era, sino me equivoco de 1.0, 1.6 con 1.0, pues el método de compactación, el único posible era el que se propuso por parte del Cio y el que aprobó Emgesa".*

d. Francesco Stopponi, representante legal del Consorcio, al explicar la compactación dijo que se trataba "*de un material sin fino, imposible de compactar con los medios tradicionales, así que lo que se hacía era que se regaba el material, se le pasaba lo más cerca posible con la oruga de la excavadora porque la excavadora por la distribución de los pesos que tiene se puede acercar un poquito más a los bordes de los taludes, con un rodillo era imposible y con la cuchara de la retro se le trataba de conformar y darle como apisonado, pero el material sin finos no puede compactar".*

e. A su vez, el testigo Ricardo Emilio Riveros Puratic, Jefe de ingeniería del proyecto El Quimbo como funcionario de EMGESA, expresó: "*Con respecto al tema específico del espaldón de aguas abajo de la presa … la compactación, no se estaba ejecutando como lo establecían las especificaciones".* Seguidamente, explicando el sistema de compactación manifestó: "*Uno lo que debe entregar es una energía de compactación, yo pude haber dicho alrededor de 15 toneladas para un rodillo, pero en realidad también lo que se mencionaba, que tenía que cumplir un cierto tonelaje por metro, si, él me debía cumplir, a mí no me sirve un rodillo de 15 toneladas que tenga 10 metros de ancho, que es distinto que un rodillo de 15 toneladas con 3 metros de ancho … al no compactar adecuadamente con la energía necesaria para poder generar un reacomodo de las partículas genera un material que está suelto, genera un material que no se compacta como estaba pensado…".* A continuación, dijo el testigo: "*… lo que recuerdo es que era un ancho muy pequeño para poder compactar, pero él tenía todas las facultades para proponer soluciones, para proponer una idea de cómo hacerlo o cambiar de equipo y buscar un equipo que tuviera una energía de compactación equivalente al de 15 toneladas, o extender una capa más grande o poner tres capas distintas y conectarlas todas de una sola vez, que también se podía, pero él no presentó nunca".*

f. Camilo Marulanda Escobar de la empresa diseñadora dijo de la compactación: "*El contratista … argumentaba que ese material no era, no se podía compactar, que se tenía que simplemente poner con la pala … se le enfatizó varias veces durante la construcción que se beneficiaba de algunos sectores, en algunos momentos los pudo compactar y quedaba en las características que estaba recomendado … y que estaba especificado, pero el elemento principal es que estaba poniendo unos materiales sin pasarle el rodillo de compactación y por ende no estaba generando una trabazón y una estructura que permitiera mantener la estabilidad del talud, este diseño plasmado".*

g. El perito Ulrich Hegg, explicando la función del rodillo vibratorio como máquina compactadora, dice que "*hay dos aspectos, uno, ambos son importantes, uno es el peso del rodillo y el otro es la vibración. Materiales granulares se compactan, por un lado por el peso del rodillo y, del otro, la vibración introduce un entrelazo, se puede decir entrelaza, se compenetran más fácilmente los elementos, los granos cuando los vibro". "La compenetración lleva a un aumento de la densidad".* Dice que para la compactación son necesarias varias pasadas, "*porque la acción del rodillo es pasajera".*

h. Preguntado el ingeniero Hegg sobre si la compactación apisonando el material con la cuchara de una retroexcavadora sería adecuada, dijo: "*Pienso que es necesario ponerlo en contexto, porque una respuesta general no tiene valor. Cuando hasta ahora hablamos del tamaño y de la densidad, hablamos poco hasta ahora de la forma de los elementos; la forma es un aspecto también importante, si usted tiene bolas perfectas, toma bolas de ping pong y las pone en una caja, se despliegan, se disponen en el estado por vía natural, se disponen en el estado de denso máximo, no se puede lograr una compenetración mayor porque son perfectas, tienen una fricción baja, los elementos son redondos, las formas perfectas, se disponen por vía natural en el estado más denso, sin compactación, sin apisonamiento, nada… Entonces depende muchísimo de la forma de los fragmentos, formas angulares no se comportan de la misma manera, usando un rodillo o un apisonado, el rodillo seguramente logra un efecto más eficaz, porque tiene una fricción interna, el material, un elemento se pega a lo otro y la vibración y el peso del rodillo logran compactarlo, el material redondeado se puede apisonar y se logra una compactación muy similar, no es perfecto. La esfera no son esferas perfectas, pero se logra una compactación, similar entre el rodillo y el apasionado del material". "…la falta de material provocó un cambio de material angular a un material redondo. Entonces el tema es esto, para nosotros no se podía compactar, es físicamente imposible … No se podía compactar, esta es la realidad".* Pese a que el señor Hegg afirma que el método practicado por el CIO pudiera lograr una *"compactación muy similar"* a la del rodillo, su dicho no se puede comprender sino bajo el *"contexto"* que él plantea, del cual surge, sin duda, que *"el rodillo logra un efecto más eficaz"*.

i. Así mismo, el ingeniero Carlos Andrés Turizo de FEC SURAMERICA S.A.S., al comparar el método del rodillo vibratorio previsto en las especificaciones con el de la retroexcavadora, además de indicar que este último "*es un sistema distinto",* estima que *"no traslada la misma energía",* o sea que es menos eficiente.

j. Preguntados los expertos de la firma Lombardi, sobre la viabilidad de utilizar en el sitio un rodillo vibratorio como instrumento de compactación, respondieron: "*Si allá estamos en un estado de equilibrio límite, entonces, y eso se evidencia en terreno con los desprendimientos que ocurren, que ocurrían durante el proceso de colocación del material, este ya está en un estado de equilibrio limite, se está empezando a desprender una carga adicional ahí vibrando. Obviamente que eso trataría de que podría derrumbarse el rodillo, no aguanta esta presión adicional por encima … el excavador tiene un peso específico muy bajo, el caterpilar y la máquina, las orugas son muy anchas"* (Ulrich Hegg). "*La vibración también es*

una carga adicional …la excavadora… tiene una carga pequeña y cuidadosamente la puede acercar, pero normalmente hay desprendimientos, tratar de apisonar es un trabajo muy delicado" (Rafael Basso). "*Un rodillo no se puede colocar sobre un talud de este tipo".* Existen dos razones: "*una, que el material se desprende…segundo… es por la seguridad, obviamente los operadores no se van a meter a un borde de talud…en el proyecto original lo de la licitación de Ingetec preveía una zona tres de la zona exterior, aguas abajo bastante ancha…y en esta zona ancha era seguro compactar con el rodillo prescrito…Entonces el concepto según ellos era un poco diferente, en la zona amplia compactada y era posible formar un enrocado con el sobre tamaño como se hace en todo el mundo…"* (Ulrich Hegg).

k. El ingeniero Perri informó que el ancho del rodillo de 15 toneladas previsto en las especificaciones del contrato es "*2.13 metros".* Así mismo, comenta que "*…hay algunas partes que se compactaron y otras que no y los deslizamientos ocurrieron periódicamente".*

352. Efectuada la valoración en conjunto de los medios de prueba que han quedado examinados, sin duda se puede afirmar que el Contratista se separó del procedimiento constructivo que en materia de compactación había quedado especificado en el Contrato CEQ-21, pues en vez de utilizar alguno de los rodillos vibratorios que habían quedado señalados, acudió a la máquina retroexcavadora antes mencionada.

353. En efecto, en el numeral 5.12.07 de las Especificaciones Técnicas, establece el régimen de "*COMPACTACIÓN"* en distintos subnumerales, de los cuales se destaca lo siguiente en cuanto al caso concierne:

i) "*Los materiales que a juicio de EMGESA no puedan ser compactados adecuadamente con los compactadores especificados, por razón de las limitaciones de espacio o por cualquier otra razón, deberán ser compactados con los compactadores especiales especificados para este tipo de trabajo"* (número 5.12.07.01).

ii) "*El contratista deberá suministrar equipo de compactación que cumpla con los requisitos aquí especificados"* (número 5.12.07.02).

iii) "*El contratista deberá estar en capacidad de usar los equipos de compactación aquí especificados simultáneamente en cualquier momento durante la colocación del relleno de las diferentes zonas de la presa, dique auxiliar y obras asociadas y el número de equipos de compactación de cada tipo deberá ser suficiente para compactar las cantidades de material requeridas, teniendo en cuenta las épocas de*

trabajo y los rendimientos requeridos para completar la obra dentro de los plazos y períodos establecidos en el Contrato" (número 5.12.07.02).

iv) "*Al contratista se le permitirá usar equipo diferente al aquí especificado siempre y cuando demuestre a EMGESA que tal equipo compactará los materiales de relleno a una densidad no menor que aquella que se lograría con el equipo especificado, y también que el material cumpla con los requisitos de granulometría especificados después de la compactación. Si El Contratista desea usar un equipo alterno de compactación deberá entregar a EMGESA para su aprobación las especificaciones técnicas y detalles completos de tal equipo, los métodos propuestos para su utilización, y el uso previo que de él haya hecho en trabajos similares. También deberá establecer que ventajas se obtendrían al emplear el equipo propuesto"* (número 5.12.07.02).

v) "*El Contratista deberá suministrar y usar los tipos de compactadores que se especifican más adelante" (*número 5.12.07.02).

vi) "*Los compactadores vibratorios deberán ser rodillos lisos de acero, equipados con un artefacto apropiado para limpieza con el fin de evitar la acumulación de material en el rodillo durante la compactación. Cada rodillo de los compactadores vibratorios deberá tener un peso estático total no inferior a 5T por metro de ancho del rodillo y por lo menos el 90% de este peso deberá ser transmitido al terreno a través del rodillo cuando el compactador repose en una superficie nivelada y este enganchado al equipo que lo hala, en caso de no ser autopropulsado…"* (número 5.12.07.03).

vii) "*La frecuencia de vibración de los rodillos durante la operación de compactación no deberá ser menor de 1000 vibraciones por minuto, ni mayor a 2000 vibraciones por minuto…" (*número 5.12.07.03).

viii) "*Los compactadores especiales podrán ser pisos neumáticos manuales de tipo pesado, compactadores cilíndricos pequeños, compactadores vibratorios de operación manual o cualquier otro equipo de compactación aprobado por EMGESA que no se haya especificado en las presentes especificaciones"* (número 5.12.07.04).

ix) "*Los compactadores especiales deberán ser capaces de producir las densidades especificadas en el material de relleno con un número razonable de pasadas o aplicaciones. Cuando se utilicen camiones cargados para compactar los sitios de-*

signados por EMGESA, estos camiones deberán estar cargados con el peso indicado por EMGESA y con una presión en las llantas de 5.5 a 7.0 kilogramos por centímetro cuadrado" (número 5.12.07.04).

x) "*Los pisones neumáticos manuales deberán emplearse en los sitios de difícil acceso y deberán operar con una frecuencia que no desplace ni altere el material ya compactado (número 5.12.07.04).*

*xi) "Los compactadores vibratorios de operación manual podrán ser de rodillo o de placa. Estos compactadores deberán tener un peso estático total menor de 1.250 kilogramos" (*número 5.12.07.04).

xii) "*El Contratista deberá tener disponible el número suficiente de compactadores especiales que le permita compactar las áreas inaccesibles para el equipo de compactación especial cerca a los estribos, y a las paredes de las trincheras, así como también, los rellenos misceláneos para la instrumentación, sin interferir con el avance del relleno de la presa"* (número 5.12.07.04).

xiii) Tratando la compactación de las zonas 3C y 3D de la presa, dice la especificación: "*Después de colocar, extender y humedecer, si fuere necesario, una capa de relleno de cualquiera de las zonas 3B, 3C y 3D según lo indicado en la presente sección, dicha capa deberá ser compactada en toda superficie horizontal con el número de pasadas especificado. Las zonas adyacentes a la fundación de roca se deberá compactar con este mismo compactador en la forma y con el número de pasadas indicados por EMGESA"* (número 5.12.07.04).

xiv) "*La aprobación por parte de EMGESA del uso del equipo de compactación especificado o de un equipo alterno estará condicionada a la construcción por y a cuenta de El Contratista de terraplenes de prueba que simulen las condiciones normales de construcción, usando el equipo y método propuestos para la colocación y compactación del material en los rellenos de la presa…Los terraplenes de prueba se harán de acuerdo con un programa especificado, dirigido y supervisado por EMGESA…"* (número 5.12.07.05).

xv) "*El Contratista deberá construir terraplenes de prueba según lo indicado por EMGESA para determinar las condiciones óptimas de compactación de los materiales y los sistemas más adecuados de compactación con el equipo que El Contratista haya seleccionado según lo establecido en este numeral"* (número 5.12.07.05).

354. Como puede observarse, las especificaciones técnicas que han sido citadas consagran un régimen contractual completo acerca del procedimiento de la compactación, estableciendo la maquinaria con la que esta debía hacerse, las obligaciones que respecto de ella adquiría el Contratista y las razones que justificaban el uso de un equipo diferente, siempre y cuando el mismo fuera aprobado por EMGESA y garantizara un resultado similar al que habría de conseguirse con los compactadores originalmente previstos, lo cual debía ser probado mediante el sistema de terraplenes que dichas normas señalan.

355. De la lectura de estos textos contractuales se obtienen tres irrebatibles conclusiones de gran significado para el estudio del caso: una, que las estipulaciones contractuales de ningún modo establecen como maquinaria y método alterno para llevar a cabo la compactación, la utilización de una retroexcavadora usando como instrumento de apisonamiento la cuchara de la misma; dos, que tal procedimiento en manera alguna producía un resultado igual al que se lograba con el rodillo vibratorio. Así lo dan a entender los ingenieros Hegg y Basso, autores del dictamen de parte del Consorcio, cuando preguntados sobre si el mecanismo de la retroexcavadora era adecuado, admitieron que el procedimiento del "*rodillo" "logra un efecto más eficaz, porque tiene una fricción interna, el material, un elemento se pega a lo otro y la vibración y el peso del rodillo logran compactarlo, el material redondeado se puede apisonar y se logra una compactación muy similar, no es perfecto";* en igual sentido declara el ingeniero Turizo, autor del dictamen de parte aducido por AXA COLPATRIA; la tercera conclusión que surge del análisis es la exigencia que las estipulaciones prevén sobre la aprobación expresa de EMGESA respecto del uso de un equipo de compactación diferente, y por lo tanto del cambio de procedimiento para la realización de la misma; consentimiento expreso que está ausente de la prueba antes transcrita, pues nadie da noticia clara y precisa sobre aquiescencia de tal estilo.

356. A lo sumo, de las pruebas a las que se ha hecho alusión se pudiera extraer que el uso de la retroexcavadora se hizo con conocimiento del Contratante, pero no que este haya admitido de forma expresa que esta era una máquina adecuada para compactar el material redondeado que se ponía como cubrimiento del espaldón, porque como ya ha quedado anotado las especificaciones no la preveían, ni el Inspector jefe la autorizó "*por escrito",* conforme lo exige la cláusula 4.15 de las BAG del Contrato. Sin embargo, lo que sí es dable pensar es en una aceptación tácita del proceder porque, no obstante las inquietudes que al respecto se manifestaron, lo cierto es que el procedimiento se adelantó a ciencia y paciencia de EMGESA, porque el Inspector Jefe nunca hizo ejercicio de las facultades que le otorgaba el contrato, particularmente de la establecida por el literal C) de la cláusula 4.11.1 de las BAG, cuando estatuye que:

> "*el Inspector Jefe durante la ejecución de las Obras podrá ordenar, cada vez que sea necesario lo siguiente:*
>
> *"…*
>
> *"c) la demolición y adecuada reconstrucción, no obstante cualquier prueba o pago provisional ya efectuado, de cualquier parte de las Obras que, en opinión fundada del Inspector Jefe, no hubiera sido ejecutada con los equipos, materiales o calidad de mano de obra estipulados en el Contrato.*
>
> *"En caso de negarse el Contratista a cumplir con dichas órdenes, el Inspector Jefe podrá ordenar la ejecución de estos trabajos con personal del PROPIETARIO o contratar y pagar a terceros para que efectúen dichas demoliciones y reconstrucciones…".*

357. Ahora, con independencia de la forma como pudo haberse manifestado la voluntad de la Convocante, necesario resulta dejar establecido por qué la compactación no se hizo conforme había quedado previsto en las especificaciones.

358. Al respecto, vale tener en cuenta que la cláusula 5.12.07.01 de las Especificaciones Técnicas preveía que los materiales "*no pudieran ser compactados adecuadamente con los compactadores especificados, por razón de las limitaciones de espacio",* como son las alegadas por el Consorcio, quien por lo demás pone de presente los riesgos que tal actividad aparejaría. Empero, aunque se dejara por cierta la circunstancia invocada por el Contratista, lo claro es que era EMGESA la que debía hacer los juicios o calificaciones respectivas para llegar a tal conclusión, como lo declara la misma especificación antes citada. De manera que aunque se admitiera como cierto el hecho que el Contratista propone como justificativo, la verdad es que el juicio por él hecho, no consulta la voluntad contractual de las partes, la cual también aparece desconocida cuando se acude al uso de la máquina retroexcavadora, porque como ya quedó explicado, esta maquinaria no la prevé el Contrato, pues este en la Cláusula antes invocada alude a "*Compactadores especiales",* sin duda alguna de menor tamaño, como lo indica la cláusula 5.12.07.03 de las mismas Especificaciones Técnicas.

359. Conforme a las precedentes explicaciones, lógicamente puede afirmarse que el Consorcio hizo caso omiso del régimen del Contrato CEQ-21 cuando dice haber compactado el enrocado del espaldón aguas abajo de la presa de la manera que se ha venido comentando. Al lado de esta verificación, debe dejarse igualmente averiguado, porque así lo demuestran los diferentes elementos de convicción que obran

en el expediente digital (testimonios de una y otra parte, comunicaciones cruzadas entre las partes, documentos fotográficos y dictámenes periciales), la inestabilidad del enrocado del espaldón, por cuanto se presentaron constantes deslizamientos, que inclusive afectaron la *"caseta de instrumentación"*, como lo manifiestan algunos de los testigos y se observa en algunas de las fotografías allegadas.

360. Que el Consorcio haya utilizado para la compactación una maquinaria no autorizada por el Contrato, y haya acudido a un procedimiento poco eficiente, se torna más grave si se tienen en cuenta las comunicaciones que este remitió a EMGESA en los meses de enero, junio y noviembre de 2013, mostrando su "*preocupación"* por el tipo de material que se iba a utilizar para construir el enrocado de protección del talud, porque según lo advertía, "…*eliminar el enrocado 3D y dejar el talud conformado por solo grava, sin protección, no garantiza que no se produzcan escurrimientos de agua de lluvia, con arrastre de material y consecuentes erosiones"*[83]*,* o como lo anotó en otra de las misivas, "… *la grava natural sin procesar, aún elegida ´predominantemente gruesa´, conforme a las recomendaciones de Emgesa, puede no ser suficientemente permeable para actuar como dren y asegurar que las aguas de lluvia de fuerte intensidad no den lugar a escorrentías con arrastre y/o deslizamientos de material del talud"*[84]*.* De modo que si esas eran las inquietudes técnicas del Consorcio, con mucha mayor razón estaba comprometido a acatar las estipulaciones contractuales con el fin de exonerarse de responsabilidad en el caso de que sus previsiones resultaran ciertas, como en efecto sucedió.

361. Para finalizar con el tema de la compactación que debía ejecutar el Consorcio demandado, y dejar definitivamente constatada la responsabilidad que habrá de deducírseles a las empresas encargadas de esta construcción por no haber atendido las directivas contractuales acerca de la maquinaria y el método que se debía utilizar para obtener el resultado que contractualmente estaba establecido, cabe observar que para llegar a la referida conclusión jurídica, ninguna incidencia tienen las cláusulas del Contrato que las Convocadas integrantes del Consorcio denuncian como abusivas, según dicen porque injustificada e irrazonablemente trasladan al Contratista riesgos desproporcionados que aparejan desequilibrios en la relación contractual, pues la mencionada imputación se finca única y exclusivamente en el demostrado incumplimiento de las obligaciones del Contrato relacionadas con esta parte de la obra a la cual se había comprometido, conforme al análisis probatorio que antecede, que es el que conduce a afirmar que el Contratista simple y sencillamente se

83 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 01 122485 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA INICIAL 01 06 2020 FOLIO 1. 04_Soportes reclamación_espaldon. CIO-PHEQ-CEQ-21-3658-12.

84 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 01 122485 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA INICIAL 01 06 2020 FOLIO 1. 04_Soportes reclamación_espaldon. CIO-PHEQ-CEQ-21-5630-13.

desentendió de las reglas del Contrato, optando por utilizar para el trabajo de compactación una maquinaria que nunca autorizó EMGESA, ni en las estipulaciones originales del convenio, ni posteriormente cuando el mismo estaba ejecutándose, como tampoco se obtuvo autorización "*escrita"*, como lo establecen las cláusulas del Contrato, para acudir al ineficiente método del *"apisonamiento con la cuchara de la retroexcavadora*", como lo informa la prueba.

E.1.3. La causa de los deterioros del enrocado del espaldón

362. La parte Convocante, siguiendo lo dictaminado por Exponent, indica como causa eficiente y necesaria de los defectos presentados en la estructura del enrocado de protección del talud aguas abajo de la presa, la falta de compactación. Concretamente manifiesta: *"durante la construcción del espaldón aguas abajo de la presa el CIO no ejecutó un proceso de compactación adecuado del material depositado, contraviniendo expresamente las Especificaciones Técnicas del Contrato CEQ-21, y constituyéndose ello en la principal causa de la inestabilidad de la obra entregada a EMGESA"*.

363. Al lado de la falta de compactación, EMGESA imputa al Consorcio haber inobservado sus deberes de conducta de conformidad con el Contrato, por el uso inapropiado del material aluvial grueso, puesto que no almacenó y guardó los sobretamaños encontrados; no haber realizado una adecuada gradación del material y no haber observado la geometría de la presa diseñada por Ingetec.

364. Como fácilmente se nota al leer las diferentes imputaciones, todas ellas convergen en la falta de compactación o la realización de un procedimiento por fuera de los cánones contractuales, que en sentir de EMGESA fue la causa determinante de la problemática que presentó el enrocado de protección del espaldón del talud aguas abajo de la presa, que como bien se sabe, es el hecho basilar que la Convocante invoca para darle fundamento a las pretensiones dirigidas contra el Consorcio. De manera que sea que los deslizamientos o resquebrajamientos que presentó el enrocado mencionado, se hayan debido al incumplimiento del Consorcio de la obligación de almacenar los sobretamaños impuesta por la cláusula 5.04.19 de las Especificaciones Técnicas, o por no haberse realizado la adecuada gradación del material, según pudiera observarse en algunas fotografías, o no haberse cumplido con la geometría, lo cierto es que definitivamente, descartada la ocurrencia de una fuerza mayor que por ninguna parte aparece probada, esa problemática que mostró el enrocado de protección del talud hizo notar una deficiencia en el cumplimiento de la obligación de resultado adquirida por el Consorcio, y al fin fue determinante para la causación de algunos de los perjuicios que se reclaman en este proceso.

365. Por su parte, el Consorcio aunque admite haber hecho la "*compactación"* con maquinaria diferente al rodillo vibratorio especificado en el Contrato, atribuye a otras causas los deslizamientos y rodamientos que se presentaron en el enrocado de protección del talud aguas abajo de la presa. Al respecto, se refiere a la mala calidad y a las características del material con el que al fin se hizo el enrocado, y al talud fuertemente inclinado donde debió hacerse el trabajo, explicando lo siguiente:

a. El déficit tanto en la cantidad como en la calidad del material encontrado "*fue el origen de los presuntos problemas",* y determinante de los cambios de materiales y diseños decididos por EMGESA e Ingetec. Fuera del déficit en cantidad, "*el principal problema o inconveniente que se encontró en la obra fue la baja o mala calidad del material de la roca de la formación Gualanday que se obtenía de las canteras 19 y 23 y de las áreas de excavaciones permanentes"* (respuesta al hecho 11 de la demanda reformada). Ante esta situación, EMGESA decidió cambiar el material Gualanday "*por material de gravas aluviales predominantemente gruesas mayor a 3'", decisión totalmente contraria a lo establecido en la cláusula 5.12.03.02 de las E.T….". Fue Emgesa* -se agrega-*, quien decidió el cambio de material para ser empleado para la construcción del enrocado del talud de aguas abajo de la Presa, así como la necesidad de incorporar un mayor porcentaje de formación Gualanday en la zona interna del terraplén de la Presa"* (véase comunicaciones CIO/PHEQ- 21-1970 de 20 de febrero de 2012 y 3999 de 18 de marzo de 2013). En estas comunicaciones, se dice, el Consorcio puso de presente que el material "*no era el adecuado para la construcción del enrocado … ya que no cumplía con las Especificaciones Técnicas y los requerimientos de los Planos de Diseño y de los Planos Válidos para Construir".*

b. Posteriormente el Consorcio acotó que, "*no obstante EMGESA haber dispuesto el cambio de material que iba a utilizarse en el talud, contrariando lo previsto en la especificación Técnica 5.12.03.02", "no modificó el Diseño de la Obra y las E.T. para adecuarlas a las características físicas del nuevo material. En particular, no ajustó la pendiente del talud, ni la metodología o requisitos de compactación para que fueran compatibles con el nuevo material".*

c. La diferencia de características entre el material inicialmente previsto y el luego dispuesto -dice la contestación de la demanda-, salta a la vista, pues el primero "*debía estar constituido por bloques de roca provenientes de las excavaciones de la formación Gualanday de las canteras 23 y 19 y/o de las obras permanentes, los cuales se extraían con el método de las denominadas voladuras con uso de explosivos. Lo anterior, con el fin de obtener bloques irregulares con distintas*

formas y geometría, particularmente con caras semiplanas y ángulos vivos". "En cambio, el nuevo material instruido por Emgesa … procedía de las áreas de préstamo aluviales, constituido por bolas de distintos tamaños, es decir, por piedras de tamaño mucho menor que las anteriores, que han rodado en los ríos, adoptando formas esféricas, abalizadas o redonda, aplanadas". Estos materiales -se anota-, tienen un comportamiento diametralmente distinto, especialmente cuando se colocan en un talud fuertemente inclinado. "*Resulta evidente que un material anguloso, como es la roca obtenida de las excavaciones con voladura, se adapta muy bien a un talud empinado … por cuanto sus caras semiplanas y sus ángulos vivos dan lugar a extensas superficies de apoyo y a una alta resistencia de choque entre bloques. Por el contrario, con el material redondeado … las superficies de apoyo son muy reducidas y las resistencias entre bloques escasa, lo cual conlleva a una marcada tendencia de este a rodarse…",* mucho más en superficie inclinada*. "… Por lo tanto, si se decide reemplazar el primero por el segundo, se debe también ajustar, … el diseño … del talud aguas abajo de la Presa a recubrir…".*

366. Como se puede advertir de lo expuesto por una y otra parte, en este punto la controversia gira en torno a dos tesis: la inestabilidad y deterioro del enrocado ocurrió porque el Consorcio no hizo la compactación conforme al procedimiento contractualmente especificado (posición de la Demandante); o los defectos de la estructura se presentaron por el cambio del material (angular por redondeado), sin que los diseños hubiesen sido ajustados a las características del material aluvial, particularmente en lo relacionado con la pendiente del talud, que era demasiado inclinada, y el método de compactación (posición de las Convocadas).

367. De acuerdo con el análisis probatorio anteriormente realizado, las circunstancias fácticas invocadas por una y otra parte como causas de la inestabilidad del enrocado de protección del espaldón del talud aguas abajo de la presa, se hallan perfectamente demostradas. De manera que ante estos resultados probatorios, cabe entrar a evaluar la dimensión de peso de cada una de las causas propuestas, porque de su influencia pende el juicio de responsabilidad, en tanto el grado de importancia que se le asigne a cada uno de los factores va a determinar si existe una causa única y exclusiva, o si por el contrario se está en presencia de una concurrencia de causas que a la postre incida en una eventual cuantificación del daño, conforme a lo dispuesto por el artículo 2357 del Código Civil.

368. Siguiendo el orden de aparición de las conductas en el desarrollo de la ejecución del contrato, se procede a examinar las distintas causas que las partes plantean:

a. El primer error que se observa en el procedimiento constructivo, lo comete EMGESA cuando sin los estudios necesarios que ameritaba hacer, como lo manifiestan los peritos de FEC SUR AMERICA S.A.S., por la multiplicidad de variables que presenta el macizo explorado, procedió a seleccionar la cantera del material Gualanday como la apropiada para los trabajos a realizar, material este que además de resultar insuficiente cuantitativamente, adolecía de calidad, como anteriormente quedó visto; siendo esta la razón para haberlo cambiado por la grava aluvial predominantemente gruesa que se adquirió de Masseq en cantidad no inferior a unos tres millones de metros cúbicos.

b. Con relación a este punto, como es sabido, el contrato es un medio adecuado para asignar y distribuir compromisos, riesgos y responsabilidades, siendo en este caso patente, de acuerdo con las Especificaciones Contractuales, que EMGESA como propietaria de la Obra, en asocio con Ingetec, asumió la responsabilidad del diseño, incluida la selección del tipo de material con el cual se iba a hacer el trabajo. Diseño que consistía en definir los planos y el plan general como la obra habría de desarrollarse. De manera que cuando EMGESA yerra en la selección del material originando a renglón seguido la necesidad de su cambio, cualquiera hubiese sido la causa de este error, está incurriendo en un comportamiento que a decir verdad no tiene justificación en el acervo probatorio que obra en el expediente.

c. Aunque la prueba unánimemente da cuenta de esta información, según se vio antes, en este estadio del Laudo suficiente resulta citar lo expuesto por el ingeniero Juan Francisco Perri, autor del dictamen de Exponent, aducido por la Convocante como fundamento de su causa para pedir.

d. Al preguntársele al mencionado experto si el cambio de material se debió a un error en el diseño, este manifestó: "[en] *los planos de licitación se había propuesto que el enrocado de protección fuera de Gualanday, luego esto se cambió y eventualmente se cambió a material aluvial, en mayo de 2013 se emitieron planos válidos para construcción No. 5, en los cuales ya se indica que el ancho del espaldón aguas abajo va a ser de 4 metros de espesor y que va a ser construido en material aluvial grueso, entonces el cambio inicial de Gualanday a material aluvial ocurrió debido a que había deficiencias en el diseño, y esto es lo que indico yo claramente en mis informes. El material, no había suficiente material Gualanday adecuado para construir un enrocado de protección, sucesivamente, luego de que se corrigió ese error inicial, se pasó a un diseño en el cual el enrocado de protección iba a ser construido a través*

de material aluvial, aquí, ya en el momento en que se cambia a material aluvial, ya el error de diseño inicial ha sido sorteado, y entonces el cambio que se realizó luego de 4 metros a 2.2. más 1.8, no es debido a un error inicial de diseño, sino debido a que se desperdició gran parte del material grueso en la parte interior de la presa por parte del CIO" "…gran parte del material grueso fue utilizado en la parte interior de la presa", cuando estas han debido ser guardadas para utilizarlos en la parte exterior del espaldón.

e. Sin duda que este primer error que trajo consigo el cambio de material, tiene una importante incidencia en el problema de la inestabilidad del enrocado, puesto que los diseños inicialmente concebidos que incluían el método de compactación con rodillo vibratorio de 15 toneladas, tenían como fuente de información las características del material gualanday, que se debía obtener mediante la voladura de la roca por el uso de explosivos para dar origen a bloques o piedras angulares que podían entrelazarse.

f. El cambio de material por otro de características físicas distintas, como lo es el aluvial, que según lo informa la prueba es también roca, pero de forma redondeada o esférica, llamada por algunos "*bolos",* aparejó, como lo indica la prueba antes examinada, otra conducta relevante de parte de EMGESA que incidió en el resultado que finalmente se presentó, porque olvidándose de la nueva configuración y características del material que definitivamente se iba a utilizar para la construcción del enrocado, el diseño original se mantuvo, particularmente en cuanto se refiere a la inclinación del talud y al sistema como debía ser compactado el material con el cual se iba a hacer la protección del espaldón. Al respecto vale reiterar las voces de los peritos de Exponent y Lombardi, así como el testimonio del señor Camilo Marulanda Escobar, de Ingetec, o sea de la empresa diseñadora, quienes de uno u otro modo dan cuenta de la permanencia de los diseños originales a pesar del cambio de material que se viene mencionando, aunque el ingeniero Perri insiste en que "*si se hubiera compactado el material hubiera sido posible construir e inclusive se hubiera podido también reducir la inclinación de esos taludes interrampas, reduciendo también el ancho de cada una de esas rampas, entonces había diversos mecanismos a través de los cuales se podía construir cuatro rampas en las cuales el talud hubiera sido estable, un ejemplo evidente es el hecho de que el reperfilado tiene cuatro rampas y se construyó".*

g. Ciertamente, como lo dice el ingeniero Perri, si se hubiera hecho la compactación con la máquina y la técnica prevista en las especificaciones contractuales, seguramente el material hubiera podido quedar con mayor firmeza, no

obstante tratarse del material aluvial redondeado que al fin se aplicó. Así se deduce de lo expuesto por los peritos Hegg, Basso y Turizo, quienes al unísono reconocen la mayor eficacia del rodillo vibratorio, por cuanto transmite mayor energía en consideración al papel que cumplen tanto el rodillo como la vibración. Hay dos aspectos -dice el perito Ulrich Hegg-, refiriéndose a la función del rodillo vibratorio, "*Uno es el peso del rodillo y el otro es la vibración. Materiales granulares se compactan, por un lado, por el peso del rodillo, y el otro, la vibración introduce un entrelazo, se puede decir entrelaza, se compenetran más fácilmente los elementos, los granos cuando los vibro. … la compenetración conlleva a un aumento de la densidad".* Dice que para la compenetración es necesario hacer varias pasadas *"porque la acción del rodillo es pasajera".* Las especificaciones exigían seis pasadas.

h. En otro aparte de las declaraciones de contradicción del dictamen presentado por Lombardi, los ingenieros Hegg y Basso al explicar comparativamente la función de la retroexcavadora utilizada, dijeron: "*el excavador tiene un peso específico. Muy bajo el caterpillar y la máquina, las orugas son muy anchas" (Hegg) "La vibración también es una carga adicional… la excavadora…tiene una carga pequeña …". (Basso).*

i. Conforme a lo dicho por los peritos de ambas partes, el Consorcio no solamente se sustrajo de la aplicación de las normas contractuales, como anteriormente se explicó, sino que acudió a una máquina y a un procedimiento menos eficiente, como lo era la retroexcavadora utilizando como instrumento de compactación la cuchara de esta, que solo producía un apisonamiento insuficiente para la compresión del material, porque la energía transmitida no producía la compenetración necesaria para garantizar la firmeza del enrocado, y así evitar su erosionamiento. De ahí que el perito de Exponent definitivamente concluyera que los cálculos por él hechos "*indican que el principal componente que causó un enrocado de protección relativamente débil fue la falta de compactación adecuada",* agregando como incurias del Consorcio la no utilización de "*suficientes métodos selectivos en el sentido de que mucho del material que se ha podido seleccionar para el espaldón aguas abajo no se seleccionó, sino que se puso dentro de la presa, es decir, si se hubiera pasado, por ejemplo, a través de Grizzlies o a través de tamizado ese material antes de ponerlo dentro de la presa, ese hubiera podido ser utilizado en la construcción del espaldón…".*

369. En resumen, como antes había quedado dicho, diversas causas concurrieron sucesivamente en la aparición de los problemas del enrocado. Las primeras de ellas

imputables a EMGESA, como lo son el error de diseño inicial al seleccionar un material inapropiado por su cantidad y calidad, y ante la necesidad de cambiar dicho material por otro de características físicas diferentes y posiblemente menos idóneas, mantener los diseños originales relativos a la inclinación de los taludes y al método de compactación. Las causas subsiguientes ya son atribuibles al Consorcio porque sin tener en cuenta lo dispuesto contractualmente, y sin contar con la autorización escrita del Contratante, optó por intentar hacer la compactación con una máquina y una metodología diferente a la estipulada en el Contrato; fuera de tampoco dar cumplimiento al numeral 5.4.19 de la Especificaciones Técnicas en cuanto le imponía la obligación de "*separar y almacenar"* los bloques que se llaman "*sobre tamaños"* para poderlos utilizar *"posteriormente" "como protección del pie de la Presa o del talud aguas arriba del dique auxiliar".*

E.1.4. La concurrencia de conductas

370. Haciendo una composición de lugar en torno al panorama fáctico que muestra el proceso, se puede afirmar que si el primer error cometido por EMGESA, el que atañe al material inicialmente seleccionado, no se hubiera cometido, la estabilidad del enrocado no hubiera sido afectada porque los diseños, como se ha dicho, estaban perfectamente acondicionados al material Gualanday. Además, aunque este error inicial se procuró "*sortear",* cambiando dicho material por la grava aluvial predominantemente gruesa, EMGESA incurrió en otro comportamiento con incidencia causal en el resultado dañoso, por cuanto no modificó los diseños para "*ajustarlos"* a las características físicas de este nuevo material, pues, según quedó probado de conformidad con el análisis consignado en párrafos anteriores, si esas modificaciones se le hubieran hecho a los diseños, en lo concerniente a la inclinación de los taludes y el método de compactación, el trabajo se pudiera haber ejecutado sin inconveniente alguno, y se hubiera obtenido un resultado satisfactorio. Con todo, en este momento surge la conducta imprudente del Consorcio, que también entra a determinar la afectación del enrocado, porque si el Contratista hubiera cumplido a cabalidad con el régimen del Contrato, el resultado concreto que se materializó en el caso no se habría presentado, bien porque para efectos de la compactación se hubiera aplicado uno de los métodos alternos que las especificaciones señalasen que sí fuera idóneo para dicho propósito, ora porque la utilización del sistema de la retroexcavadora contara con la autorización escrita del Contratante, que es también exigencia contractual. Adicionalmente, según se ha señalado, se le imputa al Consorcio no haber dado cumplimiento a las Especificaciones Técnicas en cuanto a la obligación de "*separar y almacenar"* los "*sobre tamaños"* para utilizarlos posteriormente *"como protección del pie de la Presa o del talud aguas arriba del dique auxiliar".* Por consiguiente, lógicamente se puede estimar que resulta evidente la concurrencia de la Convocada

en la realización del daño, siendo entonces necesario precisar la incidencia causal de los respectivos comportamientos de las partes, con el fin de establecer qué efectos tiene dicha determinación en la cuantificación de la respectiva condena.

371. Entonces, como ha quedado dicho, la determinación del alcance de la indemnización que se habrá de disponer debe corresponder a la medida objetiva de la incidencia de las conductas que con relevancia causal concurrieron en la producción del daño que se acusa, empezando por el error cometido por EMGESA en la selección de la cantera de donde se iba a extraer el material Gualanday, el cual, como ya se ha expuesto, resultó deficiente tanto desde el punto de vista de la calidad como de la cantidad. Por supuesto que este fue un error grave que necesariamente determinó el cambio de material, pues de no haberse optado por este camino, el enrocado del espaldón no podía haberse construido, porque como ya se anotó, el material Gualanday era insuficiente.

372. Desde luego que el segundo error de EMGESA también tiene un alto grado de influencia en la producción del daño, porque el cambio de material (Gualanday por grava aluvial) implicó dejar de lado el material considerado para efecto de los diseños, acudiendo a otro de características físicas totalmente distintas (redondeado, esférico, bolos como lo llaman algunos de los declarantes), pero no se hicieron las modificaciones necesarias en la inclinación del talud, lo que hizo más propicio el rodamiento o deslizamiento del material con el que se hacía el recubrimiento del espaldón.

373. Hasta aquí, en el desarrollo del proceso constructivo del espaldón ningún reproche cabe hacerle al Consorcio, porque como ya ha quedado expuesto, este siempre estuvo atento a hacer las advertencias sobre la calidad del material que EMGESA había ordenado utilizar, sin obtener una respuesta aclaratoria de las dudas e inquietudes que las Convocadas ponían de presente.

374. El reparo a la conducta del Consorcio aparece en un momento posterior del procedimiento constructivo, como es el de la compactación, cuando éste, haciendo caso omiso de las disposiciones contractuales, acude al mecanismo de compactación mediante el uso de una retroexcavadora que no era idóneo para el efecto, y sin previamente haber obtenido la aprobación expresa de EMGESA, como lo exigía el Contrato en las cláusulas ya señaladas. Pero sin que tampoco EMGESA, particularmente el inspector jefe, haya hecho valer, como igualmente se anotó, las facultades que el contrato le otorgaba para impedir la construcción de tal manera, e inclusive ordenar la demolición de lo así construido, siendo esta una conducta omisiva de EMGESA que no puede dejarse de lado en la tarea de calcular el grado de participación en la

causación del daño y, por ende, en la determinación de la extensión de la indemnización de perjuicios a la que tendría derecho la Convocante. Además, está acreditado - conforme lo informa el Ingeniero Perri y lo representa las fotografías anexadas por EMGESA - el incumplimiento del CIO respecto de la separación y el almacenamiento de los *"sobre tamaños"*, cuya adecuada utilización, por lo menos al pie de la Presa, habría contribuido a dar estabilidad al enrocado.

375. De lo expuesto anteriormente se desprende que todas las condiciones fácticas a las que se hizo referencia anteriormente fueron determinantes en la producción del daño cuya reparación reclama EMGESA, comoquiera que, si no se hubiesen presentado, no se habrían generado los deterioros que motivaron el reperfilamiento del espaldón aguas abajo de la Presa. Por lo tanto, desde una perspectiva puramente fáctica, pueden considerarse como antecedentes causales del daño. Adicionalmente, de conformidad con los criterios de normalidad, razonabilidad y probabilidad sobre los que se estructura la teoría de la causalidad adecuada —que corresponde a la tesis que en la actualidad tiene una mayor acogida en la jurisprudencia como pauta para la imputación normativa de las consecuencias dañosas—[85], el Tribunal concluye que las referidas conductas de EMGESA y del CIO efectivamente son causa de los daños padecidos por la Convocante, pues se trata de comportamientos adecuados e idóneos para producir el efecto que se materializó en este caso.

376. En ese orden de ideas, la decisión que en el punto habrá de tomarse, como antes se había insinuado, tiene asidero en lo establecido en el artículo 2357 del Código Civil, en tanto lo probatoriamente verificado descarta que el Consorcio demandado pueda ser condenado a reparar totalmente el daño sufrido por la Convocante, porque como ha quedado analizado, este no se debió exclusivamente a su comportamiento, sino que en su ocurrencia también incidió la conducta de la Convocante.

377. A propósito de la concurrencia causal entre el comportamiento del demandado y el hecho de la víctima, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

> *"Pero como el daño no siempre tiene su origen en la culpa exclusiva de la víctima, o en descuido único del demandado, sino que, en muchas ocasiones, tiene su manantial en la concurrencia de culpas de uno y otro, en negligencia tanto de la víctima como del autor del perjuicio, entonces, en este último evento, en virtud de la concausa, el demandado no puede ser obligado, sin quebranto de la equidad a resarcir*

85 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de septiembre de 2002. M.P. Jorge Santos Ballesteros.

íntegramente el daño sufrido por la víctima. Si la acción o la omisión culposa de ésta fue motivo concurrente del perjuicio que sufre, necesariamente resulta ser el lesionado, al menos parcialmente, su propio victimario. Y si él ha contribuido a la producción del perjuicio cuya indemnización demanda, es indiscutible que en la parte del daño que se produjo por su propio obrar o por su particular omisión, no debe responder quien solo coadyuvó a su producción, quien realmente no es su autor único, sino solamente su coparticipe"[86].

378. En fecha más reciente, la mencionada Corporación tuvo la oportunidad de profundizar en el tema de la concurrencia de conductas en la producción del daño y el tratamiento dado a este fenómeno de conformidad con el artículo 2357 del Código Civil, explicando lo siguiente:

"En ese orden de ideas, se puede señalar que en ocasiones el hecho o la conducta de quien ha sufrido el daño pueden ser, en todo o en parte, la causa del perjuicio que ésta haya sufrido. En el primer supuesto –conducta del perjudicado como causa exclusiva del daño-, su proceder desvirtuará, correlativamente, el nexo causal entre el comportamiento del presunto ofensor y el daño inferido, dando lugar a que se exonere por completo al demandado del deber de reparación. Para que el demandado se libere completamente de la obligación indemnizatoria se requiere que la conducta de la víctima reúna los requisitos de toda causa extraña, en particular que se trate de un evento o acontecimiento exterior al círculo de actividad o de control de aquel a quien se le imputa la responsabilidad. En el segundo de tales supuestos -concurrencia del agente y de la víctima en la producción del perjuicio-, tal coparticipación causal conducirá a que la condena reparatoria que se le imponga al demandado se disminuya proporcionalmente, en la medida de la incidencia del comportamiento de la propia víctima en la producción del resultado dañoso.

(…)

En el derecho contemporáneo es claro, asimismo, que el comportamiento de quien reclama la reparación de los daños no sólo tiene trascendencia en materia de responsabilidad civil extracontractual, sino que el mismo es igualmente relevante cuando se reclama la indemnización de los daños producidos por el incumplimiento contractual. Tal circunstancia explica la importancia que tiene la figura que se ha conocido tradicionalmente como mora creditoris (arts. 1605, 1739 y 1883 del Código Civil) y que, específicamente, en la regulación mercantil de algunos de los eventos de responsabilidad civil contractual, el legislador haya previsto expresamente el hecho o culpa de la víctima o, concretamente, del acreedor, como mecanismo para enervar total o parcialmente la pretensión indemnizatoria (arts. 732, 992, 1003, num. 3°, 1196, 1391 y 1880 del Código de Comercio, entre otros), lo que no quiere decir que la procedencia de tal mecanismo de defensa en materia contractual no tenga la misma

86 Sentencia de 10 de febrero de 1976, G.J.T. CLII, pág. 29.

generalidad que existe en la responsabilidad civil extracontractual, pues, en aquellos eventos bien puede aplicarse el artículo 2357 del Código Civil, teniendo presente que éste es uno de aquellos asuntos en los que los criterios generales de la responsabilidad civil son aplicables a uno u otro campo.

(…)

Ahora bien, para aquellos eventos en los que tanto el autor de la conducta dañosa como el damnificado concurran en la generación del perjuicio, el artículo 2357 del Código Civil consagra una regla precisa, según la cual "[l]a apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente". Tradicionalmente, en nuestro medio se le ha dado al mencionado efecto la denominación "compensación de culpas". No obstante, como lo ha destacado la jurisprudencia nacional, la designación antes señalada no se ajusta a la genuina inteligencia del principio, pues no se trata "como por algunos se suele afirmar equivocadamente que se produzca una compensación entre la culpa del demandado y la de la víctima, porque lo que sucede, conforme se infiere del propio tenor del precepto, es que entre la denominada culpa de la víctima y el daño ha de darse una relación de causalidad, como también debe existir con la del demandado. Por eso, cuando ambas culpas concurren a producir el daño, se dice que una y otra son concausa de este" (Cas. Civ., sentencia de 29 de noviembre de 1993, exp. 3579, no publicada). Este criterio corresponde, igualmente, al de la doctrina especializada en la materia, como lo destaca De Cupis, al señalar que "[d]e antiguo se ha utilizado una expresión poco afortunada para referirse a la concurrencia de culpa en el perjudicado, y es el término compensación de la culpa. Su falta de adecuación puede verse prácticamente con sólo observar que el estado de ánimo culposo del perjudicado ni puede eliminar ni reducir el estado de ánimo culposo de la persona que ocasiona el daño (…)." [87]

379. Finalmente debe dejarse establecido que el artículo 2357 del Código Civil, que es el que gobierna la reducción de la tasación de la reparación del daño por la concurrencia del hecho o culpa de la víctima, es un principio que por igual rige en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, que es el título donde se ubica dicho artículo, como en el ámbito de la responsabilidad contractual, porque como lo dice la Corte Suprema de Justicia en la cita inicialmente realizada, su aplicación general y uniforme la demanda la "equidad", que es principio general del derecho y por lo tanto destinado a cumplir sus funciones a todo lo largo y ancho del ordenamiento jurídico, pues no sería justo, con independencia del tipo de responsabilidad que se considere, que el demandado sea obligado a resarcir íntegramente el perjuicio, cuando se sabe que la víctima demandante *"al menos parcialmente fue su propio victimario"*.

87 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 16 de diciembre de 2010. Rad. 11001-3103-008-1989-00042-01.

380. Siguiendo el criterio jurisprudencial, y en atención a la relevancia del hecho o la culpa de la víctima, esto es, la Convocante en el caso, desechada queda la idea de cargarle toda la responsabilidad al supuesto victimario, o sea, el Consorcio Convocado, porque la concurrencia de conductas con relevancia en la causación del daño que ha sido visualizada, dado el comportamiento de ambas partes, lleva a evaluar la influencia causal de cada una de ellas, para así definir el porcentaje de indemnización que le corresponde asumir a la parte demandada, que en todo caso es apreciación que corresponde a la soberanía del juzgador.

381. En efecto, en relación con esta temática, es pertinente hacer mención del criterio tradicional de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al que se ha hecho referencia, esto es, a la atribución que tiene el juzgador de adoptar la determinación relativa a la incidencia del comportamiento de las partes en la producción del daño:

> "*En efecto, si se parte del supuesto que determinado resultado dañoso ha sido fruto de la culpa del agente en concurrencia con la propia culpa de la víctima, salta a la vista que por mandato de la disposición legal recién citada debe hacerse lugar al reparto de responsabilidades en ella previsto, procedimiento que consiste, en líneas generales, en* ***dejar en manos del prudente juicio de los falladores la ponderación en concreto de la incidencia causal que frente a aquél resultado le es atribuible a las culpas concurrentes, ponderación en la que desde luego tendrá influencia la mayoría de las veces la entidad que cada una de tales culpas reviste*** *y, además, se reflejará en una* ***disminución equitativa*** *de la cuantía total de la correspondiente indemnización, significando para el deudor una reducción de la prestación resarcitoria que estaba obligado a satisfacer de no haber mediado la participación culpable de la víctima.*
>
> *"2. Queda claro, pues, que en la apreciación que la corporación sentenciadora hace de la compensación de culpas,* ***la reducción en la valoración del daño está sujeta por principio a su exclusivo criterio****, lo que excluye, en consecuencia, la posibilidad de que mediante el recurso de casación se pueda lograr con éxito su modificación para hacer prevalecer el parecer del recurrente acerca del mejor modo de efectuar la reducción. En ese sentido la Corte tiene dicho que '****el art. 2357 del C.C., no contiene una tarifa o indicación precisa de la reducción en él autorizada cuando hay concurrencia de culpas, lo que significa que en este caso implícitamente, como explícitamente en otros casos análogos, el legislador difiere a la prudencia del juez*** *(...)', y con posterioridad, en idéntico sentido, esta corporación expresó que '****la gradación cuantitativa en la compensación de culpas***

cuando hay error de conducta también en el damnificado es un detalle que la ley deja a la prudencia del juzgador *(...)*"[88] (las negrillas son del Tribunal).

382. Siguiendo los anteriores derroteros, en pronunciamientos posteriores la Sala de Casación Civil hizo referencia al "*razonable arbitrio judicial*" como criterio para determinar en qué proporción debe disminuirse la indemnización que reclama la víctima, en atención a su aporte causal[89]. Igualmente, se ha señalado que "*como la ley nada dice acerca del método ni el porcentaje que han de tenerse en cuenta para realizar esa reducción, es al juez a quien corresponde establecer, según su recto y sano criterio, y de conformidad con las reglas de la experiencia, en qué medida contribuyó la acción del perjudicado en la producción del daño"*.[90]

383. Ahora, con ocasión de la utilización que al término *"equidad"* le da la Corte en las sentencias invocadas, así como el Tribunal en este laudo, cabe aclarar que este no tiene un alcance distinto al de la disminución ponderada de la indemnización a partir de elementos objetivos que aparecen perfectamente demostrados en el proceso, que deben valorarse conforme a las reglas de la experiencia y los criterios de razonabilidad y sana crítica. Aplicados estos parámetros al caso concreto, se concluye que las diversas conductas en las que incurrió EMGESA tuvieron una incidencia causal de mayor relevancia que aquella que se le imputa al Consorcio. Por lo tanto, el Tribunal considera que a este último le corresponderá reconocer a la Convocante, como indemnización del perjuicio reclamado a título de daño emergente, un treinta y cinco por ciento del valor en que se han cuantificado los daños, porque, como se señala en las sentencias inicialmente citadas, no tendría sentido legal, porque el laudo que se profiere es en derecho, asignarle toda la obligación indemnizatoria al Consorcio convocado cuando está plenamente demostrada la concurrencia causal de la conducta de la Convocante, con una incidencia mayoritaria en la generación del daño que ella misma padeció, en una proporción que el Tribunal estima un porcentaje del sesenta y cinco por ciento.

384. Entonces, como se había anticipado, el Consorcio Convocado debe responder por un treinta y cinco por ciento del daño padecido por la Convocante en consideración a que esta fue la proporción de su participación en la consumación de la afectación.

88 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de abril de 1997. C.J. T 246 V 1. No. 2485. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

89 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

90 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC-56742018 del 18 de diciembre de 2018. Rad. 20001310300420090019001). M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

385. Por lo tanto, del quantum que se demuestre a título de daño emergente, que es el rubro objeto de análisis por ahora, las sociedades integrantes del Consorcio deberán asumir solidariamente la obligación de pagar el treinta y cinco por ciento del monto que se liquide, luego de examinar los ítems de erogaciones que la parte Convocante dice haber hecho para corregir las deficiencias que se presentaron en el enrocado de protección del espaldón del talud aguas abajo de la presa, que fue la estructura donde ocurrió la inestabilidad que la pretensión primera expresa y claramente propone como causa del daño emergente sufrido, cuando declara que las sociedades que conforman el Consorcio incumplieron "*las garantías de calidad y estabilidad de la obra, por las fallas originadas en la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la Presa, que fueron causa de los daños encontrados en la referida estructura, y que obligaron a contratar con terceros su reperfilado y reparación"*. Valga tener en cuenta que la solidaridad que se predica entre las sociedades integrantes del Consorcio surge de lo por ellas previsto en el numeral 6.1. de la cláusula 6ª del Acuerdo Consorcial, en la que acordaron que su responsabilidad frente al Cliente sería *"solidaria, indivisible e ilimitada"*.

386. Para finalizar este aparte y dejar suficientemente clara la responsabilidad que se le imputa al Consorcio, en los términos a que se ha hecho referencia, al lado de las explicaciones fácticas que han sido expuestas, debe tenerse en cuenta el régimen que al respecto consagra el Contrato CEQ-21.

387. Demostrado como se halla el comportamiento del Consorcio con ocasión del trabajo de compactación, así como el reproche que también se le hace a propósito de la obligación relacionada con los sobre tamaños, conforme a lo manifestado por el ingeniero Perri, igualmente debe ponerse de presente, para efectos de calificar y graduar su responsabilidad, la conducta de este cuando EMGESA le dio a conocer las fallas que la obra mostraba en diferentes sectores de la estructura, entre ellas las del espaldón, porque ante las comunicaciones de EMGESA, el Consorcio respondió mediante misivas de 4 y 22 de agosto de 2016, que era al Contratante a quien le correspondía acreditar los supuestos defectos que se atribuían a la labor constructiva del Contratista, antes de este adelantar cualquier trabajo o intervención en la Obra. Cartas estas que a su vez responde el Contratante el 30 de septiembre de 2016, indicando conforme a la cláusula 2.13 de las BAE del Contrato, que es el Contratista quien debe hacer las evaluaciones de los deterioros informados para proceder a hacer las reparaciones o reposiciones que correspondan. Pedido este que tampoco atiende el Consorcio, dándose así el incumplimiento que afirma la Convocante de acuerdo con lo estipulado en la cláusula ante citada, en asocio con lo previsto en la cláusula 5.4 de las BAG.

388. Como puede notarse este cruce de comunicaciones deja al descubierto el incumplimiento contractual que la causa de las pretensiones de EMGESA denuncia, es decir, el relativo a la garantía de estabilidad y calidad de la obra, que sumado a los defectos presentados por el enrocado de protección del talud aguas abajo de la presa, abren el camino para la declaración de responsabilidad que se ha venido anunciando, porque de conformidad con la cláusula 2.04 de las BAE, el Contratista no es relevado de responsabilidad por el hecho de que el Contratante haya ejercido el control y vigilancia de "*las acciones u omisiones del Contratista"*, pues este último, según el literal h) de la mencionada cláusula es "*responsable de la revisión y cumplimiento íntegro de las Especificaciones Técnicas…",* siendo el Consorcio, además, garante de la calidad y estabilidad de las obra durante un plazo de "*tres (3) años contados a partir de la Recepción de las obras"* en los términos de la cláusula 5.4 de las BAG (cláusula 2.13 de las BAE). Adicionalmente, el numeral 5.4 de las BAG, cuando se ocupa de establecer el régimen de responsabilidad del Contratista, declara que este no puede "*excusar su responsabilidad por pérdidas, daños, defectos o averías (…) bajo el pretexto de haber sido aceptadas las Obras total o parcialmente por el Inspector Jefe, ni haber sido inspeccionadas por el Inspector Jefe durante la ejecución".* Por lo tanto, para el Tribunal está perfectamente demostrado tanto el incumplimiento contractual que se relaciona con la obra de construcción que adelantó el Consorcio, por los deterioros que luego de la recepción provisional manifestó el enrocado de protección del talud, como el posterior incumplimiento de la obligación que tenía el Consorcio de garantizar la estabilidad y calidad de la obra, la cual se hizo exigible al momento en que EMGESA notificó al Contratista infructuosamente los defectos que específicamente aparecían en el enrocado varias veces mencionado, pues las defensas que el Consorcio propone para relevarse totalmente de la responsabilidad no son admisibles. Una, porque como ya quedó analizado, la interventoría que la propia EMGESA ejercía sobre la ejecución de las obras, no excluía la responsabilidad del Consorcio, según las cláusulas contractuales antes citadas, y la otra, consistente en que dada la precariedad que suponía el enrocado de protección con el material finalmente seleccionado, el Consorcio le solicitó a la Contratante el cambio de diseño o del material concerniente al talud (comunicaciones de 11 de enero de 2013, 13 de junio de 2013, 12 de mayo de 2014, entre otras), obviamente sin respuesta positiva, por cuanto EMGESA decidió mantener las propuestas que se cuestionaban, porque esa conducta del Contratante aparece reflejada en las imputaciones que a esta Parte hace el Laudo y dan lugar a que ella deba soportar el daño padecido en un sesenta y cinco por ciento, siendo este el efecto que en derecho corresponde, más no la absolución total que el Consorcio reclama para él.

389. Para entender constatado el incumplimiento de la obligación de garantía, que sumado a los deterioros detectados en el enrocado del espaldón, sustentan las pretensiones objeto de estudio, basta la mera lectura de la cláusula 2.13 de las BAE, comparándola con los contenidos lacónicos de las respuestas del Consorcio a las comunicaciones de EMGESA informando los defectos hallados en la obra, para notar que estas en manera alguna consultan las exigencias de la mencionada cláusula, porque esta después de fijar el plazo de garantía establece que, "*ante cualquier notificación de EMGESA al Contratista de un defecto en alguna obra o equipo, el Contratista deberá reaccionar en el plazo máximo de quince (15) días, entregando un informe que diagnostique el tipo de defecto, las causas que lo provocaron y las medidas que tomará para repararlo. Una vez que se verifique el defecto en la obra o equipo, el Contratista presentará para la aprobación de Emgesa, un programa para efectuar las reparaciones o restituciones que correspondan".* Desde luego que ninguna de estas conductas realizó el Consorcio, quedando así de manifiesto, ante la omisión, el incumplimiento contractual que alega la Convocante.

390. Aunque desde el 2014 (estudio de Lombardi) o del 2015 (Panel de Expertos), según lo manifiesta el Consorcio, la Convocante conocía de los supuestos defectos que vino a comunicar en el año 2016, lo cierto es que es en esta última fecha cuando estos cobran la relevancia contractual que se pone de presente en este proceso para fundar las pretensiones planteadas, y particularmente alegarse el incumplimiento de la obligación de garantía de estabilidad y calidad de las obras, por cuanto la eficacia y exigibilidad de esta pendía de la entrega de las mismas, lo cual ocurrió el 15 de abril de 2016, fecha de la recepción provisional, conforme a lo establecido en la cláusula 2.13 de las BAE, pues es a partir de ese momento cuando empezaba a correr el plazo de garantía de estabilidad de la obra. Además, debe tenerse en cuenta que es por esa época, con ocasión del llenado de la presa, cuando las fallas constructivas se hacen mayormente manifiestas, porque como la prueba lo indica, algunas de ellas fueron factores determinantes de la imposibilidad de llenar por completo el embalse, y otras ya habían sido indemnizadas por Mapfre.

E.1.5. El reperfilado

391. Tomando en cuenta el dictamen de Exponent, EMGESA en el hecho 25 de la demanda reformada, señala lo siguiente respecto del daño reclamado:

> *"3. El talud aguas abajo de la presa, antes de la construcción del refuerzo (reperfilado), no cumplía con los estándares comunes en la industria para presas rellenas de grava con cara de concreto (CFGD). Las deficiencias de la protección del talud*

aguas abajo de la presa como construida (as-built) incluyeron a) inestabilidad superficial del enrocado, b) inclinación y elevación del talud que se desvió de los requisitos del proyecto y que aumentó el riesgo de desempeño deficiente del talud, c) menor estabilidad del muro parapeto comparado con lo que debía lograrse de acuerdo con los Planos para Construcción, y d) estética deficiente. Todo esto fue el resultado de las practicas constructivas del CIO".

392. De acuerdo con lo anterior, y consideraciones adicionales acerca de las causas determinantes de los deterioros y defectos del enrocado de protección, EMGESA volviendo sobre el dictamen de Exponent, manifiesta haberse visto forzada "*a realizar un reperfilado (reforzamiento) de la presa, con la finalidad de prevenir mayores daños y pérdidas, así como tener una obra que cumpliera con las condiciones mínimas de seguridad de operación, tal cual fue contratada con el CIO, pero que este último falló en entregar".*

393. En el literal E de la demanda reformada, dedicado a explicar los daños sufridos por EMGESA, se identifica como uno de ellos la necesidad de realizar la obra de "*iii) el reperfilado del espaldón aguas abajo de la Presa",* ante la *"deliberada renuencia del CIO para cumplir con las obligaciones de calidad y estabilidad de la obra",* razón por la cual se celebró el contrato 8400118265 con el Consorcio M&M (Moreno Vargas – Masseq), cuyo objeto fue la realización de las "*OBRAS CIVILES DEL TALUD AGUAS ABAJO DE LA PRESA DE LA CENTRAL HIDROELECTRICA EL QUIMBO"* por un valor de COP $63.243.122.309. Igualmente, se perfeccionó el contrato con Ingetec 8400129182, por COP $6.757.633.421, cuyo objeto fue la prestación del "*SERVICIO DE INGENIERIA DE DETALLE, ASESORÍA EN CAMPO Y OFICINA E INSPECCIÓN TÉCNICA DE OBRAS PARA EL ESPALDÓN DE LA PRESA Y LA GALERÍA GD2 DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL QUIMBO".* Así mismo, tuvo que contratarse con AF CONSULT SWITZERLAND LTD. la prestación de servicios profesionales cuyo objeto fue la "*REVISIÓN DE DISEÑOS DEL RE PERFILADO CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL QUIMBO",* por un valor de CHF 58.445.16 Francos Suizos.

394. Con relación al tema propuesto por el título de este acápite, son dos las cuestiones que ameritan respuestas del Tribunal: una, relativa a la obra misma del reperfilado con el fin de dejar en claro la necesidad y conducencia de la obra, y la otra, de quedar despejado el punto anterior, el valor o costo de los trabajos, es decir, la erogación que por los mismos tuvo que hacer EMGESA.

395. De entrada debe dejarse por sentado que la parte opositora no desconoce que EMGESA haya adelantado el trabajo de reperfilado, que por lo demás Exponent "*concluye que EMGESA tenía bases técnicas adecuadas para construir un reperfilado*

del talud aguas abajo de la Presa y que las condiciones del talud aguas abajo documentadas antes de la construcción del reperfilado no cumplían con los estándares típicos de la industria para nuevas presas CFGD". Lo anterior, porque las fotografías de la presa aguas abajo –explica Exponent-, "*no muestran un talud uniforme, según lo requerido por las Especificaciones del Proyecto. En lugar de ello, era evidente que, en la zona de protección del talud, había amplia segregación de partículas y que en muchas zonas las partículas grandes reposaban sobre partículas más pequeñas (Figura 4)"*, lo cual, dice el dictamen, produce "*inestabilidad local"* porque lo recomendable es que "*la proporción entre el tamaño de las partículas más grandes y más pequeñas en el enrocado se mantenga baja para reducir la susceptibilidad a la segregación y limitar zonas donde las partículas grandes descansen sobre partículas pequeñas…"*[91].

396. Además de estas consideraciones atinentes a la granulometría o distribución del tamaño de las partículas de cada una de las zonas de relleno, el dictamen de Exponent se refiere al destino que el Consorcio dio a los "*sobretamaños"* (usados en las capas internas de la presa), la no compactación y el problema de los taludes, como factores determinantes de la inestabilidad del enrocado, y de la necesidad de hacer las obras de reperfilado que la parte Convocada, al contestar el hecho 11 de la demanda reformada explica, como consecuencia de "*las desafortunadas y tardías decisiones de la Convocante para 'subsanar' este déficit"* (se refiere al déficit de roca en la calidad requerida para el Proyecto), "*como fue ordenar el cambio de material en contravía de las Especificaciones Técnicas, o abstenerse de adecuar la geometría de la Presa a este nuevo material, fueron la causa real e incontrovertible del supuesto deterioro del espaldón que dio lugar a las obras de re-perfilamiento".*

397. En todo caso, con independencia de las razones por las cuales el enrocado del espaldón se debilitó, o presentó deterioros o defectos, que para el Tribunal es un hecho irrebatible, lo cierto es que debido a esas fallas de la estructura hubo necesidad de hacer el trabajo de reforzamiento o de "*reperfilado"* acometido por EMGESA con el fin de darle al talud la protección debida y necesaria, que era la que estaba deficiente por causa de las anomalías que presentaba el enrocado inicialmente instalado. Por consiguiente, la pertinencia de la obra objeto de examen tampoco da lugar a duda alguna, porque además de lo que al respecto manifiesta la Convocante, concurren otros elementos de juicio que sustentan la conclusión anterior, como son las declaraciones de algunos testigos, tales como las de los ingenieros Bustamante y Riveros, así como lo expuesto por el ingeniero Perri en la audiencia de contradicción, y lo

91 EXPEDIENTE DIGITAL. 09 122485 PRUEBAS No. 1 PBS REFORMA DEMANDA - FOLIO 132. 3. Dictamen pericial en ingeniería civil y proyectos.

informado por el Panel de Expertos, ingenieros Bayardo Materón, Gabriel Fernández y Michael A. Hendron, quienes en el documento fechado el 15 de octubre de 2016, después de dar cuenta de la inestabilidad de las gravas localizadas sobre el talud aguas abajo, recomiendan, una vez se estabilicen las deformaciones de la presa, proceder "*a colocar un relleno adicional bien compactado de material competente en el talud de aguas abajo, desde el pie de aguas abajo de la presa hasta la El. 721 m. El propósito de este relleno es el de reducir las deformaciones del terraplén tanto bajo cargas estática[s] como sísmicas y proveer resistencia pasiva al parapeto. Dada la naturaleza compresible del material 3C, especialmente en la parte superior del espaldón (cantera 19), la rata de colocación del relleno adicional se debe ajustar para minimizar las deformaciones del terraplén. Una vez colocado este relleno se procederá a subir el embalse lentamente hasta la El 720 m"*[92]. Adicionalmente los peritos de Lombardi también apreciaron como pertinente el trabajo de reperfilado en consideración a las inestabilidades del enrocado del espaldón, que ellos obviamente atribuyeron a causa distinta a la falta de compactación.

398. De otra parte, debe rechazarse el argumento del Consorcio destinado a desvirtuar la conducencia del trabajo encomendado por EMGESA a terceras empresas, bajo el pretexto de haber ofrecido la ejecución de la obra a un menor precio, porque acerca de esta oferta, su rechazo y las causas del mismo, ninguna prueba obra en el expediente, más allá de las alegaciones de las Convocadas. Concretamente en el alegato de conclusión el Consorcio dice que él propuso hacer el reperfilado por un costo de 23 mil millones de pesos, que era el valor estricto de la *"reconfiguración del talud"*, pero que EMGESA optó por pagarle a M&M la suma mayor que reclama. Esta manifestación no pasa de ser eso, pues, como ya se anotó, carece de todo apoyo probatorio, además de que resulta contraria e incoherente con las acusaciones que a lo largo del proceso ha hecho el Contratista, quien siempre ha denunciado que la mayoría de las dificultades que se presentaron durante la ejecución del Contrato tuvieron como causa la actitud cicatera y la mentalidad ahorrativa del Contratante. En todo caso, si bien es cierto que de la mencionada manifestación no se puede inferir la certeza del hecho que ella declara, lo claro es que la misma si le permite al Tribunal abonar probatoriamente la conclusión de la necesidad de hacer el reperfilado, porque si esta no fuera una obra que ameritara realizarse para dar cabal y pleno cumplimiento a la construcción de la presa, no tendría entendimiento la oferta que el Consorcio manifiesta haber realizado. En otras palabras, esta solo se explica porque el Contratista después de la evaluación respectiva, estimó que por la razón que fuere el reperfilado se debía hacer y el costo sería el por ella propuesto, que a la postre

92 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 122485 PRUEBAS No. 1 PBS CONTESTACIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 2. 60. Informe de panel de expertos rendido el 16 de octubre de 2016. Pág. 10.

EMGESA no aceptó para optar inverosímilmente por pagar por el mismo trabajo un precio tres veces mayor.

399. Agréguese si se parte de que la falla del enrocado, como lo dice el Consorcio, no amenazaba la estabilidad de la estructura de la presa en consideración a la función que este cumplía, eso no significa que la obra no fuera necesaria, como lo advierte el Panel de Expertos, el dictamen de Exponent y el propio dictamen de Lombardi. Tampoco era un trabajo crítico, como igualmente lo dice el Panel de los expertos contratados por EMGESA, cuando hacen referencia a un trabajo a largo plazo, pero esto tampoco excluye la necesidad de la obra por cuanto de por medio estaba la estética de la presa y el factor de protección que el enrocado proporciona, que también quedan involucrados en el cumplimiento perfecto de las obligaciones del Consorcio.

400. Demostrada como queda la construcción de la obra, y la necesidad de la misma, procede entrar a liquidar su costo, es decir, el valor que por la construcción de esta debió pagar EMGESA a las tres empresas que intervinieron en ella, o sea, al Consorcio Moreno Vargas – Masseq (M&M), Ingetec y AF Consult Switzerland.

401. Al primero, según lo declaran el contrato 8400118265 y los Otrosíes 1, 2 y 3, así como el acta de liquidación de dicho contrato, se le pagó la suma de $62.674.010.575[93].

402. A Ingetec se le pagaron $6.734.101.537, conforme lo demuestran el contrato 8400129182, el Otrosí 2, y la respectiva acta de liquidación del contrato[94].

403. En cuanto al pago hecho a AF Consult Switzerland, por 58.445,16 Francos Suizos, las órdenes de compra 8400120565 y 450014159, el acta de inicio y las respectivas actas de liquidación que fueron anexadas[95].

404. En torno a la eficacia probatoria de los documentos referidos vale tener en cuenta que la Convocada en modo alguno controvirtió su autenticidad o su presunción de veracidad, pues se limitó a decir con respecto a su autoría y a su contenido, que

93 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 01 122485 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA INICIAL 01 06 2020 FOLIO 1. 06_Soportes Daño Emergente. Anexo 4_Acta de Liquidación M&M.

94 EXPEDIENTE DIGITAL. 02.PRUEBAS. 30 122485 PRUEBAS 1 DOCUMENTOS EXHIBICION INGETEC 15062022 FOLIO 153. 5. 8400129182-EMG-CRE-129 - Acta liquidación. 3785_Acta de Liquidación.

95 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 09 122485 PRUEBAS No. 1 PBS REFORMA DEMANDA - FOLIO 132. 1.2. Pruebas documentales aportadas. 1.2.l. Liquidación de la orden de compra No. 8400120565. 1.2.m. Liquidación de la orden de compra No. 4500014159.

como el Consorcio no había sido partícipe del respectivo contrato, no le correspondía hacer algún pronunciamiento. Sin embargo, al contestar el hecho 38 de la demanda reformada de Emgesa, argumentó que el trabajo realizado por M&M no fue una simple "reparación"; sino una *"Obra Extraordinaria en los términos de la cláusula 6.5 de las BAG"*, *"en la medida que el trabajo de re-perfilado implicó un cambio sustancial respecto del Diseño de la Obra inicial"*, razón por la cual *"se encuentra por fuera del objeto y los documentos del Contrato"*. Agrega este aparte de la respuesta que antes de contratar el trabajo con M&M, *"Emgesa presentó al CIO una propuesta de 'reparación' que Ingetec había planteado para el espaldón aguas abajo de la Presa"*.

405. Antes de definir el punto de la liquidación del daño emergente que se venía tratando, debe aclararse lo alegado por el Consorcio Convocado, es decir, si la construcción del reperfilamiento es una obra extraordinaria o no, pues de serlo, estaría sujeta el régimen establecido por la cláusula que cita el Consorcio de las BAG que textualmente dice:

> "*En cualquier momento, durante el desarrollo de las obras, el Inspector Jefe podrá ordenar por escrito al Contratista la ejecución de Obras Extraordinarias.*
>
> *"El contratista deberá ejecutar las Obras Extraordinarias ciñéndose a las Instrucciones del Inspector Jefe y ateniéndose a las normas, procedimientos y demás condiciones estipuladas en el Contrato para el tratamiento de ajustes al precio del contrato.*
>
> *"En el caso que el Contratista considere que cierto trabajo debe ser calificado como Obra Extraordinaria y no está autorizado como tal, debe proceder a ejecutarlo tal como se le haya ordenado. En este caso comunicará por escrito su opinión al respecto al Inspector Jefe, acompañando los antecedentes que corresponda. El Inspector Jefe estudiará dichos antecedentes y dará a conocer su decisión al Contratista.*
>
> *"…*
>
> *"Las Obras Extraordinarias se pactarán en cada oportunidad. En caso de desacuerdo, el Inspector Jefe estará facultado para valorizarlas por el Sistema de Reembolso de Gastos Directos más Recargo, o bien, podrá determinar el precio a su propio juicio; en este último caso, el Contratista podrá presentar un reclamo, si estima que la determinación del Inspector Jefe, lo perjudica.*
>
> *"En todo caso, el PROPIETARIO se reserva el derecho de convocar a una Licitación por la ejecución de Obras Extraordinarias y en este caso el Contratista deberá dar*

todas las facilidades necesarias al otro contratista que se adjudique dicha Licitación, sin que ello represente un costo para el PROPIETARIO".

406. Como puede leerse la norma contractual señala las condiciones que deben cumplirse para que el Contratista en cumplimiento de la orden del Inspector Jefe, proceda a realizar el trabajo de una obra calificada como extraordinaria, cuyo pago se hará a modo de ajuste al precio del Contrato, conforme a las reglas consagradas en el mismo. Así mismo, la estipulación establece la regulación para cuando haya controversia entre el Contratista y el Inspector Jefe acerca de la naturaleza de la obra, su valoración y pago, pero por ninguna parte la disposición citada da una noción de lo que debe entenderse por Obra Extraordinaria, que ciertamente es el concepto fundamental para definir el planteamiento que hace el Consorcio.

407. Esta definición aparece en las BAG, acápite 1.2 "*DEFINICIONES",* número 7, en los siguientes términos: "*Todas las obras, trabajos y/o servicios que a juicio del Inspector Jefe sean adicionales a lo establecido en los documentos del Contrato".*

408. Como puede notarse el elemento que caracteriza la Obra Extraordinaria es que se trate de obra, trabajo o servicio "*adicional"* de acuerdo al criterio del Inspector Jefe, es decir, algo que añade o aumenta las labores o trabajos originalmente previstos en el Contrato.

409. Si alrededor de este concepto se evalúa la tarea del reperfilado, fácilmente se puede descartar que ella sea una obra extraordinaria como lo predica el Consorcio por dos razones concurrentes: una, porque no existe el juicio del Inspector Jefe que así la califique, pues si en torno a ese trabajo se presentó alguna discrepancia con el Inspector Jefe, el procedimiento estipulado por la cláusula 6.5 de las BAG, se echa de menos, y dos, porque el reperfilado que se hizo con el fin de corregir los deterioros y debilitamientos del enrocado de protección del talud aguas abajo de la presa, técnicamente no puede entenderse como una "*añadidura",* que es lo que significa "*adicional",* sino una obra necesaria para obtener el resultado al cual se había comprometido el Consorcio, como lo era la protección del talud aguas abajo de la presa, pues lo hasta ese momento realizado no lograba dicho cometido por los resquebrajamientos, deslizamientos y demás defectos que presentaba el enrocado inicialmente construido.

E.1.6. Cuantificación del daño sufrido por EMGESA

410. Como anteriormente se había señalado, EMGESA pretende que el Consorcio demandado sea condenado a pagarle por los trabajos del reperfilado las siguientes

sumas de dinero: COP $63.243.122.309, que fue el costo de los trabajos realizados por Moreno Vargas – Masseq; COP $6.757.633.421, valor pagado a Ingetec por el servicio de ingeniería de detalle, asesoría en campo y oficina e inspección técnica de "*obra para el espaldón de la presa y la galería GD2"* de la Central Hidroeléctrica El Quimbo, y 58.445,16 francos suizos, como pago hecho a AF-Consult Switzerland Ltd., por la prestación de los servicios profesionales de *"Revisión de diseños del re perfilado"* de la mencionada presa.

411. Como prueba de estos valores, la Convocante en su orden adujo el Contrato 8400118265 celebrado con M&M, los Otrosíes 1, 2 y 3 de este contrato, así como la respectiva acta de liquidación y la facturación pertinente. En cuanto al pago hecho a Ingetec se allegó el Contrato 8400129182, el otrosí No. 2 y el acta de liquidación correspondiente. Con respecto a los costos del trabajo realizado por AF Consult Switzerland se incorporaron como pruebas los soportes documentales constituidos por las órdenes de compra números 8400120565 y 4500014159, lo mismo que el acta de inicio del servicio y sendas actas de liquidación.

412. Teniendo en cuenta las dudas generadas por el ingeniero Juan Francisco Perri, cuando en su declaración de contradicción del dictamen presentado por Exponent, dio a conocer que en los trabajos relacionados con el reperfilado había advertido que esta obra se había llevado hasta la cota 720 metros cuando lo construido de talud era 718 metros, y además había observado un drenaje que no formaba parte del *"diseño original",* el Tribunal con el fin de determinar si del costo de las obras pagadas a las empresas anteriormente señaladas se debían descontar los valores correspondientes a dichos trabajos (reperfilado adicional y drenaje no diseñado originalmente), se decretaron como pruebas de oficio, la aclaración y complemento del dictamen de Lombardi y los informes de Moreno Vargas – Masseq y de Ingetec, obteniendo el siguiente resultado probatorio:

a. En su respuesta el consorcio M&M, contratista en la construcción del reperfilado, admite haberlo llevado hasta la cota 721.30 metros para el relleno 3D de la Etapa 1, pero sin que conozca "*las razones técnicas por las que el diseñador definió esa cota".* En cuanto al drenaje informó que "*[d]ada la necesidad del relleno adicional, se requirió la prolongación de las tuberías del sistema de drenaje con el objeto de que el sistema no quedará inhabilitado por este relleno de Etapa 2"*[96]*.*

96 EXPEDIENTE DIGITAL. 45 122485 PRUEBAS 1 INFORME CONSORCIO M&M 20 SEPT 2022 FOLIO 167.

b. Por su lado, Ingetec manifestó en el informe del 20 de septiembre de 2022 que "*[e]l diseño inicial de Ingetec (el que fue ejecutado por el CIO) contemplaba alcanzar la cota 718 con las gravas 3B de aguas arriba, bajo el muro parapeto de aguas arriba, y alcanzar la cota 720.6 bajo el muro parapeto de aguas abajo, tal como se muestra en la Figura 1".*

"Durante la construcción -se agrega-, *el CIO al no poder cimentar el muro parapeto de aguas abajo en la cota del diseño original por la falta de espacio, que se debió a la diferencia entre el diseño original para construcción y la obra ejecutada, tuvo que cimentar dicho muro en una cota inferior, en busca de mayor área de fundación".*

"Posteriormente llevar lo construido a las cotas originalmente concebidas en el diseño implicó incrementar la altura del muro parapeto de aguas abajo y confinarlo con un relleno de gravas aguas abajo hasta la cota 721.3 (Véase Figura 2) para poder cumplir con los requisitos de estabilidad adecuados bajo las condiciones de sismo, situación que se hizo necesaria por no haber desarrollado la construcción de acuerdo con el diseño original".

c. Con relación al sistema de drenaje, Ingetec se refiere "*a la salida de las filtraciones de la presa, en el pie del talud aguas abajo",* informando que las *"reformas realizadas en este sitio consistieron en ampliar el espesor del babero en RCC (Concreto compactado con Rodillo) que protege la presa contra las descargas del vertedero para darle apoyo al relleno de restitución que fue necesario conformar desde la cresta hasta el pie de la presa para no alterar la estabilidad general del espaldón de aguas abajo (Véase Figura 3)".*

"Adicionalmente – anota Ingetec-*, fue detectado que el detalle de las tuberías de drenaje construidas en este sector, no correspondía con las disposiciones, conexiones y características consideradas en el diseño inicial de Ingetec (el que fue ejecutado por el CIO) por lo que, a solicitud de EMGESA, se procedió con el desarrollo de una nueva ingeniería que se adaptara a las condiciones reales tanto de la estructura como de las tuberías."*

"Estas nuevas consideraciones, implicaron extender las tuberías de drenaje en el sobre espesor de RCC y conducirlas hasta una estructura de medición, para su control permanente como se requiere en este tipo de estructuras (Véase Figura 4") [97]*.*

97 EXPEDIENTE DIGITAL. 46 122485 PRUEBAS 1 INFORME INGETEC 20 SEPT 2022 FOLIO 168.

d. Como puede observarse la información dada por una y otra entidad lleva a tener como cierto el hecho de la extensión del reperfilado hasta la cota 721.30 metros, así como la prolongación de las tuberías del sistema de drenaje por razón del relleno adicional, es decir, que una obra condujo a la otra por tratarse de un trabajo integral, según lo acota Ingetec.

e. Además, la necesidad de estas obras, desde el 15 de octubre de 2016, había sido puesta de presente por el Panel de Expertos (ingenieros Bayardo Materón, Gabriel Fernández y Michael A. Hendron), quienes en su Concepto Técnico sugirieron como medida de "*Largo Plazo",* lo siguiente, con el fin de corregir los problemas que venía presentando la presa:

> "*Una vez se estabilicen las deformaciones de la presa se procederá a colocar un relleno adicional bien compactado de material competente en el talud de aguas abajo, desde el pie de aguas abajo de la presa hasta la El. 721 m. El propósito de este relleno es el de reducir las deformaciones del Terraplén tanto bajo cargas estáticas como sísmicas y proveer resistencia pasiva al parapeto. Dada la naturaleza compresible del material 3C, especialmente en la parte superior del espaldón (cantera 19), la rata de colocación del relleno adicional se debe ajustar para minimizar las deformaciones del terraplén. Una vez colocado este relleno se procederá a subir el embalse lentamente hasta la El 720 m".*

f. La declaración del ingeniero Camilo Marulanda Escobar, Gerente Técnico de Ingetec, también ilustra el punto objeto de examen, pues al responder la pregunta relacionada con eventuales cambios de diseño por razón del cambio de material, dio información acerca de las dificultades que se presentaron con el muro parapeto de aguas abajo que "*estaba quedando sobre el material que estaba teniendo problemas de estabilidad y de deformación, se hicieron cambios de diseño en ese sentido de poderlo meter hacía o moverlo hacía aguas arriba para poderlo cimentar sobre un material que diera más tranquilidad".* Más adelante dijo: "…*cuando se llegó a la cresta* - y eso se venía advirtiendo – *se evidenció que ese muro estaba quedando, iba a quedar fundado sobre el material puro contra la parte final, contra el espaldón de aguas abajo, que estaba evidenciando todos los problemas de que no estaba compactado o de que estaba suelto, que estaba quedando en algunos casos casi como unos taludes verticales…Entonces la modificación o el diseño fue moverlo como funcionaba aguas arriba y bajarlo para poder llegar a un nivel de cimentación que nos diera tranquilidad en términos de su comportamiento".*

g. Por su parte, el ingeniero Jorge René Núñez Fajre, funcionario de Endesa, manifiesta que "*[l]a situación más grave se puede ver en la parte alta de la presa es que incluso donde la proyección de la traza topográfica debía llegar, no llegó y el material estaba dentro, en un intento que yo no lo había visto nunca desde el punto de vista de diseño…se intentó hacer una suerte de muro de contención dentro del mismo talud que era inestable y no compactado para poder tomar altura y volver a tratar de cumplir con el perfil de la presa, el perfil transversal y obviamente no se logró, se llegó a un perfil mucho menor en la parte alta".* Luego, el testigo comentando el desajuste en la coronación de la presa, teniendo a la vista un plano, dijo*: "Bueno, en este caso está llegando mucho más adentro ya sacándole un pedazo a la presa y ha obligado a que este muro de coronamiento o muro parapeto que se llama, que es el de aguas abajo, porque hay dos, hay uno que es el que está a la izquierda, que dice elevación 726 y después hay ocho metros de distancia, el que está a la derecha tuvo que ser rediseñado, porque ese muro debió haber quedado mucho más a la derecha con un mayor ancho…".*

h. El ingeniero Julio Alfonso Santafé Ramos, Director del Proyecto en una primera etapa y luego representante del Contrato CEQ-21, insiste en la deficiencia constructiva sobre que "*el muro parapeto…no queda digamos confinado como lo tenía previsto inicialmente el diseño…lo que yo llamo el muro parapeto de aguas abajo no se construye ni en el ancho de lo que es la cresta de la presa, ni con la pendiente que se haya planteado inicialmente en el diseño, dentro del proceso constructivo algo se tuvo que presentar que no permitió llegar a esa parte de cumplir ese diseño y finalmente también poder garantizar que el muro parapeto tuviese un material de contrafuerte que le permitiera tener una estabilidad".*

i. Ricardo Emilio Riveros Puratic, también ingeniero vinculado al Proyecto como Jefe de Ingeniería, explica que debido a la falta de compactación se presentaron los deslizamientos y "*en la parte alta a tener una pendiente más suave, por lo tanto, llevó a que cuando coronamos o teníamos arriba el coronamiento, la parte superior de la presa llegó a un ancho menor, afectando la situación de los muros parapetos y principalmente esa es la situación…".*

413. Estas pruebas, todas las citadas en este aparte, llevan a confirmar la información ofrecida por Ingetec, es decir, que la no cimentación del muro parapeto aguas abajo en la cota originalmente prevista, debido a la falta de espacio por la no compactación adecuada estipulada en las especificaciones, como lo indica la misma entidad informante, dio cabida a la necesidad técnica de incrementar la altura de dicho muro y confinarlo en una cota más alta a la inicialmente establecida con el fin de darle la

estabilidad necesaria, pues antes, como lo dicen varios de los testigos mencionados, estaba quedando sobre el material que estaba presentando problemas.

414. Por lo tanto, la mayor altura del reperfilado tiene una explicación técnica, dados los defectos constructivos que en esta área de la obra EMGESA le achaca al Contratista, precisamente por no haber cumplido el Contrato en cuanto al medio y método de compactación, sumado a los otros reproches que en la tarea de construcción del enrocado le imputa al Consorcio, entre ellos la utilización que a los sobre tamaños dio.

415. Desde luego que la obra relativa al sistema de drenaje también debe considerarse como trabajo íntimamente ligado a las labores de corrección de los defectos del enrocado detectados por EMGESA, no solo por la información dada por M&M, la cual se advierte apropiada respecto de las obras por este Consorcio realizadas, sino por las explicaciones técnicas que acerca del diseño da Ingetec, comprensivas ellas de todo el sistema de drenaje, y particularmente de la extensión de las tuberías sobre el espesor del concreto compactado como obra de reperfilado, que es a lo que específicamente se refiere M&M, explicando que "*el relleno adicional, conlleva a la prolongación de las tuberías del sistema de drenaje, teniendo en cuenta que según diseños entregados por Emgesa para la construcción del sistema de drenaje, se hace necesario esta obra de prolongación de tuberías, para poder garantizar la continuidad y manejo de las aguas de infiltración de la presa que se conducirían a un pozo de medición de caudal en el cual se evidenciaría y se podría llevar seguimiento del caudal de infiltración de las aguas"* [98].

416. Las Convocadas, lo mismo que la Llamada en Garantía, cuestionan la prueba del daño emergente cuya indemnización pretende EMGESA. En cuanto a lo pagado a M&M, se afirma que el contrato celebrado con esta empresa "*no corresponde únicamente a las obras del reperfilado*", pues mediante este se remuneró "*la ejecución de otra serie de trabajos y labores que no guardaban ninguna relación con la problemática"* del enrocado de protección; además, manifiestan que ese pago no tiene relación de causalidad, como tampoco el hecho a las otras empresas, porque el reperfilado se debió a errores en los diseños, siendo esta una obra extraordinaria, no demostrada por los medios probatorios. Punto este en el que más ahonda Segurexpo, cuando expresamente dice que *"no se aportaron soportes contables, financieros o bancarios que demuestren los pagos, erogaciones, giros o transferencias que realizó EMGESA al Consorcio M&M, a Ingetec, ni a la firma consultora AF Consult Switzerland"*. En fin, afirma luego de negarle valor probatorio a los documentos aducidos

98 EXPEDIENTE DIGITAL. 47 122485 PRUEBAS 1 ACLARACIONES INFORMES INGETEC Y M&M 19 OCT 2022 FOLIO 169. M&M Respuesta Tribunal 19-10-2022.

por la Convocante que, "*se debieron allegar al proceso … las órdenes de pago firmadas por los funcionarios que debían autorizarlos, comprobantes de egreso o documentos similares con todos los detalles de la operación incluidas las cuentas a debitar, las cuentas a abonar, girador, beneficiario e impuestos a que haya lugar".*

417. Los reparos que se le hacen a la prueba relacionada con la demostración del daño emergente deben examinarse desde dos perspectivas: una, relativa al contrato celebrado con M&M, pues según se afirma este no puede ser soporte probatorio de la obra de reperfilado encomendada a esta empresa, por cuanto el mismo involucra trabajos ajenos a las tareas que demandaba el repefirlado, y la segunda atinente a la prueba del valor de las erogaciones que EMGESA tuvo que hacer para pagar los precios de los trabajos realizados tanto por M&M, como por Ingetec y AF Consult Switzerland, porque en opinión de las Convocadas y la Llamada en Garantía, los documentos aducidos por EMGESA no prueban los gastos constitutivos del daño emergente cuya indemnización se depreca.

418. Tratándose del primer punto, en el expediente aparece el documento que contiene el contrato celebrado el 7 de diciembre de 2017, entre EMGESA S.A. E.S.P. y el Consorcio M&M (Moreno Vargas-Masseq), por virtud del cual el mencionado Consorcio se obligó a ejecutar las "OBRAS CIVILES DEL TALUD AGUAS ABAJO DE LA PRESA DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL QUIMBO", en tanto que EMGESA se obligó a pagar, *"[d]e acuerdo a las cantidades estimadas de obra y a los Precios indicados en el Cuadro de Precios contenido en la Propuesta del Contratista y aceptada por EMGESA … un valor estimado de … ($COP 54.899.983.372)…"* (cláusula cuarta).

419. También obra en el expediente el Otrosí No. 2 de 14 de mayo de 2019, mediante el cual se da cuenta de un incremento del precio de la obra por COP $8.343.138.936, para un total de COP $63.243.122.309, como *"valor actualizado del contrato"* celebrado el *"7 de diciembre de 2017*" (No 8400118265), que tenía como objeto realizar *"las OBRAS CIVILES DEL TALUD AGUAS ABAJO DE LA PRESA DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL QUIMBO"*.

420. Según lo expone el Consorcio, este *"Otrosi N° 2 del Contrato 8400118265, aportado por EMGESA al Expediente, da cuenta de que dicho contrato abarca ítems y obras completamente distintas al asunto del re-perfilado del talud*", así: *"Terminación Perfilado y Desabomba del Talud actual", "Terminación Relleno para la Regularización Talud Aguas Abajo", "Terminación Manejo de Aguas y Desecación de Fundaciones", "Terminación Instrumentación Geotécnica", "Terminación Reforzamiento de Casetas de Instrumentación y Reservorio", "Terminación Contra-ataguía para la ampliación*

del CCR al pie de la Presa" y "Terminación de la Ampliación de la Protección en CCR al pie de la presa".

421. Los trabajos que incorpora este Otrosí N° 2, implicaron, como se anotó, un incremento del precio del Contrato, que sería el monto de la reducción que tuviera que hacerse al valor indemnizatorio relacionado con el pago hecho por EMGESA a M&M, si fuera cierto que las obras detalladas por este Otrosí, fueran extrañas al reperfilado o pudieran calificarse como "*extraordinarias"*, conforme lo argumenta el Consorcio. Sin embargo, tal conclusión está muy alejada de la realidad procesal, pues no existe en el expediente prueba alguna que demuestre lo alegado por la Convocada. Contrariamente, el examen de los distintos ítems que componen el Otrosi N° 2, vistos alrededor del conocimiento que emerge del estudio del expediente, lleva a concluir que los trabajos que este relaciona, están íntimamente conectados con la obra del reperfilado del talud aguas abajo de la presa, bien porque directamente se comunican, ora porque comprometen la estructura del talud, incluido el reforzamiento de las casetas que habían sido afectadas por los deslizamientos que originaron la deficiente compactación.

422. Respecto al carácter de "*obras extraordinarias"* que el Consorcio atribuye a las obras reseñadas por el Otrosí N° 2, cabe poner de presente, conforme se explicó en acápite anterior, que los trabajos en cuestión no se adecuan a la hipótesis que para esta clase de obras plantea la definición que consagra la estipulación de las BAG atrás citada, porque como allí se analizó, precisamente con relación a la obra del reperfilamiento, las mencionadas por el Otrosí N° 2, ligadas como ha quedado dicho a la obra fundamental del reperfilado, no constituyen trabajo o servicio "*adicional"*, ni contaron con el juicio previo del Inspector Jefe haciendo tal calificación, que son la condiciones que se deben cumplir para llegar al resultado calificatorio de obra extraordinaria, según el análisis precedente hecho, al cual se remite.

423. Asimismo, existe el acta de liquidación de dicho contrato del 30 de agosto de 2019, cuyo numeral 4 establece como valor definitivo ejecutado del contrato la suma de COP $62.674.010.575, de acuerdo con el balance de facturación que relaciona el número 5 de dicha acta, donde expresamente se hace constar que se trata de la *"RELACION DE COBROS REALIZADOS Y PAGADOS POR EMGESA S.A. E.S.P."*; valiendo anotarse que en el número 12.1. de esa misma acta suscrita tanto por el Inspector Jefe del Contrato por parte de EMGESA, como por el representante legal del Consorcio Moreno Vargas-Masseq, señor Carlos E. Moreno, las partes declaran

"no tener ningún reclamo entre sí como resultado de la relación contractual, terminación y liquidación final de la misma y se declaran total y absolutamente a paz y salvo por todo concepto …"[99].

424. Tomando en consideración la información dada por el ingeniero Juan Francisco Perri, autor del dictamen de Exponent, vale reiterarlo, donde expresó que el reperfilado se llevó a una altura mayor a la inicialmente diseñada, y que además se incorporó un sistema de drenaje que tampoco estaba previsto, de oficio se solicitó a M&M explicaciones técnicas al respecto, obteniendo como respuesta que "*El Consorcio M&M desconoce las razones técnicas por las que el diseñador definió esa cota*", o sea la de 721.30 mts., que fue la ejecutada. En cuanto al sistema de drenaje se explicó que, *"[d]ada la necesidad del relleno adicional, se requirió la prolongación de las tuberías del sistema de drenaje con el objeto de que el sistema no quedara inhabililitado por este relleno de Etapa 2. Desde el objeto del contrato No. 8400118265 entre EMGESA y el CONSORCIO M&M se tenía concebido la ejecución de esta obra en el proyecto"*[100].

425. Respondiendo pregunta relacionada con los costos del reperfilado entre la cota 718 y 721.30 m.s.n.m, y la labor concerniente al drenaje, M&M, presentó cuadros para explicar los respectivos valores asignando al primero la suma de $1.315.498.728,04, y al segundo trabajo $954.293.474,80, para un valor total de $2.269.792.202,84[101].

426. Ingetec dando respuesta a preguntas que el Tribunal le formuló, manifestó lo siguiente: i) que el diseño original, ejecutado por el CIO, "*contemplaba alcanzar la cota 718 con las gravas 3B de aguas arriba, bajo el muro parapeto de aguas arriba, y alcanzar la cota 720.6 bajo el muro parapeto de aguas abajo". "Durante la construcción, el CIO al no poder cimentar el muro parapeto de aguas abajo en la cota del diseño original por falta de espacio, que se debió a la diferencia entre el diseño original para construcción y la obra ejecutada, tuvo que cimentar dicho muro en una cota inferior, en busca de mayor área de fundación". "Posteriormente, llevar lo construido a las cotas originalmente concebidas en el diseño implicó incrementar la altura del muro parapeto de aguas abajo hasta la cota 721.3 … para poder cumplir con los requisitos de estabilidad adecuados bajo las condiciones de sismo, situación que se*

99 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 01 122485 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA INICIAL 01 06 2020 FOLIO 1. 06_Soportes Daño Emergente. Anexo 4_Acta de Liquidación M&M.

100 EXPEDIENTE DIGITAL. 45 122485 PRUEBAS 1 INFORME CONSORCIO M&M 20 SEPT 2022 FOLIO 167.

101 EXPEDIENTE DIGITAL. 47 122485 PRUEBAS 1 ACLARACIONES INFORMES INGETEC Y M&M 19 OCT 2022 FOLIO 169. M&M Respuesta Tribunal 19-10-2022.

hizo necesaria por no haber desarrollado la construcción de acuerdo con el diseño original", ii) en cuanto al drenaje se respondió bajo el entendido que la pregunta "*se refiere a la salida de las filtraciones de la presa, en el pie del talud de aguas abajo",* que "*Las reformas en este sitio consistieron en ampliar el espesor del babero en RCC (Concreto compactado con rodillo) que protege la presa contra las descargas del vertedero para darle apoyo al relleno de restitución que fue necesario conformar desde la cresta hasta el pie de la presa para no alterar la estabilidad general del espaldón de aguas abajo".* Adicionalmente, se agregó, "*fue detectado que el detalle de las tuberías de drenaje construidas en este sector, no correspondía con las disposiciones, conexiones y características consideradas en el diseño inicial de INGETEG … por lo que, a solicitud de EMGESA, se procedió con el desarrollo de una nueva ingeniería que se adaptara a las condiciones reales tanto de la estructura como de las tuberías". "Estas nuevas condiciones, implicaron extender las tuberías de drenaje en el sobre espesor de RCC y conducirlas hasta una estructura de medición, para su control permanente, como se requiere en este tipo de estructura",* iii) con relación al precio de los trabajos descritos, Ingetec informó que, "*se estima en la suma de 1.199.009.812 COP$ sin incluir IVA, el cual corresponde al valor de una orden de servicios ejecutada en el año 2018 por la suma de 288.410.304 COP$ sin IVA y la suma de 910.599.508 COP$ sin incluir IVA, valor ejecutado a través del contrato 8400129182 de 2018"* [102]*.*

427. Con el fin de probar la labor y el costo pagado a AF Consult Switzerland Ltd, EMGESA allegó los siguientes documentos: orden de compra No. 8400120565 de 7 de febrero de 2018, concerniente al "*ESTUDIO DE REVISIÓN DE DISEÑOS DEL REPERFILADO CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL QUIMBO",* por un valor estimado de CHF $46.218", de acuerdo con el cuadro de precios que contiene la comunicación anexada; orden de compra No. 4500014159 de 15 de junio de 2018 por $36.816.934, relacionada con la misma revisión de diseños; acta de inicio del servicio de 6 de marzo de 2018, suscrita por el representante de AF Consult Switzerland Ltd., acta de liquidación final de la orden de compra No. 8400120565 entre EMGESA y AF Consult Switzerland Ltd de 7 de febrero de 2018, donde se declara que el *"VALOR FINAL DEL SERVICIO"* fue de "*CHF 48.100",* conforme a las descripciones que contiene el acta, dejando constancia que "*[d]e acuerdo con el análisis del balance anterior, el valor final cancelado al CONTRATISTA AF CONSULT SWITZERLAND LTD, fue de CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO FRANCOS SUIZOS CON DIECISEIS CENTAVOS, CHF 47.665,16".* Esta acta aparece firmada por el Gestor de la orden de compra en nombre de EMGESA y el representante legal

102 EXPEDIENTE DIGITAL. 46 122485 PRUEBAS 1 INFORME INGETEC 20 SEPT 2022 FOLIO 168.

de la prestadora del servicio, quienes manifiestan que se hallan "*total y absolutamente a paz salvo por todo concepto".* También aparece en el expediente otra acta de liquidación de la orden de compra 4500014159 del 15 de junio de 2018, referente a la prestación del mismo tipo de servicio por un valor de CHF 10.780, que también se declaran pagados, razón por la cual se deja constancia del paz y salvo. Esta acta la firman las personas antes mencionadas.

428. Acerca del "*Servicio de ingeniería de detalle, asesoría en campo y oficina e inspección técnica de obra para el re perfilado del espaldón de aguas abajo de la presa y la galería GD2 de la Central El Quimbo",* prestado por Ingetec, se incorporaron al proceso los siguientes documentos: "*Acta de Liquidación final del contrato de servicios No. 8400129182 suscrito entre Emgesa S.A. E.S.P. e Ingetec S.A.S. de 04 de septiembre de 2018".* En esta acta, luego de detallar el contrato y los otrosíes, se determina como valor final del mismo la suma de COP$ 6.757.673.421, siendo este, "*[d]e acuerdo con los análisis del balance anterior, el valor final cancelado a INGETEC S.A.S",* razón por la cual se declara que se está "a *paz y salvo".* Esta acta es firmada por el representante de Ingetec y el gestor de EMGESA. También aparece certificado expedido por el contador público, señor Luis Alberto Vallejo León, Revisor Fiscal de Ingetec S.A.S., haciendo constar que esta sociedad a la fecha del certificado (22 de noviembre de 2020), está a paz y salvo por los conceptos de seguridad social y parafiscales que allí se detallan. Igualmente se incorporó al expediente el contrato celebrado entre EMGESA e Ingetec, relacionado con los servicios a los cuales se refiere el acta de liquidación antes mencionada; contrato ajustado el 4 de septiembre de 2018.

429. Teniendo en cuenta las anteriores pruebas, como ya se había anticipado, las Sociedades integrantes del Consorcio Convocado, serán condenadas a pagar a EMGESA, a título de indemnización del daño emergente, un treinta y cinco por ciento (35%) de las sumas de dinero que esta a su vez pagó a Moreno Vargas – Masseq, a Ingetec y a AF Consult Switzerlanda Ltd., por las obras y servicios que cada una de estas entidades llevó a cabo con el fin de corregir los deterioros sufridos por el enrocado de protección del talud aguas abajo de la presa El Quimbo.

430. Con relación al costo de la obra de reperfilamiento adelantada por el Consorcio Moreno Vargas – Masseq, como se anotó, aparece en este expediente digital copia del contrato 8400118265, de 7 diciembre de 2017, celebrado por EMGESA y el mencionado Consorcio, por virtud del cual este último se comprometió a ejecutar "*OBRAS CIVILES DEL TALUD AGUAS ABAJO DE LA PRESA DE LA CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL QUIMBO",* a cambio del precio estimado en el numeral cuarto del

contrato en "*cincuenta y cuatro mil ochocientos noventa y nueve millones novecientos ochenta y tres mil trescientos setenta y dos pesos colombianos ($COP 54.899.983.372). Este precio incluye el Impuesto al valor Agregado (IVA) sobre utilidad. Detalle de precios en Anexo 1. Cuadro de precios y cantidades".* Precio este, agrega la cláusula, que EMGESA pagará al Contratista, "*según el procedimiento establecido en las Bases Administrativas Especiales, mediante la presentación de Estados de pago mensuales por todas las obras ejecutadas y recibidas conforme por el Inspector Jefe".*

431. Igualmente obra en el expediente el Addendum (otrosí) No. 2, mediante el cual se incrementó el precio del contrato antes referenciado en COP$8.343.138.936, para un nuevo valor de COP$63.243.122.309, que fue el costo definitivo, atendidos los antecedentes, descripción de objeto, alcance del addendum y valor actualizado del contrato que detallan los cuatro primeros numerales del convenio suscrito entre las partes del mismo.

432. Así mismo, se allegó al expediente el acta de liquidación del contrato 8400118265, suscrita entre las partes el 30 de agosto de 2019, dándose por concluida la ejecución del contrato, y estableciéndose en el número 5 del acta, que luego del "Balance de Facturación" y "Relación de cobros realizados y pagados por Emgesa S.A. E.S.P.", *"el valor final cancelado a CONSORCIO M&M (Moreno Vargas-MASSEQ), fue de sesenta y dos mil seiscientos setenta y cuatro millones diez mil quinientos setenta y cinco pesos $62.674.010.575 con IVA".* Adicionalmente obran en el expediente las múltiples facturas que libró M&M, asociadas con los documentos que dan cuenta de la conformidad con la prestación del servicio, Actas de avance de las obras y Preactas de cantidades de obra, que en su conjunto permiten ratificar que el servicio (construcción del reperfilado) fue efectivamente prestado, y así concluir en consonancia con los otros documento que hasta ahora han sido detallados, que EMGESA pagó a M&M los valores fijados como precio del contrato de obra con este Consorcio celebrado.

433. Acerca de Ingetec S.A.S., está en el expediente el Contrato que esta entidad celebró con EMGESA S.A. E.S.P., siendo su objeto la prestación de "*Servicio de ingeniería de detalle, asesoría en campo e inspección Técnica de obra para el re perfilado del espaldón de aguas abajo de la presa y la galería GD 2 de la Central El Quimbo"* por un valor de COP$3.745.095.919, cuyo pago se realizaría "*30 días fecha factura, de acuerdo con la facturación mensual ejecutada y recibida a satisfacción de EMGESA y según tarifas presentadas en Anexos 1 y 2 (Consolidado Tarifas)".* Este contrato fue celebrado el 4 de septiembre de 2018.

434. También aparece en el expediente el *Addendum* (Otrosí) No. 2, al contrato 8400129182, por razón del cual EMGESA e Ingetec acuerdan que el "*Nuevo Monto del Contrato Incluido Addendums (Otrosí) No. 1 y 2",* será COP$6.757.673.421, manteniendo la misma forma de pago. Este *Addendum* fue suscrito por las partes el 27 de agosto de 2019. Además, se observa el acta de liquidación de este contrato, donde luego del balance de facturación y relación de cobros realizados y pagados por Emgesa S.A. E.S.P., se deja establecido que "*el valor final cancelado a INGETEC S.A.S. fue de seis mil setecientos treinta y cuatro millones ciento un mil quinientos treinta y siete pesos $6.734.101.537 incluido el IVA".* Sin embargo, a esta suma debe restársele $138.451.029, que según informa Ingetec, respondiendo prueba de oficio decretada por el Tribunal[103], fue el costo del trabajo hecho en la Galería GD-2, que no es objeto de pretensión alguna en este proceso, quedando así un total de $6.595.650.508.

435. Respecto de AF – CONSULT SWITZERLAND LTD, aparecen la orden de compra No. 8400120565 por 46.218 francos suizos para el "*ESTUDIO DE REVISIÓN DE DISEÑOS DEL REPERFILADO CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL QUIMBO";* orden esta fechada el 7 de febrero de 2018. Luego existe otra orden de 15 de junio de 2018 por $36.816.934, IVA incluido, cuyo objeto es la *"REVISION DISEÑOS REPERFILADO PRESA QUIMB".* El número de esta orden es 4500014159.

436. Además se observan las actas de liquidación de estas órdenes de compra, esto es, la No. 8400120565 de 7 de febrero de 2018, donde después del balance de facturación se deja consagrado que *"el valor final cancelado al contratista AF-CONSULT SWITZERLAND LTD, fue de CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO FRANCOS SUIZOS CON DIECISEIS CENTAVOS, CHF 47.665.16".* La otra liquidación versa sobre la orden 4500014159, donde se deja definido que una vez hecho el balance de facturación *"el valor final cancelado al CONTRATISTA AF-CONSULT SWITZERLANDA LTD, fue de DIEZ MIL SETECIENTOS OCHENTA FRANCOS SUIZOS, CHF 10.780"*.

437. De acuerdo con los documentos indicados el costo total del pago hecho a AF-Consult Switzerland Ltd, ascendió a 58.445,16 francos suizos, según consta en las referidas actas de liquidación de 8 de enero de 2019, las cuales dan cuenta de las facturas formuladas el 14 de mayo y el 3 de julio de 2018, en cuanto a la primera acta, y el 13 de septiembre de 2018 conforme al balance de la segunda.

103 EXPEDIENTE DIGITAL. 48 122485 PRUEBAS 1 INFORME INGETEC 9 FEB 2023 FOLIO 170.

438. Ahora, el valor probatorio de los documentos reseñados y aducidos por la Convocante con el fin de demostrar el daño emergente sufrido con ocasión del deterioro del enrocado del espaldón del talud aguas abajo de la presa y debido a la negativa del Consorcio a cumplir con las garantías de calidad y estabilidad de la obra, no da lugar a la menor duda, no solo porque se trata de documentos hoy día auténticos, pues en modo alguno las Convocadas los impugnaron desde el punto de vista de su autoría o de la veracidad de su contenido, sino porque contablemente los mismos cuentan con los soportes que implican las facturas que también aparecen reseñadas, las cuales antes fueron referenciadas, y que como tales son documentos auténticos en los términos del artículo 244 del Código General del Proceso.

439. En resumen, los documentos privados que han sido invocados, provenientes de EMGESA y de las empresas con las cuales se contrataron las obras concernientes al reperfilado (M&M, Ingetec y AF Consult Switzerland), como ya se dijo, gozan de autenticidad en tanto no fueron tachados de falsos o desconocidos por la contraparte frente a la cual se hacen valer como prueba (artículo 244 inciso 2 del Código General del Proceso), presumiéndose así mismo veraces en cuanto a su contenido, conforme lo consagra el artículo 260 de idéntico código, en asocio con el artículo 257 del mismo, en tanto le otorgan fe a las declaraciones que en ellos hagan los otorgantes, en este caso las personas particulares que intervinieron en los respectivos actos y suscribieron los señalados documentos.

440. De las citadas normas, y claro está del contenido de los mencionados documentos se puede colegir no solo la celebración de los contratos que en ellos constan, en tanto se trata de documentos eminentemente declarativos de la voluntad de los sujetos que participaron tanto en los actos jurídicos en ellos vertidos, como en la creación de los instrumentos que se han venido mencionando, sino de los pagos que en ellos también se indican, sin que tenga asidero la alegación que las Convocadas y la Llamada en Garantía hacen, reclamando una prueba específica propia de un sistema de tarifa legal que en manera alguna rige en el caso, precisamente por la ausencia de una norma legal que así lo establezca, excluyendo el caso del sistema de libertad de medios de prueba que consagra el artículo 165 del Código General del Proceso.

441. Procede entonces reiterar, que las declaraciones que en las actas de liquidación hacen M&M, Ingetec y AF Consult Switzerland Ltd., acerca de haber recibido los precios por la prestación de los servicios contratados, y hacer constar que EMGESA está a paz y salvo por dichos conceptos, constituye plena prueba de los respectivos pagos, mucho más, como quedó anotado, cuando las Convocadas y la Llamada en Garantía

no desconocieron la celebración de los contratos que originaron la obligación de EMGESA de pagar los correspondientes precios.

442. Conforme al análisis probatorio que hubo de realizarse, y dada la concurrencia de conductas generadoras del daño que se consideró averiguada, procede concluir que las sociedades integrantes del Consorcio IMPREGILO -OHL, Convocadas a este proceso, están obligadas a pagarle a EMGESA dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de este Laudo el treinta y cinco por ciento del daño emergente que esta padeció por motivo de la fallas constructivas que presentó la estructura antes mencionada y la renuencia de las sociedades integrantes de dicho Consorcio a cumplir con las garantías atrás indicadas.

443. Por consiguiente, dichas Convocadas deberán pagarle a EMGESA, $21.935.903.701, que es el treinta y cinco por ciento de los pagos que a su vez la Convocante hizo al Consorcio M&M. En cuanto a los pagos hechos a Ingetec, deberán asumir el pago de $2.308.477.678, y con relación a lo sufragado por EMGESA por los servicios prestados por AF Consult Switzerland, las sociedades integrantes del Consorcio demandado deberán pagar la suma de 20.456 francos suizos, liquidados a moneda legal colombiana, como enseguida se indicará.

444. En concreto, Impregilo Colombia S.A.S. y OHL Colombia S.A.S., como responsables del perjuicio (daño emergente) causado a EMGESA, según las circunstancias fácticas descritas y analizadas a lo largo de este Laudo, serán condenadas a pagarle a la Convocante la suma de $24.244.381.379, suma esta que deberá ser corregida monetariamente como luego se habrá de disponer. Igualmente, serán condenadas a pagar la suma que en pesos colombianos equivalga a 20.456 francos suizos, liquidados a la fecha de las actas de liquidación de las órdenes de servicio prestados por AF Consult Switzerland según análisis que posteriormente se realizará.

E.2. La pretensión relativa al lucro cesante

445. Como se anotó al transcribir las pretensiones primera y segunda declarativas principales, EMGESA pide que las sociedades integrantes del Consorcio Convocado, sean declaradas responsables del incumplimiento de "*las garantías de calidad y estabilidad de la obra por las fallas originadas en la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la presa, que fueron causa de los daños encontrados en la referida estructura … obligaron a realizar vertimientos que no pudieron ser convertidos en energía eléctrica ni comercializados en el Mercado de Energía Mayorista"*

(pretensión primera). Consecuentemente en la pretensión segunda, se invoca literalmente la misma causa para impetrar que las sociedades Convocadas deben ser condenadas a "*pagar a EMGESA S.A. E.S.P." el "lucro cesante",* causado "*por no haber atendido las reclamaciones de calidad y estabilidad de la Presa de la Central Hidroeléctrica El Quimbo, por las fallas originadas en la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la Presa, que fueron causa de los daños encontrados en la referida estructura … que obligaron a realizar vertimientos que no pudieron ser convertidos en energía eléctrica ni comercializadores en el Mercado de Energía Mayorista"*.

446. Como puede observarse estas dos pretensiones principales se fincan específicamente en el defecto "*(II)"* de los enunciados en el hecho 14 de la demanda reformada subsanada, es decir, la "*colocación irregular del enrocado y deterioro del espaldón aguas abajo de la presa",* no obstante que el señalado hecho y los cuatro siguientes (15, 16, 17 y 18), se destinan a dar cuenta de los otros defectos que presentó la construcción y que según dice la Convocante "*impidieron continuar el llenado del embalse hasta su nivel máximo de operación",* que, a decir verdad, fue la causa determinante del lucro cesante reclamado, pues dados ellos se tuvieron que hacer "*vertimientos que no pudieron ser convertidos en energía eléctrica ni comercializados en el Mercado de Energía Mayorista".*

447. El hecho 14 se refiere en los siguientes términos a los defectos de la presa:

> "*En el mes de julio de 2016, una serie de defectos en las obras civiles de El Quimbo impidieron continuar el llenado del embalse hasta su nivel máximo de operación. Los defectos identificados para ese momento consistieron en: (i) deformaciones verticales y horizontales en los rellenos de la presa, (ii) colocación irregular del enrocado y deterioro del espaldón aguas abajo de la presa, (iii) daños en muros parapeto y (iv) ruptura de la junta horizontal de la cota 718 de la presa".*

448. En su orden, los hechos 15, 16, 17 y 18 dan noticia de la información que EMGESA dio al Consorcio sobre "*la existencia de resquebrajamientos en las juntas de los muros parapetos", "la existencia de desplazamientos superiores a los esperados en la obra", "la existencia de un defecto detectado en la banda PVC que contiene el "Fly Ash", en la junta entre la cara de concreto y muro parapeto de la presa"* y *"la existencia de un funcionamiento inadecuado de las juntas ubicadas en el muro parapeto tipo 2, con ocasión de los movimientos horizontales y verticales de la presa…".*

449. Fue por estas fallas constructivas, dice el hecho 19 de la demanda reformada, que EMGESA *"solicitó al CIO que, ante la evidencia de defectos en la obra, procediera conforme a lo dispuesto en la cláusula 2.13 de las Bases Administrativas Especiales,*

en concordancia con la cláusula 5.4 de las Bases Administrativas Generales", obteniendo respuestas negativas constitutivas de *"un incumplimiento deliberado del inciso segundo de la cláusula 2.13 de las BAE, ya citada"*.

450. Luego de enunciar los cuatro defectos que originaron la reclamación que EMGESA le presentó al Consorcio haciendo valer las garantías de calidad y estabilidad de las obras, la demanda reformada dedica el literal D de su texto, a la exposición de "*Las causas técnicas de la mala calidad de las obras entregadas por el CIO",* siendo su fundamento el dictamen de parte presentado por Exponent, de cuyo texto en resumen la Convocante presenta lo siguiente:

i) "*El talud aguas abajo de la Presa, antes de la construcción del refuerzo (reperfilado), no cumplía con los estándares comunes en la industria para presas rellenas de grava con cara de concreto (CFGD*)". Las deficiencias de la protección del talud aguas abajo de la presa, *"incluyeron a) inestabilidad superficial del enrocado, b) inclinación y elevación del talud que se desvió de los requisitos del Proyecto y que aumentó el riesgo de desempeño deficiente del talud, c) menor estabilidad del muro parapeto comparada con la que debía lograrse de acuerdo con los Planos para Construcción".*

ii) "…durante la ejecución de la obra, no realizó una adecuada elección, tamizaje, colocación y compactación del material con el que se contaba".

iii) La causa de la mala calidad de las obras entregadas fue "*la indebida colocación y compactación"* del material, según explicación del dictamen pericial de Exponent, conforme a cita que del mismo se hace.

iv) El Consorcio "*tampoco respetó al talud indicado en el diseño de la presa por INGETEC",* porque el talud que al fin fue aceptado por Emgesa e Ingetec *("1.26 metros en horizontal por 1.0 metro en vertical"),* no fue cumplido por el Consorcio, por cuanto "*en la parte más baja de la presa ejecutó un talud mucho más plano, lo que le creó un déficit de altura en la medida en que el lleno iba subiendo, que, para compensar, resolvió implementando un talud mucho más empinado en la parte superior de la presa, lo que también generó inestabilidad de la obra".*

v) "el CIO incumplió con las especificaciones del contrato CEQ-21 frente a la granulometría o distribución del tamaño de las partículas de cada una de las zonas de relleno de la presa, lo que incrementó la inestabilidad del espaldón aguas abajo de la misma".

vi) El hecho 33 de la demanda reformada subsanada de EMGESA, remata el acápite D del memorial con esta diciente conclusión*: "33. Por tales motivos,* (se entiende los relatados en los numerales 26 a 32, agrega el Tribunal)*, EMGESA se vio forzada técnicamente a realizar un reperfilado (reforzamiento) de la presa, con la finalidad de prevenir mayores daños y pérdidas, así como tener una obra que cumpliera con las condiciones mínimas de seguridad de operación, tal cual fue contratada con el CIO, pero que este último falló en entregar".*

451. El anterior repaso de las circunstancias fácticas que la Convocante expone como "*causas técnicas de la mala calidad de las obras entregadas por el CIO",* se hace con el fin de poner de presente, como elemento de análisis claramente irrebatible, que el fundamento esencial de la pretensión indemnizatoria del lucro cesante estriba en la imposibilidad de llenar la presa hasta el tope previsto, pues debido a "*las fallas originadas en la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la Presa, que fueron causa de los daños encontrados en la referida estructura",* EMGESA se vio obligada "*a realizar vertimientos que no pudieron ser convertidos en energía eléctrica ni comercializados en el Mercado de Energía Mayorista".*

452. Así lo plantean expresa y claramente las pretensiones principales declarativa, primera y segunda, antes transcritas, pero también los hechos de la demanda que dan paso a la explicación de las causas técnicas de los defectos de la presa que en este proceso se invocan como base de las dos pretensiones referidas, que no son otros que los relacionados con la inestabilidad del enrocado de protección del talud aguas abajo de la presa, que fue el que tuvo que ser reperfilado o reforzado "*con la finalidad de prevenir mayores daños y pérdidas",* como lo anota el hecho 33 de la demanda reformada de la Convocante, porque aunque en el hecho 14 de la misma demanda se mencionan los otros defectos advertidos (deformaciones verticales y horizontales de los rellenos de la presa, daños en muros parapetos y rupturas de la junta horizontal de la cota 718 de la presa), lo cierto es que cuando en esta demanda reformada y subsanada se explican las causas técnicas de los defectos, los hechos destinados a tal fin (números 24 a 33), se ocupan únicamente del enrocado de protección del espaldón del talud, señalando como causa de sus deterioros la inadecuada elección, tamizaje, colocación y compactación del material, así como el incumplimiento por parte del Consorcio del talud definido por Ingetec en el diseño de la presa.

453. Las dos pretensiones declarativas principales que se vienen analizando y los hechos que les sirven de fundamento en los términos de los numerales 4 y 5 del artículo 82 del Código General del Proceso, determinan con claridad la causa petendi y el objeto del proceso que debe ser conocido y juzgado, y por ende los límites de ese conocimiento, porque a partir de su configuración se conciben fenómenos tan significativos

desde el punto de vista procesal, como son la litispendencia, la congruencia de la sentencia y la misma cosa juzgada.

454. Tratándose de la congruencia, que es la que interesa para el caso, vale acotar de acuerdo con el artículo 281 del Código General del Proceso 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 alegas si así lo exige la ley"*. Por lo tanto, sigue diciendo la norma que se cita, *"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta"*.

455. Este texto legal, sumado a la exigencia formal que en materia de pretensiones y hechos consagra el artículo 82 del código citado, proscribe, salvo autorización legal, las sentencias ultra y extra petita, es decir, aquellas que conceden más de lo pedido o por fuera de lo pedido, o en otras palabras, aquellas que se sustraen al objeto determinado por el demandante.

456. De manera que en este caso, ese límite de conocimiento y decisión está diáfanamente demarcado por la demanda objeto de estudio en las dos pretensiones que han sido señaladas, y en los hechos que les sirven de fundamento, de acuerdo con los cuales EMGESA pretende que se le indemnice el lucro cesante sufrido por no haber podido obtener de la central hidroeléctrica el rendimiento esperado debido a los vertimientos que se tuvieron que hacer por causa de las fallas originadas en la colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo de la presa.

457. Ni más ni menos ese es el objeto de este proceso en cuanto a la pretensión indemnizatoria del lucro cesante se refiere.

458. Por consiguiente, la tarea que a continuación se despliega estará destinada a averiguar probatoriamente cuál fue la causa por la que se tuvieron que hacer los *"vertimientos"* que impidieron el llenado del embalse y *"no pudieron ser convertidos en energía eléctrica ni comercializados en el Mercado de Energía Mayorista"*.

459. Al hecho de los vertimientos se refiere el dictamen de la experta Carmenza Chahin Álvarez, quien al respecto manifiesta[104]:

104 EXPEDIENTE DIGITAL. 09 122485 PRUEBAS No. 1 PBS REFORMA DEMANDA - FOLIO 132. 4. Dictamen pericial técnico sistema mayorista de energía

"*Debido a la contingencia y como medida de mitigación, EMGESA debió operar el proyecto de tal manera que se garantizara que el embalse no superara la cota de 714 msnm hasta tanto no se concluyeran las obras de reperfilamiento de la Presa. Es decir, aunque la cota máxima de operación del proyecto es de 720 msnm, se debían tomar decisiones que impidieran que el embalse excediera un nivel de 714 msnm".*

460. A continuación el dictamen explica que para el control del nivel del embalse EMGESA "*contó con tres instrumentos",* así:

"*i) Descargas de agua a través del túnel de descarga de fondo, con capacidad de manejar un caudal máximo de 42.0 m3/s.*

"ii) Descargas de agua a través del vertedero, permitiendo controlar crecientes y garantizar el nivel del embalse; y

"iii) Maximizar la generación de energía eléctrica hasta donde fue posible".

461. Esta pericia aunque se refiere a la conclusión de las obras de "*reperfilamiento"* como condición para poder llevar el embalse hasta la cota de 720 msnm, no responde la pregunta crucial que gira en torno al problema, cuál es indicar la razón o causa por la que ocurrió la restricción de llenado, y así poder definir si los deterioros del enrocado del espaldón de protección del talud aguas abajo de la presa, que es la causa de la pretensión que se examina, según se dejó visto, tuvieron alguna incidencia en tal fenómeno.

462. Sin duda que para elucidar este punto juegan papel fundamental los otros dictámenes que como prueba obran en el expediente, pues se trata de averiguar aspectos técnicos del resultado constructivo de la estructura, y de su idoneidad funcional u operacional, porque, como ha quedado explicado, tales deficiencias o defectos impidieron la explotación máxima de la presa.

463. El panel de Expertos que visitó la obra a petición de EMGESA durante los días 18 y 19 de septiembre de 2016*, "con el objetivo de evaluar el comportamiento de la presa y de la galería GD2"*, luego de inspeccionar *"la corona, revisando la junta horizontal entre la losa y parapeto de aguas arriba que ha presentado movimientos de asentamiento y separación rompiendo los sellos y coberturas de protección de la junta horizontal durante la construcción de los rellenos y recientemente durante el llenado del embalse"*, así como *"las rampas de acceso localizadas sobre el talud de aguas abajo, construidas con taludes empinados, donde se pudo observar la inestabilidad*

de las gravas…", emitió las siguientes opiniones técnicas acerca de los problemas investigados:

464. Dijeron haber inspeccionado *"la galería GD2 observando las filtraciones, erosiones y sitios donde se ha colocado refuerzo próximo a las estructuras de los pozos de compuertas y túneles de presión"*[105]. Igualmente, afirman que detectaron *"filtraciones"* en las galerías GD1 y GD2 *"durante el llenado del túnel"*, con *"incremento de filtración en la galería GD-2 con el tiempo a medida que aumenta el nivel del embalse, hasta llegar a un pico de cerca de 190 l/s a finales de agosto de 2016, con el embalse a una elevación de cerca de 714 m; reduciéndose posteriormente a 160 l/s durante la inspección con el embalse a la El. 711 m. Durante varias etapas del llenado, especialmente en las cotas superiores del embalse, se ha observado erosión de finos, arenas y gravas acarreados por filtraciones en la galería GD2, lo cual ha deteriorado la calidad del macizo alrededor de esta excavación"* [106]. Posteriormente se indica que el volumen de filtraciones detectado en la GD2 "*aumenta" "a la medida que sube el embalse".*

465. En consideración al "*comportamiento de la GD2 y el incremento acelerado de las filtraciones durante el llenado del embalse incluida la erosión de finos, arenas y grava se sugiere que la galería sea completamente revestida en concreto"* [107], además de llevar a cabo otras medidas de "*mitigación"* que el informe recomienda, como son "*un programa de inyección de consolidación", "drenaje de la zona"* y "*revestimiento ranurado con protección de filtro en la longitud restante".* Si estos trabajos no dan un resultado satisfactorio -dice el informe del Panel- "*se podría considerar la posibilidad de colocar una nueva galería revestida con instalación de drenes con filtro entre GD1 y GD2".*

466. Al examinar el "*manejo del embalse"* los expertos recomiendan a "*Corto Plazo",* "*subir lentamente el embalse hasta elevación 713-714 msnm observando el incremento de las filtraciones y el comportamiento de las galerías GD2, como también la Junta entre la loza y el parapeto. Si el volumen del flujo en la galería GD2, a las Els 712 m y 713 m excede en 15% el flujo medido a estas cotas en el llenado previo y hay cambio en*

105 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 02 122485 PRUEBAS No. 1 PBS CONTESTACIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 2. 59. Informe de panel de expertos rendido el 10 de octubre de 2016 relativo a la Galería GD-2. Pág. 4.

106 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 02 122485 PRUEBAS No. 1 PBS CONTESTACIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 2. 59. Informe de panel de expertos rendido el 10 de octubre de 2016 relativo a la Galería GD-2. Pág. 6.

107 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 02 122485 PRUEBAS No. 1 PBS CONTESTACIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 2. 59. Informe de panel de expertos rendido el 10 de octubre de 2016 relativo a la Galería GD-2. Pág. 7.

la coloración del agua por evidente arrastre de finos, se debe reducir la rata de llenado y hacer un monitoreo más frecuente. Además, si se detecta erosión de material en la galería se debe suspender el llenado inmediatamente" [108].

467. Sobre el *"Talud Aguas Abajo"*, se dijo que en este *"se detectaron zonas de inestabilidad en el terraplén de la presa cerca de los estribos, donde se observaron grietas verticales, persistentes extendiéndose desde la cresta hacía aguas abajo del talud … Estas grietas pueden estar conectadas con la grieta persistente que se observa en la Junta entre la losa y el parapeto"* [109].

468. Adicionalmente dice el Panel, que *"la naturaleza empinada del talud con una inclinación de 1.26 H: 1v (38.5º) en un material 3C y de la cantera 19, con un ángulo de fricción ligeramente menor genera una condición inestable bajo cargas estáticas sin la contribución de la carga del embalse. El patrón de deformación observado en el campo confirma esta premisa puesto que se detectaron inicialmente desplazamientos del terraplén durante la construcción de la presa y posteriormente durante el llenado en la junta entre la losa y el parapeto cuando la cota del embalse estaba 4 m debajo de la junta"* [110].

469. En sus conclusiones, dicen los miembros del Panel que *"[l]as deformaciones de la junta horizontal entre el parapeto y losas son excesivas … Esto es posiblemente producido por la combinación de asentamientos verticales y desplazamiento laterales generados por la existencia de taludes muy parados y la presencia de rellenos poco competentes en la parte superior de la parte central de la presa". "Estás deformaciones excesivas* - afirma el concepto - *han creado una situación delicada desde el punto de vista de operación del embalse. Si el sistema de juntas entra la losa y el parapeto falla de nuevo, con el nivel del embalse por encima de la junta, hay un grave peligro de saturación y erosión de las gravas arenosas que pueden causar serios problemas de estabilidad y colapso de la estructura".* Por consiguiente, se remata, "*es extremadamente importante tener una solución segura antes de liberar el llenado*

108 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 02 122485 PRUEBAS No. 1 PBS CONTESTACIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 2. 59. Informe de panel de expertos rendido el 10 de octubre de 2016 relativo a la Galería GD-2. Pág. 8.

109 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 02 122485 PRUEBAS No. 1 PBS CONTESTACIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 2. 60. Informe de panel de expertos rendido el 16 de octubre de 2016. Pág. 6.

110 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 02 122485 PRUEBAS No. 1 PBS CONTESTACIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 2. 60. Informe de panel de expertos rendido el 16 de octubre de 2016. Págs. 6 y 7.

del embalse a cotas que puedan llegar por encima de la junta entre la losa y el parapeto" [111]*.*

470. Como medida a "*Largo Plazo",* los expertos integrantes del Panel, recomendaron que "*una vez se estabilicen las deformaciones de la presa se procederá a colocar un relleno adicional bien compactado de material competente en el talud aguas abajo, desde el pie de aguas abajo de la presa hasta la E. 721 m. El propósito de este relleno es de reducir las deformaciones del terraplén tanto bajo cargas estáticas como sísmicas y proveer resistencia pasiva al parapeto. Dada la naturaleza compresible del material 3C, especialmente en la parte superior del espaldón (cantera 19), la rata de colocación del relleno adicional se debe ajustar para minimizar las deformaciones del terraplén. Una vez colocado este relleno, se procederá a subir el embalse lentamente hasta la El 720 m."* [112]*.*

471. De la lectura del informe del Panel de Expertos, particularmente del contenido del mismo que ha sido transcrito, se puede colegir que para estos técnicos las dificultades *"de operación del embalse"*, como ellos llaman la restricción para su llenado, tuvieron como causas *"las filtraciones"* que presentaba la galería GD2, las cuales se incrementaban *"a medida que aumenta el nivel del embalse"*, también las excesivas deformaciones *"de la junta horizontal entre el parapeto y losa*"; de ahí que afirmen que *"si el sistema de juntas entre la losa y el parapeto falla de nuevo, con el nivel del embalse por encima de la junta, hay un grave peligro de saturación y erosión de las gravas arenosas que pueden causar serios problemas de estabilidad y colapso de la estructura"*.

472. Por lo tanto, los expertos en coherencia con sus conclusiones proponen como medidas para poder operar el embalse a plenitud, el revestimiento completo en concreto de la galería GD2, así como la reparación de la junta horizontal.

473. Además, adviértase que en cuanto al espaldón del talud aguas abajo de la presa, la propuesta que se hace es a *"Largo Plazo"*, *"una vez se estabilicen las deformaciones de la presa"*, es decir, cuando se hayan corregido los defectos que impedían la *"operación"* completa. De manera que el "*relleno adicional"* que se sugiere, en otras palabras el "*reperfilado",* que iría "*desde el pie de aguas abajo de la presa hasta la El. 721 m",* no se concibe como medida inmediata para llevar el llenado hasta la cota

111 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 02 122485 PRUEBAS No. 1 PBS CONTESTACIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 2. 60. Informe de panel de expertos rendido el 16 de octubre de 2016. Pág. 6.

112 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 02 122485 PRUEBAS No. 1 PBS CONTESTACIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 2. 60. Informe de panel de expertos rendido el 16 de octubre de 2016. Pág. 10.

720, que era la aspiración de EMGESA, sino, como ya se anotó, una obra con el "*propósito de reducir las deformaciones del terraplén tanto bajo cargas estáticas como sísmicas y proveer resistencia pasiva al parapeto*" [113]*,* como claramente lo manifiesta el informe.

474. En el dictamen de Exponent, el ingeniero Juan Francisco Perri, autor de este, manifiesta que "*no ha realizado un análisis independiente de las causas de las deformaciones de la Presa" [114]* que EMGESA "*indica" se* presentaron con ocasión del primer llenado de la Presa. Anotación esta que de alguna manera había quedado anticipada cuando en el dictamen se señala que "*[e]ste informe aborda mi evaluación de los aspectos geológicos y geotécnicos principales de la disputa…"*[115], lo cual ratifica el perito cuando al explicar lo atinente a la evaluación geotécnica del espaldón, dice referirse a las condiciones o "*propiedades del material"* y a la "*estabilidad"* del mismo. El análisis se enfoca, manifiesta el perito en su declaración, "*[e]n particular…en la zona de protección del espaldón, es decir, la zona que cubre la parte aguas abajo de la Presa"* que corresponde "*aproximadamente 200 mil metros cubos, lo cual representa un 2.3% de la Presa",* que tiene un "*volumen"* de *"aproximadamente 8.5 millones de metros cubos".*

475. No obstante estas opiniones y conceptos que llevarían a considerar que Exponent no asume ningún compromiso técnico con las causas que impidieron el llenado de la presa por encima de la cota de 714 msnm, por cuanto claramente dice no haber realizado *"un análisis independiente de las causas de las deformaciones"*, lo cierto es que este dictamen y la declaración del ingeniero Perri, traen información de gran valía para comprender la situación que presentó la presa cuando se intentó su llenado y la influencia que en este evento tuvieron los defectos ocurridos en el enrocado del espaldón del talud aguas abajo de la presa.

476. Lo primero que debe destacarse con respecto al punto objeto de análisis, son las respuestas que el ingeniero Perri dio cuando se le preguntó sobre las funciones que cumplía el talud aguas abajo de la presa y el enrocado de protección. Con relación a esto dijo: "*el talud proporciona un elemento estabilizante para sostener las presio-*

113 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 02 122485 PRUEBAS No. 1 PBS CONTESTACIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 2. 60. Informe de panel de expertos rendido el 16 de octubre de 2016. Pág. 10.

114 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 09 122485 PRUEBAS No. 1 PBS REFORMA DEMANDA - FOLIO 132. 3. Dictamen pericial en ingeniería civil y proyectos. Dictamen pericial en ingeniería civil y proyectos. Págs. 41 - 42.

115 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 09 122485 PRUEBAS No. 1 PBS REFORMA DEMANDA - FOLIO 132. 3. Dictamen pericial en ingeniería civil y proyectos. Dictamen pericial en ingeniería civil y proyectos. Pág. xi.

nes de agua que se encuentran del otro lado, incluye también un material estabilizante para sostener la porción de agua arriba de la presa y permite al mismo tiempo también un drenaje adecuado … al interior de la presa…". "La función principal del enrocado de protección es proteger el talud que se encuentra por abajo de este, principalmente protegerlo de elementos erosivos y proveer una sección que permita las inclinaciones de construcción y diseño".

477. Acerca de cómo se da esta protección, dijo: *"A través de las características mecánicas del material, en general son materiales relativamente grandes comparados con los materiales de más del interior de la presa y eso permite que estos no se erosionen tan fácilmente"*.

478. En su informe de réplica a los dictámenes de la contraparte, Exponent manifiesta que está *"de acuerdo [en] que la condición del enrocado de protección de El Quimbo no afectó las deformaciones globales medidas en la Presa"*[116]. Así mismo reiteró que *"El (primer) Informe de Exponent abordó temas relacionados con aspectos geológicos y geotécnicos clave de la controversia asociada con la condición y funcionamiento del enrocado de protección aguas abajo de la Presa al final de su construcción inicial, y antes de la reconstrucción del talud"*.

479. De igual modo insistió en que *"la ausencia de compactación adecuada de los materiales de protección del talud aguas abajo por parte del CIO fue el mecanismo predominante que causó la inestabilidad superficial de la protección del talud aguas abajo de la Presa…"*[117].

480. Por último, al ocuparse el dictamen de Exponent del punto específico de las "*Deformaciones de la Presa durante el primer llenado",* se expresa lo siguiente: "*EMGESA indica que durante el llenado inicial de la Presa se registraron movimientos imprevistos de aproximadamente un metro, incluyendo movimientos que aceleraban durante el llenado. EMGESA aparentemente suspendió el llenado del embalse para limitar movimientos adicionales. Exponent no ha realizado un análisis independiente de las causas de las deformaciones de la Presa"* [118].

116 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 23 122485 PRUEBAS 1 DICTAMEN EXPONENT 22 SEPT 2021 (APORTADO EMGESA) FOLIO 146. 2021-09-22 - Informe Réplica Exponent. Pág. 47.

117 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 23 122485 PRUEBAS 1 DICTAMEN EXPONENT 22 SEPT 2021 (APORTADO EMGESA) FOLIO 146. 2021-09-22 - Informe Réplica Exponent. Pág. 24.

118 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 09 122485 PRUEBAS No. 1 PBS REFORMA DEMANDA - FOLIO 132. 3. Dictamen pericial en ingeniería civil y proyectos. Dictamen pericial en ingeniería civil y proyectos. Págs. 41 y 42.

481. El examen entrelazado de los tres medios de prueba que han sido mencionados, vale decir, el informe del Panel de Expertos contratados por EMGESA, quienes visitaron la obra los días 18 y 19 de septiembre de 2016, el dictamen de parte aducido por la Convocante y encargado a Exponent por intermedio del ingeniero Perri, así como la declaración de contradicción de dicho dictamen que este perito expuso, le permite al Tribunal afirmar, a tono con lo manifestado y diagnosticado por los mencionados técnicos, que la limitación del llenado de la presa hasta la cota de 714 msnm, no tuvo relación directa con los problemas que se presentaron respecto del enrocado de protección del talud aguas abajo de la presa, no solo por las funciones que el talud y el enrocado cumplen, según lo explicado por el perito Perri, sino porque como expresamente lo manifiestan los expertos integrantes del Panel, las restricciones de *"operación del embalse"*, dadas las limitaciones de llenado, tuvieron como causa *"las filtraciones"* que presentaba la GD2, las cuales se incrementaban *"a medida que aumenta el nivel del embalse"*; igualmente *las "excesivas deformaciones de la Junta horizontal entre el parapeto y las losas"*, razón por la que el reperfilado es recomendado por los Expertos del Panel, pero como una medida a *"Largo Plazo"*, "*[u]na vez se estabilicen las deformaciones de la presa…"*.

482. Esta opinión de los Expertos del Panel, la cual merece entera credibilidad para el Tribunal Arbitral en consideración a la calificación profesional de sus autores; su origen, pues es EMGESA quien la allega, por cuanto fue ella quien los contrató para que hicieran el estudio en oportunidad que también concurre como factor de crédito, puesto que el mismo se lleva a cabo en época anterior al surgimiento de este proceso, contemporánea con el desarrollo de los hechos, en modo alguno resulta desvirtuada, demeritada o contradicha por alguna de las otras pruebas, porque como ya se anotó, tratándose del dictamen de Exponent con perfecta claridad repite no haber "*realizado un análisis independiente de las causas de las deformaciones de la Presa"*, que al fin de cuentas fueron las alertas que posteriormente llevaron a la limitación del llenado, y por ende a la no explotación plena del embalse, generándose así el lucro cesante reclamado. Además, debe estimarse, como atrás se había dicho, que las funciones del enrocado de protección del talud, y las de este, según las explicaciones del perito Perri, ninguna correlación tienen con los problemas del llenado, hasta el punto de que el reperfilado es recomendado por los Expertos del Panel, como ya se anotó, como una medida a "*largo plazo",* "*[u]na vez se estabilicen las deformaciones de la presa…".*

483. Lo colegido de las pruebas evaluadas anteriormente aparece confirmado por los peritos de Lombardi, quienes en su dictamen de ampliación al responder una cuestión del Tribunal Arbitral acerca de la "*Posible incidencia de 'la estabilidad de la protección del talud aguas abajo de la presa' con relación a la imposibilidad de llevar el*

embalse hasta la cota máxima de 720", manifestaron: "*No hay incidencia alguna de los problemas de estabilidad del material de protección del talud aguas abajo en la imposibilidad de llenar el embalse, por las razones que con claridad y precisión a continuación se explican:*

> *"La cara exterior aguas abajo de la presa de Quimbo es conformada por una superficie inclinada (talud) que delimita el cuerpo de la presa.*
>
> *"El talud protegido con un material constituido por elementos de roca (enrocado) cuya función es evitar erosiones del espaldón aguas abajo de la presa debido a eventos de lluvia. Además, este material también presenta un acabamiento estático en la superficie aguas abajo de la presa.*
>
> *"El material de protección del talud aguas abajo, de tan solo 1.12 m de espesor (1.80 m de ancho medida en sentido horizontal) puesto al borde del relleno externo, no tuvo ninguna función estática relacionada con las deformaciones del cuerpo de la presa, puesto que sus dimensiones son insignificantes, en relación con la dimensión del cuerpo principal de la presa.*
>
> *"La excesiva pendiente del talud aguas abajo de la presa, junto con las características del material utilizado en la protección (bolos aluviales redondeados), causó los problemas de estabilidad de la protección misma cuya resistencia no era suficiente para impedir desprendimientos y deslizamientos superficiales del talud.*
>
> *"Estos fenómenos de inestabilidad del material de protección del talud aguas abajo, descritos en el párrafo anterior, no influenciaron el comportamiento de deformación de la parte alta central de la presa, que finalmente provocó la rotura de la junta horizontal entra la losa aguas arriba y el muro parapeto en la cota 718, la cual fue una de las causas de la imposibilidad de llenar el embalse como se explica a continuación. De hecho, la causa de la rotura de esa junta fue la baja calidad del material Gualanday que Emgesa ordenó colocar en la parte alta de la zona 3C del cuerpo de la presa"* [119].

484. Seguidamente los peritos de Lombardi, dictaminaron que "*[l]a imposibilidad de llevar el embalse hasta la cota máxima de 720 derivó de dos factores": "(I) la rotura de la junta horizontal a la cota 718 entre la losa y el muro parapeto aguas arriba"; y "(II) Las filtraciones anormales, excesivas que se presentaban en la galería GD2 y que variaban bruscamente en función del nivel del embalse".* La primera causa- dijeron los peritos-, "*se originó debido a los desplazamientos excesivos en el coronamiento*

119 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 44 122485 PRUEBAS 1 ACLARACION DICTAMEN LOMBARDI 20 SEPT 2022 FOLIO 166. EMGESA vs. CIO Y AXA COLPATRIA_cuestionamientos del Tribunal_dictamen Basso-Hegg del 220920. Págs. 1 y 2.

generados por la existencia de rellenos poco competentes (materiales deformables tipo 3C originarios de las canteras 23 y 19) en la parte superior y central del cuerpo de la presa, y no del material de protección, cuya función ya fue explicada en el literal a) del presente escrito. Los efectos de los movimientos en el paramento de aguas arriba ocurrieron debido a la incidencia de la carga hidrostática del embalse principalmente en los sectores aguas arriba y central de los rellenos del cuerpo de la presa…, mientras no había incidencia alguna de la presencia de la capa muy delgada y ligera que protegía el talud aguas abajo". En cuanto al segundo factor, después de haber dado argumentos adicionales respecto del primero, los peritos Ulrich Hegg y Rafael Basso, manifestaron: "*Las filtraciones excesivas en la galería GD2, no mitigadas por la deficiente impermeabilización del macizo rocoso natural existente, provenían directamente del embalse como demostraban los caudales de los chorros que entraban en la galería y que crecían y bajaban con el aumento o la disminución del nivel del embalse sin ningún tiempo de retardo".* A continuación agregaron: "*La situación de riesgo que presentaba la galería GD2 indujo a Emgesa, ante las recomendaciones en una segunda carta del Panel de Expertos, Materón, Fernández y Hendron, a no llenar completamente el embalse y a monitorear las filtraciones en función de los niveles del embalse, prescindiendo del estado de la junta horizontal a la cota 718". "La entidad de las filtraciones y en particular el arrastre de material que las mismas acarreaban, así como las recomendaciones del Panel de Expertos, obligaron a Emgesa a implementar una importante campaña de perforaciones e inyecciones adicionales para impermeabilizar y consolidar el macizo rocoso. Todo ello, obviamente, antes de poder completar el llenado del embalse"* [120].

485. También expresaron los peritos de Lombardi que la imposibilidad de llenar el embalse se debió a la rotura de la junta horizontal y al resquebrajamiento de los muros. Al respecto anotaron: "*Las deformaciones excesivas y diferenciales de los rellenos de la presa causaron los resquebrajamientos de los muros parapeto de aguas arriba y con la rotura de la junta horizontal, imposibilitaron así el llenado del embalse a su máxima capacidad, debido a que esta junta, entre la base de los muros y las losas, está de manera muy riesgosa ubicada en una cota inferior al NAMO (nivel de agua máximo de operación), y consecuentemente quedaría sumergida en una condición de llenado completo del embalse, lo que pondría la presa en una situación de riesgo".* En conclusión, agregan, "*[l]a razón principal por la cual la rotura de la junta afecta el*

120 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 44 122485 PRUEBAS 1 ACLARACION DICTAMEN LOMBARDI 20 SEPT 2022 FOLIO 166. EMGESA vs. CIO Y AXA COLPATRIA_cuestionamientos del Tribunal_dictamen Basso-Hegg del 220920. Pág. 4.

llenado del embalse es que la misma se encuentra ubicada debajo del NAMO (nivel de agua máximo de operación)" [121].

486. La claridad que dimana de esta pericia, coincidente con lo dictaminado por Exponent en cuanto al carácter "*superficial"* de la inestabilidad del enrocado y la baja dimensión del espaldón del talud aguas abajo de la presa en comparación con el volumen total del embalse, conduce a ratificar lo que se ha venido exponiendo con fundamento en las pruebas evaluadas, esto es, la falta de relación directa entre las fallas de dicho enrocado con la dificultad de llenar el embalse hasta la cota 720, para así obtener el rendimiento máximo en la generación de energía y evitar la producción del lucro cesante pretendido.

487. Así entendidas las circunstancias que rodean el caso, la pretensión declarativa, segunda principal, en cuanto pide el reconocimiento del lucro cesante causado por la colocación irregular del enrocado de protección del talud aguas abajo de la presa, debe ser negada. Así mismo, se negará la pretensión cuarta de condena relativa al valor del lucro cesante, incluida en esta absolución lo pedido respecto de AXA COLPATRIA SEGUROS, en consideración a las razones expuestas para disponer la negativa, porque si el supuesto lucro cesante no tiene relación de causalidad con el fundamento de la pretensión, de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, esta circunstancia por igual concurre con respecto a sendas codemandadas.

E.3. Las pretensiones sobre variaciones importantes en las cantidades de obra (VICO)

488. Estas pretensiones fueron propuestas en el numeral tercero de las pretensiones declarativas, y en el numeral quinto principal de las pretensiones de condena. Sin embargo, como ya quedó definido a propósito de las consideraciones expuestas con respecto a la excepción de cosa juzgada formulada por las Convocadas y la llamada en garantía, específicamente lo desarrollado en el aparte C.3.4 de las motivaciones de este Laudo, el objeto de las referidas pretensiones quedó comprendido por lo acordado en el *Addendum* No. 17 de 5 de enero de 2017, razón por la que prospera la excepción de cosa juzgada respectó de las mismas, siendo este el pronunciamiento que acerca de ellas procede, pues tratándose la ausencia de cosa juzgada de un presupuesto material para la sentencia de mérito, verificada, como en el caso se halla la presencia de la misma, enervada queda la posibilidad de abordar el examen del mérito de dichas pretensiones.

121 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS. 11 122485 PRUEBAS NO. 1 DICTAMENES RAFAEL BASSO Y ULRICH WERNER HEGG APORTADOS CONSORCIO IOHL FOLIO 134. El Quimbo - Dictamen técnico. Pág. 89.

E.4. Las pretensiones declarativas y de condena concernientes al pago de la cláusula penal por el incumplimiento del Consorcio

489. A pesar de haberse concluido que el CIO está obligado a pagarle a EMGESA el daño emergente que a esta se le ocasionó en la proporción definida antes, teniendo en cuenta la conducta concurrente de la Convocante en su causación, técnicamente resulta procedente que el Tribunal entre ocuparse de las pretensiones propuestas por EMGESA, relativas a la cláusula penal, cuarta declarativa principal y la pretensión de condena subsidiaria común a las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta de condena, por cuanto esta última está formulada, para el evento, como en el caso ocurre, de la prosperidad parcial de las pretensiones concernientes a la indemnización de los perjuicios, caso en el cual, se pide, entonces, el pago de la totalidad de la pena.

490. La pretensión cuarta declarativa está propuesta en los siguientes términos:

> *"CUARTA. Que se declare que, con ocasión del incumplimiento de las obligaciones imputables* ***al CONSORCIO IMPREGILO-OHL,*** *se ha generado a favor de* ***EMGESA*** *el pago de la cláusula penal, consagrada en la cláusula novena del convenio de formalización del contrato CEQ-21".*

491. Esta pretensión tiene como fundamento lo estipulado en la cláusula novena del Contrato CEQ-21, que a la letra dice:

> *"CLÁUSULA NOVENA. CLÁUSULA PENAL: En caso de incumplimiento del presente Contrato, el CONTRATISTA pagará a EMGESA, a título de cláusula penal, una suma igual al diez por ciento (10%) del valor del presente Contrato, la cual es adicional a cualquier descuento o penalidad que haya aplicado con anterioridad EMGESA al CONTRATISTA.*
>
> *"PARÁGRAFO PRIMERO: EMGESA podrá solicitar al CONTRATISTA la totalidad del valor de los perjuicios causados en lo que exceden del valor de la cláusula penal por el incumplimiento total de sus obligaciones (…)".*

492. En asocio con la pretensión cuarta principal declarativa antes transcrita, la demanda reformada y subsanada presentada por EMGESA, propone como pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta de condena, destinadas a impetrar las condenas de las demandadas por los pagos que EMGESA hizo al Consorcio M&M, a Ingetec y a AF Consult Switzerland por las reparaciones realizadas en la represa El

Quimbo, así como por el valor de las VICO, que también se reclama del Consorcio, que, "*[e]n el evento en que las pretensiones PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA Y/O QUINTA no prosperen, o prosperen parcialmente, haciendo que su importe sea inferior al valor de la cláusula penal, solicitamos que se condene a la parte Convocada a pagar la suma de NOVENTA Y OCHO MIL TREINTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS COLOMBIANOS (COP$98.038.959.204.oo), por concepto de cláusula penal pactada en la cláusula novena del convenio de formalización del contrato CEQ-21".*

493. El texto de la cláusula novena del Contrato, consagratorio de la cláusula penal, amerita las siguientes observaciones con el objetivo de definir su alcance:

i) La cláusula penal pactada equivale a la suma que corresponda al 10% del valor del Contrato, que en dinero efectivo son COP $98.038.959.204, que es la cuantía de la pretensión antes citada, en consideración a que el Contrato tuvo un valor de COP $980.389.592,040, como lo indica el hecho 8, literal g de la demanda reformada y subsanada de EMGESA.

ii) La cláusula penal señalada se entendió como "*adicional a cualquier descuento o penalidad que haya aplicado con anterioridad EMGESA al CONTRATISTA".*

iii) Por último, conforme al Parágrafo Primero de la estipulación contractual, se acordó que EMGESA podía *"solicitar al CONTRATISTA la totalidad del valor de los perjuicios causados en lo que exceden del valor de la cláusula penal por el incumplimiento total de sus obligaciones(…)".*

494. Para el entendimiento de los dos primeros ordinales basta la simple lectura de estos, puesto que su contenido literal es suficientemente claro. No ocurre lo mismo con el ordinal tercero, el cual exige un mayor esfuerzo hermenéutico.

495. Para la interpretación de este, y con el fin de desentrañar la intención de los contratantes y descubrir su real alcance, valen las siguientes consideraciones:

a. Como ya se expresó, el monto de la cláusula penal, y que esta no sufría ninguna afectación o disminución por descuentos o penalidades impuestas con anterioridad por EMGESA al Contratista, por cuanto se le confería un carácter "adicional", no generan ninguna duda. No así en torno a lo dispuesto por el parágrafo primero de la cláusula novena, identificado antes como ordinal tercero, en tanto esta toca con la clase de la cláusula penal acordada y la condición que debe cumplirse para que esta se potencialice o cobre eficacia.

b. La cláusula penal, según la definición consagrada por el artículo 1592 del Código Civil, *"es 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"*.

c. Tomando en cuenta esta definición, tanto la doctrina como la jurisprudencia han atribuido a la cláusula penal las siguientes características: a) constituye un acto jurídico; b) es una obligación adicional distinta a la obligación principal; c) es una obligación accesoria a la principal, y d) es una obligación de naturaleza condicional.

d. De estas cuatro características, interesa para elucidar el tema antes planteado la concerniente al carácter condicional de la cláusula penal, esto es, que su eficacia está sujeta al incumplimiento moroso de la obligación principal, como bien se colige de lo establecido por los artículos 1594 y 1595 del Código Civil, cuando el primero declara que *"[a]ntes* de constituirse el deudor *en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal…",* y el segundo al prescribir que *"…el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva".*

e. Además, debe anotarse como otra particularidad de la condición que caracteriza la cláusula penal, que esta es suspensiva por cuanto la obligación accesoria a la principal, o sea, la obligación penal, no surge ni es exigible, sino cuando se hace manifiesto el cumplimiento de esa condición, como igualmente lo dan a entender los dos artículos del Código Civil anteriormente citados.

f. Así mismo, doctrina y jurisprudencia han visto en las normas del Código Civil, las funciones que cumple la cláusula penal, y con ellas las diferentes cláusulas que operan.

g. En efecto, se identifican en torno a las funciones que cumplen tres tipos de cláusulas penales, así: a) la cláusula penal como apremio; b) la cláusula penal como garantía, y c) la cláusula penal como estimación anticipada de perjuicios, diferenciando en esta última entre la cláusula compensatoria y la cláusula moratoria.

h. La Corte Suprema de Justicia se ha referido a esta última distinción en los siguientes términos:

"*1. La institución de la cláusula penal, denominada así en el artículo 1592 del C. Civil, cuyos verdaderos alcances están en esencia previstos en el artículo 1594 ibídem, en los asuntos civiles, y que igualmente se presentan en los de naturaleza mercantil en virtud de la aplicación armónica e integral que impone darse a esos preceptos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 822 y 867 del Código de Comercio, se halla concebida como pacto constitutivo de una obligación accesoria que, por serlo, accede a otras obligaciones derivadas de un contrato cuyo cumplimiento precisamente garantiza, y puede cumplir distintas funciones, según sea el designio de las partes que convinieron en ella, entre las que se destaca, no solo por su importancia sino por ser pertinente a este caso, la de servir de medio para prefijar la indemnización de perjuicios que deriva del incumplimiento de las obligaciones del contrato respecto del cual se pacta.*

"2. Tal función indemnizatoria tiene hondo significado práctico, pues amén de que presupone la existencia de tales perjuicios ante un eventual incumplimiento, dispensan al acreedor de la carga de demostrar su monto.

"Ahora bien, quien se beneficia de su aplicación es el acreedor en contra del deudor incumplido, y justamente por ser así no puede levantarse como barrera que, en vez de otorgarle provecho a aquel, conduzca a disminuir el derecho que le asiste en todos los casos a obtener la plena indemnización de perjuicios; de allí que si bien es cierto que el acreedor no puede pedir a la vez la indemnización compensatoria y la pena estipulada para satisfacer una indemnización de la misma índole, porque si así fuera evidentemente se propiciaría un enriquecimiento indebido a su favor y en contra del deudor, no es menos verdad que siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena, como dispone el artículo 1600 del Código Civil.

"3. Quiere decir lo anterior que, en casos como el presente, donde se haya pactado la cláusula penal en función de indemnización compensatoria -la moratoria es compatible con la cláusula penal, según dispone el artículo 1594-, el acreedor puede optar por lo que mejor le convenga: si menos indemnización pero liberado de la carga de demostrar perjuicios y su monto, o más indemnización, con prescindencia de la cláusula penal que contempla un menor, pero asumiendo esa carga probatoria…"[122]

496. Examinada alrededor de las anteriores consideraciones jurídicas la cláusula penal pactada por las partes en el Contrato CEQ-21, antes transcrita, se observan los siguientes elementos configurativos de la misma: se trata de una cláusula penal que estima anticipadamente los perjuicios compensatorios, pudiendo EMGESA cobrar "*la*

122 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia de 7 de junio de 2002, exp. 7320.

totalidad del valor de los perjuicios causados en lo que exceden del valor de la cláusula penal". En otras palabras, según lo convenido por las partes, EMGESA "*podrá solicitar",* además del valor de la cláusula penal convenida el resto de la indemnización de "*los perjuicios causados"* cuando la totalidad del valor de estos "*exceden del valor de la cláusula penal"*, siendo patente además que el incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista, sin distinguir su alcance, le atribuye a EMGESA la facultad de pretender alternativamente el pago de los perjuicios sufridos o el pago de la cláusula penal, conforme lo consagra el artículo 1600 del Código Civil.

497. En fin, bajo la perspectiva del Código Civil, que rige el caso por la limitación normativa del artículo 867 del Código de Comercio, y el puente construido por el artículo 822 del mismo estatuto mercantil, la acumulación propuesta por el Contrato CEQ-21, no da lugar a reparo alguno porque no obstante la pena referirse a perjuicios compensatorios la acumulación señalada queda comprendida por la segunda excepción que consagra el artículo 1594 del Código Civil, de acuerdo con lo que expresamente pactaron las partes, quienes prácticamente establecieron lo que hipotéticamente prescribe tal norma, es decir, que el pago de la pena no extingue la obligación total de indemnizar los perjuicios, cuando estos exceden el valor estipulado en dicha pena.

498. Lo previsto por las partes lo autoriza implícitamente el contenido supletivo de los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, como con claridad lo ha explicado la doctrina, que al respecto ha dicho: "*Sin embargo, como bien puede ocurrir que, a juicio del acreedor, el incumplimiento cause perjuicios superiores a los cuantificados anticipadamente, tiene justificación el cuidado del legislador al advertir, a manera de regla general, que: no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, bajo la idea de que aquella corresponde a estos, salvo que así se haya estipulado expresamente, lo que equivale a ampliar el radio de acción de la cláusula penal, en beneficio del acreedor, quien entonces, por cuenta de lo así convenido, podrá reclamar la efectividad de la pena, con las ventajas y prerrogativas de carga probatoria que ello comporta, pero sin excluir la posibilidad de también reclamar perjuicios superiores a los que se reparan por la vía de la cláusula penal, desde luego que, frente a ese excedente -cualquiera que sea su monto-, actuando como acreedor normal, que tiene que demostrar la existencia y la cuantía del rubro adicional que reclama"*[123].

499. Por lo tanto, en el caso, sin ninguna duda, en atención a lo acordado por las partes en la cláusula objeto de estudio, y la autorización legal que al respecto existe, el acreedor, en este evento EMGESA, está legitimado para exigir el cumplimiento de lo

123 Bonivento Jiménez, José Armando, Obligaciones, Ed. Legis, ed. 1º Bogotá, 2017, págs. 338 y 339.

que se le debe, más la indemnización de los perjuicios causados por dicho incumplimiento, que en concreto se traduciría en la habilitación para solicitar el pago de la cláusula penal y el pago de los perjuicios compensatorios mayores sufridos como consecuencia del incumplimiento de la obligación principal, bajo la condición que el incumplimiento del deudor fuera del "total" de sus obligaciones.

500. Empero, de acuerdo con el planteamiento de la demanda, es dable conforme al artículo 1600 del Código Civil, que EMGESA en el caso pretenda a su arbitrio, la indemnización de los perjuicios o la pena, que es lo que efectivamente propone cuando formula la pretensión subsidiaria de condena de las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y/o quinta, para el evento en que las indemnizaciones de perjuicios a que ellas se refieren *"no prosperen, o prosperen parcialmente"*, siendo su importe inferior a la estipulación anticipada hecha en la cláusula penal.

501. De modo que EMGESA pretende principalmente la indemnización de los perjuicios que reseñan las mencionadas pretensiones, y subsidiariamente, dado el supuesto que la demanda plantea (no prosperidad de dichas pretensiones, o prosperidad parcial, reconociendo un monto indemnizatorio menor al previsto en la cláusula penal, que es la hipótesis del caso), condenar a la Convocada *"a pagar"* el valor acordado *"por concepto de cláusula penal pactada en la cláusula novena del convenio de formalización del contrato CEQ-21"*, esto es, la suma de COP $98.038.959.204.

502. Por supuesto que la propuesta hecha por la Convocante, tiene asidero en lo dispuesto por el artículo 1600 del Código Civil, cuando establece: *"No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente;* ***pero siempre está al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena****"* (negrilla fuera del texto).

503. Sin embargo, en el caso, no obstante el Contrato CEQ-21, y la demanda de la Convocante adecuarse a las formas acumulativas que hipotéticamente autorizan los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, lo cierto es que las pretensiones objeto de examen no pueden prosperar porque ninguna de las condiciones establecidas por las partes tiene asidero en el acervo probatorio; la que se entendiera apoyada en el artículo 1594, y recogida por el parágrafo primero de la cláusula novena del Contrato, porque según lo analizado en este Laudo, la condición allí prevista, *"el incumplimiento total"* de la obligación por parte del Consorcio no ha ocurrido, como la propia EMGESA lo reconoce en la demanda reformada que se examina, donde expresamente admite haber recibido las obras de la represa El Quimbo el 15 de abril de 2016, la que luego presentó los defectos que la demanda detalla que originaron el reclamo de EMGESA que el Consorcio no atendió, incumpliendo así una específica

y concreta obligación, como es la garantía de estabilidad y calidad de la obra, invocada directa y expresamente en las pretensiones primera y segunda declarativas de dicha demanda. En cuanto a la pretensión subsidiaria de las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y/o quinta de condena, impetrando el pago del valor total de la cláusula penal pactada, por el monto de *"COP $98.038.959,204,oo"*, para el evento en que las pretensiones principales indemnizatorias de los perjuicios *"no prosperen o prosperen parcialmente, haciendo que su importe sea inferior al valor de la cláusula penal"*, aunque se admita que el incumplimiento de la obligación contractual antes indicada, conforme al artículo 1600 del Código Civil es suficiente para que se abra paso en abstracto el reconocimiento de la cláusula penal, la verdad es que en el caso esta prosperidad se trunca porque no obstante que las pretensiones de EMGESA *"prosperen parcialmente"*, que es el factor condicional que la parte Convocante fija para buscar a través de la cláusula penal una indemnización mayor a la que obtendría por la senda de la reparación de los perjuicios probados, el resultado no es el deseado porque cualquier ejercicio comparativo que se haga entre lo reconocido a título de indemnización del daño emergente con lo que eventualmente constituyera el monto de la condena por cláusula penal, esta sería inferior a aquella, habida consideración del deber que tiene el juzgador de moderarla o reducirla, atendiendo las circunstancias propias del caso (artículos 1596 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1601 *ibidem,* y 867, *in fine,* del Código de Comercio).

504. Si los defectos presentados en el enrocado de protección del talud implican un monto indemnizatorio de COP $31.657.378.025 incluida la actualización con IPC a la que se referirá el Tribunal más adelante (el valor de los francos suizos se liquida en pesos colombianos considerando la tasa de cambio reportada por el Banco de la República -tasa de venta- para las fechas en que se suscribieron las actas e liquidación de las órdenes de servicio con AF Consult Switzerland), esto significa un 3.22906% del valor total de la obra -que fue efectivamente entregada por el CIO y recibida por Emgesa-, porcentaje este que aplicado al valor estipulado como cláusula penal ($98.038.959.204), llevaría a que la pena, en el caso, efectuado por el Tribunal el ejercicio de reducción o ponderación que le exige la Ley, fuera reducida a $3.165.737.803; suma claramente inferior a la condena que por perjuicios se dispone. Claro está que esta cifra final del valor de la pena en el caso concreto, quedaría igualmente reducida si se toma en cuenta el volumen de afectación de la obra, que no alcanzó a ser superior al 3% del total como en el Laudo varias veces se ha anotado.

505. Para hacer el cálculo del valor de la eventual sanción penal, y así poder definir si esta opción favorece a la Convocante, previa comparación con el monto de la condena indemnizatoria parcial que se ha deducido, el Tribunal fundamentalmente

acude, según se ha esbozado, a la aplicación del principio de proporcionalidad, conforme a lo estipulado por el artículo 867 del Código Comercio, teniendo en cuenta el porcentaje de cumplimiento de la obligación principal en cualquiera de las dos alternativas que se han manejado que es no menos del 97% en una y otra.

506. La labor acometida por el Tribunal, la respalda la doctrina especializada cuando explicando lo preceptuado por los artículos 1561 del Código Civil y 867 del Código de Comercio, sostiene: "*En este orden de ideas, se advierte que para la hipótesis de cumplimiento parcial de la obligación principal, en ambos ordenamientos coinciden la repercusión de rebajar la pena, en materia civil, señalando un parámetro objetivo de referencia para determinar el monto de la disminución, asociado al criterio de proporcionalidad, y, en materia mercantil, con un perfil de mayor objetividad -no total discrecionalidad, ni mucho menos capricho-, habilitando al operador judicial para disminuirla equitativamente; nada se opone -pero eso no significa que las dos reglas sean iguales- a que para la reducción equitativa, el juzgador consulte el criterio de proporcionalidad*"[124].

507. Para finalizar este aparte, cabe reiterar que para efectos de la modulación o reducción de la pena, se tiene en cuenta, además del valor del perjuicio efectivamente reconocido, la participación que con su conducta tuvo EMGESA en la causación de sus propios daños, como a lo largo de este Laudo se ha explicado.

508. Así entendidas las cosas, la pretensión cuarta declarativa, relativa a la cláusula penal, no puede prosperar como tampoco prosperará la *"Pretensión Subsidiaria Común a las Pretensiones Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y/o Quinta"* de condena, por virtud de la cual se aspiraba a que concretamente se dispusiera el pago total de la suma correspondiente a la cláusula penal para el evento en que las indicadas pretensiones principales no prosperaran o prosperaran parcialmente, como ocurre en el caso.

E.4. Conclusiones en torno a la valoración probatoria de los dictámenes cuyos peritos fueron recusados

509. Como se estableció en el aparte de este laudo relativo a los aspectos probatorios, el Tribunal evaluó los dictámenes elaborados por los peritos respecto de quienes se indicó que concurría una causal de recusación aplicable a los jueces, lo que hizo bajo las reglas de la sana crítica, encontrando que de manifiesto no se advierte que los peritos hayan emitido juicios caprichosos y carentes de objetividad, que como ya

124 Bonivento Jiménez, José Armando. Op.Cit., pág. 345.

se vio, es otra de las guías orientadoras de la actividad pericial. De modo que como en el caso no se notaron vicios de ese tipo en los distintos dictámenes que EMGESA reprocha, las objeciones que al respecto se formularon no son aceptadas.

510. En cuanto a las específicas críticas que la Convocante hace a la pericia de los señores Hegg y Basso, relacionadas con su metodología y otros aspectos de la misma, mediante los cuales estos auxiliares quieren explicar y justificar la compactación llevada a cabo por el Consorcio, las cuales la Convocante vincula precisamente a la falta de imparcialidad que denunciaba con la tacha, debe afirmarse que al fin de cuentas esos reproches resultan irrelevantes, tanto por el alcance que el Tribunal ha dado a esta arista de la pericia, como porque de acuerdo con el análisis probatorio que se ha realizado, para el Tribunal es claro el incumplimiento contractual que se le ha deducido al Consorcio, radicando en él la responsabilidad parcial que se le imputa, sin que la pericia de Lombardi en este aspecto tenga alguna trascendencia probatoria. Consideraciones estas que son válidas con relación al dictamen de FEC, y particularmente acerca de la tarea cumplida por el ingeniero Turizo, porque para los efectos probatorios de este trabajo, la imposibilidad de hacer la compactación conforme a lo establecido contractualmente pasa a un segundo plano, puesto que, como se ha repetido, la realidad es que el Consorcio no hizo la compactación de la manera acordada, originando así las fallas del enrocado que han sido investigadas y descubiertas en este proceso. Por supuesto que ninguna de las pericias que EMGESA critica tienen nada que ver con las responsabilidades que a la Convocante se le imputan, derivadas de la equivocada selección del material (error de diseño inicial), y el cambio de material sin ajustar los diseños de la obra en cuanto a la pendiente del talud y la manera de compactar.

511. Finalmente, en cuanto al dictamen de Exponent y los reproches formulados por el CIO respecto de esta pericia, efectuada su evaluación bajo el rigor de las reglas de la sana crítica, no advierte el Tribunal opiniones o conceptos que manifiestamente resulten significativos de falta de objetividad e imparcialidad que son los postulados que deben guiar la conducta del perito. Contrariamente, igual a lo constatado con respecto a los peritos recusados por EMGESA, se notó que el trabajo está basado en criterios técnicos, propios de la disciplina que manejan los expertos en materia de ingeniería, específicamente la especializada en las labores de construcción de una represa, como lo es la del Quimbo.

F. EXCEPCIONES DE MÉRITO PROPUESTAS POR EL CIO

512. La prosperidad parcial de las pretensiones que EMGESA formuló directamente con respecto al Consorcio Convocado, amerita que el Tribunal entre a resolver cada una de las excepciones propuestas por el Consorcio con el fin de impedir o destruir las referidas pretensiones.

F.1. Cosa juzgada/transacción

513. Esta excepción, como lo impone la técnica de la sentencia por tratarse de una alegación concerniente a un presupuesto material para la sentencia de mérito (la ausencia de cosa juzgada), fue examinada al principio del Laudo, arrojando como resultado la prosperidad de la excepción respecto de las pretensiones relacionadas con las Variaciones Importantes en las Cantidades de Obra (VICO), esto es, las pretensiones principales tercera declarativa y quinta de condena. En cambio, como ya quedó analizado, dicha excepción se resuelve negativamente en cuanto enfrenta las dos primeras pretensiones declarativas y las consecuentes de condena que son las que prosperan parcialmente.

F.2. Excepciones de ineptitud de la demanda

514. Son tres los acápites que el Consorcio demandado destina para controvertir la idoneidad de la demanda de EMGESA porque denuncia una indebida acumulación de pretensiones, dado que no existe solidaridad entre el Consorcio y AXA COLPATRIA, y en consideración a que con las pretensiones planteadas respecto del Consorcio y AXA COLPATRIA se pretende que se indemnice doblemente el mismo daño, y al mismo tiempo que el Consocio y AXA COLPATRIA la indemnicen.

515. Con relación a estos puntos, ya se dijo al inicio del Laudo que los mismos nada tienen que ver con la formalidad de la demanda, pues estos comportan argumentos relativos a la legitimación en la causa por pasiva, que es otro presupuesto material para la sentencia de mérito, más no para la favorabilidad de la misma que es condición del derecho sustancial; legitimación que queda definida cuando se afirma la solidaridad entre sendas Convocadas, es decir, cuando de ellas en abstracto se predica la obligación de indemnizar.

516. Para mayor claridad, acogiendo la teoría de Chiovenda que también expone la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para definir la legitimación en la

causa es necesario considerar que el derecho corresponde *"a aquél que lo hace valer y contra aquel contra quien es hecho valer, o sea, considere la identidad de la persona en cuyo favor está la ley (legitimación activa), y la identidad de la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley (legitimación pasiva)"*[125].

517. A su vez la Corte Suprema de Justicia ha dicho, siguiendo la misma tesis doctrinal, que "*la legitimación en causa es en el demandante la cualidad de titular del derecho subjetivo que invoca y en el demandado la calidad de obligado a ejecutar la obligación correlativa"*[126].

518. Salvo que la ley exija una prueba anticipada de la legitimación mediante anexo de la demanda, lo cual ocurre en pocos casos, y menos tratándose de procesos de conocimiento como el presente, para demostrar la legitimación tanto por activa como por pasiva basta la afirmación que de ella se hace en la demanda, como aspecto puramente formal, pero sin que esta implique la prueba del derecho sustancial que es objeto de la pretensión, como en el caso ocurre con la supuesta solidaridad que invoca la Convocante entre EMGESA y AXA COLPATRIA.

519. En cuanto a que se aspira obtener una doble indemnización del mismo daño, debe reiterarse que la propuesta de las pretensiones que contra una y otra demandada se formulan, en sí misma no implica que las pretensiones estén indebidamente acumuladas porque tal planteamiento no da lugar a ningún reparo al confrontarlo con los requisitos que para la acumulación de pretensiones establece el artículo 88 del Código General del Proceso. Además, como se expuso en auto de la primera audiencia de trámite es en este Laudo donde el Tribunal debe definir el alcance de ambas pretensiones, si es que las de condena que se proponen contra la Aseguradora alcanzan algún resultado positivo. Por lo pronto debe descartarse la prosperidad de la supuesta ineptitud de la demanda por la circunstancia analizada.

125 Chiovenda Giuseppe, Instituciones de Derechos Procesal Civil, tomo I, Ed. CJER, Buenos Aires, 1959, pág. 208.

126 Sentencia de 2 de febrero de 1990.

F.3. Excepciones relacionadas con las Variaciones Importantes de Cantidades de Obra (VICO), cláusula penal y el lucro cesante

520. De acuerdo con lo expuesto para resolver las pretensiones referidas a cada uno de los ítems que menciona el título, el Tribunal se releva de entrar a analizar específicamente la alegación presentada por las Convocadas para fundamentar las dos primeras. Con relación a las VICO porque esta pretensión quedó comprendida por la Cosa Juzgada que también formuló el Consorcio, lo mismo que la Aseguradora Convocada y la llamada en Garantía.

521. Tratándose de la improcedencia del cobro de la cláusula penal que las Convocadas alegan porque en su opinión no hubo incumplimiento contractual del Consorcio, fuera de que la cláusula penal, según afirman, no es aplicable a un eventual incumplimiento de obligaciones post-contractuales, como esta no prospera por las razones anteriormente expuestas, el Tribunal se exime de entrar en consideraciones adicionales.

522. Con relación a la pretensión que reclama el lucro cesante, como bien lo alegó el Consorcio codemandado, en armonía con lo expuesto por este, el Tribunal reconocerá la excepción de mérito que se llamó Improcedencia de la indemnización por lucro cesante, porque de acuerdo con lo anteriormente considerado el supuesto lucro cesante no tiene relación de causalidad con el fundamento de la pretensión, según las pruebas allegadas al proceso, anteriormente evaluadas.

F.4. Las excepciones que invocan el principio de buena fe y la culpa de EMGESA

523. El Consorcio propone como medios defensivos, el cumplimiento del contrato de buena fe por parte del Contratista; culpa exclusiva de EMGESA; EMGESA pretende beneficiarse de su propia culpa y mala fe contractual de EMGESA.

524. Respecto de la buena fe, debe anotarse que la presunción que ampara a una y otra parte, conforme lo establece el artículo 83 de la Constitución Política, en modo alguno resultó desvirtuada en este proceso, pues, ni siquiera con esa finalidad se adujeron o practicaron pruebas, porque los errores en que incurrió EMGESA en los Planos de Diseño de la Obra y en los Planos Válidos para construir, derivados del trabajo de Ingetec, no ponen en duda la honestidad con la que actuó esta compañía, como tampoco por no haberse negado a expedir el Certificado de Recepción Provisional, o por no haber dejado las constancias que la excepcionante reclama. Estas conductas, especialmente la relacionada con los errores del diseño, fue objeto de análisis

anterior, para a partir de su demostración dar por averiguada la concurrencia de causas generadoras del daño entre la conducta de EMGESA y la actuación del Consorcio, también examinada, y consecuentemente disponer la reducción indemnizatoria que se calculó en consideración a lo previsto por el artículo 2357 del Código Civil, que son argumentos que ahora vale traer a colación para desechar las excepciones que se denominaron *"Ausencia de responsabilidad contractual del Consorcio"*; *"Hecho de un tercero"*, o sea Ingetec; "*Incumplimiento del deber de mitigar el daño por parte de EMGESA"*; *"EMGESA actúa en contra de sus propios actos y pretende beneficiarse de su propia culpa"*, *"Improcedencia de la indemnización de los costos directos (contratos suscritos para la construcción del reperfilado), pues este daño emergente, de existir, no sería imputable al Consorcio"*, y *"Culpa exclusiva de EMGESA"*.

525. Desde luego que habiéndose probado los errores cometidos por la Convocante en la fase inicial de ejecución del Contrato de Construcción de la Presa El Quimbo, que conducen a la reducción indemnizatoria antes deducida, procede el reconocimiento de la excepción de mérito de concurrencia de conductas en la causación del daño.

526. De otro lado, la Convocada hace valer como excepción de fondo la que llama "*Ausencia de responsabilidad contractual del Consorcio"*, porque EMGESA dice que el Contratista no cumplió con las Especificaciones Técnicas del contrato, sin tener en cuenta que a este no es dable aplicarle las normas de uno llave en mano o EPC, pues el celebrado es uno atípico sujeto a sus propias cláusulas, concretamente un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas por EMGESA a las cuales tuvo que someterse el Contratista, que deben ser interpretadas a favor de este, mucho más cuando las mismas desequilibran la relación incrementando abusivamente el riesgo de este último de manera desproporcionada y no razonable, pues con las mismas EMGESA limita su responsabilidad o se exonera de ella, trasladándosela al Consorcio.

527. Afirma la excepcionante que "*Emgesa en la Reforma de la Demanda en la sección IV, especialmente en el numeral 3.2., afirma que 'ni la facultad de EMGESA para vigilar las obras, ni su recepción exoneran al CIO de sus obligaciones de garantizar la calidad y estabilidad de la obra'"*, pues, según la Convocante, así lo pactaron expresamente las partes, entre otras, en el literal b. de la cláusula 2.04 de las BAE e inciso sexto de la cláusula 5.4 de los BAG. Con fundamento en dicha cláusula EMGESA argumenta, erróneamente, que el CIO está obligado a responder por las supuestas fallas constructivas, las cuales, de existir, serían única y exclusivamente consecuencia de los errores contenidos en los Planos de Diseños de las Obras, elaborados por Ingetec y aprobados y suministrados por EMGESA.

528. Confrontado este raciocinio de las Convocadas con el análisis que anteriormente hizo el Tribunal para deducir la responsabilidad parcial del Consorcio, es claro que con independencia de que el Contrato CEQ-21 haya sido un contrato al cual se adhirió el Contratista, porque las cláusulas fueron previamente predispuestas o redactadas por el dueño de la obra, y que este haya asumido la función de interventoría, la referida responsabilidad no tiene como fundamento las estipulaciones que el excepcionante tilda de abusivas porque se le trasladaron riesgos que estaban a cargo de EMGESA, sino, la prueba de los incumplimientos en que incurrió el Contratista, específicamente el relacionado con el método utilizado para intentar hacer la compactación del enrocado del talud aguas abajo de la presa, como quedó explicado al final de acápite anterior de este Laudo, donde se hizo el análisis de la responsabilidad, imputándole al Consorcio el treinta y cinco por ciento de aporte o incidencia en los daños que reclamó la Convocante, en consideración a que esta fue la proporción causal de su intervención.

529. La Presa, según lo informan varias de la pruebas aducidas y practicadas, por supuesto ya examinadas, presentó asentamientos que consecuentemente causaron fisuras y agrietamientos en la estructura, así como la rotura de la Junta horizontal 718 y daños en el muro parapeto, pero sin que estos problemas puedan endilgarse al trabajo que el Consorcio hizo en el espaldón aguas abajo, y específicamente a la falta de compactación adecuada del enrocado de protección, porque los rellenos de la Presa, en general, el Consorcio los ejecutó de acuerdo con las especificaciones técnicas, además de contar con la aprobación de EMGESA, lo que también sucedió en cuanto a la geometría de la Presa en relación con la pendiente del talud, puesto que EMGESA admitió lo propuesto por el Consorcio con respecto a esta pendiente del espaldón aguas abajo de la Presa. En definitiva, de las quejas que EMGESA presenta contra el Consorcio, referentes a la no reserva de los sobre tamaños para instalarlos en el pie de la Presa, la no atención del talud diseñado por Ingetec, y la no compactación en los términos definidos por el Contrato, en particular por la relevancia de esta última, se estima la influencia del comportamiento de la Convocada en un treinta y cinco por ciento en la causación del daño indemnizable, como al resolver la pretensión fue explicado.

530. Aunque en el dictamen de Exponent se dice que "*El CIO seleccionó una inclinación pronunciada de los taludes que afectó negativamente la estabilidad del talud de protección rocosa aguas abajo de la Presa",* lo claro es, como se anotó antes, que cualquier modificación que el Contratista haya hecho en la geometría disponiendo taludes inter-rampas más pendientes, contó con la aquiescencia de EMGESA.

531. Por lo tanto, esta excepción tampoco puede ser reconocida.

F.5. La inaplicabilidad del art. 2060 del Código Civil

532. La parte Convocante alega en la demanda que el caso está regulado por lo establecido en el número cuatro del artículo 2060 del Código Civil, que es el encuadramiento al que se oponen las Convocadas, particularmente el Consorcio al plantear la Inaplicabilidad del artículo 2060 del Código Civil, porque no se está ante un contrato de *"construcción a precio global, llave en mano o EPC"*, sino frente a un contrato atípico, gobernado por sus propias normas, en el que EMGESA además de ser dueña de la obra, cumplía la función de interventoría en asocio con INGETEC, lo cual le permitía tener un conocimiento más profundo de la ejecución y no el "aparente" que EMGESA manifiesta.

533. Cabe recordar que EMGESA invoca la norma citada del Código Civil para dos efectos: poner de presente la garantía decenal que la disposición consagra con el fin de darle la mayor trascendencia a la obligación de garantía, que se dice el Consorcio adquirió, que en opinión de la demandante *"son todavía más gravosas para el deudor*", en tanto *"nada exonera de responsabilidad al deudor"* ante su incumplimiento, y restarle significado al acto de recibo de la obra, porque en consonancia con el artículo 2060, las "*actas de aceptación provisional de algunas obras no exoneran de responsabilidad"* al deudor.

534. Respecto del primer punto, debe dejarse claramente establecido, en cuanto al caso concreto se refiere, que la causa de las pretensiones primera y segunda de la demanda presentada por EMGESA, que son las declarativas mediante las cuales se aspira que se deduzca la responsabilidad del Consorcio, están fincadas expresa y claramente en la garantía que las partes estipularon en el Contrato CEQ-21, en las cláusulas 2.13 de las BAE, así como la 5.4 de las BAG. Por lo tanto, ninguna es la incidencia que en el caso tiene la garantía decenal del artículo 2060 del Código Civil, la cual difiere en mucho de la convencional que las partes acordaron en el contrato CEQ-21, como antes quedó explicado, cuyo régimen de gobierno quedó establecido por lo previsto en las Especificaciones previstas por las partes en el mismo Contrato y documentos anexos. De manera que la cita que la parte Convocante hace en la demanda reformada, y luego en el alegato de conclusión, del artículo 2060 del Código Civil, no pasa de ser una de las tantas invocaciones del derecho aplicable que las partes pueden hacer en sus distintas intervenciones, obviamente con un carácter eminentemente neutro por cuanto no vinculan al juzgador, quien en últimas es el que define la normatividad aplicable al caso.

535. En cuanto a la segunda idea de la propuesta de la Convocante, de entrada debe ser desechada porque observado el contenido del numeral cuarto del artículo 2060 del Código Civil, el Tribunal no advierte la pertinencia de su aplicación, no tanto por las razones dadas por las Convocadas, sino por otras varias que seguidamente se exponen, empezando por reiterar la que tiene relación con la causa petendi que sustenta las mencionadas pretensiones primera y segunda principales, así como las de condena que se proponen como eventuales consecuentes a las dos primeras, porque todas ellas, como ya se dijo, se fundamentan en el incumplimiento contractual derivado de la negativa del Consorcio a cumplir con la Garantía de Estabilidad y Calidad de las Obras, estipulada en las Bases Administrativas ya indicadas.

536. Dejando a un lado el anterior argumento formal, para entrar a revisar la estructura normativa del artículo 2060 del Código Civil, se nota que para que operen las reglas especiales que la norma consagra, se requiere de la concurrencia de los siguientes elementos: i) que el contrato se refiera a la construcción de un edificio, entendiendo por tal la concepción moderna que de tal estructura ha expuesto la doctrina y la jurisprudencia, según lo ya explicado con antelación en este Laudo; ii) que, en los precisos términos del citado artículo, el contrato sea a precio único prefijado, o precio global; iii) que el edificio perezca o amenace ruina, en todo o en parte, en los 10 años subsiguientes a su entrega; iv) que la ruina o amenaza de ruina, se deba a vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, quedando claro en esta última hipótesis que si los materiales han sido suministrados por el dueño de la obra, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2057 numeral tercero del Código Civil, cuyo tenor declara: *"Si la cosa perece por vicio de la materia suministrada por el que encargó la obra, salvo que el vicio sea de aquellos que el artífice por su oficio haya debido conocer; o que conociéndolo no haya dado aviso oportuno"*.

537. De los anteriores elementos, siendo consciente el Tribunal de la existencia de tesis jurisprudenciales y doctrinales que hacen una interpretación extensiva del artículo 2060 del Código Civil, para entender que sus reglas cobijan contratos distintos a aquellos de precio único prefijado, se concluye que el caso resulta refractario a la aplicación del artículo 2060, porque claramente en él no se presentan dos de los señalados elementos, por cuanto los defectos que se observaron en el enrocado del talud, en manera alguna significaron la ruina o amenaza de ruina de la estructura de la represa, no sólo por la función cumplida por el enrocado de protección del talud, como atrás quedó expuesto, sino por el alcance del compromiso que no alcanzaba

al 3% del total de la obra, conforme al dicho del ingeniero Perri. Además, debe tenerse en cuenta que el Consorcio siendo conocedor de los vicios que presentaba el material suministrado por EMGESA, conforme quedó analizado, oportunamente, aunque en vano, dio aviso de tal circunstancia a la Contratante, caso en el cual de haberse dado el perecimiento que no ocurrió, habría lugar a la morigeración de responsabilidad que las normas señaladas establecen.

538. Lo así expuesto, lleva a descartar la aplicación de la cuarta regla del mencionado artículo que es el pedido de la Demandante, quien con fundamento en ella quiere que se entienda que la recepción provisional de las obras sólo tiene el alcance que el precepto consagra; sin embargo, como ya quedó estudiado, en el caso, con independencia de esa norma legal, lo que aparece manifiesto es que la propia EMGESA contribuyó a la causación del daño cuya reparación reclama, lo que lleva al Tribunal a dejar sentado que ella debe recibir una indemnización disminuida en la tasación proporcional a que se ha hecho referencia anteriormente.

539. Súmense a lo dicho en este acápite, todas las consideraciones expuestas antes acerca de la garantía decenal y las condiciones que se deben cumplir para su efectividad; todo para darle fundamento a la prosperidad de la excepción que se examina.

F.6. Inaplicabilidad de la garantía contractual de estabilidad de la Presa

540. Dice la Convocada para apoyar argumentativamente la excepción que denomina *"Ausencia de responsabilidad contractual del Consorcio"*, que la mencionada garantía se hace efectiva cuando la obra presenta fallas o defectos atribuibles al Contratista, que no es el caso, porque los supuestos defectos que alega la Demandante son "*consecuencia de los errores contenidos en los Diseños de la Obra y en las Decisiones, acciones y omisiones de la propia Convocante".* Además, manifiesta, la garantía cubre en primer lugar, "*la etapa post-contractual, es decir, más allá de la etapa de ejecución del contrato e inicia a partir de la entrega y recibo de la obra".* En segundo término, la Convocante debe "*acreditar no solo el daño, sino la imputabilidad del mismo al CIO, demostrando, además, que las supuestas fallas de la obra afectaron su estabilidad y se originaron en vicios de procedimientos de construcción implementado por el Consorcio".* Por último, "*la garantía de estabilidad se predica de aquellos defectos que se presenten una vez entregada la obra y que no fueron conocidos por la Contratante durante la ejecución de la misma, ello pues, de haberlo sido, estos serían objeto de la garantía de cumplimiento y no de estabilidad de la obra".*

541. Dar respuesta al planteamiento que en esta excepción hace el Consorcio implica volver a recordar todo lo que en el Laudo se ha dicho para efectos de deducir la responsabilidad parcial que se le aplica al Consorcio, que es la que permite activar la garantía de estabilidad que se hace valer en las pretensiones primera y segunda principales declarativas formuladas por EMGESA, y claro está en las consecuentes principales de condena que también se proponen. Las circunstancias fácticas que han sido objeto de verificación probatoria, dejan al descubierto, como ha quedado analizado, que el Consorcio se separó de las directrices sentadas por el Contrato al intentar hacer la compactación del enrocado de protección del talud aguas abajo de la Presa, utilizando maquinaria no autorizada, y poniendo en práctica un método no adecuado, siendo este un comportamiento que deja en entredicho su apego a la normatividad contractual, y que determinó la posterior necesidad de hacer el reperfilado que EMGESA debió contratar con terceras empresas, precisamente en etapa ulterior a la entrega que se había efectuado anteriormente, dando lugar a la expedición del Certificado de Recepción Provisional de la Obra, ocurrida en el mes de abril de 2016, momento a partir del cual empezó a correr el plazo de garantía de estabilidad de la obra, conforme a lo estipulado en las cláusulas 2.13 de las BAE , y 5.4 de las BAG que regulan el Contrato CEQ-21. Agréguese que la celebración de los contratos que materializan el daño emergente cuya indemnización se pretende como costo pagado por el trabajo de reperfilamiento datan de época posterior a la ejecución del Contrato CEQ-21, o sea, diciembre de 2017, febrero de 2018 y septiembre de este último año.

542. En cuanto al argumento que sostiene que los defectos constructivos fueron conocidos por la Convocante desde los años 2014 y 2015, razón por la que se entienden inoportunas las comunicaciones de 2016 y las reclamaciones con fundamento en la garantía de estabilidad, porque la eventualmente procedente sería la garantía de cumplimiento, vale repetir lo dicho anteriormente, esto es, que con independencia de las fechas que el Consorcio señala como precedentes, es la última, la que tiene relevancia contractual para los efectos de las pretensiones declarativas primera y segunda principales, y claro está las de condena consecuentes, por cuanto ellas se fundan en el incumplimiento de la obligación de garantía de estabilidad y calidad de las obras, que, como igualmente se anotó, solo cobra eficacia luego de la entrega de las mismas, lo cual, como bien se sabe, vino a ocurrir el 15 de abril de 2016, conforme a lo estipulado en la cláusula 5.13 de las BAE. Además, como también quedó dicho, fue después de la entrega cuando algunas de las fallas constructivas determinaron la imposibilidad de llenar el embalse hasta la cota mayor.

543. Así comprendidas las circunstancias relevantes con relación a este medio de defensa, claro resulta expresar que este no puede prosperar.

F.7. Improcedencia de la indemnización del supuesto daño emergente del contrato suscrito con el Consorcio M&M

544. Según la excepcionante *"Emgesa no ha demostrado ni podrá demostrar, que este supuesto daño emergente, cuyo resarcimiento reclama, haya sido producto de un incumplimiento de una obligación contractual o legal en cabeza del CIO. Por el contrario, la obra de reperfilado y, por lo tanto, las erogaciones relacionadas con el contrato suscrito con el Consorcio M&M, se explican exclusivamente en el propio actuar de Emgesa"*.

545. Luego de otras explicaciones, las Convocadas expresaron que en el presente caso *"no existe una causalidad adecuada que haga de algún modo responsable al Contratista por la Obra Extraordinaria adelantada por el Consorcio M&M".*

546. Aunque sea repetitivo, el Tribunal insiste en tres factores que llevan a dejar por satisfecho el elemento de la responsabilidad post-contractual que el Consorcio demandado cuestiona: i) la obra construida por el Consorcio presentó defectos en el enrocado de protección del espaldón del talud aguas abajo de la Presa, por cuanto hubo deslizamientos e inestabilidad del material que hacía el recubrimiento; ii) dichas fallas tuvieron ocurrencia por las deficiencias en que incurrió el Consorcio al adelantar el trabajo, pues lo hizo con una maquinaria y un método ajenos a lo contractualmente establecido, razón por la que antes se afirmó que el Consorcio en este punto había incurrido en un comportamiento que lo hacía parcialmente responsable, puesto que por contera había incumplido el Contrato; y iii) con el fin de corregir las fallas y defectos constructivos, EMGESA debió contratar con M&M el trabajo de reperfilado, al costo que hubo de pagar según lo demostrado en el proceso.

547. La prueba de los identificados elementos conlleva la demostración de la condición que el excepcionante echa de menos, según el análisis probatorio que al respecto se consignó en este Laudo, siendo válido afirmar que la excepción examinada debe ser negada, porque como lo ponen de presente las pruebas evaluadas y las conclusiones probatorias a las cuales se ha llegado, resumidas antes, está plenamente demostrada la conducta imputada al Consorcio y la relación de causalidad necesaria y adecuada entre esta y el daño emergente sufrido por EMGESA en la proporción ya señalada, porque si esta no hubiera ocurrido, esto es, que el enrocado se hubiera compactado de la manera impuesta por el Contrato, el reperfilamiento no hubiera tenido lugar, o por lo menos la necesidad del mismo sería imputable en su totalidad

a los iniciales errores de EMGESA. De otro lado, debe reiterarse que la obra encomendada a este Consorcio nada tiene que ver con las llamadas obras extraordinarias que el Contrato CEQ-21 define, valiendo entonces hacer remisión al análisis que acerca de ellas se hizo anteriormente en este Laudo.

F.8. Improcedencia de la indemnización de los costos directos (contratos suscritos entre EMGESA, Ingetec y AF Consult)

548. El consorcio controvierte lo pretendido con relación a los contratos mencionados, acudiendo a la misma motivación expuesta en las excepciones anteriores, además de indicar que esas pretensiones se refieren a *"daños indirectos pues no fueron producto inmediato del supuesto incumplimiento del CIO"*.

549. En cuanto al pago hecho a Ingetec, la Convocada dice que este no está demostrado porque de acuerdo con la documentación aportada, en ella *"se puede evidenciar que este contrato, además de la asesoría para la Galería GD-2, tuvo por objeto la corrección de los diseños de la Presa inicialmente elaborados por Ingetec en virtud del Contrato CEQ-21*", cuando *"ni en la demanda ni en su Reforma la Convocante formuló pretensión alguna en relación con la Galería GD-2"*.

550. Refiriéndose al contrato con AF Consult Switzerland, se expresa que EMGESA *"está pretendiendo imputarle al CIO una erogación en la que no incurrió para la construcción de la Presa, esto es, los gastos originales de la contratación de un tercero experto e independiente para que revisará los diseños elaborados por Ingetec".* Consultoría que claramente se hizo con el fin de subsanar los errores que EMGESA cometió al momento del trabajo original, pues hasta donde se sabe "*los Planos y Diseños que elaboró Ingetec y que aprobó Emgesa para la ejecución de las Obras no fueron revisados ni auditados por ningún tercero, como en cambio, aparentemente, si lo fueron para el re-perfilado del talud".*

551. A propósito de esta excepción el Tribunal acude a los argumentos expuestos para resolver la excepción precedente, que son los mismos desarrollados para imputarle la responsabilidad parcial al Consorcio, a los cuales se remite en este momento. En cuanto a la objeción que específicamente se hace al daño emergente derivado del pago hecho a Ingetec por la labor que esta compañía cumplió en las obras del re-perfilado, en tanto la documentación anexada para probar el costo involucra un trabajo ajeno al objeto del presente litigio, como lo es la Galería GD-2, debe tenerse en cuenta que esta objeción probatoria del Consorcio fue aclarada mediante prueba de oficio, por virtud de la cual se obtuvo de Ingetec información tasando el costo del

trabajo hecho en la Galería GD-2, en $138.451.029, cuyo valor fue restado, al momento de cuantificar el perjuicio, del total que indican los documentos relacionados con la tarea que Ingetec llevó a cabo en cuanto al reperfilado se refiere.

552. Con relación al reparo que se le hace a la intervención de AF Consult Switzerland, el Tribunal lo considera carente de fundamento jurídico, porque el hecho de que con ocasión del trabajo original que se hizo en el espaldón del talud aguas abajo de la presa con la finalidad técnica que atrás se mencionó, EMGESA no haya acudido a una consultoría o revisoría externa con el objetivo de auditar los diseños, de ninguna manera excluye o elimina la facultad que el Contratante tiene de acudir a expertos, como AF Consult Switzerland, con el objetivo de obtener la opinión de una empresa especializada en la materia, encomendándole la revisión de los diseños hechos para el reperfilado; con mayor razón si se tiene en cuenta la experiencia anterior, donde al parecer, como lo dice el excepcionante, no hubo asistencia de un tercero realizando tal labor, porque como se sabe, las tareas de interventoría las ejerció directamente EMGESA en asocio con Ingetec.

553. Así vistas las cosas, esta excepción también debe ser negada.

F.9. Cobertura de la póliza de estabilidad contratada por el Consorcio: cualquier pago se encuentra a cargo de la aseguradora, y compensación

554. Dada la técnica de la sentencia, estas dos excepciones deben analizarse teniendo en cuenta los resultados de las pretensiones que EMGESA propone contra AXA COLPATRIA SEGUROS, lo cual se definirá enseguida, pues ese es el momento donde se determinará el alcance de la póliza que invoca el Consorcio, e igualmente la procedencia de la solidaridad que la Convocante reclama entre el Consorcio y la aseguradora. En cuanto a la compensación, su evaluación queda pendiente del resultado de la demanda de reconvención que contra EMGESA planteó el Consorcio, pues es ahí donde habrá de quedar definido si EMGESA es deudora de este.

F10. Enriquecimiento injustificado a costa del CIO y cobro de lo no debido

555. De entrada, y sin lugar a mayor elucubración jurídica, estas dos excepciones deben rechazarse, no solo porque el fundamento que de ellas ofrece el excepcionante es el mismo que a lo largo de su defensa ha expuesto, o sea que "*la Convocante no sufrió ningún tipo de daño que pueda serle imputado el Consorcio"*, el cual in extenso ha sido examinado, para concluir en contrario a lo afirmado por el Consorcio, que

este sí incurrió en error constructivo cuando no hizo el trabajo de compactación del enrocado del espaldón del talud aguas abajo de la Presa, conforme lo establecía el Contrato, lo cual implicó un comportamiento de su parte que contribuyó a la generación del daño, en concurrencia con las conductas demostradas de EMGESA que igualmente incidieron en el mismo, y por ende, a la responsabilidad parcial que se le dedujo, sino porque las dos excepciones desconocen que las pretensiones propuestas por EMGESA tienen una causa real y cierta, como lo es el Contrato CEQ-21, mediante el cual EMGESA y el Consorcio acordaron la construcción de la Presa Hidroeléctrica El Quimbo.

556. En atención a esta premisa desvirtuado quedaría uno de los presupuestos que la jurisprudencia y la doctrina asigna a los fenómenos de enriquecimiento sin causa y pago de lo no debido, como es, que el enriquecimiento se haya realizado sin causa, es decir, sin fundamento jurídico, siendo un caso del mismo el pago de lo no debido, bien por la inexistencia de la causa o cuando el pago se le hace a un falso acreedor. De manera que si los pagos que eventualmente ordene el Laudo tienen como causa el incumplimiento del contrato antes señalado, razón por la que se declara la responsabilidad del Consorcio convocado, no se advierte el fundamento de las referidas excepciones, porque las pretensiones que demandan el pago del daño emergente parcialmente reconocido, tienen una causa clara, como antes quedó dicho, que no es otra, se reitera, que la relación contractual ya indicada y las vicisitudes que en torno a ella se presentaron.

557. Por lo tanto, las indicadas excepciones deben ser rechazadas.

F11. Excepción de Contrato no cumplido

558. Con fundamento en lo establecido en el artículo 1609 del Código Civil y su desarrollo jurisprudencial, el Consorcio propuso la excepción que denominó "*Incumplimiento del Contrato por parte de Emgesa / Excepción de Contrato no Cumplido*", para señalar que la Convocante, en su concepto, incumplió "*de manera reiterada y manifiesta*" el Contrato CEQ-21, lo que daría lugar a que no tuviera legitimación para exigir su cumplimiento. Indicó, además, que "*no existe razón ni derecho para que Emgesa solicite que se le indemnicen unos supuestos daños y perjuicios que, de existir, no serían otra cosa que el resultado de sus propias actuaciones, decisiones e incumplimientos contractuales"*.

559. Como se puede observar, el Consorcio confunde la excepción de contrato no cumplido y su aplicación respecto de las acciones derivadas del incumplimiento contractual, con el efecto que se produce, desde el punto de vista indemnizatorio, cuando quien reclama la reparación ha contribuido a generar los detrimentos de los que posteriormente se duele. En relación con esta última circunstancia el Tribunal se ha pronunciado de manera amplia y su análisis ha conducido a la conclusión ya destacada, en el sentido de que la indemnización que persigue la Convocante debe reducirse proporcionalmente a la incidencia causal que su comportamiento tuvo en los perjuicios que pudo padecer por el incumplimiento atribuible al Consorcio.

560. Si bien el Tribunal encontró acreditada la concurrencia causal de los comportamientos de los contratantes respecto de los perjuicios debatidos en el trámite arbitral, el efecto que se debe derivar, se repite, es el de la reducción de la indemnización reclamada por la Convocante, en los términos del artículo 2357 del Código Civil, y no la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido, toda vez que las conductas en las que el CIO funda la excepción no se plantean, propiamente, en el terreno del incumplimiento relevante de los deberes de prestación a cargo de EMGESA, que serían los que darían lugar a analizar la aplicación del artículo 1609 del Código Civil, sino, se reitera, en "*actuaciones*" o "*decisiones*" que, en realidad, tienen efecto en el análisis de la imputación de los daños cuya reparación se reclama.

561. Sin desconocer la diversidad de compromisos contractuales que las partes asumieron en el marco del Contrato CEQ-21, debe tenerse presente que las obligaciones principales de EMGESA eran, fundamentalmente, de carácter dinerario y se concretaban en el pago de la remuneración pactada en las fechas de corte correspondientes. Respecto de tales obligaciones y su cuantía, la inconformidad que el CIO plantea en la demanda de reconvención es de un monto que ciertamente resulta menor o exiguo comparado con el valor total del Contrato. Y, en cuanto a la entidad que debe tener el incumplimiento de quien demanda la ejecución o la resolución del contrato para que resulte exitosa la excepción de contrato no cumplido propuesta por su contraparte, los profesores Ospina Fernández y Ospina Acosta señalan que *"… para el ejercicio próspero de la excepción se requiere que el incumplimiento imputado al actor sea de tal magnitud que le irrogue al excepcionante un perjuicio digno de ser tenido en cuenta. (…)"*.[127]

562. Las anteriores consideraciones conducen al Tribunal a desestimar la excepción que el CIO denominó "*Incumplimiento del Contrato por parte de Emgesa / Excepción de Contrato no Cumplido*".

F12. Análisis de las restantes excepciones y conclusión general

563. Además de las excepciones que han sido mencionadas y examinadas en este aparte del Laudo (Cosa Juzgada/Transacción, Ineptitud de la Demanda – 3 excepciones -, Improcedencia del cobro de las VICO, Improcedencia del cobro de la cláusula penal, Improcedencia de la indemnización por lucro cesante, Cumplimiento del contrato y buena fe contractual por parte del Consorcio, Culpa exclusiva de EMGESA, Inaplicabilidad del artículo 2060 del Código Civil, Inaplicabilidad de la garantía contractual de estabilidad, Improcedencia de la indemnización del daño emergente por los supuestos contratos celebrados con M&M, Ingetec y AF Consult Switzerland, Improcedencia de la indemnización de los costos directos por los contratos suscritos con las empresas antes señaladas, Enriquecimiento injustificado a costa del Consorcio, Pago de lo no debido y Contrato no Cumplido por parte de EMGESA), el Consorcio formuló otras más que son las que ocupan la atención del Tribunal en este momento, empezando por dejar entendido que la providencia también definirá y analizará las excepciones referidas a la póliza de estabilidad que el Consorcio contrató, por virtud de la cual la Convocada remitía cualquier pago a la Aseguradora (Axa Colpatria), y la de Compensación que habrá de estudiarse y resolverse con ocasión del examen de las pretensiones planteadas por el Consorcio contra EMGESA. Vale a propósito de estas dos excepciones dejar en claro que la relacionada con la Aseguradora codemandada no puede prosperar porque como quedará concluido posteriormente la pretensión que contra ella propuso EMGESA procurando las indemnizaciones respectivas no tiene éxito, por cuanto se demostró la ausencia de cobertura. En cambio la compensación alegada como excepción tanto por el Consorcio como por EMGESA, será reconocida, y así se dispondrá en la parte resolutiva del Laudo.

564. Tratándose del resto de excepciones de mérito alegadas por el Consorcio (Ausencia de responsabilidad contractual del Consorcio, EMGESA pretende beneficiarse de su propia culpa, EMGESA está actuando en contra de sus propios actos, Hecho de un Tercero, Incumplimiento del deber de mitigar el daño por parte de EMGESA, la naturaleza e interpretación del contrato, las obligaciones contractuales del Consorcio y mala fe contractual de EMGESA), debe ponerse de presente que el sustento fáctico de cada una de ellas, que es lo que en la realidad constituye la excepción de mérito como medio de defensa que el demandado contrapone a la pretensión para impedirla, modificarla o retardarla, fue objeto de análisis a lo largo de las consideraciones expuestas por el Tribunal para resolver las pretensiones planteadas por EMGESA contra el Consorcio, y así deducir la responsabilidad parcial que se le imputa a este último, no solo por la no prosperidad de algunas de las pretensiones, sino por la reducción indemnizatoria que se dispone en consideración a la proporción de la

participación de EMGESA en la causación del daño, quedando así descartada la procedencia de la mayoría de las excepciones que conforman este remanente, pues como puede observarse en estos fragmentos de las consideraciones de este Laudo, allí se exponen las razones de hecho y de derecho, por las que el Consorcio debe asumir la responsabilidad referida, e igualmente el Tribunal explica razonadamente y con la mayor precisión, las conductas imputadas a EMGESA, obviamente demostradas, que llevan a concluir, como ya se anotó que la conducta de EMGESA fue determinante en la proporción allí señalada para que el daño se presentara. Argumentos estos que específicamente conducen a descartar todas aquellas excepciones que invocan la culpa de EMGESA como factor excluyente de la responsabilidad del Consorcio, como son las que se nominan *"EMGESA pretende beneficiarse de su propia culpa*", *"EMGESA está actuando en contra de sus propios actos"*, *"Hecho de un Tercero"*, *"Incumplimiento del deber de mitigar el daño por parte de EMGESA"* y *"las obligaciones contractuales del Consorcio"*, porque como quedó explicado en esos párrafos del Laudo, estas llamadas excepciones, pues algunas no lo son, como por ejemplo la denominada *"obligaciones contractuales del Consorcio"*, no tienen fuerza distinta a la que el Tribunal le confiere al hecho demostrado y reconocido de la conducta concurrente de EMGESA en la causación del daño, que no es otra que la reducción proporcional que se ha dispuesto en el monto de la indemnización.

565. Asimismo, fueron objeto de evaluación la naturaleza e interpretación del contrato celebrado y la mala fe de EMGESA. Respecto de la primera para desechar la calificación de atípico que le confería el Consorcio y descartar con relación al caso propiamente dicho la influencia de cláusulas abusivas. En cuanto a la mala fe de EMGESA, como ya se dijo, debe negársele cualquier atisbo de prosperidad porque las conductas que el Consorcio aduce para desconocer el comportamiento leal (errores con los planos de diseño de las obras y en los planos válidos para construir, no haberse negado a expedir el Certificado de Recepción Provisional y no haber dejado las constancias que el excepcionante piensa conducentes), no tienen el alcance que el Consorcio quiere darles, porque lo cierto y diáfano es que del debate probatorio estuvo ausente cualquier reproche que pusiera en entredicho la conducta honesta, leal y honrada de ambas partes.

G. LAS PRETENSIONES FORMULADAS POR EMGESA RESPECTO DE AXA COLPATRIA Y EL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A SEGUREXPO

566. En la demanda principal reformada, EMGESA solicita que se declare la ocurrencia de un siniestro amparado por la cobertura de estabilidad de la obra otorgada en la Póliza de Cumplimiento No. 8001039835 expedida por AXA COLPATRIA, de la que

la Convocante es asegurada y beneficiaria. En consecuencia, reclama que se declare que la compañía aseguradora está obligada a pagarle la indemnización correspondiente hasta el límite del valor asegurado, así como los intereses moratorios causados por haber incumplido su obligación de indemnizar oportunamente a EMGESA. En concreto, la Convocante formuló las siguientes pretensiones declarativas respecto de AXA COLPATRIA:

"***A. PRETENSIONES DECLARATIVAS***

"***QUINTA.*** *Declarar que la póliza de cumplimiento No. 8001039835 expedida por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., es válida y vinculante para el CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas antes mencionadas, y EMGESA S.A. E.S.P.*

"SEXTA. *Que se declare que EMGESA S.A. E.S.P. es la beneficiaria y asegurada de la póliza de cumplimiento No. 8001039835 expedida por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.*

*"**SÉPTIMA.** Declarar que conforme a la póliza de cumplimiento No. 8001039835 expedida por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., se amparó el cumplimiento del Contrato CEQ-21, así como la calidad y estabilidad de las obras civiles principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, por parte del CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las sociedades atrás mencionadas, quienes tienen la condición de tomadores y afianzados de dicha Póliza.*

*"**OCTAVA.** Declarar que dentro de la vigencia de la póliza de cumplimiento No. 8001039835 expedida por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., acaecieron los siniestros que afectaron el amparo de calidad y estabilidad de La Presa del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo y el cumplimiento del contrato CEQ-21.*

*"**NOVENA.** Declarar que, según lo pactado en la póliza de cumplimiento No. 8001039835 bajo el amparo de calidad y estabilidad de la obra, AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. está obligada a indemnizar a EMGESA S.A. E.S.P., por los daños aquí reclamados, hasta los límites máximos de cobertura pactados en la Póliza mencionada.*

*"**DÉCIMA.** Declarar que AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. ha incumplido e incurrido en mora en su obligación de indemnizar a EMGESA S.A. E.S.P., en los términos de la póliza de cumplimiento No. 8001039835 y de la ley.*

*"**UNDÉCIMA.** Que se declare que AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. y el CONSORCIO IMPREGILO OHL están obligados a pagar intereses de mora a EMGESA*

S.A. E.S.P. a la tasa más alta permitida por la ley y por los reglamentos, sobre el valor de las indemnizaciones a cargo de éstas".

567. En consecuencia, la Convocante formuló las siguientes pretensiones de condena respecto de AXA COLPATRIA:

"***PRIMERA**. Que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones se CONDENE al CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas antes mencionadas y a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. a pagar SOLIDARIAMENTE a EMGESA en un término no mayor a cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del respectivo laudo, al pago de los daños reclamados, como daño emergente, asociados al espaldón de la presa, que involucró el trabajo de reperfilado de la cara aguas abajo de la presa, el cual ha sido valorado en Sesenta y tres mil doscientos cuarenta y tres millones ciento veintidós mil trescientos nueve pesos (COP $63.243.122.309) incluido el IVA, suma pagada al contratista CONSORCIO M&M.*

*"**SEGUNDA.** Que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones se CONDENE al CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas antes mencionadas y a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., a pagar SOLIDARIAMENTE a EMGESA en un término no mayor a cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del respectivo laudo, los costos directos, como daño emergente, que erogó por el control de calidad de materiales y asesoría a INGETEC, necesarios para realizar los trabajos de reparación de los daños asociados al espaldón de la presa, que involucró el trabajo de reperfilado de la cara aguas abajo de la presa, valorados en SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES SEIS-CIENTOS TREINTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS VEINTIÚN PESOS CO-LOMBIANOS (COP $6.757.633.421).*

*"**TERCERA.** Que como consecuencia de la prosperidad de las anteriores pretensiones se CONDENE el CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas antes mencionadas y a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., a pagar SOLIDARIAMENTE a EMGESA en un término no mayor a cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del respectivo laudo, los costos directos, como daño emergente, que erogó por el estudio de revisión de diseños del re perfilado de la Central Hidroeléctrica El Quimbo, con la empresa AF Consult Switzerland, por un valor de CINCUENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA FRANCOS SUIZOS (CHf$ 58.880).*

*"**PRIMERA SUBSIDIARIA A LA TERCERA.** En el evento en que el H. Tribunal estime que no es posible efectuar la condena en francos suizos (CHf), liquídese el valor de la pretensión tercera en pesos colombianos (COP), utilizando la Tasa de*

Conversión Oficial vigente a la fecha en que fueron realizadas las respectivas erogaciones en francos suizos (CHf), momento en el cual se consolidó la pérdida para EMGESA.

*"**SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA TERCERA**. En el evento en que el H. Tribunal estime que no es posible utilizar la Tasa de Conversión Oficial vigente a la fecha en que fueron realizadas las respectivas erogaciones, estimando necesaria la conversión de la suma pretendida en CHf a COP, liquídese tal suma utilizando la Tasa de Conversión Oficial vigente a la fecha del Laudo o a la Tasa de Conversión, TRM o cualquier otra tasa que el H. Tribunal considere aplicable.*

*"**CUARTA**. Que se CONDENE al CONSORCIO IMPREGILO – OHL, integrado por las empresas antes mencionadas y a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., a pagar SOLIDARIAMENTE a EMGESA en un término no mayor a cinco (5) días contados a partir de la ejecutoria del respectivo laudo, a manera de lucro cesante el costo de la energía no generada y que EMGESA dejó de percibir valorado en TREINTA Y DOS MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS COLOMBIANOS (COP $ 32.155.000.000).*

"(…)

*"**PRETENSIÓN SUBSIDIARIA COMÚN A LAS PRETENSIONES PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA Y QUINTA.** En el evento en que las pretensiones de condena PRIMERA, SEGUNDA, TERCERA, CUARTA Y/O QUINTA no prosperen, o prosperen parcialmente, haciendo que su importe sea inferior al valor de la cláusula penal, solicitamos que se condene a la parte convocada a pagar la suma de NOVENTA Y OCHO MIL TREINTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CUATRO PESOS COLOMBIANOS (COP $ 98.038.959.204,oo), por concepto de cláusula penal pactada en la cláusula novena del convenio de formalización del contrato CEQ-21.*

*"**SEXTA.** Que se CONDENE a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. al pago de intereses moratorios mercantiles sobre las sumas atrás mencionadas desde el 9 de febrero de 2018, mes siguiente a la reclamación presentada por EMGESA a la aseguradora, y hasta tanto se realice el pago efectivo de las prestaciones adeudadas, según lo dispone el artículo 1080 del C. de Co.*

*"**SUBSIDIARIA A LA SEXTA.** En el evento en que el H. Tribunal considere que no se demostró ocurrencia y cuantía del siniestro con la reclamación presentada, condénese a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. al pago de intereses moratorios sobre las sumas atrás referidas desde el mes siguiente a la fecha en que el H. Tribunal encuentre demostrada la ocurrencia y cuantía del siniestro reclamado, sea ello antes o después de la presentación de la respectiva demanda, y hasta tanto se realice*

el pago efectivo de las prestaciones adeudadas, según lo dispone el artículo 1080 del C. de Co.

"(…)."

568. En síntesis, EMGESA fundamenta las pretensiones anteriormente transcritas en los siguientes hechos:

i) AXA COLPATRIA expidió la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 8001039835 (en adelante, la "Póliza"), en virtud de la cual se obligó a amparar el cumplimiento del Contrato CEQ-21 celebrado entre EMGESA y el CIO, el buen manejo del anticipo y la estabilidad de la obra que fue objeto del mencionado acuerdo de voluntades.

ii) El 9 de febrero de 2017, EMGESA dio aviso de siniestro a AXA COLPATRIA, pues había evidenciado posibles defectos de la obra, entre los que destacó los siguientes: (i) deformaciones de los rellenos por encima de lo esperable; (ii) colocación irregular del enrocado en el espaldón aguas abajo; (iii) daños en los muros parapetos; (iv) daños en la junta horizontal de la cota 718; y (v) filtraciones en la galería de drenaje GD-2.

iii) Posteriormente, el 5 de enero de 2018 EMGESA presentó una reclamación ante AXA COLPATRIA, que tuvo por objeto que se afectara el amparo de estabilidad de la obra incorporado en la Póliza, por los daños que le habría causado la colocación irregular del enrocado del espaldón aguas abajo de la presa, entre otros eventos. Respecto de la mencionada reclamación, AXA COLPATRIA formuló objeción en escrito de 9 de febrero de 2018, en el que argumentó que no se habría probado la responsabilidad del CIO ni la cuantía de la pérdida. Dicha objeción, que EMGESA considera extemporánea, fue contestada por la Convocante mediante comunicación de 7 de mayo de 2018, en la que reiteró su solicitud de reconocimiento de la indemnización derivada de la efectividad de la cobertura por la inestabilidad de las obras realizadas por el CIO.

iv) Ante el silencio de la compañía aseguradora, el 1° de junio de 2018 EMGESA radicó una comunicación con el propósito de interrumpir la prescripción, con fundamento en lo establecido en el artículo 94 del Código General del Proceso. Por su parte, AXA COLPATRIA dio respuesta a la réplica a la objeción mediante comunicación de 8 de junio de 2018, en la que insistió en que no estaba probada la responsabilidad del afianzado ni la cuantía de la pérdida.

v) A la fecha de presentación de la demanda, AXA COLPATRIA no ha indemnizado a EMGESA por los daños derivados de la "mala calidad" de las obras entregas por el CIO.

569. En la contestación de la reforma de la demanda principal, AXA COLPATRIA se opuso a todas y cada una de las pretensiones de EMGESA, pues considera que carecen de fundamento fáctico y jurídico. En cuanto a los hechos anteriormente reseñados, que sirven de fundamento a las pretensiones de la Convocante, la compañía aseguradora precisa que es cierto que expidió la Póliza de Cumplimiento No. 8001039835, que comprende, entre otros, un amparo por estabilidad de la obra, que es el que pretende afectar EMGESA. No obstante, sobre su efectividad manifestó lo siguiente:

i) Existen múltiples comunicaciones que serían indicativas de que EMGESA conoció los defectos de la obra mucho tiempo antes de dar aviso del siniestro en febrero de 2017, por lo que no habría cobertura bajo el amparo de estabilidad de la obra.

ii) Aunque es cierto que el 5 de enero de 2018 se presentó una reclamación por parte de EMGESA, dicha comunicación únicamente corresponde a un requerimiento para el pago, mas no a una reclamación formal en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio, toda vez que la Convocante no acreditó la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida. Por lo tanto, la respuesta de AXA COLPATRIA del 9 de febrero de 2018 fue oportuna, pues, como se trataba de un simple requerimiento para el pago, el término de un mes al que se refiere el artículo 1080 del Código de Comercio no resultaba aplicable y no es posible derivar de esa circunstancia las consecuencias que establece la mencionada disposición.

iii) El documento recibido por AXA COLPATRIA el 1° de junio de 2018 no produjo el efecto pretendido por EMGESA en el sentido de interrumpir la prescripción extintiva.

iv) AXA COLPATRIA no ha reconocido indemnización alguna a favor de EMGESA porque esta última no ha acreditado la existencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida, por lo que no es posible considerar que la aseguradora haya incumplido las obligaciones contraídas de conformidad con el contenido de la Póliza.

570. En ese contexto, AXA COLPATRIA formuló las siguientes excepciones de mérito: "*1. Ausencia de responsabilidad de AXA COLPATRIA, como consecuencia de la ausencia de responsabilidad del CIO en relación con la inestabilidad del enrocado del espaldón aguas debajo* (sic) *de la presa*"; "*2. Las controversias objeto del presente litigio se encuentran transigidas por las partes – COSA JUZGADA*"; "*3. Ausencia de cobertura bajo el amparo de estabilidad de la obra en la medida en que los daños*

objeto del litigio ya habían sido identificados por EMGESA de manera previa a la recepción de las obras a entera satisfacción del contratante"; "*4. No es responsabilidad del contratista la garantía por los vicios de la obra que supuestamente afectan su estabilidad*"; "*5. Prescripción de las obligaciones derivadas del contrato de seguro*"; "*6. Ausencia de cobertura en relación con las Variaciones Importantes en las Cantidades de Obra bajo el amparo de estabilidad de la obra que se pretende afectar*"; "*7. Ausencia de cobertura de la cláusula penal pecuniaria bajo el amparo de calidad y estabilidad de la obra*"; "*8. Ausencia de cobertura del lucro cesante reclamado por Emgesa – riesgo expresamente excluido en la póliza No. 8001039835*"; "*9. Coaseguro*"; "*10. Límite del valor asegurado*"; "*11. Terminación del contrato de seguro por agravación del estado del riesgo*"; "*12. Improcedencia del cobro de intereses de mora, por cuanto no se ha acreditado por EMGESA la ocurrencia del siniestro y cuantía de la pérdida*"; y "*13. Genérica*".

571. Igualmente, AXA COLPATRIA objetó el juramento estimatorio.

572. Adicionalmente, AXA COLPATRIA formuló llamamiento en garantía respecto de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. ASEGURADORA DE CRÉDITO Y DEL COMERCIO EXTERIOR (en adelante, "SEGUREXPO"), toda vez que la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 8001039835 fue otorgada en coaseguro con esta última compañía, a quien le corresponde una participación del 30%, mientras que AXA COLPATRIA actúa como aseguradora líder con un porcentaje del 70%. En consecuencia, solicitó que, si fuera el caso, se condene a SEGUREXPO a pagar el valor correspondiente a su porcentaje de participación respecto de la indemnización reclamada por EMGESA.

573. Admitido el llamamiento en garantía y notificada SEGUREXPO, esta compañía presentó (i) contestación al llamamiento en garantía y (ii) contestación a la demanda principal reformada.

574. En su escrito de contestación de la demanda principal reformada, SEGUREXPO se opuso a las pretensiones de EMGESA porque considera que carecen de fundamento fáctico, jurídico y probatorio. En cuanto a los hechos en los que EMGESA sustenta su reclamación, SEGUREXPO, en síntesis, reconoció la existencia de la Póliza y la radicación de las distintas comunicaciones a las que se refiere la Convocante, pero indicó que no se han incumplido las obligaciones derivadas de la Póliza en la medida en que no se ha demostrado la ocurrencia del siniestro ni su cuantía. Esto, debido a que no se ha probado que las fallas que se presentan en la obra sean imputables al CIO. Asimismo, SEGUREXPO objetó el juramento estimatorio de la demanda principal reformada.

575. En consecuencia, SEGUREXPO formuló las siguientes excepciones de mérito: "*4.1. Incumplimiento de la obligación a cargo de EMGESA de demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro, las fallas de la estabilidad de la obra deben ser imputables al CIO. Causal eximente de responsabilidad del asegurador art. 1077 del Código de Comercio y condiciones generales de la Póliza No. 8001039835 expedida por AXA COLPATRIA*"; "*4.2. Cumplimiento del Contrato CEQ-21 de 2010 por parte del Consorcio Impregilo-OHL (CIO)*"; "*4.3. Incumplimiento del deber de mitigar el daño por parte de EMGESA*"; "*4.4. Cosa juzgada – Transacción*"; "*4.5. Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro*"; "*4.6. Nulidad relativa del contrato de seguro arts. 1058 del Código de Comercio por inexactitud y reticencia en la declaración del estado del riesgo*"; "*4.7. Nulidad relativa del contrato de seguro arts. 1060 del Código de Comercio por agravación del estado del riesgo*"; "*4.8. Exclusión expresa de lucro cesante*"; "*4.9. Compensación – Reducción de la indemnización*"; "*4.10. Límite del valor asegurado – Coaseguro*"; "*4.11. Improcedencia del llamamiento en garantía – Falta de legitimación*"; y "*4.12. Excepción genérica*".

576. En cuanto al llamamiento en garantía, SEGUREXPO propuso las mismas excepciones que planteó respecto de la contestación de la demanda inicial reformada, y, además, las que denominó *"6.1. Improcedencia del llamamiento en garantía – Falta de legitimación de AXA COLPATRIA para llamar en garantía SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A."; "6.10. Exclusión por causas legales de exoneración de responsabilidad del contratista."; "6.11. Inexistencia de siniestro en el amparo de estabilidad de la obra - no es aplicable al CIO lo dispuesto en el art. 2060 del codigo civil." y "6.12. Improcedencia de la efectivad de la cláusula penal y del amparo de cumplimiento."*

577. Delimitada en los anteriores términos la controversia relativa a la efectividad del amparo de estabilidad de la obra contenido en la Póliza, el Tribunal estudiará, en primer lugar, lo relativo al régimen jurídico aplicable a esta cobertura. Seguidamente, verificará lo atinente a la existencia y validez de la Póliza, para luego analizar si, en el caso concreto, acaeció un siniestro que se encuentre amparado por AXA COLPATRIA (que, eventualmente, deba ser asumido por SEGUREXPO en virtud del coaseguro, según su porcentaje de participación).

G.1. Aspectos generales del seguro de cumplimiento y del amparo de estabilidad de la obra. Régimen jurídico aplicable.

578. De manera general, el seguro de cumplimiento corresponde a un contrato de seguro en virtud del cual la compañía aseguradora garantiza, en favor del asegurado o beneficiario, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un determinado negocio jurídico o de la ley, respecto de las que es acreedor. Esa garantía se concreta en la obligación que asume la aseguradora de indemnizarle al asegurado los daños que haya sufrido como consecuencia de la materialización del riesgo objeto del amparo, esto es, el incumplimiento de una obligación hasta por el monto de la suma asegurada. Sobre el particular, la jurisprudencia ha explicado que el seguro de cumplimiento *"consiste en un acuerdo por medio del cual la aseguradora se compromete, por el pago de una prima, a indemnizar al beneficiario que se ve afectado por el incumplimiento de las obligaciones emanadas de la ley o un contrato, constituyéndose en una garantía de satisfacción para el directamente lesionado frente al proceder de quien desatiende los deberes que le son propios, ya sea por imposición estatutaria o en ejercicio de su libre albedrío"*[128].

579. De lo anterior se colige que el seguro de cumplimiento es una especie del seguro de daños, regulado en el Capítulo II del Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio, lo que determina sus características y el régimen que le resulta aplicable. El seguro de cumplimiento participa, entonces, de la naturaleza indemnizatoria que es propia de los seguros de daños, pues su finalidad es reparar al acreedor los perjuicios que el incumplimiento obligacional de su deudor le haya causado, siempre que se reúnan las condiciones que las partes hayan pactado para el efecto. Por lo tanto, para que surja la obligación respectiva en cabeza de la compañía aseguradora es necesario que se presente un incumplimiento imputable al deudor de la prestación que fue objeto del amparo, y que este se materialice en un daño.

580. Sobre las consecuencias que se derivan de que el seguro de cumplimiento corresponda a una especie del seguro de daños, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado lo siguiente:

> "*Los seguros como el de cumplimiento -que por su naturaleza corresponden a los seguros de daños-, implican la protección frente a un perjuicio patrimonial que pueda sufrir la asegurada al ocurrir el riesgo asegurado.*

128 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2012. Expediente No. 1100131030392007-00071-01. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

> *"Empero, el solo incumplimiento por parte del obligado no constituye por sí mismo siniestro, a menos que se genere un perjuicio para el asegurado, por ser de la esencia de éste la causación y padecimiento efectivos de un daño, pues de lo contrario el seguro se convertiría en fuente de enriquecimiento para el asegurado, lo cual está prohibido para los seguros de daños en el artículo en cita.*
>
> *"Es que el siniestro en los seguros de daños, tanto más cuando ellos sean de carácter patrimonial (Art. 1.082 del C. de Co.), invariablemente supone la materialización de un perjuicio de estirpe económico radicado en cabeza del asegurado, sin el cual no puede pretenderse que el riesgo materia del acuerdo de voluntades haya tenido lugar y, por ende, que se genere responsabilidad contractual del asegurador. No en vano, en ellos campea con vigor el principio indemnizatorio, de tanta relevancia en la relación asegurativa*"[129].

581. Ahora bien, en ejercicio de la autonomía privada, las partes del contrato de seguro son libres de definir las condiciones en las que la compañía aseguradora garantizará el cumplimiento de las obligaciones de un tercero. En particular, en los términos del artículo 1056 del Código de Comercio, "*con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado*". Con fundamento en la norma antes citada, la jurisprudencia civil ha sostenido que, en "*virtud de este amplísimo principio, el asegurador puede delimitar a su talante el riesgo que asume, sea circunscribiéndolo por circunstancias de modo, tiempo y lugar, que de no cumplirse, impiden que se configure el siniestro, ora precisando ciertas circunstancias causales o ciertos efectos que, suponiendo realizado el hecho delimitado como amparo, queden sin embargo excluidos de la protección que promete por el contrato. Son estas las llamadas exclusiones, algunas previstas expresamente en la ley (…)*"[130].

582. En ese orden de ideas, el alcance del seguro de cumplimiento y de la obligación de la aseguradora estarán definidos por los riesgos que ésta expresamente haya consentido asumir en relación con las consecuencias que, para el asegurado, pudieran derivarse del incumplimiento de las obligaciones de las que es acreedor. Por su

129 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 22 de julio de 1999. Exp. No. 5065. M.P. Nicolás Bechara Simancas. Sentencia reiterada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de mayo de 2000. Exp. No. 5439. M.P. Manuel Ardila Velásquez. En similar sentido, sobre la naturaleza del seguro de cumplimiento, ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de mayo de 2002. Exp. No. 6181. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

130 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de octubre de 1985. M.P. Hernando Tapias Rocha. Sentencia reiterada en: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC487-2022 de 4 de abril de 2022. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

parte, de la cobertura estarán excluidas las contingencias que, por el contrario, la aseguradora haya manifestado expresamente que no habrá de amparar.

583. En relación con el marco anteriormente planteado debe tenerse en cuenta, además, el alcance restrictivo que tiene la interpretación de las coberturas establecidas en el contrato de seguro, respecto de lo que la jurisprudencia ha explicado lo siguiente:

> *"3.1. Previo a abordar la problemática anunciada, conviene dejar sentado que*
>
> "(…)
>
> *"«(…) la enumeración de los riesgos y la extensión de la cobertura debe apreciarse literal, restrictiva o limitativamente, por lo que no es admisible la interpretación analógica ni extensiva de la póliza para determinar el riesgo asegurado, dado que ampliar o restringir la garantía asegurativa produciría un grave desequilibrio en el conjunto de sus obligaciones, específicamente en la necesaria relación de equivalencia entre riesgo y prima».*
>
> *"La doctrina citada resulta relevante, pues teniendo por cierta la dificultad técnica que comportaría asumir, genéricamente, la totalidad de los riesgos que amenazan un bien, un patrimonio o una persona, emerge evidente la importancia de que el asegurador determine con minuciosidad los que tomará a su cargo, propósito que puede materializarse a través de descripciones afirmativas, o mediante pactos de exclusión, por ejemplo; todo esto en concordancia con la previsión del artículo 1056 del Código de Comercio, que estatuye que «con las restricciones legales, el asegurador podrá, a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado».*
>
> *"Al amparo de esa prerrogativa, únicamente podría calificarse como siniestro aquel evento incierto, que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, asegurado o beneficiario, y que encaja fielmente con la descripción abstracta de las coberturas que se incluyó en la póliza de seguro; por contraposición, no tendrían tal connotación –la de siniestro– las demás variables factuales, aunque su realización conlleve una lesión a la cosa, el patrimonio o la persona asegurados*"[131].

584. Teniendo en cuenta el marco general que rige el seguro de cumplimiento, al que brevemente se ha hecho referencia, para los efectos de la presente decisión se destaca el seguro que se otorga en el contexto de un contrato de obra con el propósito de cubrir los riesgos a los que está expuesto el comitente o dueño de aquella, en caso de incumplimiento del artífice con quien ha contratado su ejecución. Lo anterior,

131 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3893-2020 de 19 de octubre de 2020. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

por cuanto del contenido particular de las obligaciones contraídas por el artífice dependen: (i) la determinación sobre la existencia de un incumplimiento o no, pues para calificar su comportamiento en ese sentido es necesario tener claridad sobre el compromiso que haya contraído; y (ii) la delimitación de las consecuencias que el incumplimiento puede generar para el acreedor. A su vez, de esto dependerá la obligación indemnizatoria de la compañía aseguradora, en los términos en los que se haya pactado la asunción del riesgo por parte suya. Es así que, en cada caso, será necesario analizar el clausulado del seguro de cumplimiento en conjunto con lo pactado en el contrato garantizado.

585. Pues bien, respecto del contrato *"para la confección de una obra material"* en general, su régimen y las obligaciones a cargo del artífice, el Tribunal se refirió *in extenso* al examinar en detalle el Contrato CEQ-21 que es objeto de la controversia. En consecuencia, para el estudio que se adelanta en estos párrafos en relación con el seguro de cumplimiento y, en particular, respecto del amparo de estabilidad de la obra, basta con destacar que para el deudor de la ejecución de la obra surgen, principalmente y en cuanto a este asunto interesa, dos obligaciones que se deben destacar particularmente: (i) realizar, en tiempo y forma, la construcción que le fue encargada, siendo esta una obligación de resultado; y (ii) garantizar que la obra será estable, es decir, que con posterioridad a su entrega no se presentarán defectos que estructuralmente la deterioren, de manera que, en caso de presentarse vicios que afecten su estabilidad, procederá a corregirlos. De allí, entonces, que en los seguros de cumplimiento que se pactan para garantizar la ejecución de un contrato de obra se establezcan distintos amparos, como, por ejemplo, el de cumplimiento —en sentido estricto— y el de estabilidad de la obra, que buscan proteger diversos intereses del dueño de la obra, según se profundizará más adelante.

586. Resulta pertinente destacar, en este punto, que los amparos contratados en este tipo de seguros son autónomos e independientes, de ahí que cada uno deba valorarse en forma separada, conforme a los términos pactados en el contrato de seguro para cada uno de ellos y de acuerdo con su finalidad específica. Respecto de esta independencia de los amparos, en materia arbitral se ha reconocido lo siguiente:

> "*De otra parte, es necesario puntualizar que si bien el seguro de cumplimiento puede – y generalmente lo hace – incluir amparos relacionados como el de correcta inversión del anticipo, el de pago de salarios y prestaciones sociales y el de calidad y estabilidad de las obras, cada uno de ellos ofrece coberturas distintas y opera de*

manera independiente. Por ende, es perfectamente factible que se afecte uno de los amparos contratados, pero no ocurra lo mismo respecto de otro y otros"[132].

587. El contenido y las características del amparo de estabilidad de la obra han sido desarrollados en mayor detalle por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, pues en materia de contratación estatal es la ley la que exige que el contratista otorgue una garantía con ese propósito, mientras que en el régimen del derecho privado no se encuentra una regulación exhaustiva del seguro de cumplimiento[133], ni del amparo de estabilidad de la obra que en él se incorpora. No obstante, las partes, en ejercicio de la autonomía privada y dentro de sus límites, pueden contratar un seguro que tenga dicho objetivo. Es por esta razón que el Tribunal estima útil, como criterio interpretativo, hacer referencia a los pronunciamientos de dicha Corporación y a algunas normas sobre contratación pública que se refieren a este asunto. Lo anterior, sin desconocer que, en el presente caso, se trata de un contrato que se rige por el derecho privado, en particular por el clausulado que incorpora el acuerdo de voluntades alcanzado por las partes y, en su defecto, por las normas establecidas en el Código de Comercio.

588. De manera general, antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 establecía que el contratista debía prestar *"garantía única que avalar[a] el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado"*. Posteriormente, en el artículo 7° de la Ley 1150 de 2007 se determinó que *"los contratistas prestarán garantía única para el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato"*.

589. En desarrollo de las disposiciones legales antes mencionadas, el artículo 116 del Decreto 1510 de 2013, compilado en el Decreto 1082 de 2015, reiteró que en los contratos estatales el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista debe estar amparado por una garantía de cumplimiento que, entre diversos amparos, debe comprender las siguientes coberturas:

"(…) 3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

132 Tribunal arbitral de CONSTRUCTORA ARIGUANÍ S.A.S. EN REORGANIZACIÓN v. CONSTRUCCIONES CONALVÍAS S.A.S. EN REORGANIZACIÓN Y SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. Laudo de 27 de marzo de 2019. Árbitros: Nicolás Gamboa Morales, Andrés Fernández de Soto y Samuel Chalela Ortiz.

133 Si bien en el artículo 1099 del Código de Comercio se hace alguna referencia al "seguro de cumplimiento", al igual que en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, no existe una regulación detallada de esta modalidad de seguro de daños.

"(a) el incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

"(b) el cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

"(c) los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

"(d) el pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.

"(…)

"5. Estabilidad y calidad de la obra. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios ocasionados por cualquier tipo de daño o deterioro, imputable al contratista, sufrido por la obra entregada a satisfacción. (…)".

590. Ahora bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que el objeto del amparo de estabilidad de la obra consiste en otorgar cobertura respecto de los daños que se presenten con posterioridad al recibo de la obra, mientras que el amparo de cumplimiento tiene por finalidad la indemnización de los perjuicios que hayan ocurrido antes de su conclusión y que hayan sido conocidos por el asegurado durante la ejecución del contrato. En concreto, dicha Corporación explicó lo siguiente:

"*9.1.- En el expediente está demostrado que los daños en las losas se evidenciaron durante la ejecución del contrato, mucho antes de su terminación y que, una vez ocurrieron se advirtió que ellos tenían como origen la utilización del relleno fluido.*

"9.1.1.- También está demostrado que, no obstante lo anterior, la entidad contratante dio por recibida a satisfacción la obra y tuvo por cumplidas las obligaciones a cargo del Contratista. En el acta de liquidación del contrato, el IDU no dejó ninguna salvedad relativa al incumplimiento de las obligaciones del contratista: no indicó que se hubiese apartado del diseño o que hubiese incurrido en defectos constructivos. En estas condiciones, ***el amparo por la estabilidad de la obra solo podía hacerse efectivo por daños ocurridos con posterioridad a la terminación del contrato y no podía fundarse en daños que, de acuerdo con la entidad, ocurrieron como consecuencia de incumplimientos del Contratista durante la ejecución del contrato****. Esos daños no son los que ampara el riesgo de estabilidad de la obra.*

"(…)

> *"18.- Del anterior recuento se concluye que* ***los daños en las losas de los carriles mixtos se presentaron durante la ejecución del contrato*** *y que sus causas fueron establecidas en estudios realizados cuando aún estaba vigente. Antes de que terminara el contrato era totalmente claro que la modificación de los diseños en dos aspectos fundamentales (el porcentaje y la aplicación a los carriles de tráfico mixto) eran los causantes de los defectos que presentaban las losas.*
>
> *"(…)*
>
> *"21.-* ***El amparo de la póliza de cumplimiento relativo a la estabilidad de la obra tiene como finalidad garantizar la reparación de los daños que se presenten luego de que haya sido recibida a satisfacción, y que no se evidencian en el momento de la entrega****. El constructor debe reparar estos daños, y este amparo se incluye precisamente para garantizar el cumplimiento de esta obligación.* ***El amparo se hace efectivo con la sola demostración de la ocurrencia de daños posteriores en la obra*** *y del valor de su reparación. Por esta vía no puede obtenerse la reparación de daños imputables al incumplimiento de las obligaciones del contratista conocidos por la entidad antes de la terminación del contrato*"[134] (se destaca).

591. Según se observa, en el caso que estudió el Consejo de Estado en la providencia antes citada, el asegurado (el IDU) pretendió la reparación de los defectos que presentó la obra mediante la declaratoria de la ocurrencia de un siniestro amparado por la cobertura de estabilidad de la obra. Sin embargo, los daños se habían materializado antes de que finalizaran las obras y de que fueran recibidas a satisfacción por el comitente, además de que la causa de aquellos también fue conocida con anterioridad a la entrega de la obra. Por lo tanto, el Consejo de Estado concluyó que, en ese caso, el amparo que estaba llamado a cubrir los daños reclamados por el IDU era el de cumplimiento. Lo anterior, se insiste, porque los desperfectos que afectaban la obra se materializaron antes de su entrega.

592. En oportunidad anterior, la Sección Tercera del Consejo de Estado ya había precisado que el amparo de estabilidad de la obra busca reparar los desperfectos que se presenten luego de que la obra haya sido entregada por el contratista. Y, además, la mencionada Corporación indicó que esos deterioros deben ser de una magnitud tal que amenacen o impidan el uso de la obra, lo que precisó en los siguientes términos:

> *"Específicamente, en relación con el amparo de estabilidad de la obra, tal y como su nombre lo indica, a través del mismo la entidad contratante* ***se precave de los***

134 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia de 18 de noviembre de 2021. Rad. No. 25000-23-26-000-2006-00318-01 (56085). C.P. Martín Bermúdez Muñoz.

perjuicios que puede sufrir, en aquellos eventos en los que, con posterioridad a la terminación del contrato de obra y después de su inicial recibo a satisfacción, la construcción o edificación entregada presenta graves deterioros que, por causa de un vicio oculto *-es decir aquel que no se podía razonablemente advertir al momento de la entrega de la obra-,* ***impidan su normal utilización****. Garantía que, en todo caso, como ya se vio, corresponde a la responsabilidad que está a cargo del constructor, en virtud de lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 2060 del Código Civil, que la extiende por un lapso de 10 años a partir de su entrega, pero que para efectos de la garantía única de cumplimiento de los contratos estatales, fue reducida por la reglamentación especial a un término máximo de 5 años"*[135] (se destaca)*.*

593. Más recientemente, la Sección Tercera del Consejo de Estado reiteró lo siguiente:

"*11. De forma preliminar estima la Sala necesario indicar que, en lo que refiere a la obligación del constructor de responder por la estabilidad de la obra contratada, esta Subsección ha reiterado que el contrato de obra lleva implícita una carga principal en cabeza del contratista, que constituye a su vez la asunción de un riesgo elemental, consistente en asumir y sanear los vicios que den lugar a la pérdida de estabilidad de la obra construida.*

"12. Esta obligación en cabeza del constructor -o ejecutor- tiene origen en el artículo 2060, numerales 3 y 4 del Código Civil, en el artículo 5° de la Ley 80 de 1993, así como en la naturaleza misma del contrato de obra, negocio jurídico que entraña una ***obligación de resultado consistente en entregar una obra estable y capaz de brindar el servicio para el cual fue concebida, de manera que evidenciada la ausencia de estabilidad, y por ende acaecido el riesgo asumido por el contratista ejecutor, éste debe subsanar las fallas que la obra presente después de su entrega y que afecten o impidan su uso****, o, demostrar un eximente de responsabilidad (…).*

"*13. Entonces, bajo el análisis de la obligación del contratista ejecutor frente a la estabilidad de la obra, no se analiza si el constructor obró con culpa o sin ella, o si los daños evidenciados fueron resultado del deficiente cumplimiento de las prestaciones acordadas, o si se le atribuyen obligaciones que no se hallaban pactadas en el contrato, pues el simple resultado dañoso, esto es, la ruina de la construcción, habla por sí misma -res ipsa loquitur-, revelando que el resultado que se debía garantizar no se cumplió (…).*

"(…)

135 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 2 de agosto de 2018. Rad. No. 25000-23-26-000-2002-02056-02(37317). C.P. María Adriana Marín.

> *"15. Ahora, constituida la garantía de estabilidad a través de la figura de la póliza de seguros -como acaeció en el caso concreto-, debe traerse a colación que, según se ha indicado por esta Corporación en diversas oportunidades:*
>
> *"(…)*
>
> *"(ii)* ***El amparo de estabilidad de la obra no está destinado a cubrir cualquier clase de defecto, desperfecto o afectación que presenten las obras con posterioridad a su entrega y recibo a satisfacción por parte de la entidad, requiriéndose para su efectividad, que los daños surgidos sean de tal magnitud que amenacen seriamente su correcta utilización o la impidan, y deben obedecer, además, a circunstancias imputables al contratista***"[136] (se destaca).

594. De conformidad con lo anteriormente expuesto es posible concluir, como previamente se había anticipado, que el seguro de cumplimiento que se otorga para amparar las obligaciones surgidas de un contrato de obra suele comprender, entre otros amparos, la protección patrimonial del asegurado por los daños que pueda sufrir como consecuencia (i) del incumplimiento de las obligaciones del constructor, durante la fase de ejecución contractual, o (ii) del incumplimiento de la garantía de estabilidad de la obra, que tiene lugar en la etapa posterior a su entrega.

595. En todo caso, ambos amparos se inscriben en el contexto del seguro de daños al que anteriormente se hizo referencia, lo que significa que su efectividad depende de que se presenten hechos imputables al constructor y de que se genere una consecuencia concreta desfavorable para el acreedor de la prestación, esto es, un perjuicio resarcible en cabeza suya. Por esta particularidad, en la práctica pueden presentarse dificultades para efectos de determinar cuál es el amparo aplicable, esto es, cuál es el riesgo que finalmente se ha materializado en el caso concreto, pues es común que los defectos que afectan la estabilidad de la obra sean consecuencia de incumplimientos contractuales del artífice durante la etapa de ejecución del contrato, caso en el cual habrá que determinar si el amparo aplicable es el de cumplimiento o el de estabilidad. Y, sobre el particular, se anticipa que, adicionalmente al criterio temporal al que hace referencia la jurisprudencia contencioso administrativa, el criterio diferenciador entre uno y otro amparo radica también en la naturaleza y la entidad del daño padecido por quien ha encargado la obra, esto es, si el hecho imputable al contratista impide o no el uso de la obra para el fin para el que se contrató, pues la jurisprudencia ha precisado que el amparo de estabilidad de la obra solo procede cuando el desperfecto amenaza o impide la realización del propósito de la obra. Así las cosas, si se trata de un daño que, aunque tenga su causa en un incumplimiento

136 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 17 de febrero de 2023. Rad. No. 05001-23-31-000-2009-01508-01 (59310). C.P. José Roberto Sáchica Méndez.

contractual previo a la entrega de la obra, únicamente pudo ser conocido por el comitente luego de su recepción —porque se manifestó con posterioridad a la entrega de la obra—, y que, además, impide que pueda cumplir el propósito para el que se realizó, el amparo aplicable será el de estabilidad de la obra, y no el de cumplimiento.

596. Por otra parte, se observa que la jurisprudencia ha ubicado el fundamento del amparo de estabilidad de la obra en (i) las reglas sobre vicios ocultos y (ii) la garantía decenal de que trata el artículo 2060 del Código Civil, que corresponden a figuras propias del derecho privado, en todo caso aplicables a la contratación pública. En efecto, se ha señalado que, con posterioridad a la entrega de la obra e, incluso, luego de la liquidación del contrato, "*subsisten algunas obligaciones a cargo del contratista, el cual pese a haber entregado la obra, los trabajos, o los bienes objeto del contrato, responderá no obstante haberse liquidado, de los vicios o defectos que puedan aparecer en el período de garantía o de los vicios ocultos en el término que fije la ley (art. 2060 c.c.)*"[137].

597. Pues bien, aunque pueda ser discutible considerar que el amparo de estabilidad de la obra corresponde a una especie de garantía por vicios ocultos o que pueda equipararse a la garantía decenal prevista en el artículo 2060 del Código Civil, es innegable que se trata de figuras que comparten algunas características comunes, por lo que el Tribunal considera pertinente hacer una breve referencia a ellas y a su régimen jurídico con el fin de delimitar con mayor precisión el contenido de la garantía de estabilidad de la obra.

598. En primer término, la obligación de saneamiento por vicios ocultos se enmarca en el régimen del contrato de compraventa y se encuentra prevista en los artículos 1893 del Código Civil y 934 del Código de Comercio que, en su orden establecen que "*la obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los defectos ocultos de ésta, llamados vicios redhibitorios*" y que, "*si la cosa vendida presenta, con posterioridad a su entrega vicios o defectos ocultos cuya causa sea anterior al contrato, ignorados sin culpa por el comprador, que hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato, el comprador tendrá derecho a pedir la resolución del mismo o la rebaja del precio a justa tasación. Si el comprador opta por la resolución, deberá restituir la cosa al vendedor. En uno u otro caso habrá lugar*

137 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2001. Rad. No. 25000-23-26-000-1993-8948-01(12724). C.P. Ricardo Hoyos Duque. Reiterada en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia de 24 de julio de 2013. Rad. No. 25000-23-26-000-2001-00051-01(27505). C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

a indemnización de perjuicios por parte del vendedor, si éste conocía o debía conocer al tiempo del contrato el vicio o el defecto de la cosa vendida". De las normas antes citadas se desprende que una de las obligaciones del vendedor es la de garantizar que la cosa vendida sirva para el uso que normalmente le correspondería o para aquel para el que el comprador la adquirió, de manera que si, con posterioridad a la entrega, se presentan vicios que el comprador no conocía ni debía conocer, que impidan o afecten el uso y disfrute del bien, el comprador puede optar por la rescisión del contrato o por la rebaja del precio (artículos 1917 del Código Civil y 934 del Código de Comercio), siempre que concurran los demás requisitos legales para el efecto.

599. De lo anterior se destaca, a propósito del análisis de la controversia sometida a decisión de este Tribunal, que el saneamiento por vicios ocultos tiene lugar siempre que se cumplan los siguientes presupuestos: (i) que se trate un vicio anterior al contrato, pero que solo se evidencie con posterioridad a la entrega del bien que es objeto de negocio; (ii) que aquel sea ignorado por el comprador, sin culpa suya; y (iii) que el vicio sea de una entidad tal que haga que la cosa resulte inútil o inadecuada para su destinación natural o para la que pretendió darle el comprador. Sobre este último requisito, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que debe tratarse de un defecto grave, en el sentido de que afecta la cosa vendida al punto de que no sirve en absoluto para su uso o sirve, pero de forma imperfecta, pues "*el ejercicio de las acciones redhibitoria o estimatoria está subordinado, entre otros requisitos, al de que la cosa vendida ofrezca un defecto que impida totalmente su uso natural, o que reduzca este uso a tal extremo que permita presumir lógicamente que, conociendo el comprador dicho vicio, no habría comprado esa cosa o la habría comprado por un precio menor. Lo cual significa que el vicio redhibitorio no consiste en imperfecciones o defectos que incomoden o desagraden al comprador, ni en factores extraños al uso natural de la cosa vendida. El vicio no ha de ser, pues, leve, sino grave, por estorbar del todo el uso ordinario del bien enajenado o por reducirlo en forma considerable*"[138].

600. En cuanto a la garantía decenal, a la que el Tribunal ya ha hecho referencia de manera detallada, el numeral 3° del artículo 2060 del Código Civil prescribe que *"si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en*

138 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de marzo de 1969. Gaceta Judicial CXXIX. Págs. 11-20. M.P. Enrique López de la Pava.

conformidad al artículo [2057] inciso final". La norma prevé, según ya se ha indicado, una obligación de garantía en cabeza del empresario constructor en caso de que la obra por él ejecutada perezca o amenace ruina, en todo o en parte, por las causas previstas en la ley, esto es: (i) vicio de la construcción; (ii) vicio del suelo que debió conocer; o (iii) vicio de los materiales. En similar sentido, aunque en términos más generales, la Ley 1480 de 2011 —por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones — también contempla una garantía decenal de estabilidad de la obra en el inciso final del artículo 8°, de conformidad con el cual *"para los bienes inmuebles la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, y para los acabados un (1) año"*.

601. Respecto de la garantía decenal a la que se ha hecho referencia, la jurisprudencia civil ha sostenido lo siguiente:

> "*No sobra por lo demás dejar establecido que la denominada garantía decenal a que se refiere el numeral tercero del artículo 2060 del Código Civil significa que durante los diez años siguientes a la entrega corre a cargo del constructor la responsabilidad derivada de daños que en ese tiempo afloren, surjan o aparezcan en la edificación, que provengan de los vicios anotados en ese precepto y que generen su ruina total o parcial, actual o inminente ('amenaza'), entendiéndose por ruina la caída o destrucción por desintegración del edificio o de parte de él, y por edificio una obra del hombre que se adhiere permanentemente al suelo. (…)*"[139].

602. En ese orden de ideas, la garantía decenal procede en la medida en que el edificio o la construcción perezca o amenace ruina, es decir, siempre y cuando se trate de daños que de manera grave afecten los elementos estructurales de la edificación.

603. De las anteriores consideraciones se colige que, aunque el saneamiento por vicios ocultos y la garantía decenal son figuras distintas y autónomas, el tratamiento que se les ha dado, tratándose ambas de obligaciones post contractuales, es indicativo de que el legislador y la jurisprudencia consideran que, por regla general, dichas garantías son exigibles en la medida en que haya una afectación grave al interés del acreedor. No basta, entonces, con cualquier desperfecto de la cosa vendida o con cualquier deterioro de la obra para que el acreedor pueda hacer efectivas las prerrogativas que, en esos casos, prevé el ordenamiento, salvo que las partes, en ejercicio de la autonomía privada, convengan algo distinto.

139 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC2847-2019 de 26 de julio de 2019. M.P. Margarita Cabello Blanco.

604. Según se observa, entonces, el amparo de estabilidad de la obra incorporado en los seguros de cumplimiento comparte algunas características con las figuras anteriormente estudiadas, pues tiene por objeto cubrir riesgos que se pueden materializar en la etapa postcontractual cuando la obra ya ha sido entregada por el constructor a quien se la encargó y, además, con dicho amparo se pretende tutelar al acreedor de la obra de los daños que la ocurrencia de esos riesgos le puede generar, siempre que estos revistan cierta importancia, es decir, que no le permitan al dueño de la obra disfrutarla adecuadamente según el fin para el que encargó su ejecución.

605. Para concluir, resulta ilustrativo hacer referencia al tratamiento que la doctrina nacional le ha dado al amparo de estabilidad de la obra comprendido dentro del seguro de cumplimiento, pues se ha precisado su alcance y se ha destacado la necesidad de distinguirlo de la garantía de calidad (equívoco al que podría conducir la expresión utilizada en el Decreto 1510 de 2013 que hace referencia al amparo de "estabilidad y calidad" de la obra), en los siguientes términos:

> "*(…) se cubren los perjuicios que sufra la entidad contratante, originados en la destrucción total o parcial, o bien, en el deterioro, o en la alteración o menoscabo de las obras ejecutadas por el contratista, que impidan su utilización conforme a la finalidad para la cual se ejecutaron, aunque hayan sido recibidas a satisfacción por el contratante (asegurado) y siempre que se hayan destinado para tal uso al cual, normalmente estaban destinadas. Se trata de amparar los vicios ocultos o vicios redhibitorios que pueda presentar la obra con posterioridad a su entrega.*
>
> *"(…)*
>
> *"La doctrina nacional ha considerado que la garantía de estabilidad de una obra se ve afectada, cuando el daño ocurre durante el período de vigencia de dicha garantía y cuando en condiciones normales de uso se presenten deteriores en la obra imputables al contratista, que conduzcan a amputarle la aptitud necesaria para satisfacer las necesidades para las cuales fue prevista. Cuando se trata de estabilidad de edificaciones, la prueba que resulta pertinente, conducente y útil, la constituyen los estudios de técnicos en materia de suelos, materiales utilizados, estructura de la obra, destinación de la misma, mantenimiento preventivo realizado, etc.*
>
> *"Ahora bien, no es dable confundir la garantía de estabilidad con la garantía de calidad, por cuanto la órbita propia de cada una de ellas es bien distinta.*
>
> *"En efecto, cuando el contrato garantizado tiene por objeto el suministro de bienes y servicios, es usual encontrar la exigencia de garantizar la calidad del bien o servicio y con lo cual se pretende amparar al asegurado por los perjuicios que le ocasionen las deficiencias en los bienes o servicios suministrados por inobservancia*

del contratista de las especificaciones y condiciones de estos, previstas en el respectivo contrato; de tal forma que, si lo que se cubre es la calidad del servicio, se resarcen los perjuicios que tengan su origen en la prestación inadecuada o negligente de tales servicios, de acuerdo con las exigencias de la obligación asumida por el contratista o de la connotación legal que esta pueda tener por razón del encargo contratado"[140].

606. Finalmente, de lo expuesto se desprende que el amparo de estabilidad de obra, en términos generales, tiene por objeto proteger al comitente de la obra de los detrimentos que pueda sufrir como consecuencia de la materialización de defectos o deterioros que se presenten luego de que la ha recibido y que impidan o dificulten la utilización de la obra para el propósito para el que fue contratada —sin que puedan confundirse dichos defectos con los que serían propios de una garantía de calidad—. Lo anterior, claro está, sin perjuicio de lo que las partes convengan en cada caso en relación con el riesgo asegurado y su alcance, pues el contenido de la obligación de la aseguradora podrá variar respecto de la obligación de garantía que haya sido asumida por el constructor.

G.2. La Póliza de Cumplimiento No. 8001039835. Su existencia y su validez. Referencia al coaseguro.

607. Delimitados el objeto y alcance del seguro de cumplimiento y del amparo de estabilidad de la obra, corresponde examinar la Póliza de Cumplimiento No. 8001039835 para efectos de verificar su existencia y validez.

608. En lo que respecta a la existencia de la Póliza, obra en el expediente copia de la denominada *"POLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO. TIPO DE POLIZA: A FAVOR DE ENTIDADES DE SERVICIOS PUBLICOS"*[141], que fue expedida el 13 de diciembre de 2013 por AXA COLPATRIA en coaseguro con SEGUREXPO y en la que consta que el tomador y afianzado es el CIO, mientras que EMGESA es la beneficiaria y asegurada. La mencionada Póliza comprende los siguientes amparos: (i) cumplimiento; (ii) buen manejo del anticipo; y (iii) estabilidad de la obra. En relación con el alcance de este último, en los términos en que fue convenido, el Tribunal profundizará más adelante.

140 Narváez Bonnet, Jorge Eduardo. El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones. Ed. Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá (2011). Págs. 246-249.

141 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS 1. 04 12248 PRUEBAS No. 1 PBS CONTESTACIÓN AXA FOLIOS 4-80.

609. Ahora bien, AXA COLPATRIA y SEGUREXPO formularon, respectivamente, las excepciones que denominaron *"11. Terminación del contrato de seguro por agravación del estado del riesgo"* y "*4.7. NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO DE SEGURO ARTS. 1060 DEL CODIGO DE COMERCIO POR AGRAVACION DEL ESTADO DEL RIESGO"*, relativas a la supuesta agravación del estado del riesgo que se habría presentado durante la ejecución del contrato. En concreto, AXA COLPATRIA sostiene que *"los cambios de diseño realizados por EMGESA"* implicaron una agravación del riesgo, mientras que SEGUREXPO manifiesta que la ausencia de notificación de las *"deformaciones de la presa durante el primer llenado, ni que se registraron movimientos imprevistos, tampoco se le comunicaron todas advertencias del CIO a EMGESA acerca de la estabilidad de la Presa, como si fuera un asunto de poca monta (…)"*.

610. Aunque EMGESA no se manifestó expresamente respecto de las excepciones sobre la alegada agravación del estado del riesgo cuando descorrió el traslado de las excepciones de mérito formuladas por AXA COLPATRIA y SEGUREXPO, en su escrito de alegatos de conclusión sí se pronunció sobre el particular en el sentido de precisar que el cambio de los diseños "*se encontraba considerado como una facultad del dueño de la obra en los documentos que componen el contrato CEQ-21*" y que, por ende, esa eventualidad "*era una circunstancia que las aseguradoras conocían o, al menos, debían conocer*".

611. Para efectos de resolver las excepciones antes reseñadas, es importante precisar que una de las cargas en cabeza del asegurado durante la vigencia del contrato de seguro consiste en la preservación o mantenimiento del estado del riesgo. Esta carga, prevista en el artículo 1060 del Código de Comercio, encuentra su justificación en que, al ser el seguro un negocio jurídico de ejecución sucesiva, debe mantenerse en el tiempo la relación que existía inicialmente entre el riesgo asegurado y la prima calculada para su cobertura por parte de la aseguradora, con fundamento en la información que tuvo a su alcance al momento de la celebración del contrato.

612. Al respecto, el artículo 1060 del Código de Comercio dispone, en lo pertinente:

> "*El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso 1o del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.*
>
> *(…)*

"La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada".

613. Sobre esta carga, la doctrina ha señalado que aquellas circunstancias "agravantes" del estado del riesgo que dan lugar a la consecuencia establecida por el legislador deben reunir varias características, siendo la imprevisibilidad una de las más importantes. Al respecto, se ha considerado que para que tenga efectividad la consecuencia prevista en el artículo 1060 del Código de Comercio debe tratarse de circunstancias imprevisibles, *"porque si eran previsibles a la fecha de celebración del contrato, hay que entenderlos incorporados al estado original del riesgo y debidamente evaluados en su incidencia sobre el consentimiento del asegurador. (…)"*[142].

614. En el caso concreto es importante tener en cuenta que, tratándose de un seguro de cumplimiento, para efectos de su otorgamiento AXA COLPATRIA tuvo conocimiento del Contrato CEQ-21 y de las condiciones en las que se celebró, por lo que no resultaba imprevisible para la compañía aseguradora el hecho de que se introdujeran modificaciones en los diseños de la obra, pues por el objeto del Contrato y la magnitud del proyecto que se pretendía construir, las partes previeron que, durante su ejecución, podría resultar necesario hacer tales variaciones.

615. Adicionalmente, los cambios que introdujo EMGESA, especialmente relacionados con el material que debía utilizarse para el enrocado del espaldón aguas abajo de la presa, no comportaron una agravación del estado del riesgo, pues el contenido de las obligaciones a cargo del CIO, cuyo cumplimiento fue amparado por AXA COLPATRIA, no fue objeto de modificación alguna, sino que los compromisos que asumió el Consorcio se mantuvieron en los mismos términos en los que se pactaron al tiempo de contratar la Póliza. En ese sentido, se destaca que la doctrina ha considerado que hay agravación del estado del riesgo, en el contexto del seguro de cumplimiento, "*si el contratante (asegurado) en este caso no preserva el equilibrio de las prestaciones durante la vigencia del contrato garantizado o introduce de manera unilateral modificaciones en cuanto a la extensión o contenido de las obligaciones a cargo del contratista, haciendo más gravosa su ejecución por parte de éste*"[143], pues todas esas circunstancias aumentan las posibilidades de incumplimiento, que es, en últimas, el riesgo asegurado por la compañía de seguros. En ese orden de ideas, toda vez que el contenido de las obligaciones del CIO se ha mantenido inalterado desde la expedición de la Póliza y hasta la fecha, no es admisible sostener que el

142 Ossa Gómez, Efrén. Teoría General del Seguro. El Contrato. Ed. Temis. Bogotá (1991). Pág. 371.

143 Narváez Bonnet, Jorge Eduardo. El seguro de cumplimiento de contratos y obligaciones. Ed. Ibáñez y Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá (2011). Pág. 167.

solo hecho de un cambio en el material o un eventual cambio en los diseños suponga una agravación del estado del riesgo.

616. Por lo tanto, el Tribunal declarará como no probada la excepción de terminación del contrato de seguro propuesta por AXA COLPATRIA.

617. Tampoco está probada la excepción de nulidad relativa que formuló SEGUREXPO en la medida en que, contrario a lo que afirma la llamada en garantía, el objeto del seguro de cumplimiento es justamente amparar incumplimientos eventuales y futuros, no presentados ni materializados a la fecha de expedición de la póliza, razón por la cual concluir que los daños derivados de los incumplimientos que se imputan al CIO equivalen a la agravación del estado del riesgo implicaría sostener que la ocurrencia del siniestro conduce, no al reconocimiento de la indemnización a favor del asegurado, sino a la extinción de las obligaciones de la aseguradora, posición que claramente desconoce la finalidad del seguro.

618. Por otra parte, SEGUREXPO propuso, además, la excepción que denominó *"4.6. NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO DE SEGURO ARTS. 1058 DEL CODIGO DE COMERCIO POR INEXACTITUD Y RETICENCIA EN LA DECLARACION DEL ESTADO DEL RIESGO*", pues considera que, al momento de la recepción de las obras, EMGESA debió notificar las falencias que había evidenciado hasta ese momento. Al respecto, EMGESA, tanto en el escrito con el que descorrió el traslado de las excepciones como en el escrito de alegatos de conclusión señaló que operó la prescripción para solicitar que se declare la nulidad relativa del contrato de seguro y que, en todo caso, "*es imposible que se configure una reticencia en el año 2016 cuando el contrato de seguro se celebró desde el año 2010*".

619. Sobre el particular, es importante recordar que el deber del asegurado de declarar sinceramente el estado del riesgo es un típico deber precontractual, cuestión que ha reconocido la doctrina pacíficamente en los siguientes términos:

> "*Uno solo es el deber que incumbe al tomador en la etapa precontractual. 'El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo...' (C. de Co., art. 1058). Es fácil advertir que esta obligación no emana del contrato, puesto que debe ejecutarse con anterioridad a él, como una condición básica para el consentimiento del asegurador. El seguro es un contrato peculiar. El asegurador no puede asumir los riesgos, sin conocer antes su extensión, vale decir el grado de peligrosidad que ellos encierra*"[144].

144 Ossa Gómez, Efrén. Teoría General del Seguro. El Contrato. Editorial Temis. Bogotá (1991). Pág. 371.

620. En el caso concreto, lo que SEGUREXPO censura es que, al momento de recibir las obras, EMGESA no hubiera dado aviso a las aseguradoras de las falencias de la obra evidenciadas hasta ese momento. Sin embargo, es importante precisar que, según se pactó en la Póliza, era precisamente la recepción provisional de las obras el hito que determinaba el inicio de la vigencia del amparo de estabilidad de la obra, de conformidad con lo pactado en el Contrato CEQ-21. En ese sentido, no le era exigible a EMGESA, con fundamento en el artículo 1058 del Código de Comercio, que antes de la entrada en vigencia del amparo de estabilidad de la obra procediera a notificar las falencias constructivas que había evidenciado con antelación a la recepción provisional a fin de que las coaseguradoras pudieran decidir si emitían o no una determinada cobertura, pues, se reitera, ésta ya había sido otorgada desde el 13 de diciembre de 2010. En efecto, el amparo de estabilidad de la obra ya estaba válidamente expedido desde mucho antes de abril de 2016 y el solo hecho de que el alcance de los defectos constructivos solo pudiera apreciarse durante el proceso del llenado del embalse, ya en vigencia del citado amparo, nada tiene que ver con el deber de declaración sincera del estado del riesgo que surge con antelación a la suscripción de la Póliza. En consecuencia, el Tribunal declarará que no está probada la excepción de nulidad relativa del seguro por reticencia del tomador.

621. Con fundamento en lo anterior, concluye el Tribunal que la Póliza se encuentra vigente y es plenamente válida, razón por la cual dará prosperidad a la quinta pretensión declarativa de la demanda inicial reformada.

622. Ahora bien, el Tribunal considera pertinente reiterar que la Póliza fue expedida en coaseguro con SEGUREXPO, lo que significa que EMGESA no puede pretender su efectividad íntegra frente a AXA COLPATRIA, quien únicamente asumió los riesgos amparados en un porcentaje del 70%, por lo que la aseguradora demandada solo estaría obligada a responder por su cuota, en caso de que se encuentre acreditada la ocurrencia de un siniestro amparado por la Póliza.

623. En efecto, el coaseguro se encuentra definido en el artículo 1095 del Código de Comercio en los siguientes términos: "*Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro*". Y, sobre el alcance de la obligación a cargo de una aseguradora cuando se presenta un supuesto de coaseguro, el artículo 1092 de la codificación mercantil prescribe lo siguiente: "*En el caso de pluralidad o de coexistencia de seguros, los aseguradores deberán soportar la indemnización debida al asegurado en proporción a la cuantía de sus respectivos contratos, siempre que el asegurado haya actuado de buena fe. La mala fe en la contratación de éstos produce nulidad*".

624. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado lo siguiente:

> "*1. El coaseguro constituye una modalidad de coexistencia de seguros, donde un número plural de aseguradores conviene distribuirse entre sí, frente a un asegurado, en una cuota o valores predeterminados, el mismo interés y riesgo asegurados. Este acuerdo debe formalizarse con la anuencia del asegurado,* ***pues por virtud de él se genera una relación asegurativa autónoma con cada uno de los aseguradores****, por la cual se obligan a responderle al asegurado por la* ***cuota o valor respectivo del daño indemnizable****, constituyendo ella el* ***límite de lo reclamable frente a cada uno de los aseguradores***"[145] (se destaca).

625. Según se observa, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en que, en virtud del coaseguro, surgen relaciones independientes entre las distintas aseguradoras y el asegurado o beneficiario, de manera que cada una de ellas responde de manera individual por la cuota que le corresponda según el porcentaje del cobertura que haya decidido otorgar. En consecuencia, AXA COLPATRIA únicamente sería responsable por el 70% del valor del riesgo asegurado, de manera que, según se señaló, EMGESA no puede perseguir el ciento por ciento de la indemnización respecto de la aseguradora directamente demandada.

626. Por la misma razón, en caso de que haya lugar a estudiar el mérito de las pretensiones del llamamiento en garantía que AXA COLPATRIA formuló respecto de SEGUREXPO, será necesario tener en cuenta que, en la medida en que la aseguradora líder no puede ser condenada por la totalidad el amparo otorgado, en principio, no podría repetir contra la llamada en garantía por ese concepto, pues la efectividad sustancial de la denominada "*pretensión revérsica*" depende de que exista una relación jurídica de garantía —de origen legal o convencional— que autorice a AXA COLPATRIA a reclamar de SEGUREXPO el reembolso o la indemnización de la condena a la que resulte obligada, lo que no se configuraría en este caso, pues, en principio, entre las coaseguradoras surge una obligación conjunta frente al asegurado. En todo caso, el análisis sobre el mérito de las pretensiones de llamamiento en garantía dependerá de la conclusión a la que arribe el Tribunal sobre la ocurrencia de un siniestro amparado por la Póliza y sobre la responsabilidad de AXA COLPATRIA, pues aquellas están condicionadas a que se imponga una condena en cabeza de quien formuló el llamamiento en garantía.

145 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de octubre de 1998. Exp. No. 4895. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

G.3. El amparo de estabilidad de la obra incorporado en la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 8001039835

627. De conformidad con el numeral 2.11.01 de las BAE, el CIO se obligó a perfeccionar diversas garantías, y para el efecto se dispuso que contrataría y mantendría "*vigente por su cuenta y a su cargo en todo momento durante el plazo del Contrato con Aseguradoras de reconocido prestigio y solvencia, legalmente autorizadas a emitir pólizas en Colombia y en términos y condiciones de cobertura a satisfacción de EMGESA las garantías descritas a continuación (…)*". Seguidamente, en la cláusula 2.11.02 de las mencionadas BAE se precisó (i) el tipo de garantía, (ii) el objeto, (iii) el monto asegurado, y (iv) la vigencia de los distintos amparos que debían cubrir las garantías exigidas por EMGESA. En ese contexto, en lo que respecta a los "*amparos aplicables a la obligaciones postcontractuales*", se señaló que el CIO debía contratar una garantía respecto de la estabilidad de obra, que tuviera por objeto "*garantizar el pago de los perjuicios originados en la destrucción total o parcial, el deterioro, la alteración o menoscabo de las obras y equipos contratados por razones imputables al Contratista que impidan la utilización para la cual se ejecutaron siempre y cuando hayan sido recibidas a satisfacción por EMGESA*".

628. Ahora bien, de lo consignado en las cláusulas 2.11.01 y 2.11.02 se colige que, con la contratación de un seguro que amparara, entre otros riesgos, el relativo a la falta de estabilidad de la obra que ejecutaría el CIO, las partes pretendieron garantizar la reparación de los daños que EMGESA pudiera llegar a sufrir en caso de destrucción, deterioro o alteración de las obras, siempre que esas contingencias: (i) tuvieran su causa en hechos imputables al CIO; (ii) impidieran la utilización las obras para el propósito para el que se habían contratado; y (iii) se manifestaran con posterioridad al recibo a satisfacción de las obras. Observa el Tribunal que, para las partes, no cualquier desperfecto que pudiera presentar la represa tendría la virtualidad de afectar su estabilidad y de activar, en consecuencia, la efectividad del seguro, pues se requería que aquel fuera de una entidad tal que impidiera el uso de las obras según su finalidad.

629. En desarrollo de la obligación a la que se hizo referencia anteriormente, AXA COLPATRIA expidió la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 8001039835, que comprende, entre otros amparos, el de estabilidad de la obra. Esta cobertura, de conformidad con la última modificación del 9 de septiembre de 2016, se pactó por un valor asegurado de $91.637.024.207 y por una vigencia de tres (3) años comprendidos entre el 16 de abril de 2016 (que corresponde al día siguiente a la fecha de recepción provisional de la obra) y el 16 de abril de 2019. Sobre su alcance, en las condiciones

generales de la Póliza se definió el amparo de estabilidad de la obra en los siguientes términos:

> "*1.6. ESTABILIDAD DE LA OBRA*
>
> *"CUBRE LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL DETERIORO QUE SUFRA LA OBRA, QUE IMPIDAN EL SERVICIO PARA EL CUAL SE EJECUTÓ, POR CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA SIEMPRE Y CUANDO HAYA SIDO UTILIZADA EN CONDICIONES NORMALES DE USO Y SE LE HAYA PRACTICADO EL MANTENIMIENTO REQUERIDO. LA VIGENCIA EN ESTE AMPARO SE INICIA A PARTIR DE LA FECHA DE ENTREGA Y RECIBO A SATISFACCIÓN DE LA ENTIDAD DE SERVICIOS PÚBLICOS CONTRATANTE MEDIANTE DOCUMENTO ESCRITO.*
>
> *"CUANDO SE TRATE DE EDIFICACIONES, LA ESTABILIDAD SE DETERMINA DE ACUERDO CON EL ESTADO DE LOS SUELOS, LOS PLANOS, PROYECTOS, SEGURIDAD, FIRMEZA DE LA ESTRUCTURA Y TÉRMINOS ESTIPULADOS EN EL CONTRATO GARANTIZADO.*
>
> *"ESTE AMPARO NO SE EXTIENDE A CUBRIR LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR LA FALTA DE MANTENIMIENTO DE LAS OBRAS, CUYA OBLIGACIÓN SE ENCUENTRA A CARGO DE LA ENTIDAD DE SERVICIOS PÚBLICOS CONTRATANTE DE ACUERDO CON LA LEY, SALVO QUE SEA OBJETO DEL CONTRATO GARANTIZADO*".

630. Se observa que en el inciso segundo del numeral 1.6 de las condiciones generales de la Póliza se señaló que, tratándose de edificaciones, para determinar la inestabilidad de la obra, esto es, la existencia de deterioros que impidieran el servicio para el que se ejecutó (según en los términos generales en los que se definió en el inciso primero del mismo numeral), sería necesario valorar el estado de los suelos, los planos, los proyectos, la seguridad, la firmeza de la estructura y los demás términos estipulados en el contrato de obra. Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que la obra objeto de los amparos contratados no fue simplemente el levantamiento de una "*edificación*", sino que el objeto del seguro fue, específicamente, *"LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS CIVILES PRINCIPALES DEL PROYECTO HIDROELÉCTICO EL QUIMBO (…)"*.

631. En consecuencia, de las condiciones generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 8001039835 se desprende lo siguiente: (i) el riesgo asegurado por AXA COLPATRIA consistía en que, con posterioridad al recibo de las obras civiles principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo por parte de EMGESA, se presentaran deterioros que impidieran que este cumpliera el propósito para el cual se contrató su

construcción, los cuales debían ser imputables al contratista; y (ii) la obligación de la aseguradora, en caso de ocurrencia del siniestro, se concretaba en el pago de la indemnización de los perjuicios que hubiera sufrido EMGESA como consecuencia de dichos deterioros.

632. En ese orden de ideas, para la efectividad del amparo de estabilidad de la obra se requiere que el deterioro se manifieste con posterioridad a la entrega de la obra (y dentro de la vigencia temporal del amparo) y que sea de una entidad tal que "*impida el servicio para el cual se ejecutó*" la obra, lo que implica tener presente el propósito para el que EMGESA contrató la construcción de que se trata.

633. Por otra parte, para comprender de forma adecuada el alcance del amparo de estabilidad de la obra incorporado en la Póliza, es pertinente precisar que, respecto de la recepción de la obra, en las BAG se estableció que habría, inicialmente, (i) una recepción provisional a partir de la cual comenzaría a correr el término de garantía de estabilidad y calidad de la obra, pactada por un término de tres (3) años; y, vencido dicho plazo, se procedería a (ii) la recepción definitiva de la obra. En lo pertinente, respecto de la recepción provisional de las obras, en el numeral 8.3.1 de las BAG se señaló lo siguiente:

> "*8.3. RECEPCION DE LA OBRA*
>
> *"8.3.1. RECEPCION PROVISIONAL*
>
> *Una vez terminadas las Obras, con excepción del retiro de las instalaciones de la Planta de Construcción del Contratista que a juicio del Inspector Jefe no afecten a la eficiente utilización de las Obras, y realizadas las pruebas que correspondan, el Contratista podrá solicitar al Inspector Jefe la Recepción Provisional de las Obras. El Inspector Jefe procederá a verificar el fiel cumplimiento de los planos, especificaciones y demás documentos del Contrato que corresponda.*
>
> *"Si de esta verificación resultare que las Obras y las condiciones del terreno que debe devolver el Contratista no cumplen con los requisitos establecidos en el Contrato, el Inspector Jefe enviará al Contratista un informe detallado para que ejecute los trabajos y reparaciones a que haya lugar, estableciendo un plazo para su ejecución.*
>
> *"De no haber observaciones o una vez subsanados los defectos indicados en el informe mencionado a entera conformidad del Inspector Jefe, este último otorgará el Certificado de Recepción Provisional de las Obras.*
>
> *"(…).*

"Para todos los efectos del Contrato, el período de garantía de las Obras se iniciará en la fecha en que el Inspector Jefe emita el Certificado de Recepción Provisional de las Obras".

634. Por su parte, en el numeral 8.3.2. de las mencionadas BAG se consignó lo siguiente, en relación con la recepción definitiva de las obras:

"*8.3.2. RECEPCION DEFINITIVA*

"Hasta la Recepción Definitiva de las Obras, el Contratista será enteramente responsable de lo que, según los documentos del Contrato, deba cumplir durante el Plazo de Garantía y de lo que le haya encomendado el Inspector Jefe durante la ejecución de las Obras.

"Expirado el Plazo de Garantía de las Obras, incluidas las extensiones de dicho plazo a que se refiere la cláusula 5.4 de estas Bases Administrativas Generales, el Contratista podrá solicitar la Recepción Definitiva de las Obras al Inspector Jefe, quien procederá a verificar el fiel cumplimiento de sus instrucciones y de lo estipulado en los documentos del Contrato durante el Plazo de Garantía.

"Si de esta verificación se derivaran observaciones del Inspector Jefe, éste enviará al Contratista un informe detallado para que ejecute las reparaciones a que haya lugar, estableciendo un plazo para su ejecución.

"De no haber observaciones o una vez subsanadas las indicadas en dicho informe, a satisfacción del Inspector Jefe, éste otorgará el Certificado de Recepción Definitiva de las Obras.

"No obstante la emisión del Certificado de Recepción Definitiva, las partes continuarán siendo responsables del cumplimiento de cualquier obligación contraída bajo el Contrato, y cuyo incumplimiento no se hubiere advertido a la fecha de emisión de dicho certificado, y para los propósitos de determinar la naturaleza y extensión de tales obligaciones, se considerará que el Contrato continuará vigente entre las partes".

635. De lo establecido en las BAG respecto de la recepción de la obra, se destaca que, debido a la naturaleza de los trabajos contratados por EMGESA, las partes eran conscientes de que, una vez se pusiera en operación el proyecto hidroeléctrico, podrían presentarse fallas que afectaran la estructura que no hubieran podido conocerse con anterioridad. De allí que convinieran una primera recepción "provisional" para, de alguna forma, someter a prueba la obra por un periodo de garantía de tres (3) años, vencido el cual sí se procedería con la entrega y la recepción definitivas.

Así se garantizaba que los defectos que se evidenciaran durante la puesta en marcha de la hidroeléctrica serían corregidos antes de la entrega definitiva por parte del CIO.

636. Finalmente, para efectos de las determinaciones que debe adoptar, el Tribunal considera que resulta útil distinguir el amparo de estabilidad del amparo de cumplimiento incorporados en la Póliza, pues es este último el que AXA COLPATRIA sostiene que debió haberse afectado. Al respecto, en las condiciones generales de la Póliza se definió el amparo de cumplimiento en los siguientes términos:

> "*1.4. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO*
>
> *"CUBRE LOS PERJUICIOS CAUSADOS DIRECTAMENTE POR EL INCUMPLIMIENTO IMPUTABLE AL CONTRATISTA DE LAS OBLIGACIONES EMANADAS DEL CONTRATO GARANTIZADO. ESTE AMPARO CUBRE EL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA Y LAS MULTAS*".

637. De la lectura del fragmento anteriormente citado se colige que, a diferencia del amparo de estabilidad de la obra, el de cumplimiento tiene por objeto indemnizarle al dueño de la obra, esto es, a EMGESA, los daños que pueda sufrir por el incumplimiento imputable al CIO de las obligaciones pactadas en el contrato objeto del seguro, incluidos los valores correspondientes a las sanciones contractuales. Para la efectividad del amparo de cumplimiento, en la Póliza no se calificó la magnitud de los efectos del incumplimiento, es decir, bastaría, en principio, con cualquier inobservancia de los deberes de prestación a cargo del CIO y con la causación de un daño para que haya lugar al reconocimiento de la indemnización correspondiente a favor del asegurado, observando, obviamente, los deducibles pactados en el contrato de seguro. Adicionalmente, de manera general el amparo de cumplimiento está destinado a otorgar cobertura por los perjuicios que se causen por inejecuciones materializadas antes de la entrega de la obra.

638. En conclusión, la efectividad del amparo de estabilidad de la obra incorporado en la Póliza No. 8001039835, en los términos en los que se definió en las condiciones generales, depende de que se cumplan las siguientes condiciones: (i) que se presente un deterioro de la obra; (ii) que ese deterioro sea imputable al contratista; (iii) que como consecuencia de aquel se impida el servicio para el cual se ejecutó la obra; y (iv) que los deteriores que cumplan con esas características se evidencien con posterioridad al recibo a satisfacción de la obra. De lo anterior se desprende, además, que el amparo de estabilidad de obra no comprende deterioros o faltas de conformidad propias de la garantía de calidad, respecto de las que, por ejemplo, en las condiciones generales de la Póliza se observa que existe una cobertura particular

que, en este caso, no fue contratada. En efecto, en las condiciones generales se observa la existencia de una cobertura por "*1.7. CALIDAD DE LOS BIENES SUMINISTRADOS O DEL SERVICIO*", que tiene por objeto cubrir "*los perjuicios derivados del incumplimiento en las especificaciones y/o requisitos mínimos consignados en el contrato garantizado*". No obstante, en este caso particular no se contrató ese amparo.

G.4. La imputabilidad de los hechos al CIO como primer presupuesto para el análisis del mérito de las pretensiones de EMGESA respecto de las compañías aseguradoras

639. Uno de los requisitos para la efectividad del amparo de estabilidad de la obra radica en que los deterioros que se presenten sean imputables al contratista, exigencia respecto de la que AXA COLPATRIA y SEGUREXPO formularon las excepciones que denominaron *"1. Ausencia de responsabilidad de AXA COLPATRIA, como consecuencia de la ausencia de responsabilidad del CIO en relación con la inestabilidad del enrocado del espaldón aguas debajo (sic) de la presa"*, y *"4.1. Incumplimiento de la obligación a cargo de EMGESA de demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro, las fallas de la estabilidad de la obra deben ser imputables al CIO. Causal eximente de responsabilidad del asegurador art. 1077 del Código de Comercio y condiciones generales de la Póliza No. 8001039835 expedida por AXA COLPATRIA"* y *"4.2. Cumplimiento del Contrato CEQ-21 de 2010 por parte del Consorcio Impregilo-OHL (CIO)"*.

640. Sobre el particular, se advierte que el Tribunal ya ha concluido, en lo pertinente, que el CIO es responsable por el incumplimiento de las obligaciones que asumió con la celebración del Contrato CEQ-21, particularmente de la relativa a la garantía de estabilidad de la obra, pues, si bien hubo aporte causal de EMGESA respecto de los detrimentos cuya reparación ha reclamado, el CIO realizó una inadecuada compactación del material correspondiente al enrocado del espaldón aguas abajo. Por lo tanto, la existencia de un comportamiento imputable al CIO, que, además, en este caso corresponde a un incumplimiento contractual, se encuentra acreditada. Esto, sin perjuicio de lo que más adelante concluya el Tribunal en el sentido de si ese comportamiento particular que se le imputa al CIO efectivamente generó un daño de una magnitud tal que afectara la estabilidad de la obra. En ese contexto, el Tribunal declarará que no se encuentran probados los medios de defensa anteriormente mencionados.

641. Establecido lo anterior, para efectos de resolver las pretensiones declarativas formuladas por EMGESA en relación con AXA COLPATRIA, el Tribunal procederá, en primer término, a analizar los restantes medios de defensa cuya prosperidad conduciría a negar, en su integridad, los pedimentos de la Convocante en lo que respecta a la efectividad del amparo de estabilidad de la obra otorgado en la Póliza, que corresponden, en el orden en el que serán abordados, en su caso, a los siguientes: (i) la ausencia de cobertura por tratarse de hechos conocidos por EMGESA antes de la recepción de las obras; y (ii) la prescripción extintiva de las acciones derivadas del contrato de seguro y de las obligaciones a cargo de la compañía aseguradora. En segundo lugar, si el Tribunal concluye que sí hay cobertura bajo el amparo de estabilidad de la obra y que no ha operado la prescripción, corresponderá examinar los demás argumentos con los que AXA COLPATRIA controvierte las pretensiones que se formularon en su contra en la demanda principal reformada.

G.5. La excepción de ausencia de cobertura propuesta por AXA COLPATRIA

642. Según se anunció, en la contestación de la demanda principal reformada AXA COLPATRIA formuló la excepción de mérito que denominó "*3. Ausencia de cobertura bajo el amparo de estabilidad de la obra en la medida en que los daños objeto del litigio ya habían sido identificados por EMGESA de manera previa a la recepción de las obras a entera satisfacción del contratante"*, en la que manifestó que no habría cobertura en virtud del amparo de estabilidad de la obra que pretende afectar EMGESA, pues se trata de una reclamación *"por supuestos defectos que no se advirtieron con posterioridad al recibo de las obras, sino mucho antes de que la emisión del certificado que da cuenta de ese recibo hubiera tenido lugar"*. Por lo tanto, como el mencionado amparo tiene por objeto *cubrir "los daños cuya manifestación haya tenido lugar con posterioridad al recibo de la obra, siempre y cuando encuentren origen en circunstancias que no hubieran podido ser advertidas razonablemente antes de aquella recepción"*, la aseguradora considera que no hay cobertura en el caso concreto.

643. En sus alegatos de conclusión, AXA COLPATRIA reiteró que no hay cobertura bajo el mencionado amparo, pues este "*está instituido para cubrir la calidad y estabilidad de la obra a partir de su recibido a satisfacción; y en el caso que nos ocupa, como ya se vio, se emitió un certificado de recepción provisional de las mismas, por virtud del cual se da cuenta de que la construcción se acometió en debida forma*". Adicionalmente, sostuvo lo siguiente: (i) desde el momento de la colocación y la compactación del enrocado del espaldón aguas abajo de la presa y de la construcción de los taludes interrampas, EMGESA tuvo pleno conocimiento de la inestabilidad de la

obra, lo que significa que, para la fecha de recepción de las obras, sabía que existían situaciones imputables al constructor de las que podían derivarse daños; (ii) por lo anterior, el amparo que debió afectarse es el de cumplimiento; y (iii), en todo caso, las afectaciones del espaldón aguas abajo no comprometen la estabilidad de la obra, pues no impiden la generación de energía eléctrica, tanto así que EMGESA pudo hacer uso de ella.

644. Por su parte, EMGESA manifestó en sus alegatos finales que únicamente en agosto del 2016 tuvo conocimiento de que el estado en el que fue entregada la obra impedía su uso adecuado. En consecuencia, estima que sí habría cobertura bajo el amparo de estabilidad de la obra, pues las limitaciones en la operación de la central hidroeléctrica fueron detectadas en vigencia de aquel y, además, son imputables al CIO. En ese sentido, destacó que el hecho de que *"se haya iniciado con el llenado del embalse y se hubiese intentado continuar con su llenado hasta el 100% de la capacidad de la Central Hidroeléctrica da cuenta de que se esperaba que la estructura, aunque estéticamente no cumpliera con los estándares de calidad necesarios, podría funcionar sin ningún inconveniente, circunstancia que únicamente cambió a partir de los desplazamientos evidenciados en la estructura y las consecuentes medidas de mitigación adoptadas"*.

645. En ese contexto, corresponde examinar (i) si los defectos que motivan la reclamación de EMGESA se conocieron durante la vigencia del referido amparo y (ii) si estos afectan la estabilidad de la obra.

G.5.1. El conocimiento de EMGESA sobre los defectos reclamados

646. AXA COLPATRIA sostiene que no hay cobertura bajo el amparo de estabilidad de la obra porque EMGESA conocía los defectos de la obra mucho antes de su recepción provisional, lo que ocurrió el 15 de abril de 2016. Al respecto, observa el Tribunal que, si bien existen comunicaciones previas a la fecha en la que el CIO hizo entrega provisional de las obras, en las que EMGESA se refirió a la forma en la que se estaba ejecutando la colocación del enrocado del espaldón aguas abajo, fue solo con posterioridad a la recepción y puesta en operación de la presa que pudo detectar la existencia de defectos que, en los términos de la Póliza, afectaban su estabilidad.

647. Antes del 15 de abril de 2016, EMGESA remitió las siguientes comunicaciones al CIO, en las que se trató el asunto relativo al enrocado del espaldón aguas abajo:

i) Comunicación CEQ-21-ING-CTA-8083 de 31 de julio de 2015[146]: en esa oportunidad, la Convocante señaló, en lo que resulta relevante para el presente análisis, lo siguiente: "*2. Durante todo el desarrollo de la construcción del espaldón aguas abajo, tal como lo hemos manifestado en ocasiones anteriores, el material se ha ido deslizando y erosionando localmente, como consecuencia del sistema constructivo empleado por el Contratista y la falta de compactación del relleno de protección 3D, tema que ha sido motivo de discusión entre las partes en múltiples ocasiones. 3. Hacemos hincapié ahora, a la terminación deficiente que el contratista realizó en el sector entre las abscisas K0+490 y K0+685, parte alta (…). 4. Además de lo anterior, esta situación genera una latente inestabilidad del enrocado, sumado a la falta de un soporte adecuado para el muro parapeto aguas debajo de la presa. (…) En definitiva, nuevamente instruimos al Contratista a corregir, de manera inmediata, la falta constructiva antes mencionada, obligándose a dejar el talud de acuerdo con las condiciones de diseño y así dar paso a la construcción del muro parapeto aguas debajo de la presa (…)*".

ii) Comunicación CEQ-21-ING-CTA-8337 de 21 de octubre de 2015[147]: en esta misiva, EMGESA se refirió nuevamente al enrocado del espaldón aguas abajo, respecto del que señaló que "*el Consorcio Impregilo-OHL es el único responsable de las dificultades encontradas en la construcción del muro parapeto de aguas abajo, ya que dichas condiciones fueron generadas por el propio contratista a raíz del deficiente método constructivo que llevó a cabo durante el término de los rellenos 3D de la presa, en donde, entre otras negligencias constructivas tenemos: a) Ignorar la compactación claramente especificada y exigida para dicho material y b) Proceder a una colocación de rellenos con un evidente desalineamiento topográfico. Como era de esperarse, y tal cual fue innumerables veces señalado en terreno a su personal de campo, esta deficiencia constructiva generó un talud con una pendiente distinta a la establecida en los planos de diseño (…). En las fotografías anteriores se observa claramente la inestabilidad del enrocado y la consecuente falta de soporte para el muro parapeto. Ante el manifiesto abandono del Contratista para buscar la solución a su problema (…), se hizo entrega, de manera proactiva y sin que esto signifique en ningún caso una aceptación de responsabilidad sobre la actuación constructiva del CIO, de una variación de la fundación del muro parapeto, la que para el Contratista, de acuerdo a lo señalado en el último párrafo de su carta CIO/PHEQ-CEQ-21-8877, le permitía dar por superado el problema del Muro Parapeto Agua Abajo. Sin*

146 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS 1. 01 122486 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA – AMAZON. 3_CEQ-21-ING-CTA-8083.pdf

147 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS 1. 01 122486 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA – AMAZON. 4_CEQ-21-ING-CTA-8337.pdf

embargo, como se puede observar en terreno, esta solución tampoco ha sido implementada totalmente, toda vez que el intento del Contratista en reparar el talud, interviniendo los muros verticales conformados por sobre tamaños, nuevamente generaron una condición de inestabilidad constructiva que no permite implementar la fundación de la solución entregada por EMGESA".

648. En las comunicaciones antes mencionadas, EMGESA manifestó su preocupación con el proceso constructivo del espaldón aguas abajo de la presa, respecto del que advirtió que se estaban presentando algunos deslizamientos que podían afectar la estabilidad del material allí incorporado. Esto significa que, durante la etapa de ejecución del Contrato, se habían identificado algunas irregularidades en la colocación del enrocado del espaldón aguas abajo, pero es claro que sus consecuencias no podían conocerse aún, toda vez que, tratándose de una obra que se enmarcaba en un proyecto de generación eléctrica, solo hasta el momento en el que se pusiera en marcha la actividad de la hidroeléctrica es que podrían conocerse los daños que esas deficiencias constructivas podrían generar y, particularmente, si estos afectaban o no la estabilidad de la obra.

649. Fue, entonces, con posterioridad al recibo de la obra, el 15 de abril de 2016, fecha en la que EMGESA emitió y remitió el certificado de recepción provisional de las obras, suscrito por el señor Luis Salvador Bustamante, Inspector Jefe del Contrato, que la Convocante pudo conocer la existencia de un defecto con la virtualidad de impedir la finalidad para la que se contrató la obra. En dicho certificado se dejó constancia de lo siguiente:

> "*ASUNTO: PROYECTO EL QUIMBO, CONTRATO CEQ-21. CERTIFICADO DE RECEPCIÓN PROVISIONAL; REMISIÓN*
>
> *"De nuestra consideración:*
>
> *"Adjunto remitimos el Certificado de Recepción Provisional de las obras objeto del contrato CEQ-21.*
>
> *"El certificado se emite con el compromiso expresado por el contratista de terminar el reemplazo de las puertas contrafuego de la Casa de Máquinas a más tardar el 20 de abril de 2016, fecha para la cual se comprometió también a terminar la adecuación del software correspondiente a la automatización de la instrumentación de la Presa.*
>
> *"(…)*

"PROYECTO CENTRAL HIDROELÉCTRICA EL QUIMBO
CONTRATO CEQ-21 'CONSTRUCCIÓN OBRAS CIVILES PRINCIPALES'

"LUIS SALVADOR BUSTAMAENTE PINEDA Inspector Jefe del Contrato denominado CEQ-21 'CONSTRUCCIÓN OBRAS CIVILES PRINCIPALES', certifica en concordancia con la cláusula 8.3.1 de las Bases Administrativas Generales del Contrato (BAG), que las obras y equipos objeto del referido contrato han sido terminadas por el Contratista CONSORCIO IMPREGILO-OHL, de acuerdo con los planos, especificaciones técnicas y con los requerimientos del Inspector Jefe de EMGESA S.A.S E.S.P. durante su ejecución. De igual manera, las observaciones señaladas en el Informe de Pendientes enviado por el Inspector Jefe CQE-21 al Contratista, adjunto a este documento, fueron subsanadas a satisfacción.

"Se expide el presente registro Certificado de Recepción Provisional de las Obras y/o Equipos, conforme a lo señalado en la Cláusula 8.3.1 de las Bases Administrativas Generales del Contrato (BAG), sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones en materia de calidad y estabilidad de las obras, así como el otorgamiento de las pólizas y garantías, establecidas en el contrato y los documentos que lo integran.

"Para constancia y aceptación, firman en Gigante, al día 15/abril/2016"[148].

650. Luego, mediante comunicación del 20 de julio de 2016, identificada con el asunto *"PROYECTO EL QUIMBO. CONTRATO CEQ-21. PRESA PRINCIPAL – MUROS PARAPETOS. RESQUEBRAJAMIENTO DE CONCRETO ZONA DE JUNTAS. DETERMINACIÓN DE PROCEDENCIA"*[149], EMGESA le manifestó al CIO que había detectado un *"resquebrajamiento en las juntas de los muros parapetos de la cara de la Presa aguas arriba, lo que pueden originar filtraciones a través de dichas juntas durante el proceso de llenado del mismo"*, por lo que solicitó que se procediera a su reparación.

651. Posteriormente, en escrito de 12 de agosto de 2016 identificado con el asunto "*PROYECTO EL QUIMBO. CONTRATO CEQ-21. RESP: CARTA CIO/PHEQ-CEQ-21-009808, RAD.: 00192937. FECHA: 04.08.2016. PRESA PRINCIPAL – MUROS PA-*

148 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS 1. 01 122486 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA – AMAZON.

149 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS 1. 01 122486 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA – AMAZON. 1_01_Aviso al CIO daños muros parapeto 20JUL16.pdf

RAPETO. RESQUEBRAJAMIENTO DE CONCRETO DE JUNTAS. DETERMINACIÓN DE PROCEDENCIA. SU COMUNICACIÓN CEQ-21-ING-CTA-8769"[150], EMGESA le expresó lo siguiente al CIO:

> "*3. Dado que la construcción de los muros parapetos fue ejecutada por el CIO, en el marco del Contrato CEQ-21 y que* ***a la fecha se encuentra emitido el Certificado de Recepción Provisional de las Obras, se ha dado inicio al periodo de Garantía de las mismas, según lo establecido en el numeral 8.3.1 de las BAG****. Es por esto que al haberse* ***detectado un resquebrajamiento de los muros parapetos, aguas arriba de la presa****, EMGESA procedió a notificarle al CIO esta situación para efectos de que se proceda conforme lo establecido en el numeral 2.13 de las Bases Administrativas Especiales (BAE). Por lo anterior no aceptamos su afirmación consistente en 'que el Contratista responde por los defectos que son de su responsabilidad, y este no es el caso', toda vez que para eximir su responsabilidad no basta la simple afirmación del CIO, efectuada por medio de su comunicación del asunto, sin presentar ningún informe técnico que avale su posición.*
>
> *"(…)*
>
> *"5. Finalmente, y como complemento a lo antes informado, enviamos formalmente los* ***reportes topográficos de la cresta de la presa****, los cuales* ***en el último mes presentan una rata de desplazamiento mayor a la esperada, es especial hacia el estribo derecho de la presa y hacia el muro parapeto de aguas abajo****. Estos reportes fueron enviados con anterioridad vía mail.*
>
> *"Lo anterior, para que amparados en la Cláusula 2.13 de la[s] BAE, procedan según corresponda.*
>
> *"(…)*
>
> *"De acuerdo con lo anteriormente expuesto, y en caso de que el CIO insista en omitir sus obligaciones de garantía establecidas claramente en el Contrato y los documentos que lo integran, esto es, dar cumplimiento a lo establecido en [el] numeral 2.13 PLAZO DE GARANTÍA de las BAE, procederemos a tomar las medidas pertinentes a fin de obtener el cumplimiento por parte del CIO*" (se destaca).

652. Según se desprende de la comunicación del 12 de agosto de 2016, fue en esa oportunidad que EMGESA advirtió que, además del resquebrajamiento de los muros parapetos que había identificado en julio del mismo año, se venía presentando un des-

150 EXPEDIENTE DIGITAL. 02 PRUEBAS 1. 01 122486 CD PRUEBAS No 1 PBAS VIRTUALES APORTADAS DEMANDA – AMAZON. 2_02_Aviso al CIO desplazamiento en la presa 12AGO16.pdf

plazamiento de la *"cresta de la presa"* que superaba lo que normalmente podía esperarse. Y es que, según se expuso anteriormente, al tratarse de una obra *"funcional"*, que consistía en la construcción de una represa que formaría un embalse para la generación de energía eléctrica, únicamente resulta razonable considerar que, a partir de su puesta en operación, es que EMGESA podía conocer si esta efectivamente contaba con una estructura estable que permitiera utilizarla para ese propósito. En ese sentido, es importante aclarar que, para que haya lugar al amparo de estabilidad de la obra, lo que resulta determinante es que el daño, esto es, la falta de estabilidad de la obra, se materialice con posterioridad a su entrega, con independencia de que la causa sea anterior y de que, eventualmente, el comitente de la obra haya podido tener conocimiento del hecho generador de la inestabilidad en una oportunidad previa a la recepción de la obra, pues eso no significa que, para ese momento, también tuviera conocimiento de las consecuencias que finalmente se producirían desde el punto de vista de la funcionalidad de la obra.

653. Por lo anterior, el Tribunal concluye que los daños que podrían afectar la estabilidad de la obra, en los términos en los que está descrita la cobertura, fueron conocidos por EMGESA después de la recepción provisional de la obra y durante la vigencia temporal del amparo de que se trata.

G.5.2. La afectación de la obra de forma que se impida el servicio para el cual se ejecutó

654. Finalmente, el tercer requisito para que opere el amparo de estabilidad de la obra corresponde a que los defectos evidenciados con posterioridad a su recibo y que sean imputables al CIO, afecten significativamente la obra, esto es, en los términos de las condiciones generales de la Póliza, que se trate de deterioros que *"impidan el servicio para el cual se ejecutó"*. Esto implica, entonces, valorar cuál fue el propósito para el que EMGESA contrató la ejecución de las obras civiles principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo, con el fin de determinar si las afectaciones que sufrió, particularmente las que son objeto de debate en este trámite arbitral, impedían el cumplimiento de esa finalidad.

655. En el Contrato CEQ-21 se pactó su objeto en los siguientes términos: "CLÁUSULA PRIMERA*. OBJETO: Por el presente Contrato el CONTRATISTA se obliga a realizar la construcción de Las Obras Civiles Principales del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo de acuerdo con [lo] expuesto en las (sic) Documentos que forman parte del contrato especificados en la cláusula sexta*". Por su parte, en el numeral 2.02 de las BAE se precisaron las obras del Contrato de la siguiente forma:

"*2.02 OBRAS DEL CONTRATO*

"El proyecto Hidroeléctrico El Quimbo contempla la formación de un embalse sobre el río Magdalena mediante una presa en el sector encañonado denominado El Quimbo, localizados unos 1300 m aguas arriba de la confluencia del río Páez con el río Magdalena, el cual permitirá la generación de energía en una central hidro-eléctrica de 400 MW de potencia.

"Las obras de aprovechamiento hidroeléctrico consisten en una presa, un dique auxiliar de cierre, un sistema de desviación, un desagüe de fondo, un veredero, un sistema de conducción y una casa de máquinas de pie de presa.

"El embalse tendrá una longitud de 55 km al nivel máximo normal de operación (cota 720 msnm), un ancho máximo de 4 km y un ancho promedio de 1.4 km. El área de inundación sería de 8.250 ha, el volumen total de embalse de 3.215 hm y el volumen útil de almacenamiento útil 18.24 hm.

"Las obras del presente contrato corresponden a las Obras Civiles de la Central. (…)".

656. De la estipulación anteriormente citada se colige que el objeto del contrato celebrado entre EMGESA y el CIO se refería a la ejecución de las obras civiles de la represa El Quimbo, correspondiente a una central hidroeléctrica de 400 MW de potencia que estaría destinada a la generación de energía, para efectos de lo cual se previó un nivel máximo normal de operación en una cota de 720 msnm. Así se reiteró en las Especificaciones Técnicas, en las que se señaló lo siguiente:

"*5.00.01.01 Objetivo general*

"El objetivo básico del Proyecto Hidroeléctrico El Quimbo es la generación de electricidad, mediante el aprovechamiento del caudal del río Magdalena. Para cumplir con este propósito se construirá una presa sobre el cauce del río, formando un embalse cuya caída es aprovechada en una central superficial que luego descarga los caudales turbinados al mismo río Magdalena, inmediatamente aguas debajo del sitio de la presa.

"(…)

"5.00.01.03 Características básicas del proyecto

"(…)

> *"El embalse estará destinado a la generación de energía eléctrica y se formará mediante la construcción de una presa de 151 metros de altura localizada sobre el río Magdalena en el sitio denominado El Quimbo (jurisdicción del Municipio de Gigante). El área del embalse será de 8.244 ha, la capacidad instalada será de 400MW y se obtendrá a partir de dos turbinas tipo Francis localizadas en la Casa de Máquinas al pie de la presa. (…)*".

657. Delimitado el fin perseguido por EMGESA con la contratación del CIO para la ejecución de las obras civiles principales, se observa que los defectos que podrían dar lugar a afectar el amparo de estabilidad de la obra son aquellos que hubieran impedido que la represa pudiera ser utilizada para la generación de energía eléctrica mediante el llenado del embalse hasta su cota máxima normal, esto es, 720 msnm.

658. Sobre el particular, al analizar la reclamación de EMGESA en relación con la indemnización del lucro cesante que manifiesta haber padecido por los defectos constructivos del relleno de protección del espaldón aguas abajo de la presa, el Tribunal concluyó que la idoneidad funcional de la obra no se vio afectada por las fallas que presentaba el enrocado que se colocó en el espaldón aguas abajo, aunque hubiera sido necesario contratar su reperfilado. Así las cosas, si bien se reconoce la existencia de un incumplimiento imputable al CIO que contribuyó causalmente a los daños que se presentaron en la mencionada zona de la represa, lo cierto es que estos no cumplen con los parámetros previstos en la Póliza para que se pueda afectar el amparo de estabilidad de la obra, pues en los términos de sus condiciones generales, los desperfectos que justificaron el reperfilado no impidieron el servicio para el cuál se ejecutaron las obras civiles principales de la hidroeléctrica. Además, como quedó acreditado en el proceso, el enrocado del espaldón aguas abajo de la presa no cumplía una función estructural en relación con la operación del proyecto.

659. En efecto, respecto del impacto de los desperfectos que se presentaron en el enrocado de protección del espaldón aguas abajo en relación con la operación de la presa y las verdaderas causas que impidieron su llenado, se destacan las siguientes conclusiones probatorias que, en este acápite, se sintetizan brevemente, pues este asunto fue estudiado en detalle en el numeral E.2. del Laudo:

i) Según el Informe del Panel de Expertos de 15 de octubre de 2016, las dificultades en la operación de la represa, que habrían impedido el llenado el embalse hasta la cota 720 msnm, obedecieron, principalmente, a las filtraciones que se presentaban en la galería GD2 y a las "*excesivas*" deformaciones de la junta horizontal entre el parapeto y las losas. En concreto, en el Informe se señala que las mencionadas deformaciones de la junta horizontal "*han creado una situación delicada desde el punto de vista de operación del embalse. Si el sistema falla de nuevo, con el nivel*

del embalse por encima de la junta, hay un grave peligro de saturación y erosión de las gravas arenosas que pueden causar serios problemas de estabilidad y colapso de la estructura". Y, en relación con la galería GD2, los expertos señalaron que se habrían observado "*filtraciones, erosiones y sitios donde se ha colocado esfuerzo próximo a las estructuras de los pozos de compuertas y túneles de presión*", por lo que en el corto plazo recomendaron "*subir lentamente el embalse, (0.25m/día) hasta las elevaciones 713, 714 msnm observando el incremento de las filtraciones y el comportamiento de la galería GD2, como también de la junta entre la losa y el parapeto*".

En relación con el "talud" aguas abajo, se señaló que se "*detectaron zonas de inestabilidad en el terraplén de la presa cerca de los estribos, donde se observaron grietas verticales persistentes*", asunto que no tiene relación directa con el enrocado de protección del mencionado talud, pero respecto de lo cual nada se dijo en el sentido de que las inestabilidades advertidas impidieran el llenado del embalse, como sí ocurría con las filtraciones de la galería GD2 y las deformaciones de la junta horizontal.

ii) En su declaración, el ingeniero Juan F. Perri, quien participó en la elaboración del dictamen pericial aportado por EMGESA y rendido por Exponent, explicó que "*la función principal del enrocado de protección es proteger el talud que se encuentra por abajo de este, principalmente protegerlo de elementos erosivos y proveer una sección que permita las inclinaciones de construcción y diseño*".

iii) En las aclaraciones al dictamen pericial de contradicción aportado por el CIO y elaborado por la firma *Lombardi Ingegneria S.r.l.*, el perito concluyó que "***no hay incidencia alguna de los problemas de estabilidad del material de protección del talud aguas abajo en la imposibilidad de llenar el embalse****, por las razones que con claridad y precisión a continuación se explican: (…) El talud es protegido con un material construido por elementos de roca (enrocado) cuya función es evitar erosiones del espaldón aguas abajo de la presa debido a eventos de lluvia. Además, este material también presenta un acabamiento estético en la superficie aguas abajo de la presa. (…) La excesiva pendiente del talud aguas debajo de la presa, junto con las características del material utilizado en la protección (bolos aluviales redondeados), causó los problemas de estabilidad de la protección misma cuya resistencia no era suficiente para impedir desprendimientos y deslizamientos superficiales en el talud****. Estos fenómenos de inestabilidad del talud aguas abajo (…) no influenciaron el comportamiento de deformación de la parte alta central de la presa, que finalmente provocó la rotura de la junta horizontal entre la losa aguas arriba y el muro parapeto en la cota 718, la cual fue una de las causas de la imposibilidad de llenar el embalse***" (se destaca). Por el contrario, coincidió con el Panel de

Expertos en el sentido de que fueron las filtraciones de la galería GD2 y la ruptura de la junta horizontal las que imposibilitaron el llenado completo del embalse.

660. De lo anterior se concluye que los defectos que presentó el enrocado del espaldón aguas abajo de la presa no se ajustan a las exigencias contempladas en la Póliza para que se haga efectiva la cobertura de estabilidad de la obra, toda vez que: (i) por la finalidad principal que cumple el enrocado, esto es, ofrecer protección al talud frente a la erosión, no se trata de un elemento que estructuralmente pueda afectar la operación de la central hidroeléctrica; y (ii), en todo caso, las deficiencias que se presentaron con el enrocado no revisten las características exigidas para la efectividad del amparo de estabilidad de la obra, pues se acreditó que las circunstancias que dificultaron el llenado del embalse hasta la cota máxima inicialmente prevista, y que, por lo tanto, habrían impedido el servicio para el que se contrató la obra, corresponden, principalmente, a las filtraciones de la galería GD2 y a las deformaciones de la junta horizontal. En consecuencia, el Tribunal concluye que no hay cobertura bajo el amparo de estabilidad de la obra incorporado en la Póliza.

G.6. Conclusión respecto de las pretensiones declarativas formuladas por EMGESA en contra de AXA COLPATRIA

661. De conformidad con lo expuesto, el Tribunal concluye que la Póliza de Cumplimiento No. 8001039835, expedida el 13 de diciembre de 2010, es válida y vinculante para AXA COLPATRIA, por lo que se accederá a la pretensión quinta declarativa de la demanda principal reformada. Asimismo, está probado que EMGESA es asegurada y beneficiaria de dicha Póliza, motivo por el cual prospera la pretensión sexta declarativa de la demanda principal reformada. Por último, se acreditó que uno de los amparos cubiertos por la mencionada Póliza corresponde al de estabilidad de la obra, que, en rigor, no comprende una garantía de calidad. En ese sentido, se accederá al pretensión séptima declarativa de la demanda principal reformada, con la precisión de que, en virtud de la Póliza, se amparó la "estabilidad" de la obra y no su "calidad".

662. Con fundamento en los motivos por los que prosperan las pretensiones antes mencionadas, el Tribunal declarará no probadas las excepciones de mérito propuestas por AXA COLPATRIA denominadas *"1. Ausencia de responsabilidad de AXA COLPATRIA, como consecuencia de la ausencia de responsabilidad del CIO en relación con la inestabilidad del enrocado del espaldón aguas debajo (sic) de la presa"*, "*3. Ausencia de cobertura bajo el amparo de estabilidad de la obra en la medida en que*

los daños objeto del litigio ya habían sido identificados por EMGESA de manera previa a la recepción de las obras a entera satisfacción del contratante" y "*11. Terminación del contrato de seguro por agravación del estado del riesgo"*.

663. En igual sentido, se declararán no probadas las siguientes excepciones formuladas por SEGUREXPO: *"4.1. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN A CARGO DE EMGESA DE DEMOSTRAR LA OCURRENCIA Y CUANTÍA DEL SINIESTRO, LAS FALLAS DE LA ESTABILIDAD DE LA OBRA DEBEN SER IMPUTABLES AL CIO. CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADOR ART. 1077 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA NO. 8001039835 EXPEDIDA POR AXA COLPATRIA", "4.2. CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO CEQ-21 DE 2010 POR PARTE DEL CONSORCIO IMPREGILO-OHL (CIO)"*, *"4.6. NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO DE SEGURO ARTS. 1058 DEL CODIGO DE COMERCIO POR INEXACTITUD Y RETICENCIA EN LA DECLARACION DEL ESTADO DEL RIESGO*" y "*4.7. NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO DE SEGURO ARTS. 1060 DEL CODIGO DE COMERCIO POR AGRAVACION DEL ESTADO DEL RIESGO"*.

664. Por otra parte, el Tribunal concluye que hay ausencia de cobertura bajo el amparo de estabilidad de la obra de la Póliza de Cumplimiento No. 8001039835 otorgada por AXA COLPATRIA en coaseguro con SEGUREXPO, toda vez que los defectos que presentó el enrocado del espaldón aguas abajo de la presa no afectaron la estabilidad de la obra en los términos a los que se refiere el amparo que se pretendió afectar, pues tales desperfectos no impidieron *"el servicio para el cual se ejecutó la obra"*, esto es, el llenado del embalse hasta la cota máxima prevista de 720 msnm.

665. En consecuencia, en los términos del artículo 282 del Código General del Proceso, habiéndose probado los hechos que constituyen la excepción de falta de cobertura, que conducen al rechazo de las demás pretensiones declarativas y de condena que EMGESA formuló en la demanda principal reformada respecto de AXA COLPATRIA —y solo en lo que respecta a AXA COLPATRIA—, el Tribunal negará las pretensiones octava, novena, décima y undécima declarativas, así como las pretensiones primera, segunda, tercera y sus subsidiarias, cuarta, y sexta y su subsidiaria, de condena. En consecuencia, el Tribunal se abstendrá de examinar las restantes excepciones propuestas por AXA COLPATRIA y SEGUREXPO en sus contestaciones a la demanda principal reformada.

666. De conformidad con las consideraciones antes expuestas, el Tribunal también negará las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por AXA COLPATRIA respecto de SEGUREXPO, toda vez que las pretensiones formuladas por EMGESA

respecto de aquella no prosperaron por ausencia de cobertura en el caso concreto, y cualquier eventual responsabilidad de SEGUREXPO se derivaría de la misma Póliza. Adicionalmente, el mérito de las pretensiones del llamamiento dependía de que se le hubiera impuesto una condena a AXA COLPATRIA y de que ésta, en virtud de dicha condena y de su relación con la coaseguradora llamada en garantía, pudiera repetir contra esta última, exigencias que no se reúnen en el presente caso. Por lo tanto, el Tribunal queda eximido de hacer un pronunciamiento expreso sobre las excepciones formuladas por SEGUREXPO en la contestación al llamamiento en garantía que formuló AXA COLPATRIA.

H. LAS PRETENSIONES DE INTERESES Y CORRECCIÓN MONETARIA DE EMGESA

667. Pretende EMGESA que el Consorcio Convocado, sea condenado a pagarle "*intereses moratorios calculados conforme al artículo 884 del Código de Comercio, sobre las sumas que no sean indemnizadas por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. o aquellas frente a las que no se condene a la aseguradora a pagar intereses, desde la fecha en que mi representada realizó cada una de dichas erogaciones o se causaron las obligaciones respectivas, y hasta que se reporte el pago efectivo de las mismas"* (pretensión séptima de condena). Pretensión esta precedida de la undécima pretensión declarativa, donde se impetró mera declaración sobre la obligación que el Consorcio tenía de "*pagar intereses de mora" "a la tasa más alta permitida por la ley".*

668. Conforme a la propuesta de la Convocante, asociada con el reconocimiento indemnizatorio que dispone el Laudo a título de daño emergente, derivado de los pagos que EMGESA tuvo que hacer a M&M, Ingetec y AF Consult Switzerland, por los trabajos relacionados con las obras del reperfilado, su aspiración en materia de intereses va dirigida a que el Laudo declare que estos se causaron desde cuando EMGESA pagó a cada una de las mencionadas compañías los precios u honorarios por los trabajos y servicios prestados por cada una de ellas, entendiendo que desde esos momentos el Consorcio incurrió en mora, siendo ese el supuesto fáctico para reclamar intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida.

669. Para resolver las dos pretensiones que han quedado señaladas, vale tener en cuenta que la obligación que se declara a propósito del presente Laudo, primariamente no era una obligación dineraria, sino que ella surge del incumplimiento de una obligación de hacer, como lo era el cumplimiento de la garantía de estabilidad pactada en el Contrato CEQ-21, que es el marco fáctico en torno al cual giró la instrucción en este proceso de conocimiento, que por excelencia tiene como fin darle certeza al derecho

que la Convocante proponía como fundamento de sus pretensiones. De suerte que en tanto no se tuviera certeza sobre la existencia del derecho de EMGESA, la cual apenas viene a conseguirse con el presente Laudo, que es el que declara la existencia del derecho, e impone un momento para su exigibilidad, mal puede considerarse que la suma de dinero que se reconoce a título de indemnización, pudiera causar intereses desde una fecha anterior, mucho menos de tipo moratorio, que, como bien se sabe, tiene fundamento en un retardo injustificado, que de plano en el caso resulta descartado, precisamente por la duda que gravitaba en torno a la existencia del derecho reclamado, dada la razonable defensa del demandado, la que solo viene a ser disipada, se repite, por la expedición de este Laudo, y la ejecutoria del mismo, que es la que le confiere exigibilidad al derecho reconocido y declarado, en tanto fija una suma dineraria líquida que es la susceptible de causar intereses de mora a partir del incumplimiento de la obligación que el Laudo impone, determinando una fecha cierta para el efecto.

670. Es que, si como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, "*[l]a reconvención judicial es la exigencia que, a solicitud del acreedor, hace el juez al deudor para que pague una obligación pura y simple o condicional cuya condición ya se ha cumplido*"[151], siendo a partir de ese momento cuando la obligación cobra exigibilidad y el acreedor comienza a sufrir perjuicios indemnizables, lógico resulta entender que tratándose de obligaciones como las que surgen del proceso, por virtud del Laudo que declara su existencia, y fija, como ya se anotó, un momento de exigibilidad, son estas las condiciones axiológicas para que el cumplimiento de la obligación indemnizatoria, ya reflejada en un debito de carácter dinerario, pueda reclamarse, incluyendo los intereses por la mora, a partir de la ejecutoria del Laudo, pues es en ese momento cuando el deudor de dicha obligación puede tildarse de moroso y puede exigírsele el pago de perjuicios conforme a lo dispuesto por el artículo 1615 del Código Civil.

671. Con el mismo fundamento expresado en los párrafos anteriores, el Tribunal negará la primera pretensión subsidiaria a la séptima pretensión de condena, en la que se solicita condenar al CIO a pagar intereses moratorios calculados de conformidad con la cláusula 2.16.06 de las BAE. Como ya se ha señalado, la condena que impondrá el Tribunal no corresponde a una obligación dineraria de la que el CIO sea deudor, sino que se trata de una obligación indemnizatoria que adquiere concreción en la fecha del Laudo. Adicionalmente, la tasa de interés cuya aplicación se reclama en la pretensión subsidiaria objeto de análisis es la que resulta aplicable, según la cláusula 2.16 de las BAE, a los pagos de las facturas que debía presentar el Contratista en

151 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de agosto de 1978, G.J. CLVIII, pág. 128.

los respectivos cortes de avance de obra, razón de más para reiterar su inaplicabilidad respecto de la partida indemnizatoria que se reconocerá en el Laudo.

672. En cuanto a la segunda pretensión subsidiaria de la séptima pretensión de condena, en la que EMGESA solicita que las sumas correspondientes a las condenas que se impongan en contra del CIO sean indexadas y sobre ellas "*se aplique el interés legal del 6% anual en los términos del artículo 2232 del C.C."* considera el Tribunal lo siguiente:

673. En el caso la procedencia de la actualización monetaria surge como algo inevitable dado que se trata del pago de sumas de dinero causadas en una época pasada y que han estado sometidas a los efectos de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda que surge como consecuencia de la inflación que se ha hecho más presente en los últimos años como consecuencia de la pandemia que afectó la humanidad y sus secuelas negativas en la economía de los países, entre ellos Colombia. Esfuerzo operacional que hoy goza de pleno respaldo legal, de acuerdo con lo estipulado primero por la Ley 446 de 1998, que en su artículo 16 al regular la *"Valoración de daños"* expresamente estableció que, *"Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios actuariales"*. Texto normativo este que luego viene a ratificar el inciso final del artículo 283 del Código General del Proceso cuando consagra que, *"En todo proceso jurisdiccional la valoración de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales"*.

674. Acerca de la aplicación del principio de *"reparación integral"* que ambas normas ordenan tener en cuenta para efectos de valorar los daños, cabe estimar que este implica indemnizar plenamente, totalmente, que es lo que se procura con la corrección monetaria teniendo en cuenta el índice que corresponda aplicar, pues es mediante este instrumento como se conserva el valor de la moneda, evitando los deterioros o envilecimientos que esta pueda sufrir con el correr del tiempo y el fenómeno inflacionario que antes se mencionaba, como bien lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia cuando dijo *"(…) la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía, de modo que la corrección tiene por finalidad la reparación integral, no la de indemnizar un perjuicio más; amén que, en ese mismo orden de ideas, tampoco puede verse en ello una sanción por un acto contrario al ordenamiento legal"*[152].

152 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 9 de septiembre de 1999. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

675. Para efectos de la corrección monetaria en el caso, el Tribunal toma como fechas ciertas las que corresponden a las actas de liquidación de los respectivos contratos que EMGESA ajustó con M&M, Ingetec y AF Consult Switzerland Ltda., con el fin de llevar a cabo las obras de reperfilado del espaldón del talud. Actas de liquidación, que como atrás quedó definido, dan cuenta de un balance técnico financiero por virtud del cual, sumado a los demás documentos que soportan los respectivos hechos, según el análisis que también se hizo en su momento, sin hesitación alguna se puede dar por averiguada la celebración de los contratos con las referidas empresas, la realización de las obras del reperfilado y los pagos que por ellas hizo EMGESA, los que, como ya quedó dicho, quedaron perfectamente definidos, justificados y consolidados en las mencionadas actas de liquidación, así:

(i) Acta de 30 de agosto de 2019, de liquidación del contrato No. 8400118265, suscrito con el Consorcio M&M, cuyo valor final cancelado fue de $62.674.010.575 con IVA.

(ii) Acta de 8 de enero de 2019, liquidando la orden de compra No. 8400120565, acordada con AF Consult Swizerland Ltda. por un valor de CHF 47.665,16, que fue el valor final cancelado al contratista, según lo declarado por esta acta.

(iii) Acta de 8 de enero de 2019, liquidando la orden de compra No. 450014159, acordada con AF Consult Swizerland Ltda. por un valor de CHF 10.780, como valor final cancelado luego del balance respectivo.

(iv) Acta de liquidación del 11 de diciembre de 2020 correspondiente al contrato de suministro de servicios No. 8409129182 suscrito con Ingetec S.A.S., dando cuenta luego del balance como valor ejecutado $6.734.191.537.

Pues bien, el treinta y cinco por ciento de las sumas referidas por las actas mencionadas efectuada la deducción dispuesta con respecto a Ingetec, son las que deben ser corregidas monetariamente, a partir del Indice de Precios al Consumidor que se certifique en las respectivas fechas hasta la data del presente Laudo, obteniendo así el valor actualizado de la condena que habrá de imponérsele al Consorcio, la cual asciende a $31.657.378.025, según el siguiente cuadro explicativo:

	VALOR CHF $	VALOR A ACTUALIZAR COP$	FECHA ACTA DE LIQUIDACIÓN	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR ACTUALIZACIÓN	ACTUALIZACIÓN CON IPC	VALOR TOTAL ACTUALIZADO CON IPC
CONTRATO M&M		$ 21.935.903.701	30/08/19	103,03	134,45	1,30495972	$ 6.689.567.061	$ 28.625.470.762
CONTRATO INGETEC		$ 2.308.477.678	11/12/20	105,48	134,45	1,274649223	$ 634.021.600	$ 2.942.499.277
CONTRATO AF CONSULT SWITZERLAND	$ 20.456	$ 66.898.054	8/01/19	100,6	134,45	1,336481113	$ 22.509.932	$ 89.407.986
TOTAL		**$ 24.311.279.433**					**$ 7.346.098.592**	**$ 31.657.378.025**
*Tasa de cambio CHF - COP del 8 de enero de 2019 (tasa venta)	$ 1	$ 3.270,36999						

676. En los anteriores términos, prospera parcialmente la segunda pretensión subsidiaria de la séptima de condena, puesto que se niega que la suma de la condena antes del reajuste monetario cause intereses del 6% anual, valiendo como fundamento todo lo expuesto a propósito de las otras pretensiones de intereses que fueron negadas.

677. Finalmente, la suma objeto de la respectiva condena, de no ser pagada en los 5 días siguientes a la ejecutoria del Laudo, conforme lo solicita EMGESA, causará intereses comerciales de mora a la tasa vigente que certifique la entidad competente.

I. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN IMPETRADA POR EL CIO CONTRA EMGESA

678. Según se hizo ver en la parte correspondiente de este laudo (Capítulo IV) el Consorcio demandado interpuso a su vez contra la convocante EMGESA demanda de reconvención, que estructuró con base en dieciocho "*Pretensiones Principales*", relativas, las ocho primeras, a "*Mora en el pago de los montos acordados en el addendum No. 17*", y las diez siguientes a "*Cantidades de obras ejecutadas y no pagadas*". Igualmente el libelo formula ocho pretensiones subsidiarias en torno al problema de la mora reclamada en las principales, así como ocho subsidiarias a las principales del segundo grupo, esto es, las concernientes al reclamo de la retribución por obras no contempladas en los pagos precedentes. Adicionalmente, postula dos pretensiones comunes a las principales y a las subsidiarias, cada una de ellas, a su vez, acompañada de dos subsidiarias. Finalmente, una tercera pretensión común reclama para el evento de prosperidad total o parcial de las declaraciones y condenas decretadas a propósito de las solicitudes precedentes, la condena a la contraparte por las costas y agencias en derecho que se causen en el proceso.

679. Procede el Tribunal entonces al análisis y decisión de lo pertinente, asumiendo la materia en la forma y estructura con que la demanda de reconvención reformada fórmula las pretensiones.

I.1. Pretensiones relativas a los intereses moratorios derivados del *Addendum* No. 17

680. Mediante el primer bloque de ocho pretensiones principales solicita el Consorcio que se declare el incumplimiento en el pago de intereses de mora debidos al CIO por retardo de EMGESA en la solución de la obligación que consignaron ambas partes en el *Addendum* No. 17, a título de "*ajuste de precio por resolución de todos los reclamos hasta el 31 de octubre de 2016 en cuantía de 48,179,987.661 COP*". Ello porque, habiendo debido ser satisfecha esa obligación el 17 de enero de 2017, según los términos del contrato de transacción contemplado en el *Addendum*, solo lo fue el 10 de febrero del mismo año. Aduce al respecto que dicha obligación fue reclamada a la entidad deudora en la misma fecha en que se registró el pago por esta de la obligación principal y que tal requerimiento fue repetido en distintas oportunidades y rechazado otras tantas. Revela además que la renuencia de EMGESA al reconocimiento de la causación de intereses moratorios se ha fundado en consideraciones relativas a la forma de la reclamación por la omisión del CIO en acompañar la "conformidad" que el deudor reputa requisito indispensable para la perfección del cobro. Además estaría sujeto al plazo de 30 días que para las cuentas del contrato establece la cláusula quinta del Convenio de Formalización en consonancia con la cláusula 2.16.01 de las BAE, lo cual elimina la mora en el entretanto. Esta controversia se refleja en las comunicaciones CEQ-21-JDI-CTA-8822, CEQ-21-JDI-CTA-8825, CEQ-21-OTI-CTA-8837 y CEQ-21-JDI-CTA-8838, enviadas al CIO con ocasión de cada uno de los reclamos que al respecto este presentó a su deudora a través de los documentos distinguidos como CIO/PHEQ-CEQ-21-9874, CIO/PHEQ-CEQ-21-9881, CIO/PHEQ-CEQ-21-9883, CIO/PHEQ-CEQ-21-9885, CIO/PHEQ-CEQ-21-9899 y CIO/PHEQ-CEQ-9901.

681. El fundamento de la disputa, como se registra con claridad en las distintas respuestas epistolares de EMGESA, radicaría en defectos procedimentales de los reclamos que le fueron formulados, por omisión del CIO en presentar, con las facturas correspondientes al principal de la deuda, en primer lugar, y en las reclamaciones del interés moratorio en las subsiguientes al pago de esta, la "conformidad" de EMGESA a la reclamación que se factura en cada oportunidad. En su respuesta al hecho numerado como 20 en la demanda de reconvención, EMGESA manifiesta que se abstuvo de pagar "... *los intereses que le ha cobrado, infundadamente el CIO*", alegando a

continuación que "*[e]n todo caso, lo anterior no constituye un incumplimiento contractual pues es evidente que el CIO debía facturar el valor que EMGESA debía pagar como requisito indispensable para proceder con el desembolso, lo cual era conocido por el contratista, y el contratista facturó el 10 de febrero de 2017, mismo día en el que realizó el desembolso EMGESA, sin hacer uso de los 30 días que a su favor consagra la CLÁUSULA QUINTA del convenio de formalización*". Añade en párrafos siguientes del mismo texto:

> "*Ahora, tampoco es posible afirmar que se haya incumplido el Addendum 17 pues reiteramos que aquel no es un contrato autónomo, sino que es un otrosí al contrato CEQ-21 que debe interpretarse a la luz de todos los documentos que lo componen, tal como lo establece su cláusula sexta, de ahí que le asista razón a Emgesa en cuanto a que para ella era imposible pagar sin la radicación de la factura.*
>
> *"- Frente a los múltiples intentos del CIO en obtener el pago de esos intereses, ellos corresponden a las comunicaciones que ha venido citando esta reforma a la demanda de reconvención, a cuyo contenido íntegro se atiene mi representada, sin que tal remisión implique una aceptación de los equivocados argumentos del CIO al respecto."*

682. La controversia, entonces, está bien delimitada en sus elementos jurídicos. De una parte, el CIO se propone obtener el pago de la cantidad de COP $513.470.423 a título de intereses moratorios por el no pago del reconocimiento hecho en su favor en el *Addendum* No. 17 el día que para el efecto fue convenido con toda claridad en el mismo documento como fecha de vencimiento de la obligación, a saber, el 17 de enero de 2017. EMGESA, que acepta haberle sido formulada la factura correspondiente a los intereses el mismo día (10 de febrero de 2017) en que efectivamente realizó el pago de la obligación consignada en el *Addendum* No.17, niega la existencia del crédito por intereses moratorios en razón de las informalidades que observa en el cobro, así como en razón del plazo de 30 días a partir de la radicación de la factura en debida forma que habría existido en su favor con arreglo a las cláusulas que en el Contrato CEQ-21 regulan lo relativo a la formulación de cuentas de cobro derivadas de su ejecución.

683. Son hechos probados en el expediente:

a. La suscripción por las partes del *Addendum* No. 17, que solemniza un contrato de transacción entre las partes del contrato para la construcción de las obras del Quimbo, a saber, EMGESA y CIO, con el objeto de resolver diferencias surgidas entre ellas en la ejecución de este, con el alcance de cosa juzgada.

b. El establecimiento explícito en su texto de dos créditos a favor del CIO, el primero de ellos (literal a. de la cláusula tercera) en cuantía de COP $9.278.915.396 como "*Ajuste de Precio por Resolución de NOC hasta el 31 de octubre de 2016*" y el segundo (literal b., ibidem) por el monto de COP $48.179.987.661 como "*Ajuste de Precio por Resolución de todos los Reclamos hasta el 31 de octubre de 2016*".

c. El sometimiento de estas obligaciones (en su monto conjunto de COP $57.458.903.057, adicionado de "… *su reajuste de precio, calculado con aplicación del índice contractual de agosto 2016*…") a plazo para el pago.

d. La fijación del día 17 de enero de 2017 como fecha del vencimiento, y la fijación de la tasa de interés moratorio que regiría en caso de ocurrir retardo durante el lapso que corriere entre el vencimiento dicho y el 28 de febrero de 2017, contemplado por las partes como límite temporal último para la satisfacción del crédito. La cláusula dice literalmente "*en caso de atraso en el pago mencionado, Emgesa pagará al contratista intereses calculados según las modalidades establecidas en la cláusula 2.16.06 de las Bases Administrativas Especiales del Contrato. En todos los casos, el cumplimiento de este pago, más los eventuales intereses devengados no podrá extenderse más allá del 28 de febrero de 2017*."

e. Reposa en el expediente factura No. 2375[153] presentada por el CIO a EMGESA con fecha de 19 de enero de 2017, por la suma de COP $57.878.795.045, compuesta de tres factores, así: *"Ajuste de Precio por Resolución de todos los reclamos hasta el 31 de Octubre de 2016 - ITEM AP - 41, del Addendum No. 17"* en cuantía de COP $46.826.911.113 y *"Utilidad 4%"* en cuantía de COP $1.853.076.448, "*Ajuste de Precio por Resolución de NOC hasta el 31 de Octubre de 2016 - ITEM AP-40, del Addendum No. 17"* en cuantía de COP $8.922.034.035, y "Utilidad 4%" en cuantía de COP $356.881.361; finalmente *"IVA sobre utilidad"* en cuantía de COP $419.891.984. El soporte documental destaca la expresión ANULADA en letras mayúsculas manuscritas impuesta en línea transversal desde el ángulo inferior izquierdo al superior derecho.

   También aloja el expediente el documento de factura No. 2376[154] la cual contempla *"Reajustes de precio del ITEM AP-41 del Addendum No. 17"* y "*Reajuste de precio del ITEM AP-40 del Addendum No. 17"* por valor conjunto de COP $17.341.096.943

153 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 27 122485 PRUEBAS 1 DOCUMENTOS APORTADOS POR EMGESA EXHIBICION CIO FOLIO 150. 07. FT.2375 EMGESA.

154 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 27 122485 PRUEBAS 1 DOCUMENTOS APORTADOS POR EMGESA EXHIBICION CIO FOLIO 150. 08. FT.2376 EMGESA.

y valor de IVA por COP $126.723.401. A esta factura le fue impuesta en manuscrito resaltante la misma anotación.

f. El reemplazo de las facturas anteriores (comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21-9874) por las numeradas como 2385 y 2386 del 9 de febrero de 2017[155] en las cuales se corrige el cálculo del Impuesto al Valor Agregado (IVA), señalando como tal la cifra de COP $353.593.249 la primera y COP $106.714.443 la segunda.

g. La realización por EMGESA del pago el día 10 de febrero de 2017. La suma recibida por el CIO fue COP $73.464.727.938, que cobija las sumas facturadas por el valor facial de los reconocimientos hechos en el *Addendum 17* y de los reajustes de su valor según el índice indicado por las partes en el mismo documento.

h. La presentación por parte del CIO a EMGESA del cálculo de intereses moratorios correspondientes al periodo que corrió entre el vencimiento del plazo contemplado en el *Addendum* No. 17 (17 de enero de 2017) y el pago efectivo de la obligación (10 de febrero siguiente). Constan en la comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21-9881 del 24 de febrero de 2017[156] la cuantificación correspondiente, y en la factura 2410 datada el día anterior que la acompaña, se registran los siguientes factores: *"intereses devengados por atraso en el pago de los montos acordados en el Addendum 17*" COP $467.416.590, "utilidad" 4% COP $18.696.664 y valor del IVA COP $3.552.366. La comunicación remisoria del "*cálculo de los intereses devengados*" termina recordando a EMGESA "... *tomar en cuenta estos intereses si corresponde en el Addendum 18 relativo al estado de pago final del contrato.*"

   La factura 2410 lleva anexo un documento titulado *"CÁLCULO INTERESES CORRESPONDIENTES AL ATRASO EN EL PAGO DE LOS MONTOS ESTABLECIDOS EN EL ADDENDUM No. 17"* que toma como punto de partida "*Valor a pagar*" la suma de COP $74.800.000.000 y establece como "*Intereses devengados por atraso*" la suma de COP $489.665.620.

i. La devolución de las facturas Nos. 2408, 2409 y 2410 del 23 de febrero de 2017 (radicadas el 24) por parte de EMGESA, "... r*echazadas por cuanto no tienen conformidad, lo cual es requisito para tramitar facturas e iniciar correspondiente proceso*

155 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 27 122485 PRUEBAS 1 DOCUMENTOS APORTADOS POR EMGESA EXHIBICION CIO FOLIO 150. 09. FT.2385 EMGESA. 10. FT.2386 EMGESA.

156 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 14. Comunicación No. CIO-PHEQ-CEQ-21-009881 enviada por el Consorcio a Emgesa.

de pago", según expresa la Comunicación CEQ-21-JDI-CTA-8822 del 27 de febrero siguiente[157].

j. La insatisfacción del CIO ante el rechazo de las facturas, entre ellas la 2410 relativa a los intereses moratorios como ya se conoce, expresada en la comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21-9883 del 6 de marzo de 2017[158] en razón de no ser exigible a su respecto el requisito de "conformidad" expuesto por EMGESA como motivo para la devolución, y de consistir éste, en caso de que se le considere respaldo necesario de la factura, una constancia contable del resorte de la deudora, que debe suministrarlo[159].

k. La nueva presentación de la factura por parte del CIO mediante la comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21-9885 del 13 de marzo[160], esta vez bajo el número 2413, por la misma cantidad liquidada inicialmente, "... *por cuanto repetimos que EMGESA no puede condicionar la recepción y el pago de las facturas, a un requisito adicional denominado "conformidad" no previsto en el Contrato, requisito que de todas formas sería a cargo de Emgesa y que esta no cumple*".

l. El nuevo rechazo de EMGESA mediante la comunicación CEQ-21-JDI-CTA-8825 del 15 de marzo de 2017[161] en la que, a vuelta de reconocer la existencia de la obligación consignada en el *Addendum* No. 17 y la del pacto adicional de intereses moratorios así como de su tasa, llama la atención del CIO sobre las previsiones de la cláusula 2.16.01 de las BAE y consigna su interpretación acerca de la misma, fundada en i) la presentación extemporánea de las cuentas relativas a la obligación principal que el CIO formuló "... *solo hasta el 20 de enero de 2017*", es decir, después de la llegada del término contractual (17 de enero de 2017); y ii) el sometimiento de los cobros del CIO al régimen establecido en dichas cláusulas, de las cuales derivan

157 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 3. Comunicación No. CEQ-21-JDI-CTA-8822 enviada por Emgesa al Consorcio.

158 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 4. Comunicación No. CIO-PHEQ-CEQ-21-9883 enviada por el Consorcio a Emgesa.

159 En los siguientes términos: "*Al respecto, manifestamos nuestro desacuerdo con el proceder de Emgesa, habida cuenta que en ninguno de los documentos Contractuales se establece el requisito que antepone.*
"Aclarado lo anterior, igualmente, si Emgesa quiere supeditar la aceptación de estas facturas al trámite adicional de emisión de la conformidad, documento que es la misma Emgesa la encargada de generar, con la presente les solicitamos nos remitan esa conformidad en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles, caso contrario procederemos de todas formas a remitirles nuevamente las facturas para el pago correspondiente."

160 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 5. Comunicación No. CIO-PHEQ-CEQ-21-9885 enviada por el Consorcio a Emgesa.

161 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 7. Comunicación No. CEQ-21-JDI-CTA-8825 enviada por Emgesa al Consorcio.

a su cargo la obligación de cobrar, y el privilegio para la deudora de pagar durante los 30 días siguientes a la radicación de la factura[162].

m. La intimación de pago por parte del CIO mediante la comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21-9899 del 19 de octubre de 2017[163] y el nuevo rehusamiento por parte de EMGESA (comunicación CEQ-21-OTI-CTA-8837 del 30 de octubre de 2017[164]) que afirma: "... *no encontramos configurada mora alguna de pago por parte de EMGESA que justifique el cobro de intereses por montos del Addendum No. 17 (Factura No. 2413)*".

n. La reiteración del CIO de reclamo del pago de las dos facturas (2411 y 2412) correspondientes a otros conceptos, que acompañaron el cobro de intereses de mora, así como de esta misma recordando que ellas *"... se encuentran irrevocablemente aceptadas …"* (Comunicación CIO/PHEQ-CEQ-9901[165]).

o. La notificación por el CIO de su voluntad de conducir la controversia al mecanismo previsto en la cláusula 15 del Convenio de Formalización del Contrato CEQ-21 (CLÁUSULA COMPROMISORIA) "*... dando así inicio al periodo de 30 días de negociación directa entre las partes,"* precedentes al trámite arbitral. Comunicación CIO/PHEQ-CEQ-9901, segundo párrafo.

162 Rezan los numerales 3, 4 y 5:

"3. La cláusula 2.16.06 de las Bases Administrativas Especiales (BAE) del Contrato CE1-21 establece que 'El atraso de un pago respecto del plazo establecido en la cláusula 2.16.01 de estas Bases Administrativas Especiales, originará un recargo aplicando una tasa anual de interés de DTF + 4%.

4. El párrafo segundo de la cláusula 2.16.01 de las (BAE) establece que "el pago de la Factura se hará efectivo a los 30 días después de presentada en la Oficina de radicación de EMGESA, ubicada en la carrera 11 Nº 82 - 76, Piso 4º, Bogotá.

5. El Consorcio Impregilo-OHL presentó facturas para el pago de los valores señalados en el numeral 1 de la presente misiva solo hasta el 20 de enero de 2017, es decir después de vencido el término para pago establecido en el Addendum 17. Sumado a esto, las facturas contenían una tarifa de IVA inadecuada, teniendo en cuenta que los hechos generadores de dicho impuesto correspondían a la vigencia 2016, debiendo así el CIO cambiar las facturas y presentar unas nuevas, lo cual ocurrió el 10 de febrero de los corrientes mediante carta CIO/PHEQ-CEQ-21-9874."

163 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 9. Comunicación No. CIO-PHEQ-CEQ-21-9899 enviada por el Consorcio a Emgesa.

164 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 10. Comunicación CEQ-21-OTI-CTA-8837 enviada por Emgesa al Consorcio.

165 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 11. Comunicación No. CIO-PHEQ-CEQ-21-9901 enviada por el Consorcio a Emgesa.

p. La nueva negativa del pago por EMGESA y la explícita manifestación de rechazo al procedimiento de arreglo directo contenidos en la comunicación CEQ-21-JDI-CTA-8838 del 5 de enero de 2018[166].

En esa comunicación recapitula su actitud a lo largo del proceso de reclamo de interés de mora en los siguientes términos:

"*Por la presente, EMGESA rechaza los requerimientos de pago de las facturas 2411, 2412 y 2413 que fueron debidamente rechazadas y las manifestaciones superfluas que realiza el Consorcio Impregilo OHL (En adelante CIO) con relación al asunto.*

"(…)

"Así las cosas el CIO presentó las facturas para el pago de los valores señalados en el numeral 1 de la presente misiva solo hasta el 20 de enero de 2017, es decir después de vencido el término para pago establecido en el Addendum 17. Sumado a esto, las facturas contenían una tarifa de IVA inadecuada, teniendo en cuenta que los hechos generadores de dicho impuesto correspondían a la vigencia 2016, debiendo así el CIO cambiar las facturas y presentar unas nuevas, lo cual ocurrió el 10 de febrero de los corrientes mediante carta CIO/PHEQ-CEQ-21-9874.

"De lo anterior, tenemos que si bien se acordó como fecha de pago para los valores correspondientes a los literales a) y b) de la Cláusula Tercera del Addendum 17, el día 17 de enero de 2017, las partes de manera clara supeditaron dichos pagos a las reglas del contrato; esto es, a lo establecido en la cláusula 2.16.01 de las BAE y, en caso de que ello no se cumpliera, se daría aplicación a lo establecido en la cláusula 2.16.06 de las mismas BAE.

"Ahora bien como la obligación de pago era de EMGESA, para ello se requería el cumplimiento de las reglas pactadas en especial la de la presentación de la factura en tiempo, obligación en cabeza del CIO, que fue cumplida tardíamente según se detalla en el punto 5 de la presente misiva.

"Sin embargo a lo anterior y a pesar de que EMGESA contaba con 30 días a partir de la presentación de la factura, para generar su pago 'según lo establecido en la cláusula 2.16.01 de las BAE' de manera proactiva y en aras de dar cumplimiento a los compromisos acordados entre las partes, EMGESA procedió al pago de manera inmediata.

"En consecuencia de lo anterior y hechas las aclaraciones del caso, no encontramos configurada mora alguna de pago por parte de EMGESA, que justifique el cobro de los intereses reclamados por el CIO mediante su factura 2413.

166 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 12. Comunicación CEQ-21-JDI-CTA-8838 enviada por Emgesa al Consorcio.

"(…)

"Finalmente rechazamos su intención de activar la 'Cláusula Compromisoria', pretendiendo generar una controversia que no existe y que en todo caso debiera adelantar conforme lo establecido en el Capítulo 9 de las Bases Administrativas Generales del Contrato, en consecuencia no aceptamos la pretendida notificación y el cálculo del supuesto término de negociaciones directa."

684. El tema litigioso, entonces, delimita como extremos suyos la divergente posición de las partes en torno a la existencia de la mora y a las condiciones de exigibilidad de los reconocimientos hechos en favor del CIO en el contrato de transacción elevado a escrito mediante el *Addendum* No. 17. La discusión entraña la de si, llegado el vencimiento, el pago del capital exigía por parte del CIO la presentación de una factura, el de cuándo ha debido ser presentada esta, en su caso, el de si debería ser revestida de condiciones formales, así como el de su posible sometimiento o su libertad frente a las cláusulas que en el contrato de construcción de la represa El Quimbo CEQ-21 se refieren a los pagos que de su ejecución derivan. Como telón de fondo de esta discusión subyace el problema de si el *Addendum* No. 17 es un contrato en sí mismo suficiente para la regulación de las estipulaciones que se incluyeron en él o si, por el contrario, constituye, como sostiene EMGESA una simple modificación del Contrato CEQ-21 sujeto, por lo tanto, a las cláusulas de este en todo lo que no sea explícitamente contemplado en el *Addendum*.

Considera el Tribunal:

685. Sin que esta afirmación responda la pregunta de si las partes sujetaron el *Addendum* No. 17 al contexto general del Contrato CEQ 21, está fuera de toda discusión que el *Addendum* No. 17 contiene un verdadero y eficaz contrato de transacción mediante el cual las partes solucionaron divergencias y discusiones en torno a varios aspectos de la ejecución del contrato hasta el 31 de octubre de 2016. Ese convenio es fuente de obligaciones y derechos pasados en autoridad de cosa juzgada, cuya fuente inmediata es la transacción misma, entre cuyos contenidos establecieron los suscriptores una obligación dineraria de suma nítidamente expresada. Es decir: la obligación que los contratantes contemplaron se caracteriza por tener como objeto una suma líquida de dinero, cuya exigibilidad fue sometida a término fijo.

686. Ahora bien, una obligación que tiene incontrovertible fundamento en contrato válido y reviste las características que se han dicho, debe ser pagada por el deudor al vencimiento del término fijado. Llegada esta fecha, la obligación adquiere incluso las características que permiten que el acreedor no satisfecho el día fatal convenido con

el obligado, pueda acudir al cobro ejecutivo con la sola presentación del contrato ante el juez (artículo 422 Código General del Proceso). Se deduce de allí que la percepción por el derechohabiente de la suma creada por su voluntad y la de la entidad que asumió la condición de deudora, no está sujeta a requisito adicional alguno. Y también se observa en los documentos contractuales correspondientes que ninguna de las obligaciones derivadas de la causa remota, a saber, el contrato de construcción de la presa El Quimbo, impone al constructor la obligación de acompañar las exigencias de pago que deba formular con una nota, proveniente del deudor, que pudiera encasillarse dentro del incierto requisito de "conformidad". En ello asiste plena razón al CIO cuando reacciona negativamente frente a la observación de su contraparte de haber estado sometidas sus facturas al requisito formal que denomina del modo dicho. Más adelante el Tribunal se detendrá en el aspecto de si una condición de similar efecto dilatorio rigió para las partes en virtud de las cláusulas 2.16.01 y 2.16.06 de las BAE. Por ahora se detiene en la cuestión jurídica de la exigibilidad de la obligación.

687. El régimen de la presentación de cuentas de cobro por los créditos resultantes de la ejecución del contrato, está establecido en la cláusula 2.15.1 de las BAE:

> *"2.15 FACTURACION*
>
> *2.15.1 Forma de presentación y plazos*
>
> *El Contratista presentará todos los meses para la aprobación de EMGESA, dentro de los primeros diez (10) días, un Acta de Avance de Obra por todas las Obras ejecutadas y recibidas conforme por EMGESA, desde el primero hasta el último Día del Mes anterior, según procedimiento establecido en la cláusula 6.7.1 de las Bases Administrativas Generales. EMGESA revisará el acta de Avance de obra y lo aprobará o rechazará dentro del plazo establecido en la cláusula 6.8 de las Bases Administrativas Generales. Conjuntamente con cada acta de Avance de Obra, el Contratista deberá entregar la documentación y declaraciones establecidas en la cláusula 6.7.1 de las Bases Administrativas Generales."*

A su vez la cláusula 2.16.01 ordena:

> *"2.16 PAGOS*
>
> *2.16.01 Fechas de Pago*
>
> *Aprobada el acta de Avance de Obra el Contratista procederá a presentar a EMGESA la correspondiente factura por el monto aprobado.*

El pago de la Factura se hará efectivo a los treinta (30) días después de presentada en la Oficina de Radicación de EMGESA, ubicada en Carrera 11, N° 82-76, Piso 4°, Bogotá,

El Contratista debe adjuntar a la factura una copia del Acta de Avance aprobada por EMGESA y los soportes respectivos sobre afiliaciones del personal a las ARP y EPS [...]"

688. La razón de ser de este régimen y de la necesidad de acatarlo fue materia de declaración de varios testigos, entre ellos el ingeniero Leonardo Niño, quien, en la audiencia del 18 de mayo de 2022, fue interrogado por el apoderado de EMGESA:

"DOCTOR BEDOYA: Entendido. Leonardo, esas facturas [eran] necesarias para hacer el pago?

SR. NIÑO: [01:39:59] Absolutamente. O sea, es una regla, en el sentido de que, cualquier desembolso que vaya a hacer la compañía, requiere de ese componente la factura, por un lado; la conformidad, por el otro, y bueno, ya hay un respaldo de eso, que es el acta de avance que me dice, miren, esto es lo que se hizo y está aprobado por todos los responsables y como soporte de ese pago. Entonces, digamos que, un pago sin estos elementos, pues no es un pago, o sea, no es aceptable porque, como digo, por temas de auditoría y de respaldo de los procedimientos, pues todo debe estar debidamente soportado y aprobado por las personas que participan en ello."

689. Las pruebas atinentes a la necesidad de formular el cobro mediante factura no son, evidentemente, concluyentes ya que las cláusulas del contrato mencionadas en apoyo a la tesis en realidad versan sobre el procedimiento que debe seguirse por el reclamante para la percepción del pago cuando se trata de avances de obra. Ese procedimiento está rituado por regulaciones que no encajan dentro de una hipótesis como la que es motivo de litigio. En ellas se relaciona el pago de créditos surgidos de la ejecución del contrato con el registro puntual y concreto de los antecedentes propios de la ejecución, intervención o constatación de la realidad del crédito y contempla por ejemplo la subordinación del trámite a la autoridad del Ingeniero Jefe, como sería de rigor en la hipótesis de los avances de obra. La simple descripción que el lector encuentra en ese clausulado revela que se trata de un acontecimiento radicalmente diverso del que se configura cuando el crédito de que se trata ha sido precedido de la liquidación por ambas partes.

690. El testimonio tampoco es más esclarecedor, pues, si bien pone de manifiesto las razones técnicas internas por las que todo pago rutinario de EMGESA debiera estar

precedido o acompañado del establecimiento de su monto y de la certeza de corresponder a una obligación de la entidad deudora, no permite deducir la posibilidad, ni mucho menos la necesidad, de transitar ese procedimiento en todos los casos.

691. No se precisan reflexiones complementarias para concluir que los requisitos a los que hace referencia EMGESA como indispensables para realizar el pago son justificados para los trámites que derivan del contrato de construcción, pero ellos resultan inapropiados cuando se trata del pago de una obligación líquida.[167]

692. El meollo de la cuestión no está ahí. El verdadero problema es si la obligación de que se viene hablando tiene establecido en el derecho aplicable un régimen, y en este aspecto, el ordenamiento civil colombiano es contundente: llegado el término que difiere la exigibilidad de una obligación dineraria, o sea devenida a la condición de exigible, tiene que ser satisfecha, sin más: "*Dies interpellat pro homine".* El ordinal primero del artículo 1608 del Código Civil prescribe que "*el deudor está en mora cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora*", de lo cual se sigue que en cualquiera de los días anteriores al 17 de enero de 2017 EMGESA ha podido realizar espontáneamente el pago de la suma deducida a su cargo en el *Addendum* No. 17, o, dicho con mayor precisión, en el contrato de transacción reducido a escrito por su medio, lo que debió hacer *a más tardar* el citado día 17 de enero, y que desde el día siguiente el Consorcio acreedor habría podido acudir a la ejecución forzada de la obligación incumplida. También que durante todo lapso ulterior a esa fecha EMGESA fue infractora de su obligación y por lo mismo sujeto pasivo de las consecuencias del no pago oportuno, que son las de indemnizar al acreedor, como manda el artículo 1615 del Código Civil, en concordancia, en este caso, del artículo 1617 del mismo estatuto, y ello con arreglo a la cuantificación de los perjuicios que el propio *Addendum* contiene cuando expresa: "*en caso de atraso en el pago mencionado Emgesa pagará al contratista intereses calculados según las modalidades establecidas en la cláusula 2.16.06 de las Bases Administrativas Especiales"* que al respecto prescribe la tasa aplicable a esa eventualidad, el DTF + 4%.

693. Respecto al deber de coherencia que grava a todo contratante exigiéndole acomodarse cada vez a las conductas previamente desarrolladas, aparte de lo que más adelante se dirá sobre la relación entre el contrato de construcción y el de transacción que es origen del crédito concreto de que se trata en este análisis, es pertinente indicar que ninguna de las experiencias de solución de créditos surgidos en favor del

167 No se detiene el Tribunal en el aspecto relativo a la normatividad fiscal y a la necesidad de expedir factura por la venta de bienes o la prestación de servicios, aspecto que, además, no fue materia del debate planteado entre las partes, que lo circunscribieron a las exigencias contractuales.

CIO a lo largo de la ejecución del contrato de construcción revistió las mismas características del contemplado en el *Addendum* No. 17, a saber, consistir en una suma líquida de dinero afectada por un plazo determinado. Los rasgos diferenciadores entre el crédito particular creado por el contrato de transacción y los que repetidamente fueron fruto de la ejecución del contrato de confección de obra, explican el por qué el régimen de estos carece de pertinencia respecto a aquel.

694. El nuevo apoyo argumental centrado en la pretendida obligatoriedad de la formulación de factura lo encuentra EMGESA en el comportamiento observado por su contraparte en el reclamo de los créditos surgidos de instrumentos semejantes al que engendró la obligación en estudio, el *Addendum* No. 17. Y al efecto, tanto en el capítulo de la respuesta a la demanda de reconvención consagrado a excepciones y defensas como en el alegato de conclusión, hace ver que los créditos surgidos de los *Addendum* Nos. 5 y No. 12 fueron cobrados mediante factura.

695. Es indisputable que las partes del contrato tienen derecho a exigirse entre sí coherencia en sus comportamientos y que los observados de manera regular a propósito de un aspecto determinado de sus relaciones generan una expectativa legítima de que, en una nueva oportunidad de idénticas condiciones, su contraparte actuará como ya lo hizo repetidamente. Es un imperativo de la buena fe contemplado en el derecho contemporáneo como prohibición de "*venire contra proprium factum",* de forzosa aplicación en todos los contratos.

696. Vistas así las cosas, el asunto se reduce a esclarecer si la presentación de factura, efectivamente cumplida respecto a los créditos liquidados en los *Addendum* No. 5 y No. 12, lo fue como una práctica voluntaria del acreedor que pudiera reputarse fruto de su conciencia de corresponder ella al natural despliegue de su actividad dentro del contrato para el reclamo de sus derechos, o si, por el contrario la presentación de la factura en tales casos fue desarrollo de un comportamiento exigido explícitamente en el Contrato, en cuya ausencia habría tenido libertad de optar por una actuación distinta. Y a este respecto los documentos dan una respuesta nítida: en ambos casos la factura fue cumplimiento de una exigencia expresa del pacto de creación del respectivo crédito. Así lo dice el *Addendum* No. 5 respecto del reconocimiento de COP $14.550.000.000 en favor del CIO a título de anticipo: "*El anticipo extraordinario se entregará condicionado al cumplimiento de lo siguiente: [...] - Entrega a EMGESA de la cuenta de cobro por el valor del anticipo."*

Y a su turno, el No. 12 consigna una fórmula similar: "*Una vez firmado el presente Addendum por las Partes, El Contratista deberá presentar la respectiva factura dentro de 2 días hábiles siguientes a la firma y EMGESA tendrá plazo de 30 días desde la fecha de presentación de la factura para pagarla."*

697. Con fundamento en estos elementos probatorios el Tribunal encuentra que los eventos similares al que se intenta esclarecer no consienten, al contrario del significado que les atribuye EMGESA, su apreciación como antecedentes conductuales aptos para provocar en la deudora la confianza legítima en que le sería presentada factura por el crédito. Máxime si se tiene presente que, a la luz de la legislación civil era obligatorio pagar en una determinada fecha a despecho de la eventual ausencia de cobro expreso. Si se ahonda aún más, podría llegarse a concluir que la expresa exigencia de factura en unos casos, tiene el significado implícito de explicar su omisión en aquel pacto que se abstuvo de sujetar el crédito al mismo tipo de requisito.

698. Si para el cobro del principal de la deuda y para los intereses de mora, según las normas dichas, no concurre en el acreedor carga alguna que difiera la percepción del crédito, ni siquiera la de presentación de factura al respecto o de requerimiento escrito o verbal alguno, está claro para el Tribunal que el rechazo de EMGESA de las que le fueron presentadas, constituye un ilícito contractual. Es evidente el porqué de este rigor: desde el punto de vista jurídico, porque así lo establecieron las partes al decidir la cuantificación precisa de la obligación que crearon mediante el *Addendum*, señalándole término de vencimiento y estableciendo la tasa según la cual debería computarse la mora eventual. Y desde el punto de vista de la dinámica del tráfico civil, se explica también por qué EMGESA y el CIO, al pactar el *Addendum*, omitieron contemplar requisitos para la presentación del cobro, pues nada quedaba por determinar en torno a las características de la obligación una vez completadas sus condiciones de exigibilidad.

699. Independientemente de si las cuentas resultantes de la ejecución del contrato debían ser acompañadas de "conformidad" o no, materia que el Tribunal considera irrelevante, aunque advierte que no encontró huella de una exigencia tal, hay que decir que aún si se acreditara su obligatoriedad a la luz del Contrato CEQ-21, no sería exigible en el caso del crédito surgido del contrato de la transacción: es que la supuesta "conformidad" se justifica –y esa es la razón por la que fue prevista para las cuentas del contrato de construcción– a la luz de la necesidad de que la deudora, para proceder al pago, tenga bajo sus ojos un acto suyo de aceptación que registre el hecho de haber comprobado las razones de cada deuda, es decir, la justificación del desembolso que se pide. En contraste, la obligación de pagar la suma determinada en el *Addendum* No. 17, al no estar vinculada en su fuente a unas prestaciones

específicas del consorcio constructor, no exige comprobación alguna distinta del contrato de donde surgen tanto el capital como la consecuencia que la ley y la propia transacción vinculan a la solución tardía. El Tribunal se formula la cuestión de cuál sería la utilidad de una manifestación previa de conformidad de la deudora respecto de una obligación que ya ha sido reconocida por ella cuando la estipuló en un acto de voluntad bilateral que estableció su monto de modo definitivo y que expresa la fecha en que debe ser solventada. No encuentra una respuesta plausible: la "conformidad", que respecto a los créditos que surgen de los avances de obra tendría plena razón de ser, respecto a los contemplados en la transacción mediante el reconocimiento de cifras ciertas sería inane e inconducente.

700. Según lo dicho, la exigibilidad de la obligación advino el 17 de enero de 2017 como efecto del contrato de transacción y de la ley, sin necesidad de que al respecto el consorcio acreedor formulara reclamación alguna. Que el día siguiente la parte deudora empezó a incurrir en mora, carece de duda para el Tribunal, como igualmente le es indudable el momento en que ocurrió el otro extremo, el de la finalización del periodo de retraso. Sin embargo, sobre estos particulares también disputan las partes, pues EMGESA, que acepta paladinamente haber hecho el pago el 10 de febrero de 2017, es decir, transcurridos 23 días desde la fecha indicada en el *Addendum*, rechaza que durante todo o parte de ese periodo haya permanecido incursa en mora, y más aún, según se desprende de algunas de sus manifestaciones, que lo haya estado en algún momento.

701. Esta discusión es distinta de la antes analizada, que radica en la supuesta irregularidad de la presentación de la cuenta por el CIO en razón de la ausencia de "conformidad" en la factura correspondiente. El nuevo aspecto que el Tribunal encuentra ahora relevante dilucidar es el de si, presentada la cuenta, surgió para EMGESA un nuevo plazo para el pago de la obligación por obra de la regla que contiene la cláusula 2.16.01 de las BAE, que reza: "*Fechas de pago. Aprobada el acta de Avance de Obra el Contratista procederá a presentar a EMGESA la correspondiente factura por el monto aprobado.*

"El pago de la Factura se hará efectivo a los treinta (30) días después de presentada en la Oficina de Radicación de EMGESA, ubicada en Carrera 11, Nº 82 - 76, Piso 4º, Bogotá…"

702. El Tribunal, al poner de presente el contenido único de la regla 2.16.06, –también la única aludida por las partes en el *Addendum*–, entiende que cualquiera que sea la interpretación tanto del *Addendum* como de la cláusula es incorrecto deducir de estos textos significado distinto del de indicar la tasa de retardo a que quisieron sujetar

una mora eventual. De allí que para el Tribunal se imponga el hecho de que la voluntad explícita e indudable de las partes cuando mencionan la cláusula 2.16.06 de las BAE fue la de establecer, de una manera ciertamente elíptica pero inequívoca, la tasa del interés moratorio, y no la de extender a la transacción las reglas generales de desarrollo del contrato de construcción.

703. De ser esto último, es decir, si las partes al mencionar la cláusula 2.16.06 en el A*ddendum* no se limitaron a señalar la tasa de interés moratorio eventual para las obligaciones que en el mismo se crearon o reconocieron, –que es a lo que la cláusula específicamente se refiere– sino que habrían configurado también la voluntad común de cobijar la transacción con la totalidad o algunas de las reglas del Contrato CEQ-21, el CIO no solamente habría estado constreñido a la presentación de factura sino que, a partir de esta, cualquiera que fuera el momento en que llegara a presentarse, se iniciaría el transcurso de un término de 30 días en favor de la deudora para que el pago fuera procedente, igual que está previsto para las retribuciones parciales por avance en la construcción. Sería entonces ineludible deducir que EMGESA habría dispuesto de un término mayor que el que efectivamente transcurrió entre el vencimiento de la obligación pactada en el Otrosí 17 y el pago que la extinguió. No habría habido mora.

704. Empero, a juicio del Tribunal es insostenible la tesis en cuya virtud, de la aplicación de la cláusula que mencionaron las partes como regla que establece la tasa de mora se desprenda que la percepción de la obligación principal y la materialización de sus consecuencias previstas en el *Addendum* debían regirse por otra cláusula del mismo contrato, la 2.16.01, presente en este para estatuir lo concerniente al trámite de las cuentas parciales generadas por la construcción, según se lee en la transcripción que atrás se hizo.

705. En efecto: no solo es lógicamente inválido el razonamiento que tiene como desenlace la deducción de que la referencia a una cláusula caracterizada por la precisión de su materia implique la invocación de otra de materia diversa, sino que la exégesis de cada una de las dos cláusulas en relación con la otra hace ver la inaplicabilidad al caso de la regla no mencionada por los suscriptores del *Addendum*. Nótese que la cláusula 2.16.01 señala el trámite de cualquier crédito del constructor frente a EMGESA con respecto a todas las cuentas que surgen de la ejecución del contrato por avance de obra, lo cual, al circunscribir la hipótesis en que es aplicable *(“Aprobada el acta de Avance de Obra el Contratista procederá a presentar a EMGESA la correspondiente factura por el monto aprobado”)* delimita nítidamente el campo material de la normación que contiene, no ensanchable ni susceptible de ser aplicado a otro supuesto fáctico. Nótese igualmente que la norma tiene sentido con respecto a las

cuentas que surgen de la ejecución del contrato de construcción, basadas en la existencia de un avance de obra que exige la constatación por ambas partes tanto del alcance de este como la de su consistencia, mientras que resulta carente de razón de ser respecto a la hipótesis o supuesto de pago por deuda ya reconocida y cuantificada de modo expreso por acreedor y deudor.

706. Ni sería exégesis válida del *Addendum*, con el objeto de sostener que incorpora a la transacción celebrada en su virtud otras reglas del CEQ-21 como si se tratara de una modificación de este, la advertencia que registra el texto de su cláusula sexta denominada "*Vigencia de las cláusulas del contrato CEQ-21*". Según esta "*todas aquellas estipulaciones del contrato CEQ-21 y el texto de los documentos que se entienden incorporados al mismo; que no hubieran sido modificados, alterados o complementados… permanecerán plenamente vigentes y servirán para informar a las partes respecto del alcance de los acuerdos del presente Addendum (Otrosí)*". En efecto, la cláusula de incolumidad carece de ese alcance, dado que ella de ninguna manera modifica, altera o innova cláusula alguna del contrato de construcción. Recuérdese que la transacción de que se trata es la solución de un episodio sobrevenido en el curso del desarrollo del Contrato CEQ-21 y no, se repite, el vehículo de un cambio en el contenido del contrato de construcción. La referencia que se hace a la cláusula 2.16.06 del mismo es solo para aplicar su disposición a un caso distinto de aquel para el cual fue establecida, sin que ello implique novedad alguna en su contenido ni en el de su contexto contractual. En el fondo puede llegar incluso a decirse que la invocación de la cláusula con el objeto de indicar los intereses que regirían durante el retardo en pagar la obligación surgida de la transacción y no del contrato –CEQ-21–, es completamente anodina pues la expresión del *Addendum "… pagará al contratista intereses calculados según las modalidades establecidas en la cláusula 2.16.06…*" es simplemente un modo de decir "*pagará intereses a la tasa del DTF + 4%*".

707. No es tampoco plausible, ni puede tener mejor resultado, la posición de EMGESA según la cual no habría habido mora por el impago dentro del término que venció el 17 de enero de 2017 por cuanto para ello habría sido necesario que el CIO formulara reclamo *"en los términos previstos en la cláusula 9.1. de las Bases Administrativas Generales"* para los reconocimientos que la ejecución del contrato de construcción de El Quimbo hiciera surgir durante el proceso de construcción. En efecto, la normativa citada contempla la hipótesis de "*[s]i el Contratista estimare que alguna circunstancia le da derecho al cobro de gastos adicionales, al pago de alguna indemnización, o a un cobro de cualquier naturaleza o a una ampliación de plazos…"*, para asociarle como resultado *"... lo solicitará, dentro de los catorce (14) días siguientes a la ocurrencia de dicha circunstancia".*

708. Claramente la disposición citada establece un trámite para la reclamación de posibles reconocimientos o compensaciones en favor del constructor cuando surgen circunstancias extraordinarias que aumentan el costo del contrato o que exigen la ampliación de los plazos previstos en él para las actividades que le son propias. Dispone la norma que el constructor en tal caso deberá proponer un trámite ante EMGESA que exige la puesta en conocimiento de su pretensión dentro del plazo de 14 días, transcurrido el cual sin que le hubiere sido formulado el reclamo, caduca el derecho a proponerlo. Según la Convocante de allí surgiría la conclusión de que, una vez cumplida la obligación principal que el *Addendum* No. 17 creó, el CIO quedó obligado a solicitar, en calidad de "reclamo", los intereses de mora siguiendo el rigor de la preceptiva dicha. Ahora bien: la intimación tempestiva genera a cargo de la empresa propietaria el deber de dar respuesta dentro de los 14 días siguientes o de provocar un procedimiento encaminado a la clarificación del desacuerdo, lo cual hace visible que la vía del "reclamo" beneficia a la entidad supuestamente deudora con la dilación contractual del pago. Así pues la omisión del reclamo habría equivalido a la renuncia a la pretensión de compensación moratoria, mientras que su presentación habría conducido a la interposición de un término en favor de la parte deudora para resolver este particular, como si se tratara de un desacuerdo insurgente y no, como en efecto fue, tema –el de las consecuencias de la mora– ya previsto en la transacción.

709. En términos de la especie en estudio, dado que las facturas No. 2385 contentiva del cálculo correcto del capital generado en el *Addendum* 17, y la No. 2386 sobre el reajuste también pactado en él, fueron presentadas el 9 de febrero de 2017 y pagadas el día siguiente, la presentación de la factura No. 2410 (o su reemplazo, la No. 2413) sobre intereses de mora por el lapso transcurrido entre la fecha del vencimiento contractual (17 de enero de 2017) y el del pago (10 de febrero de 2017) no podría considerarse válidamente sustentado, y la mora solo habría tenido lugar una vez transcurridos 14 días desde la formulación de la factura correspondiente a los intereses, no antes del 23 de febrero de 2017.

710. El memorial de formulación de excepciones a la reconvención dice sobre esto:

> "*1.1.3. Por lo demás, no se puede perder de vista que las demandantes en reconvención solicitaron a Emgesa el pago de estos intereses el 24 de febrero de 2017, cuando radicaron la factura No. 2410, pero debían haber elevado dicha petición dentro de los 14 días siguientes a la supuesta mora de Emgesa en el pago de lo acordado en el Addendum No. 17, la cual, según el CIO (aclarando que nosotros afirmamos que no fue así), se presentó el 18 de enero de 2017.*

> *"Como claramente esa solicitud de pago se presentó por fuera de esos 14 días, la misma debe rechazarse al tenor de lo previsto en la cláusula 9.1.1. de las Bases Administrativas Generales*."

711. Como se advirtió atrás, la pertinencia de estos planteamientos está íntimamente ligada con la definición de si el *Addendum* No. 17 contiene un contrato autónomo y perfecto como tal, o es solo un añadido que los contrayentes introdujeron al CEQ-21, del cual la transacción entraría a formar parte integrándose al complejo preceptivo del contrato de construcción. Dicho de otra manera: la transacción habría quedado sujeta a cada una de las regulaciones del CEQ-21 que, en lo no alcanzado por las estipulaciones del propio *Addendum*, extendería su imperio a las estipulaciones de este.

712. La jurisprudencia nacional ha analizado juiciosamente lo que ocurre cuando uno o más contratos aparecen ligados entre sí:

> *"III. Tiene aceptado la doctrina que, aún prescindiendo de los contratos atípicos, o sea de aquellas convenciones cuyo contenido es tan particular que no pueden asimilarse a ninguno de los contratos tipos, una convención jurídica ajustada entre las partes puede presentar combinadas prestaciones correspondientes a diversos contratos típicos. Y ha dicho que estas uniones de contratos pueden ser: a) unión simplemente externa, que es la que corresponde a aquella en que los distintos pactos, independientes unos de otros, aparecen unidos externamente sin que haya subordinación de los unos respecto de los otros; b) unión con dependencia unilateral o bilateral, en la cual los distintos contratos que aparecen unidos son queridos como un todo, estableciéndose entre ellos una recíproca dependencia en el sentido de que el uno se subordina al otro u otros; y c) unión alternativa, caracterizada por la existencia de una condición que enlaza los distintos contratos en forma que si el suceso positivo no acaece o si acaece el negativo, se entienda concluido uno u otro"*[168].

713. Sin duda los dos instrumentos convencionales *sub examine* están ligados, comoquiera que el *Addendum* No.17 se origina en la voluntad de las partes de asumir y zanjar una ocurrencia en el proceso de construcción, relacionada con reajuste de cantidades de obra y de precios en algunos tramos de la obra y otras reclamaciones del contratista pendientes de solución. El *Addendum* No. 17 aparece así como desarrollo contingente de la ejecución real del contrato de construcción y se vincula a este como resolución por acuerdo de las partes de un motivo de desavenencia.

168 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SCC 6 de octubre de 1999, Gaceta CCLXI, pág. 517.

714. La relación entre los contratos que interesan a esta litis es visiblemente accidental y extrínseca, es decir, subsumible dentro de la categoría definida por la Corte en el literal a) de la cita precedente, dado que la transacción es secuela del contrato de construcción surgida de los hechos que materializaron su cumplimiento sin que pueda entenderse como emanación del clausulado de aquel con alcance normativo. Con respecto al CEQ-21 la transacción es un hecho, no una norma. Al pactarla, las partes no intentaron ejecutar el contrato de construcción (CEQ-21) como tal sino que crearon otro con una circunscrita materia, la de establecer el régimen de unos hechos determinados, resolviéndolos en virtud de una estipulación nueva y distinta. Los dos contratos son, pues, ya se dijo pero es oportuno repetirlo, dos convenciones independientes, completas en sí, es decir, autónomas, dotadas cada una de su propia causa y objeto, diferentes de la causa y objeto de la otra convención.

715. El *Addendum* es un instrumento del desarrollo del Contrato CEQ-21 y el solo alcance obvio en el lenguaje natural de la expresión que lo denomina da a entender que se trata de un agregado instrumental al documento que contiene el contrato de construcción. *Addendum* es el añadido de un texto[169]. El *Addendum*, entonces, en cuanto añadido al soporte material de un escrito no implica como tal incorporación material a su contenido. Advierte el Tribunal que no siempre es así y que con esa denominación (*Addendum*) también se emiten declaraciones de voluntad destinadas por su objeto a unirse materialmente al texto básico, operación que las incorpora al contenido de este. Esa hipótesis configura el fenómeno descrito por la Honorable Corte Suprema de Justicia como segunda modalidad de la ligación de contratos, extraña a la hipótesis propia del litigio que se viene analizando.

716. Que la ligación de dos contratos sea de una u otra especie no resulta de suyo, sino del contenido propio de cada uno y de las estipulaciones, es decir, de la objetividad del vínculo que los une. En el presente caso es meridiano el resultado del análisis de las estipulaciones del contrato que surgió como segundo en el tiempo, pues su materialidad en nada afecta la del contrato preexistente, ni su sustancia –teniendo como tal las estipulaciones de ambos–, están llamadas a influirse entre sí o a formar un acuerdo de voluntades nuevo o adicional al preexistente. La materia propia de cada uno es nítidamente diversa a la del otro.

169 El DRAE carece de una entrada para Addendum. Pero sí define la expresión Adenda (que sería, en castellano correspondiente a la expresión latina Addenda, el plural de Addendum. Dice así: *"Adenda: (Del lat, addenda, las cosas que se han de añadir.) f. Apéndice, sobre todo de un libro."*

Maria Moliner, a su vez, presenta esta definición de Adenda: *"cosas que se añaden después de terminada una obra escrita. Se emplea generalmente como encabezamiento para esas cosas."*

717. En contraste con lo que se refiere al número 17, otros Adendas u Otrosíes de los que mediaron entre EMGESA y CIO en el marco del contrato de confección de obra, tienen el carácter de auténticas modificaciones del pacto inicial y están llamados a formar entonces parte del mismo. Su objeto es de la misma naturaleza del objeto original pues la estipulación que contienen conduce a innovar alguna de las cláusulas del CEQ-21 con un contenido distinto del originalmente previsto y subsiste como nueva regulación de un aspecto del texto inicial o como una normación aditiva que acompaña en adelante a estas. De hecho es esta condición la que exhiben la mayor parte de los 17 otrosíes que fueron pactados para incorporar al contrato de construcción una estipulación encaminada a regir en el futuro. En sentir del Tribunal las dos primeras manifestaciones del fenómeno de los contratos ligados se observan en el tema litigioso sin que ello implique que todos están revestidos de un carácter homogéneo: estipulativos, materiales unos, los más, y simplemente instrumentales otros, entre ellos justamente el número 17 y sus homólogos 5 y 12.

718. Los análisis anteriores tienen como resultado común la desestimación de las consideraciones con que EMGESA propugna en el proceso la tesis de no haber surgido a cargo suyo el evento de cumplimiento retardado de la obligación que asumió en virtud de la transacción, y que ello habría ocurrido en razón de i) la omisión de factura por el capital al vencimiento del término; ii) la omisión del supuesto requisito de "conformidad" de las facturas que le fueron presentadas; o iii) de la vinculación a este, cuando ocurrió, de la normativa del contrato CEQ-21 que otorga a la entidad deudora un término de esterilidad fructuaria por los 30 días siguientes; y iv) de la necesidad a que habría estado sujeto el Consorcio acreedor de tramitar el débito por intereses moratorios como un "reclamo" en los términos de la cláusula 2.16.01 del contrato de construcción.

719. Ello permite al Tribunal concluir que la obligación pactada en el contrato de transacción suscrito por el CIO y EMGESA el día 5 de enero de 2017 bajo el nombre de *Addendum* No. 17 constituyó un crédito líquido exigible el día 17 de enero de 2017, cuyo impago dentro del término generó el débito accesorio por intereses moratorios hasta cuando se produjo el pago efectivo el día 10 de febrero de 2017.

720. Dilucidada la existencia del crédito que se solicita declarar en las pretensiones aludidas al comienzo, el Tribunal asume el estudio de las defensas y excepciones propiamente tales opuestas por EMGESA en aquello de su alcance que no ha quedado respondido en lo ya dicho.

721. EMGESA opone a las pretensiones que se vienen analizando la excepción de prescripción, fundada en el hecho de haber transcurrido completamente el término de

tres años desde el reclamo de los intereses moratorios correspondientes a las facturas del 13 de marzo de 2017 hasta el advenimiento de la interrupción acarreada por la formulación de la demanda de reconvención teniendo en cuenta que el 27 de marzo de 2017 el CIO presentó requerimiento escrito de pago. Descontado de este transcurso el plazo establecido en el Decreto Legislativo 564 de 15 de abril de 2020, como suspensión legal de las prescripciones en curso a la sazón, aquel del que dispuso el accionante en reconvención para el cobro del crédito cartular contenido en la factura, expiró el 01 de junio de 2020, varios meses antes de la formulación de su reclamo ante este Tribunal. Siendo el de tres años el plazo extintivo de la acción cambiaria, esta prescribió antes de la fecha del intento de ejercerla en este proceso, y, con ella se extinguió la proveniente del negocio subyacente, en virtud del precepto que contiene el inciso tercero del artículo 882 del Código de Comercio. Se expresa así el excepcionante:

> *"5.5.2. Pues bien, descendiendo al caso concreto, para el 16 de marzo de 2020 las demandantes en reconvención contaban con 12 días calendario para que operara la prescripción, por lo que, de conformidad con el Decreto Legislativo 564, la demanda en contra de mi representada debía presentarse dentro del mes siguiente a la reanudación de términos judiciales.*
>
> *5.5.3. Considerando que los términos se reanudaron el 1 de julio de 2020,* ***el fenómeno de prescripción extintiva se materializó el 1 de agosto de 2020****, sin que a esa fecha se hubiese presentado la solicitud judicial de pago de los rubros que motivaron la expedición de las facturas el 13 de marzo de 2017, pues la demanda de reconvención se radicó el 28 de septiembre de 2020."* Negrita en el original.

722. La excepción se basa en dos presupuestos: i) el de haber sido incorporado a un título valor el crédito resultante por mora de EMGESA en el pago de la deuda establecida a su cargo en el *Addendum* No. 17, mediante la emisión de la factura cambiaria No. 2413, con el efecto de vincular la relación causal o subyacente a la suerte del título cartular; ii) el de haber transcurrido completamente, –tomadas en consideración la interrupción y las suspensiones legales–, el término de prescripción del título cambiario antes de la promoción de la acción ejecutiva, lo cual habría aparejado ipso iure la extinción de la acción causal.

723. De allí la necesidad de conocer con certeza el régimen jurídico de las dos acciones y de la posibilidad de coexistencia del negocio causal, con las prerrogativas que de él se desprenden, como derecho activo de crédito con el título valor que lo incorpora, lo cual implica considerar el impacto de las vicisitudes de este en la subsistencia de los créditos surgidos de aquel.

724. De conformidad con el texto del artículo 643 del Código de Comercio, la emisión o transferencia de un título valor realizada en desarrollo de un negocio jurídico, no conduce, per se, a la extinción de la relación subyacente.

725. Refiriéndose a la letra de cambio, con conceptos que rigen igual para todos los títulos de contenido crediticio, dice al respecto uno de los juristas colombianos que se ocupan de estas materias:

> "*Esta declaración del C. de Co. termina, de tajo, con una serie de discusiones doctrinarias que mantenían que la emisión de una letra de cambio equivalía al pago. Hoy, pues, la letra se entiende emitida salvo buen cobro, a no ser que en forma expresa y en el cuerpo de la letra misma, aparezca la intención de novar. Si tal intención no está formalizada en el título mismo, él no podrá oponer la excepción de pago por novación, sino a la persona con quien efectuó el pacto. En otras palabras, la obligación emergente del negocio causal continúa existiendo y por tanto el acreedor en el negocio fundamental podría cobrarle y el deudor no podría proponer la excepción de extinción de la obligación por novación. Si es un tercero tenedor de buena fe quien pretende hacer efectivo el título, el obligado deberá pagar y buscar, a través de un juicio ordinario, la recuperación del daño que ha sufrido, si tal cosa ocurrió.*"[170]

726. Así pues, si se emite una factura en cobro del importe de una venta o de la prestación de un servicio, el surgimiento consiguiente de la acción cambiaria cuando ella sea debidamente aceptada para nada afecta la existencia paralela de las acciones propias del negocio causal, a no ser que por explícita voluntad de las partes se disponga la extinción de ellas.

727. A este propósito los exégetas observan contradicción entre el artículo 643 y el inciso tercero del 882 del Código de Comercio. Trazando el paralelo entre una y otra disposición, el reputado tratadista Bernardo Trujillo Calle precisa lo que es el contenido del primero, con la advertencia de que su alcance es el ya descrito:

> "*La desarmonía es obvia: según el art. 643 se tiene: a) La sola emisión o transferencia no produce extinción de la relación fundamental; b) En este caso, como esa relación no se extingue, se puede ejercitar la acción si el título no es pagado; c) Pero sí hay intención inequívoca de extinguir aquella relación, queda en efecto extinguida y por lo mismo no hay lugar a ejercitar ninguna acción causal. Es una consecuencia de la novación que se produce. La expresada novación (art. 643) se puede enfocar en doble sentido: 1. Hacia el efecto típico de una imposibilidad de*

170 Rengifo, Ramiro. Títulos valores. 15º ed. Librería señal editora. Medellín. pág. 176.

realización del crédito fuera de la vía cambiaria; 2. Excepcionalmente, como extinción misma del crédito cambiario si la novación se encamina a sustituir la obligación por el título, o sea, la res como un objeto diferente, entregado pro soluto, al decir, de PAVONE en la pág. 287, cita 136^{1bis}.[171]

728. Para los efectos del análisis que en tal razón ocupa al Tribunal no es necesario discutir en profundidad el problema interpretativo que media entre los artículos 643 y 882 del Código de Comercio acerca de la coexistencia en paralelo, o no, entre las acciones para reclamar la obligación dineraria derivada de un negocio determinado con la que surge del título valor de contenido crediticio que incorpora la obligación respectiva. Para lo que ahora es materia de estudio es suficiente dejar sentado que el artículo 643 establece la coexistencia de la acción derivada del negocio subyacente con la cambiaria cuando quiera que la emisión del título no esté explícitamente acompañada de la voluntad de extinción de la primera por vía de novación o por cualquier otro medio extintivo que resulte aplicable, de tal modo que al acreedor le están ofrecidas las dos vías de reclamo contra el deudor incumplido en la relación causal y obligado en la cambiaria.

729. Si pese a la emisión del título valor, por la valoración que se haga respecto de la intención que acompañó su expedición y entrega, se concluye que subsiste la acción proveniente de la relación fundamental, es evidente que la prescripción de ella sigue sus propias reglas y que el término para que tal evento acaezca es el general, previsto para la acción ejecutiva o la ordinaria, es decir, los de 5 o 10 años que contempla el artículo 2536 del Código Civil.

730. Ahora bien, EMGESA en parte alguna de sus postulaciones contradice lo dicho atrás en lo concerniente a la vigencia paralela, por lo menos en el origen de ambas, de la acción cambiaria y la ordinaria propia del llamado negocio causal. Lo que funda propiamente su excepción es el mandato de la ley que impone la desaparición de las acciones propias del crédito subyacente cuando sobreviene la extinción de la cambiaria por prescripción del título que fue puesto en circulación como medio de pago. Así lo prevé el inciso final del artículo 882 del Código de Comercio cuya letra, entendida en el contexto del inciso primero de la misma disposición que alude precisamente a la entrega del instrumento en pago de una obligación preexistente, dice:

> "*Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá asimismo; no obstante tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año*."

171 Trujillo Calle, Bernardo. De los títulos valores. Tomo I. 8º ed. Editorial Temis, Bogotá, pág. 364.

731. Es altamente ilustrativa la explicación que del fenómeno da el tratadista Trujillo Calle citado por EMGESA en el escrito de oposición a la demanda del CIO:

> "*599. Cuándo se extingue la acción fundamental*
>
> *El Código ha resuelto el asunto: "Si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, la obligación originaria o fundamental se extinguirá asimismo" (art. 882). Son términos de caducidad o prescripción aplicables a la obligación fundamental, como se estudió al examinar la actio in remverso, (núm. 351).*
>
> *Se termina por falta de materia la controvertida tesis de que una vez prescrita la acción cambiaria subsiste la ordinaria de 20 años que podrá hacerse valer con base en el título prescrito. En nuestro medio hizo carrera en vastos sectores profesionales pese a la doctrina de nuestros mejores autores.*
>
> *[...]*
>
> *Se argumenta, aun sin base en el texto positivo argentino que reglamentó esta situación, que es dudoso por cierto, "que hay dos acciones, pero no hay dos derechos"; y tanto es que no puede haberlos que la letra de cambio en sí, una vez emitida, implique en realidad, no un pago, pero sí una forma condicional de pago, enfatiza SATANOWSKY. A esto podría replicarse que ciertamente hay dos acciones, la cambiaria y la causal que pueden ejercerse alternativamente, como se explicó, pero estando viva todavía la cambiaria porque su muerte implica la muerte de la otra.* ***En síntesis, nuestro Código dejó atrás el problema y las tesis de tan autorizados maestros son inconclusivas y sin fundamento de razón para nosotros. El artículo 882 resolvió el problema***"(Subrayado del memorialista)

Es decir, a juicio de EMGESA, inspirada en la interpretación doctrinaria, siempre que el título valor prescribe arrastra consigo la existencia de la acción causal.

732. Para el Tribunal, empero es evidente, como ya se ha advertido, que el artículo 882 del Código de Comercio, si bien fulmina con la extinción de la acción causal el evento de prescripción de la acción cambiaria paralela del título dado en pago, pone de presente que tal normación es parte de la consignada en la ley a propósito de la ocurrencia de una hipótesis singular, a saber, la de puesta en circulación de un título valor como medio de solventar una obligación preexistente. Así lo proclama con nitidez el primer inciso del artículo:

> "*La entrega de letras, cheques, pagarés y demás títulos-valores de contenido crediticio, por una obligación anterior, valdrá como pago de ésta si no se estipula otra*

cosa: pero llevará implícita la condición resolutoria del pago, en caso de que el instrumento sea rechazado o no sea descargado de cualquier manera".

733. El segundo inciso del precepto disciplina el evento de la condición resolutoria que afecta al pago cumplido mediante la emisión o circulación de títulos valores cuando el descargo del instrumento cambiario no se realiza por el obligado. La resolución del pago revive la acción causal extinguida mediante la entrega del título:

"*Cumplida la condición resolutoria, el acreedor podrá hacer efectivo el pago de la obligación originaria o fundamental, devolviendo el instrumento o dando caución, a satisfacción del juez, de indemnizar al deudor los perjuicios que pueda causarle la no devolución del mismo.*"

734. Y finalmente, el tercer inciso contempla el efecto de la frustración del crédito incorporado en el título valor cuando el tenedor actual *"lo deja vencer"*, acarreando su efecto perimente sobre el negocio que subyace, según se transcribió atrás.

735. Contemplada entonces en su complejidad la sistemática del artículo en mención, se entiende que la regla del tercer inciso esté vinculada a la hipótesis determinada de la circulación del título que se utilizó como medio de pago. Y al efecto surge la consideración de no ser aplicable el inciso tercero como si se tratara de una norma aislada sino como lo que indudablemente es, parte de la disciplina normativa de un aspecto de la circulación de un título de contenido crediticio, circunscrita al caso de aquel en que este se utiliza por el emisor o por el tenedor ulterior como medio de pago de otras obligaciones.

736. Venidos a la especie en litigio es preciso tener presente que el caso en discusión no corresponde a la hipótesis que regula el artículo 882 del Código de Comercio, por cuanto las facturas formuladas por el CIO a EMGESA en desarrollo del contrato, y, en el presente caso, de la transacción, no corresponden al evento de la puesta en circulación de títulos valores en pago de obligaciones suyas, sino todo lo contrario, cuando más, como sustrato documental del cobro de créditos a su favor.

737. Es imperativo entonces dejar en claro el principio general que postula la existencia de ambas acciones, la causal o extracambiaria y la cambiaria propiamente tal cuando una obligación preexistente determina la emisión del título valor. Para mayor claridad el Tribunal apela al análisis del tratadista Rengifo:

"*La acción causal y o extracambiaria se puede ejercitar por el tenedor del título que no ha podido iniciar la cambiaria por cualquier causa legal, o porque la considera*

inútil, o porque la inició y fracasó. De conformidad con el artículo 882, quien inicia la acción causal debe restituir el título a aquel contra quien inicia la acción o prestar caución suficiente. Es la misma regla que existe en la legislación argentina, Messineo sostiene, sin embargo, que quien fue tenedor del título, aunque actualmente no lo sea, puede ejercer acción causal.

"La razón por la cual se exige la devolución del título parece radicar en que aquel contra quien se ejerce la acción causal, que bien puede ser un endosante o el aceptante del título, puede también tener un derecho para accionar, a su vez, contra su contraparte en el negocio fundamental respectivo. Así lo deja, por ejemplo, entrever el artículo 61 de la ley argentina. Aún así, es dudoso afirmar que el título sea absolutamente necesario para el ejercicio de la acción causal, pues ella se va a demostrar con diferentes medios probatorios, entre los cuales el título apenas sí sería uno que por sí solo no alcanzaría a probar la existencia de la acción y que aún podría ser suplido por otros medios probatorios. Aún así, la exigencia de la devolución del título va a probar que la obligación causal nunca se extinguió.

"El por qué del reconocimiento de una acción extracambiaria radica en que la creación y emisión de la letra o su endoso (tratándose de la transferencia de una letra por endoso), obedece a la existencia de una obligación anterior que es formalizada en aquélla, pero que no se extingue (art. 643) o que resurge (art. 882) y al subsistir, es lógico y equitativo que el tenedor de la letra pueda iniciar la acción causal cuando no puede disponer o no quiere usar la cambiaria o la usó sin éxito." [172]

738. Innumerables son los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia alrededor de estos complejos temas. Las copiosas enseñanzas de ese magisterio despejan plenamente las dificultades exegéticas y circunscriben el contenido real de las normas que se vienen comentando. Dijo, por ejemplo, en sentencia del 30 de julio de 1992, reiterada en diversas oportunidades, lo siguiente:

"En este orden de ideas, bien puede afirmarse que de conformidad con los preceptos transcritos, los principios básicos que gobiernan la materia del pago mediante el uso de títulos de crédito, en síntesis, son los siguientes:

"a. El primero de ellos y el de mayor importancia por cuanto marca el rumbo correcto de análisis, es que la emisión o transferencia de instrumentos de esa clase –y al dar a entender lo contrario ciertamente no anduvo muy acertado el Tribunal en el caso presente– nunca es del todo indiferente frente a la relación antecedente, contractual o no, que justifica su existencia. Efectos siempre los hay aun cuando de significación variable y para determinar cuáles puedan ser en cada situación concreta, preciso es remontarse al que suele llamarse 'convenio ejecutivo que no es

172 Rengifo, Ramiro. Títulos valores. 15º ed. Librería señal editora. Medellín. pág. 176.

cosa distinta al acuerdo por el cual, a manera de enlace entre las dos clases de relaciones atrás mencionadas, los interesados definen la función que al titulo le corresponde cumplir, y en este terreno, la verdad sea dicha, existen diferentes posibilidades cuya adecuada caracterización depende en últimas de que las partes hayan considerado el documento como un bien mercantil propio y verdadero, supuesto éste por definición excepcional en el que predomina el momento real del negocio cambiario efectuado al que le atribuyen plena eficacia extintiva de la obligación antecedente, ya sea por virtud de una dación en pago en firme o bien por una novación por cambio de objeto, mientras que pueden haberse limitado tan solo a considerar dicho documento, y este es sin duda la situación común, como un medio con especiales propiedades destinado a permitir la obtención de la suma de dinero materia de la orden o promesa de pago incondicional alli instrumentada, haciéndose quien recibe el título acreedor cambiario con todas las prerrogativas que a esta posición jurídica le son inherentes, pero sin que pueda decirse que la relación primitiva al propio tiempo quede extinguida del todo. En otras palabras y bueno es recalcarlo pues el sistema legal consagrado en los artículos 643 y 882 del Código de Comercio se inspira ciertamente en este criterio, lo razonable es suponer que cuando recibe títulos valores de contenido crediticio de manos de su deudor, el acreedor no hace nada distinto a aceptar que la prestación originaria que tiene derecho a exigir, consistente en el abono directo del dinero, se la sustituya por el abono indirecto a través del cobro o la posterior negociación de los títulos en cuestión, configurándose entonces una cesio pro solvendo que deja en pie la relación subyacente para operar en el futuro, si fuere ello indispensable, del modo y con los requisitos que adelante se indican, habida consideración que al decir de autorizados expositores (v. gr., VIVANTE. Tratado, t III, n. 1119), en circunstancias normales se debe presumir que esa entrega, admitida y en no pocas veces impuesta por el acreedor, lo que pretende es robustecer el derecho de este último con los privilegios sustanciales y procesales propios de las acreencias cambiarias, pero no puede implicar de suyo renuncia al vínculo fundamental que si tiene en verdad menos efectividad, suele no obstante tener mayor duración y amplitud de contenido, luego para que en un caso dado pueda sostenerse que hubo una auténtica datio in solutum o si se quiere novación objetiva, extinguiéndose por lo tanto la deuda anterior, preciso es establecer de manera concluyente que las partes así lo dispusieron, esto por cuanto ellas al acudir al procedimiento de pago del que se viene hablando, por principio hay que entender que no tienen otra intención que la de suministrarle al acreedor un medio de ser satisfecho más fácilmente... ´por ser más riguroso el aparato procesal de ejecución de un título valor [...] y por permitir la transmisión a otras personas y estar esta transmisión a su vez favorecida por un régimen legal que protege a los tenedores de buena fe…` (JOAQUÍN GARRIGUES. Tratado, t. II, n.º 666)" [173]

173 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de julio de 1992. Gaceta judicial CCXIX número 2458 pág. 183.

739. A la luz entonces de la sistemática normativa adoptada por el Código de Comercio no es viable predicar la caducidad o la prescripción del supuesto título valor que incorpora la obligación reclamada en este proceso mediante la acción ofrecida por el derecho común para la exigencia de obligaciones dinerarias, por la razón básica de que aquél no se entregó en pago de una obligación preexistente. Pero la razón fundamental que obliga a desestimar la excepción es la de no haber sido nunca perfeccionado el título valor que EMGESA supone prescrito.

740. Observa el Tribunal que respecto de los supuestos del tema en discusión ninguna de las partes fue absolutamente coherente en sus postulaciones: la demandante en reconvención, por ejemplo, subrayó en la correspondencia epistolar el hecho de estar aceptadas las facturas en las que habría consignado la existencia del crédito que se debate, sin perjuicio de afirmar después, con idéntico énfasis, en el memorial de alegaciones, que sus pretensiones se constriñen al ejercicio de la acción causal, como en efecto evidencia la tesitura con que las consignó en la demanda. De su lado, la excepcionante EMGESA, que en la respuesta a la demanda niega la existencia del título cambiario, basa su oposición a los cobros en el hecho de haber prescrito la acción derivada de la factura con la consecuencia extintiva de la obligación propia del negocio subyacente.

741. Ahora bien, lo que objetivamente resulta es la evidencia de que nunca se perfeccionó factura cambiaria respecto al crédito por intereses moratorios de la obligación proveniente del contrato de transacción. Así lo hacen ver los hechos probados que se le relacionan, descritos bajo las letras i, j, k y l en el aparte pertinente de este Laudo (núm. 683). Conviene recapitularlos, rememorando que la factura No. 2410 de 23 de febrero de 2017, que inicialmente recogió la cifra liquidada por el CIO como intereses del retardo ocurrido entre el 18 de enero y el 10 de febrero, fue rechazada por la parte obligada mediante Comunicación CEQ-21-JDI-CTA-8822 del 27 de febrero de 2017 por advertir que a ella no se acompañó su propia “conformidad” sobre existencia de la obligación. Intimado nuevamente el cobro, esta vez a través de la comunicación 9885 y la factura No. 2413 radicada el día 13 de marzo, EMGESA la devolvió dos días después como revela su comunicación CEQ-21-JDI-CTA-8825:

> “*Por la presente, EMGESA rechaza y por tanto hace devolución de las facturas 2411, 2412 y 2413 radicadas el pasado 13 de marzo de los corrientes mediante la comunicación del asunto, previas las siguientes consideraciones …”.*

742. Donde no hay aceptación del comprador o beneficiario del servicio al que se refiere el documento, no hay factura cambiaria. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 772 del Código de Comercio según el texto que adquirió la norma por la subrogación que dispuso el artículo 1 de la Ley 1231 de 2008:

> "*Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.*
>
> *"No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.*
>
> *"El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor para sus registros contables."* (Subraya el Tribunal)

743. En perfecta concordancia, el artículo 772 del Código de Comercio establece:

> "*Aceptación de la factura. Una vez que la factura sea aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, se considerará, frente a terceros de buena fe exenta de culpa que el contrato que le dio origen ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada en el título.*
>
> *"El comprador o beneficiario del servicio deberá aceptar de manera expresa el contenido de la factura, por escrito colocado en el cuerpo de la misma o en documento separado, físico o electrónico. Igualmente, deberá constar el recibo de la mercancía o del servicio por parte del comprador del bien o beneficiario del servicio, en la factura y/o en la guía de transporte, según el caso, indicando el nombre, identificación o la firma de quien recibe, y la fecha de recibo. El comprador del bien o beneficiario del servicio no podrá alegar falta de representación o indebida representación por razón de la persona que reciba la mercancía o el servicio en sus dependencias, para efectos de la aceptación del título valor.*
>
> *"La factura se considera irrevocablemente aceptada por el comprador o beneficiario del servicio, si no reclamare en contra de su contenido, bien sea mediante devolución de la misma y de los documentos de despacho, según el caso, o bien mediante reclamo escrito dirigido al emisor o tenedor del título, dentro de los diez (10) días calendarios siguientes a su recepción. En el evento en que el comprador o beneficiario del servicio no manifieste expresamente la aceptación o rechazo de la factura,*

y el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento.

"PARÁGRAFO. La factura podrá transferirse después de haber sido aceptada por el comprador o beneficiario del bien o servicio. Tres (3) días antes de su vencimiento para el pago, el legítimo tenedor de la factura informará de su tenencia al comprador o beneficiario del bien o servicio." (Subrayados del Tribunal)

744. Los eventos recordados en este punto hacen evidente que respecto a las facturas Nos. 2410 y 2413 no fue completado el procedimiento de creación del título valor, y que, por lo mismo, el documento emitido por el titular del crédito sin que obtuviera la firma concurrente requerida para constituirlo en título cartular, no pudo entrar en circulación ni, menos aún, como es de la mayor obviedad, quedar sujeto a los ulteriores avatares de un título de esa clase, incluido su prescripción.

745. En resumen, no se trata en este proceso de reclamo de obligaciones cartulares, ni existieron estas, ni en caso de que hubieran sido creadas regularmente las que en concreto fueron libradas, tuvieron la virtualidad de extinguir por novación la acción causal, ni fueron puestas en circulación o dadas en pago de manera que hubiera surgido para ellas la posibilidad de extinguirse por prescripción capaz de acarrear simultáneamente el fenómeno de la extinción de la acción para el reclamo de la obligación subyacente.

746. Por consiguiente el Tribunal desestima la excepción de prescripción opuesta a las pretensiones principales primera a octava de la demanda de reconvención.

747. Por las razones que expuso el Tribunal al analizar el primer grupo de pretensiones de la demanda de reconvención, se desestimarán igualmente las excepciones planteadas por la demandada en reconvención referentes a la "*Inexistencia de las obligaciones que se predican de Emgesa"* y "*Ausencia de mora*" para este grupo de pretensiones.

748. Vista entonces la existencia del crédito cuyo reconocimiento se impetra al Tribunal en las pretensiones principales declarativas primera, segunda, quinta y sexta, y comprobada la carencia de fundamento de la excepción de prescripción que les fue opuesta, las declarará prósperas, así como también proclamará la prosperidad parcial de la tercera y la cuarta, superando la inexactitud en el número de días de mora reclamados en la formulación de la demanda. Igualmente prosperan de manera parcial la séptima pretensión declarativa y la de condena solicitada en la octava, en este

caso por la inexactitud del monto dinerario solicitado que es preciso corregir como se indica a continuación.

749. En virtud del acogimiento pleno de unas pretensiones o parcial de las restantes que componen el grupo i) Relativas a los intereses debidos por la mora en el pago de los montos acordados en el *Addendum* No. 17, el Tribunal está relevado de considerar las diez subsidiarias que fueron propuestas al respecto.

750. El Tribunal anota que el documento pericial de C&C Gold Banca de Inversión suscrito por Santiago Pardo[174], que efectuó el cálculo "*RECARGO POR INTERESES SOBRE PAGOS ACORDADOS EN EL ADDENDUM No. 17 AL CONTRATO CEQ-21 Y SU ACTUALIZACIÓN A VALOR PRESENTE"* correspondiente a los intereses moratorios reclamados, contiene un error en los cuadros Nos. 8 y 9, página 23 de 30, consistente en haber incluido el día 10 de febrero de 2017, fecha del pago de la obligación, que no puede computarse dentro del mismo, ya que la mora solo llega hasta el día anterior.

751. De allí que las postulaciones yerran, la pretensión tercera en la determinación del número de días en que es aplicable el interés de mora, 24 según la solicitud y 23 en la realidad, la pretensión cuarta al establecer que los intereses se calculan hasta el 10 de febrero de 2017 cuando su cálculo corresponde hacerlo hasta el 9 de febrero de 2017, y las pretensiones séptima y octava, en la cuantificación de los intereses correspondientes. Así se ve en los cuadros propuestos por el perito:

CUADRO No. 8

Vigencia		Dias transcurridos (#Dias2)	Tasa Efectiva Anual	Tasa Nominal (Tasa de interés aplicable)
Desde	Hasta			
6/02/17	***10/02/17***	5	11,19%	**0,1454%**
30/01/17	5/02/17	7	11,40%	**0,2073%**
23/01/17	29/01/17	7	11,08%	**0,2018%**
17/01/17	22/01/17	5	11,11%	**0,1445%**

174 EXPEDIENTE DIGITAL. 122485. 02. PRUEBAS. 1 DICTAMEN C&C GOLD REFORMA RECONVENCION FOLIO 144 Informe pericial Impregilo - OHL Julio 6 2021.

CUADRO No. 9

Vigencia		Tasa Nominal (Tasa de interés aplicable)	Capital adeudado	Intereses generados
Desde	Hasta			
6/02/17	***10/02/17***	0,1454%	$ 73.464.727.938	$ 106.790.480
30/01/17	5/02/17	0,2073%		$ 152.320.573
23/01/17	29/01/17	0,2018%		$ 148.228.986
17/01/17	22/01/17	0,1445%		$ 106.130.384
TOTAL INTERESES GENERADOS:				**$ 513.470.423**

Para el periodo comprendido entre el 6 y el 10 de febrero de 2017 que relaciona el perito se incluyen 5 días de periodo de mora, cuando deberían ser 4 en tanto no correspondía incluir el 10 de febrero de 2017.

752. La corrección no requiere de operaciones complejas pues basta entender que el ítem que se enuncia como lapso entre el 6 y el 10 de febrero de 2017, que incorrectamente incluye en la sanción el día del pago, la mora solo corre hasta el día 9, es decir duró un día menos del calculado en el cuadro del perito. En consecuencia debe ajustarse el sumando, reduciendo el monto de COP $106.790.480 a la cantidad de COP $85.432.384, correspondiente a 4 días de mora para este periodo.

753. En consecuencia, tanto la declaración correspondiente a la séptima pretensión como la condena correspondiente a la octava se fijan en la suma de COP $492.112.327, como se hace ver en la enmienda del cuadro:

Vigencia		Tasa Nominal (Tasa de interés aplicable)	Capital adeudado	Intereses generados
Desde	Hasta			
6/02/17	**10/02/17**	0,1454%	$ 73.464.727.938	$ 85.432.384
30/01/17	5/02/17	0,2073%		$ 152.320.573
23/01/17	29/01/17	0,2018%		$ 148.228.986
17/01/17	22/01/17	0,1445%		$ 106.130.384
TOTAL INTERESES GENERADOS:				$ 492.112.327

I.2. Pretensiones relativas a las cantidades de obra ejecutadas y no pagadas

754. El CIO expone el tema de pretensiones encaminadas a obtener el pago de obras que ejecutó en el marco del contrato y que no fueron solventadas en los distintos pagos que realizó EMGESA a lo largo de su ejecución. Mediante las pretensiones solicita que se declare: a) el haber sido ejecutadas las obras de un grupo de ítems contractuales por valor de COP $2.173.329.743; b) que no han sido pagadas; c) que ello

implica incumplimiento del contrato; d) que la reconviniente tiene derecho al pago de la obligación de las obras reclamadas según el listado expuesto en el hecho 31 de la demanda; e) que EMGESA no ha reconocido ni pagado el reajuste de precio de las obras realizadas previsto en la cláusula 2.14.5 de las BAE; f) que ello constituye incumplimiento de contrato; g) que así mismo EMGESA está obligada a pagar la suma correspondiente a los reajustes de precio convenidos en el contrato cuya cuantía asciende a COP $655.910.916. Que consecuentemente, se declare, h) la obligación de pagar al CIO el conjunto de los dos factores, es decir, la suma de COP $2.829.240.659; e, i) se condene a EMGESA al pago de tales débitos. Las pretensiones sobre cifras determinadas formulan la súplica alternativa de decidirlas con arreglo a la suma que se pruebe en el curso del proceso.

755. Estas pretensiones están acompañadas de ocho subsidiarias, así: siete de ellas declarativas sobre la ejecución por el Consorcio de las obras listadas en el hecho 31; el hecho del no pago de su valor por parte de EMGESA; el derecho al reconocimiento y pago de los reajustes de precio contemplados en el contrato CEQ-21; el no pago de este reajuste por parte de EMGESA; el enriquecimiento sin justa causa derivado por EMGESA del no pago; el empobrecimiento correlativo del CIO por el mismo hecho; la obligación consiguiente para la demandada en reconvención de solventar la suma de COP $2.829.240.659 *"por cantidades de obra ejecutadas y no reconocidas y el reajuste correspondiente sobre las mismas*". Una octava pretensión reclama la condena por la cantidad dicha.

756. Igual que con respecto del primer bloque de pretensiones tratado en el capítulo anterior (A. PRETENSIONES RELATIVAS LOS INTERESES MORATORIOS DERIVADOS DEL ADDENDUM No. 17), sobre las que ahora se estudian la demanda contempla como condenas consecuenciales comunes, a) al pago "... *de intereses moratorios según resulte aplicable, a la máxima tasa permitida por la ley sobre las que se profieran en favor del Consorcio" "...calculados desde la fecha en que sean o hayan sido exigibles, o la que el Tribunal considere, y hasta la fecha en que se profiera la decisión que ponga fin al proceso*", b) igualmente, sobre las condenas a partir del proferimiento del Laudo y hasta el pago efectivo.

757. Subsidiariamente a la primera pretensión común se propone: (i) la condena a intereses comerciales según resulte aplicable, sobre las obligaciones que se establezcan en favor del Consorcio, "*desde la fecha en que se hayan hecho exigibles hasta el proferimiento del fallo*", o, (ii) la actualización monetaria de la condena con arreglo al Índice de Precios al consumidor (IPC) o al índice "*que el Tribunal considere*", "*desde la fecha en que sean o se hayan hecho exigibles, o la que el Tribunal considere, y hasta le fecha en que se profiera la decisión que ponga fin al presente proceso*".

758. De la segunda pretensión común derivan también dos subsidiarias, a saber, la petición de condena al pago de intereses comerciales desde el pronunciamiento del Laudo hasta el pago efectivo, o a la actualización monetaria correspondiente al mismo lapso.

759. La materia litigiosa por esclarecer en esta parte del Laudo, circunscrita al reclamo de reconocimiento y pago de obras construidas y no solventadas, tiene como núcleo las estipulaciones del Contrato CEQ-21 en cuanto emanación de las cláusulas suyas que regulan el contrato de confección de obra material, a diferencia del primer conjunto de pretensiones que agota su alcance dentro de los límites de un contrato distinto, el de transacción. Este elemento constituye la matriz de los rasgos diferenciadores del litigio sub examine y de sus disimilitudes con el grupo de pretensiones vinculadas a la mora en el pago de obligación dineraria líquida que se estudió antes. En efecto, en este nuevo haz de peticiones se trata del cumplimiento del contrato básico, a diferencia del que ya se decidió, concerniente al rigor jurídico del contrato de transacción y solo a este.

760. Otro matiz singularizador radica en que, referido el primer bloque a una obligación de pagar suma de dinero preestablecida en todos sus aspectos de liquidez y exigibilidad, el que se estudia a partir de ahora tiene como objeto pretensiones de *accertamento* respecto al contenido jurídico y a la cuantía consiguiente, en su caso dentro de la ejecución de un contrato en función de las normas de este que les son aplicables. Una descripción aproximativa de las relaciones entre uno y otro conjunto de peticiones revela que a ellas las caracteriza una disparidad esencial de contenido.

El Tribunal considera:

761. En la inminencia de la liquidación del Contrato, a partir de abril de 2017 el CIO remitió a la propietaria de la obra 6 entregas de sendas listas de obras que sostuvo haber ejecutado a lo largo de la construcción de la represa y que, en su entender, no fueron incluidas en ninguno de los estados de pago formulados y ejecutados hasta el momento. Cada una de las comunicaciones (CIO/PHEQ-CEQ-21 9682 de 25 de abril de 2016, CIO/PHEQ-CEQ-21 9687 de 27 de abril de 2016, CIO/PHEQ-CEQ-21 9714 de 14 de mayo de 2016, CIO/PHEQ-CEQ-21 9725 de 25 de mayo de 2016, CIO/PHEQ-CEQ-21 9737 de 3 de junio de 2016, y CIO/PHEQ-CEQ-21 9769 de 22 de junio de 2016,) fue acompañada de "*los soportes de contabilidad de obra final de los ítems que se listan en el anexo*" que efectivamente indica el texto respectivo relacionados cada uno de ellos con rubros específicos del formato "*cuadro de estado final*", siempre con la misma manifestación de intención y el mismo sentido.

762. A partir de esas indicaciones, las partes en común, a lo largo de varios meses, efectuaron las revisiones correspondientes hasta llegar al resultado que el CIO condensó en la comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21- 9849 (8 de noviembre de 2016), en el cual se lee que los documentos anexos registran "... las *cantidades y soportes del Acta de Medición final No. 68*", resultado "... *de la revisión efectuada conjuntamente y finalizada el día jueves 3 de noviembre de 2016"*[175]*.* (Subraya el Tribunal)

La comunicación aludida acompaña al documento *titulado "CONCILIACIÓN DE CANTIDADES DE OBRA PARA ESTADO DE PAGO FINAL - CONTRATO CEQ - 21"*, consistente en un cuadro contenido en dos páginas, así:

CONSORCIO IMPREGILO-OHL

CONCILIACIÓN DE CANTIDADES DE OBRA PARA ESTADO DE PAGO FINAL- CONTRATO CEQ-21

emgesa

ITEM	DESCRIPCIÓN	UN	Cantidades conciliadas con revisión contabilidad de Obra final	Diferencias resultantes a regularizar en Estado de Pago Final (Positivas y Negativas)	PRECIOS UNITARIOS BASICOS EN $COP	MONTOS DIFERENCIAS BASICO	Montos Diferencias Reajuste Sep/16 (0,3018)	MONTOS DE DIFERENCIAS BASICO MAS REAJUSTE - Estado de Pago Final
1.1	Desmonte y limpieza	ha	2,33	0,73	4.822.128,09	3.520.153,51	1.062.382,33	4.582.535,83
1.2	Excavación de cortes de la vía en material común	m3	53.046,80	376,00	6.215,32	2.336.960,32	705.294,62	3.042.254,94
1.3	Excavación para estructuras y para tuberías en material común	m3	474,00	25,00	20.442,06	511.051,50	154.235,34	665.286,84
1.4	Terraplenes	m3	7.702,70	203,00	13.760,45	2.793.371,35	843.039,47	3.636.410,82
1.5	Relleno Tipo A para estructuras y para tuberías	m3	245,90	18,50	87.443,31	1.617.701,24	488.222,23	2.105.923,47
1.6	Afirmado	m3	6.802,00	357,00	89.290,37	31.876.662,09	9.620.376,62	41.497.038,71
1.7	Tubería en concreto reforzado de 0.90 m de diámetro para alcantarilla	m	201,20	10,00	694.060,96	6.940.609,60	2.094.675,98	9.035.285,58
1.9	Relleno Tipo B para filtros	m3	122,20	4,70	87.443,31	410.983,56	124.034,84	535.018,39
2.1	Manejo de aguas superficiales y subterráneas y desecación de fundaciones para la construcción de la presa, ataguía y demás estructuras de la obra.	S.G.	1,00	0,10	60.652.255,96	6.065.225,60	1.830.485,08	7.895.710,68
3.10	Suministro e instalación de Tubería Sanitaria PVC de diámetro 88mm (3")	m	482,30	(71,30)	19.700,55	(1.404.649,22)	(423.923,13)	(1.828.572,35)
4.21	Excavación para portales de las ventanas de construcción del túnel de desviación	m3	6.590,10	132,40	16.628,75	2.201.646,50	664.456,91	2.866.103,41
7.1	Pernos tipo A1 y barras de anclaje en excavaciones en corte abierto y en superficies naturales del terreno	m	43.726,50	696,00	45.260,02	31.500.973,92	9.506.993,93	41.007.967,85
7.2	Pernos tipo A1 y barras de anclaje en excavaciones subterráneas	m	37.151,30	40,00	68.969,08	2.758.763,20	832.594,73	3.591.357,93
10.1.8	En otras obras en corte abierto	m3	3.018,00	100,60	702.975,02	70.719.287,01	21.343.080,82	92.062.367,83
10.1.10	En portales de galerías de inyección y drenajes	m3	165,84	22,94	702.975,02	16.126.246,96	4.866.901,33	20.993.148,29
10.1.11	En portales de túnel de desviación y ventanas de construcción	m3	1.038,60	142,40	702.975,02	100.103.642,85	30.211.279,41	130.314.922,26
10.2.4	En la cámara de compuertas	m3	70,90	43,30	704.528,52	30.506.084,92	9.206.736,43	39.712.821,34
10.2.8	Concreto lanzado en túnel de desviación y ventanas de construcción	m3	1.682,90	72,00	409.467,78	29.481.680,16	8.897.571,07	38.379.251,23
10.3	Fibra metálica	kg	234.992,00	818,90	10.951,11	8.967.863,98	2.706.501,35	11.674.365,33
11.14	Tubería para revestimiento y drenaje: Tubería PVC para drenaje de 65 mm de diámetro en la superficie.	m	7.736,00	60,00	33.518,92	2.011.135,20	606.960,60	2.618.095,80
11.15	Conexiones para inyecciones desde la superficie	un	1.722,00	(41,00)	134.628,60	(5.519.772,60)	(1.665.867,37)	(7.185.639,97)
11.16	Conexiones para inyecciones desde obras subterráneas.	un	858,00	41,00	158.642,40	6.504.338,40	1.963.009,33	8.467.347,73
11.22	Tubería para revestimiento y drenaje: Tubería PVC para drenaje de 65 mm de diámetro en excavaciones subterráneas	m	14.287,20	66,00	33.518,92	2.212.248,72	667.656,66	2.879.905,38
12.16	Relleno compactado para la Zona 4 (Rip-Ra) del dique auxiliar y protección del talón de aguas debajo de la presa.	m3	48.564,60	225,60	14.499,25	3.271.030,80	987.197,10	4.258.227,90
13.7.1	Concreto clase K para la estructura de descarga y entrega al río a la salida de la casa de máquinas	m3	5.864,50	91,60	830.317,38	76.057.072,01	22.954.024,33	99.011.096,34
13.8.4	Concreto clase K para los muros perimetrales e interiores por encima de la El. 571,20 en las zonas de unidades.	m3	3.710,10	81,70	592.259,24	48.387.579,91	14.603.371,62	62.990.951,52
13.8.5	Concreto clase L para las columnas internas entre las El. 562,96 y la EL. 592,40.	m3	220,23	7,93	908.477,37	7.204.225,54	2.174.235,27	9.378.460,81

175 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 20 122485 PRUEBAS 1 PRUEBAS REFORMA RECONVENCION FOLIO 143. 11. Comunicación CIO-PHEQ-CEQ-21-9849 del 8 de noviembre de 2016.

CONSORCIO IMPREGILO-OHL

CONCILIACIÓN DE CANTIDADES DE OBRA PARA ESTADO DE PAGO FINAL-
CONTRATO CEQ-21

emgesa

ITEM	DESCRIPCIÓN	UN	Cantidades conciliadas con revisión contabilidad de Obra final	Diferencias resultantes a regularizar en Estado de Pago Final (Positivas y Negativas)	PRECIOS UNITARIOS BASICOS EN $COP	MONTOS DIFERENCIAS BASICO	Montos Diferencias Reajuste Sep/16 (0,3018)	MONTOS DE DIFERENCIAS BASICO MAS REAJUSTE - Estado de Pago Final
13.8.6	Concreto clase L para las vigas y las losas aéreas en las elevaciones 580,40; 586,40 y 592,40 y los fosos de recolección de aceite bajo los transformadores.	m3	4.247,50	218,80	1.001.644,18	219.959.417,75	66.361.952,26	286.041.370,02
13.8.11	Concreto clase E para las tapas removibles	m3	12,50	1,30	899.897,47	1.169.866,71	353.065,77	1.522.932,48
13.8.16	Concreto clase L para el Box Coulvert de comunicación entre la zona de unidades y el edificio de control	m3	185,93	24,43	1.224.390,83	29.911.867,58	9.027.401,75	38.939.269,33
13.11.5	Concreto clase K para la cimentación de los cerramientos en malla eslabonada y para los sardineles de la caseta de vigilancia	m3	37,10	5,90	860.265,91	5.016.509,87	1.513.982,68	6.530.492,55
13.11.8	Concreto clase K para muros y alcantarillas	m3	725,75	9,15	465.184,82	4.256.441,10	1.284.593,92	5.541.035,03
13.12.4	Concreto con mortero autonivelante sin contracción tipo Sikagrout de Sika o similar	m3	0,94	0,07	5.103.673,67	345.532,25	104.281,63	449.813,88
13.12.10.1	Sikaflex 1A o similar	kg	202,92	66,32	75.137,29	4.983.105,07	1.503.901,11	6.487.006,18
13.12.14.1	Icopor	dm3	10.998,30	4.662,40	655,96	3.012.430,70	909.151,59	3.921.582,29
13.12.19	Mezcla de arena asfáltica	m3	45,03	11,50	748.747,23	8.587.593,15	2.591.735,61	11.179.328,76
15.1 (ii)	Acero de refuerzo Grado 60 - fy=420 MPa	kg	15.946.957,85	384.469,50	2.466,05	868.800.257,08	271.257.917,59	1.170.058.174,67
15.5.1	Malla electrosoldada Q2 de Concremalla o similar	m2	99.521,40	229,00	7.742,05	1.772.929,45	535.070,11	2.307.999,56
16.1.5	Medidores de desplazamiento a través de juntas en la cara de la presa	un	44,00	16,00	3.629.338,55	58.069.416,80	17.526.549,99	75.594.766,79
16.2.14	Software para tratamiento de datos	un	1,00	1,00	7.454.247,67	7.454.247,67	2.249.691,95	9.703.939,62
16.2.15	Software Servidor (S.O, Office, Antivirus)	un	1,00	1,00	8.597.583,34	8.597.583,34	2.594.750,65	11.192.333,99
16.2	Rejillas	kg	14.604,00	1.493,20	16.661,23	24.878.548,64	7.508.345,98	32.386.894,61
16.3	Escaleras metálicas	kg	23.090,54	303,30	18.743,89	5.685.021,84	1.715.739,59	7.400.761,43
16.6	Barandas metálicas	kg	13.365,60	234,40	18.743,89	4.393.557,82	1.326.978,77	5.719.546,58
16.8	Tapas metálicas miscelaneas	kg	42.551,70	2.540,70	20.828,55	52.914.015,59	15.969.449,90	68.883.465,49
16.9	Elementos metálicos misceláneos no embebidos	kg	29.038,74	267,90	16.661,23	4.463.543,62	1.347.097,43	5.810.640,95
16.11	Malla eslabonada para cerramientos	m2	558,73	180,33	22.909,21	4.131.217,84	1.246.801,54	5.378.019,38
16.12	Tubos galvanizados para postes de cerramientos	m	518,90	154,00	27.074,51	4.169.474,54	1.258.347,42	5.427.821,96
16.14	Alambre de púas para cerramientos	m	701,79	255,00	35.405,13	9.031.484,61	2.725.705,07	11.757.189,68
18.16.1	Tubería de acero de calidad ASTM A-53, Grado A o B, con sus accesorios de calidad ASTM A-234	kg	9.397,00	205,70	18.743,89	3.855.618,17	1.163.625,58	5.019.243,74
20.3.10	Piso en concreto endurecido	m2	338,33	263,13	81.803,07	23.978.933,91	7.236.842,26	31.215.776,16
20.7.7	Ventanas en aluminio natural y vidrio de 6 mm	m2	944,40	64,90	256.850,01	16.668.565,65	5.030.874,91	21.700.440,56
20.7.9	Rejillas en aluminio natural	m2	488,00	10,20	163.503,96	1.667.740,39	503.324,05	2.171.064,44
23.8.5	Repuestos generales para el Sistema de Iluminación y tomas	S.G.	1,00	1,00	29.391.684,40	29.391.684,40	8.870.410,35	38.262.094,75
33.11	Remoción Ataguia	GI	1,00	1,00	250.000.000,00	250.000.000,00	75.450.000,00	325.450.000,00
					TOTALES	2.173.329.743	655.910.916	2.829.240.659

763. El listado de Conciliación, indica entonces, que la operación de cálculo, cumplida por ambas partes según la afirmación del CIO, reveló como valor de las obras debidas la suma de COP $2.173.329.943, y la de COP $655.910.916, en concepto de re-ajuste del precio de ellas aplicándoles el factor 0,3018. A la agregación de ambos conjuntos el cuadro indica la cantidad de COP $2.829.240.659 como total de las cifras individuales consignadas en la columna 8 bajo la denominación *"MONTOS DE DIFERENCIAS BASICO MAS REAJUSTE - Estado de Pago Final"*.

764. Es lo cierto que, como aporte a los cálculos y operaciones necesarias para la liquidación del contrato o fijación del estado final de su desarrollo, y con destino a ella, el CIO sometió a la consideración de su contraparte contractual un conjunto de obras pendiente de reconocimiento y pago, enderezando sus revelaciones a la inclusión de las obras y su precio dentro del Acta Final. Ese es el sentido que, con arreglo a las expresiones que utilizó, tuvieron los listados remitidos a EMGESA y, como también se desprende de la última comunicación citada, sus indicaciones fueron motivo de estudio y discusión bilateral entre las partes contratantes.

765. El 10 de febrero de 2017 la comunicación CIO/PHEQ-CEQ-9875 del Consorcio remite a EMGESA el Acta de Medición No. 68 "*la cual contempla las cantidades aprobadas por Emgesa*" [176]. El remitente anexó el documento denominado Acta de Avance de Obra (2 páginas) firmado por Francesco Stopponi Apoderado único - Representante Consorcio Impregilo - OHL.

766. El acuerdo de voluntades perseguido por las partes dentro del empeño común de liquidar el contrato mediante lo que pretendió ser el Acta No. 68 (en realidad No. 69 según las informaciones del testigo Leonardo Augusto Niño) no tuvo el desenlace que ellas se propusieron. Después del envío a EMGESA de los documentos en comentario, esta entidad formuló para su contraparte el borrador de *Addendum* No. 18 enderezado a recoger la convención liquidatoria del contrato. Su efecto empero, contrariando el propósito de la remitente, suscitó desacuerdo sobre otro aspecto de la ejecución del contrato, originado por el reclamo de EMGESA, incluido en el texto, de un reconocimiento económico por *"Variaciones Importantes en las Cantidades de Obra"*, que a la postre impidió la decantación del consenso.

767. Así pues el desacuerdo se materializó en el proyecto de *Addendum* No. 18 remitido al CIO con la comunicación CEQ-21-JDI-CTA 8817 del 9 febrero de 2017[177]. El texto pone de presente, tanto el hecho de los cálculos logrados con anterioridad –sobre cantidades de obra no pagadas–, como el planteamiento, por parte de EMGESA de un nuevo factor para el cierre de la liquidación, a saber, la suma de COP $4.759.943.171 reclamada en su favor a título de reconocimiento de Variación Importante en las Cantidades de Obra. Dice la nota remisoria, en lo pertinente**:**

> "*EMGESA, hace entrega del Addendum No. 18 al Contrato CEQ-21, mediante el cual las partes realizamos el cierre económico del contrato CEQ-21. Dicho Addendum realiza un balance total de todos los eventos de pago ocurridos en el Contrato incluyendo los valores correspondientes al Estado de Pago Final del Contrato debidamente conciliado entre las partes.*
>
> *De igual forma, y en cumplimiento del procedimiento establecido en la Cláusula 6.2.3.3 de las Bases Administrativas Generales del Contrato, se incluye en el Addendum No. 18 el cálculo de la Variación Importante de Cantidades de Obra (VICO).*

176 EXPEDIENTE DIGITAL. 02. PRUEBAS. 20 122485 PRUEBAS 1 PRUEBAS REFORMA RECONVENCION FOLIO 143. 12. Comunicación CIO-PHEQ-CEQ-21-9875 del 10 de febrero de 2017, junto con sus anexos.

177 EXPEDIENTE DIGITAL. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 18. Borrador del Addendum No. 18. Recibida por el CIO el 15 de febrero de 2017.

Anexamos a la presente dos ejemplares del documento de idéntico tenor literal junto con sus anexos para que nos lo remita firmado por su Representante Legal, en el menor tiempo posible."

768. El disentimiento al respecto se evidencia en la parte final de la comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21-9882 enviada a EMGESA el día 24 de febrero de 2017, que dice:

> "*Acorde con lo anterior, adjunto a la presente les devolvemos los dos ejemplares del Addendum No. 18, para que procedan a su corrección eliminando todo lo referente al tema VICO, que repetimos fue finiquitado con el Addendum No. 17 e incorporado los montos de reajuste e intereses antes citados*". [178]

769. Es indispensable despejar la inquietud sobre los alcances del fracaso del proyectado convenio liquidatorio, pues, si bien salta a la vista que las partes no consiguieron al respecto una transacción similar a cualquiera de las que consignaron en las *Adendda* precedentes hasta el No. 17, no se sigue de ahí que los estudios cumplidos en común hayan sido estériles. Convenio ciertamente no hubo, pero los hechos y conductas cumplidos por las partes en su búsqueda no pueden considerarse carentes de valor o privados de consecuencias. Son hechos dotados de sentido y alcance jurídico en el mérito que les corresponda, particularmente en la perspectiva de la buena fe que es de suponer animó la conducta de las partes durante la ejecución del contrato, así como respecto de la importancia que los comportamientos jurídicamente relevantes adquieren en la misma.

770. A juicio del Tribunal no es dable entender (hecho 48 de la demanda de reconvención reformada) como indicio de aceptación por parte de EMGESA de la suma que se le reclamó por obras no pagadas el hecho de haber esta solicitado (en la contestación a la demanda inicial de reconvención) tener como prueba el borrador del *Addendum* No. 18. Ello por la simple y poderosa razón de que es imposible atribuir un alcance determinado a esa petición de EMGESA cuyo propósito, es decir, lo que pretendía probar, no se hizo explícito de manera alguna.

771. Lo que sí es contundente a juicio del Tribunal como prueba del hecho de la solicitud de reconocimiento de las cantidades de obra que fueron su materia y del valor que los estudios de las partes les asignaron, es el documento, –borrador de *Addendum* No. 18 suscrito por el representante de EMGESA, y enviado como antes se dijo–, dentro de cuyo contenido incluyó como créditos a favor suyo unas Variaciones Importantes de Cantidades de Obra, al tiempo que recogió de manera inequívoca las

178 EXPEDIENTE DIGITAL. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 15. Comunicación No. CIO-PHEQ-CEQ-21-9882 enviada por el Consorcio a Emgesa.

cifras correspondientes a las obras que el CIO venía reclamando. La explícita consideración de estas en la cantidad de unidades y en el monto de su precio, según la estimación del Tribunal, evidencia que EMGESA había ya evaluado, en conjunto con su contraparte, el alcance de la reclamación del CIO y había llegado a la conclusión de que era válida. Está claro que la suscripción de su propuesta de *Addendum* No. 18 por parte de EMGESA, para nada implica manifestación de voluntad capaz de completar el consenso sobre la liquidación del contrato que era su objetivo, pero sí despeja toda duda acerca de su conocimiento sobre el alcance económico de la reclamación del CIO. Ese carácter que tiene la prueba documental de contenido declarativo, amparado por una presunción de autenticidad y veracidad en tanto no ha sido tachado de falso ni desconocido por la parte contraria hace valer como prueba lo que no pudo alcanzar la condición de acuerdo de voluntades.

772. De modo que respecto al valor de las obras reclamadas por el CIO en razón de no haber sido pagadas con anterioridad, documentos elaborados por una y otra parte separadamente, remitidos a la contraparte respectiva mediante misivas suscrita cada una por su correspondiente representante, a saber, la *"CONCILIACIÓN DE CANTIDADES DE OBRA PARA ESTADO DE PAGO FINAL - CONTRATO CEQ -21"* (CIO/PHEQ-CEQ-21-9849 del 8 de noviembre de 2016 firmada por Francesco Stopponi) de un lado, y el borrador de *Addendum* No. 18 (comunicación CEQ-21-JDI-CTA-8817 del 9 de febrero de 2017 firmada por Luis Salvador Bustamante Pineda) coinciden en señalar la misma cifra como precio conjunto de las obras no pagadas, indicando como tal la suma de COP $2.173.329.743. Es decir que ambos contratantes, cada uno en su momento, y a través de escrito de su autoría, atribuyeron al factor de reclamo el mismo monto, lo cual configura plena prueba del hecho, aparte de conllevar además la connotación de hacer valederas las afirmaciones de la entidad reclamante acerca de haber sido objeto de estudio en común.

773. Siendo concluyente el sentido de los documentos cruzados entre las partes, el Tribunal relieva que también recoge el expediente del proceso prueba testimonial que confirma la existencia de las cantidades de obra que el CIO indicó como no pagadas. En declaración rendida dentro de la audiencia que se celebró el 18 de mayo de 2022 el Ingeniero Leonardo Augusto Niño Garzón depuso sobre el tema.

Preguntado por el Presidente del Tribunal sobre el *Addendum* No. 18, expuso:

> "*Sí, señor. Sí, conocíamos un proyectado addendum 18 que, precisamente quería cerrar ya el balance del contrato y cerrar todo el tema. Y, entiendo que en este Addendum 18 no fue de aceptación por parte del CIO, entiendo, básicamente, que la divergencia provino de nuestra postura de cobrar las VICO que, ellos entiendo*

habían interpretado, por alguna razón que, no deberían ir; en este punto, pues digamos, yo hablo un poco por los documentos que veo, que tengo a la mano un poco de que, en ningún documento, digamos contractual yo veo que hubiera sido acordado por parte de ENEL no reconocer las VICO, como ellos lo expresan en algunas partes.

"(…)

"Ese acuerdo consistía, básicamente en que, tanto ellos como nosotros habíamos barrido todo el contrato, todos los ítems del contrato y habíamos estado de acuerdo en qué cantidades, de pronto no se habían reconocido, había que ajustar y, habíamos llegado a un valor que, estábamos de acuerdo las partes por lo que respecta a las obras, al balance de todo el contrato y a obras que de pronto, no se les habían pagado y estaban ahí pendientes de esa cantidad. Entonces, estaba yo atento a que eso se finiquitara para tramitarlo, pero el ejercicio de las VICO fue el que, entiendo hizo que el CIO no firmara el addendum 18."

774. Acerca de las cantidades de obras no pagadas lo interrogó el apoderado del CIO**:**

"*Dr Mutis: Gracias, ingeniero. Si lo recuerda usted, por favor, podría ilustrar al tribunal sobre qué era el estado de pago final?"*

Y esta fue su respuesta:

"SR. NIÑO: [02:10:04] El estado de pago final, bueno, ahora me suena un poco, me suena la expresión, yo recuerdo el acta de cierre, pero digamos, el estado de pago final, lo asocio a esta acta de cierre, era el acta que como digo, alcancé a proyectar, digamos, donde las cantidades finales ejecutadas de toda la obra habían quedado acordadas entre las partes y donde el tema de las Vico, pues se entraba a jugar el papel de cierre también, porque nosotros las estábamos incorporando en ese ejercicio. Entonces, en lo que tiene que ver con las obras ejecutadas, estábamos totalmente de acuerdo con el CIO y esa valoración, digamos, estamos ellos y nosotros de acuerdo, en lo que ellos no estuvieron de acuerdo fue en la aplicación de las Vico que nosotros quisimos entonces, incorporar también en ese momento."

775. También la representante de Segurexpo demandó información sobre el tema:

"DRA. HERNÁNDEZ: [02:26:02] Y el valor de ese acta, qué valor le arrojaba ese acta 69?

"SR. NIÑO: [02:26:08] Bueno, creo que la carta que mostraron hace un momentico incluía los reajustes, porque como he mencionado, cada estado de pago fue objeto

de reajuste. Entonces, de pronto acá yo tenía el valor sin reajuste, pero había que sumarle y es el valor que estaba informado allí.

"DRA. HERNÁNDEZ: [02:26:28] Ese valor era el valor de las obras a favor del CIO?

"SR. NIÑO: [02:26:33] Sí, que estaban pendientes de reconocimiento porque, pues porque el balance daba que así era, o sea, no se los habíamos reconocido por a o b motivo, sí? Las habían ejecutado y pues simplemente estaban para reconocer en esa acta 69 y de cierre."

776. Este testimonio, calificado por la estrecha relación del testigo con la materia sobre la que depuso, avala la convicción de que las solicitudes de pago de obras no solventadas hasta entonces fue reconocida por EMGESA en sus dos extremos, la determinación de la cantidad de obras objeto de reclamo y el precio que las partes establecieron como propio de ellas, confirmando lo que indica el borrador del *Addendum* No. 18, que, como propuesta suya, EMGESA envió a la reconviniente el día 9 de febrero de 2017.

777. Es un hecho suficientemente acreditado que la exigencia de EMGESA en torno al crédito que existiría en su favor en razón de las Variaciones Importantes en las Cantidades de Obra dispersó a las partes y las retrajo de la celebración de la convención liquidatoria, tal como se refleja en su respuesta al envío del borrador de *Addendum* No. 18.

778. EMGESA omitió toda referencia al asunto en su correspondencia ulterior, lo que condujo al CIO a repetir su exhortación mediante la comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21-9900 del 19 de octubre de 2017:

"*Nos referimos al Addendum No. 18, relativo al cierre del contrato, cuyo borrador fue objeto de los comentarios intercambiados con las cartas en asunto, la última de las cuales es nuestra CIO/PHEQ/CEQ-9887 de fecha 27 de marzo de 2017.*

"Con dicha carta, cuya copia para facilidad de la referencia adjuntamos a la presente, este Consorcio aclaraba y argumentaba todos los puntos que eran objetos de discusión y en consecuencia solicitaba a EMGESA que una vez practicadas las correcciones del caso volviera a remitir el addendum en asunto.

"A pesar de la urgencia señalada, hasta el presente EMGESA no ha vuelto a remitirnos el citado Addendum para la firma, ni ha procedido a convocarnos para comentarlos o a escribir sobre el mismo. Simplemente lo ha dejado de lado.

"(...)

"Una vez más les solicitamos poner fin a este asunto corrigiendo el texto del Addendum No. 18 como corresponde y remitiéndonoslo o convocándonos para la firma, para así proceder al pago de las sumas involucradas con la máxima urgencia." [179]

779. Así quedó planteada la situación hasta la promoción del presente litigio. No hay constancia de que en el entretanto el CIO hubiera dirigido a su contraparte otras excitaciones sobre las obras ejecutadas y no pagadas, ni, desde luego, respuestas de EMGESA. La copiosa correspondencia que medió entre la devolución del borrador del *Addendum* No. 18 y la última exhortación a que acaba de referirse el Tribunal, se contrae a la discusión de las dos partes sobre otros temas económicos, vinculados a las facturas Nos. 2411, 2412 y 2413 y al intercambio de réplicas acerca de la procedencia o no del cobro de VICO por EMGESA.

780. Así pues, el *Addendum* No. 18 no llegó a suscribirse pero tampoco las partes manifestaron expresa voluntad de desistir definitivamente del acto liquidatorio que quisieron celebrar. El haberlo "*simplemente dejado de lado*" sin explícita declaración de la intención de renunciar a decantarlo constituye probablemente la razón por la cual no se acudió a ninguna de las vías ofrecidas por el contrato para la tramitación entre las partes de sus diferencias insolutas, a saber, i) la presentación de factura de los créditos discutidos con anterioridad por la cantidad y el precio de las obras y sus reajustes, o, ii) lo que parecería más plausible, la proposición de un "reclamo" en los términos que contempla la cláusula 9.1 de las BAG.

781. No revela el expediente del proceso huella alguna de que el CIO haya acudido a ninguno de los dos procedimientos: ni concretó el crédito ya discutido y evaluado como obligación singular de EMGESA a través de la formulación de factura, ni tampoco apeló al trámite de formalización del reclamo ritual dentro de los 14 días siguientes al abandono por ambas partes del camino emprendido infructuosamente por ellas para la liquidación del contrato.

782. Su opción fue nítida en el sentido de acogerse a la solución señalada en la "cláusula compromisoria", la Décima Quinta del Convenio de Formalización, que preconiza la dilucidación de controversias mediante un trámite potestativo de arreglo directo que, adelantado sin éxito por las partes o evadido por el rehusamiento de una de ellas al término de 30 días desde la proposición por la otra, desemboca en el terreno del proceso arbitral.

179 EXPEDIENTE DIGITAL. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 16. Comunicación No. CIO-PHEQ-CEQ-21-9990 enviada por el Consorcio a Emgesa.

783. El Tribunal recapitula lo dicho hasta aquí en los siguientes términos, recordando los extremos del estado de la cuestión: (i) la prueba respecto a la existencia de las obras ejecutadas y no pagadas sobre las que el CIO alertó a su contraparte es concluyente y completa en virtud de los reconocimientos unilaterales hechos por cada una de las partes en sendas comunicaciones; (ii) el valor conjunto de esas obras, según indican las mismas pruebas es de COP $2.173.329.743; (iii) EMGESA no pagó esa cantidad ni ninguna otra al mismo título; (iv) las partes no lograron liquidar el contrato convencionalmente, dejando irresolutas varias cuestiones, entre ellas las expectativas del CIO sobre el reconocimiento y pago del precio de obras ejecutadas y no pagadas.

784. El Tribunal puntualiza lo anterior para poner en relieve que la exigibilidad del crédito reclamado por el CIO, en caso de reconocimiento, se fundaría en la prosperidad de la pretensión, lo que equivale a que en tal hipótesis su fuente sería el Laudo, del cual surge el esclarecimiento de este. De allí la inviabilidad de que la eventual condena desemboque en el reconocimiento de intereses de cualquier tipo.

785. Llegados los análisis del Tribunal a este punto es de rigor ocuparse en despejar la inquietud que suscitan estos planteamientos en vista de los consignados en otro lugar del Laudo a propósito de la eficacia de la transacción respecto de las VICO que reclamó EMGESA, y su eventual impacto en la regularidad del proceso en cuanto hace a las pretensiones de que se viene hablando. Ello es que, tomadas en consideración, las reflexiones que sobre ese tema expuso el Tribunal en su momento, aparece en el plano lógico la cuestión de si también respecto de las reclamaciones del CIO de obras ejecutadas y no pagadas la prosecución de la controversia ante el orden jurisdiccional devino imposible como efecto de la transacción que las partes celebraron mediante el *Addendum* No. 17.

786. La pregunta inevitable es: ¿ocurrió respecto al reclamo de obras construidas y no pagadas el mismo efecto de la misma fuente que inhibe el acceso a la jurisdicción por parte de EMGESA para debatir lo relativo a las VICO?.

787. A propósito registra el Tribunal semejanzas palmarias entre ambas situaciones, que llegan a constituir una cierta simetría entre ellas. Ello es que las VICO como las obras no pagadas fueron materia de discusión entre las partes en un período inmediatamente precedente a la fecha de solemnización del contrato de transacción (*Addendum* No. 17 suscrito el 5 de enero de 2017). Quiere ello decir que cuando este se redujo a escrito, las partes, de tiempo atrás, venían discutiendo sobre sus respectivos intereses vinculados tanto a las obras no pagadas al CIO como a las Variaciones Importantes en las Cantidades de Obra alegadas por EMGESA, y que, desde luego, las exigencias recíprocas existían para la fecha que las partes señalaron como límite

del efecto liberatorio o preclusivo de la transacción, en cuya virtud fue fijado el mojón temporal de las pretensiones y disputas que habría de cobijar el *Addendum*, a saber, el 31 de octubre de 2016.

788. Empero los hechos son como se recordaron atrás: el 25 de abril de 2016, CIO inició la serie de entregas de "… *los soportes de la contabilidad de obra final de los ítems que se listan en anexo, para vuestro control y aprobación*." (comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21-9682). Se trataba de información a EMGESA de ajustes en la cantidad de obra ejecutada, con destino al "… *proceso de cierre y liquidación del Contrato CEQ-21*…". A lo largo de los meses fue poniendo en manos de su contraparte cuadros del mismo tenor relativos cada vez a un grupo de ítems, hasta completar la revisión del total de ellos en la comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21-9849 del día 8 de noviembre de 2016. El Tribunal recuerda su texto:

> "*Como parte del proceso de cierre y liquidación del contrato CEQ-21, en anexo presentamos para conformidad, las cantidades y soportes del Acta de Medición Final No. 68, que son el resultado de la revisión efectuada conjuntamente y finalizada el día Jueves 03 de Noviembre 2016.*"

789. Los desenvolvimientos posteriores fueron descritos por el Tribunal en párrafos precedentes. Lo que aquí importa señalar es que, mientras discutían lo relativo a la materia con miras a la suscripción del acta final de cierre y liquidación que habría sido contenido del *Addendum* No. 18, las partes pactaron efectivamente el *Addendum* No. 17 (5 de enero de 2017) cuyo resultado fue despejar las reclamaciones mutuas por fenómenos contractuales cumplidos hasta el 31 de octubre anterior.

790. Este último es el fundamento de la resistencia del Consorcio al reclamo de las VICO después de suscrito el *Addendum* No. 17. Entre las muchas manifestaciones suyas al respecto, basta tener presentes las que se transcriben a continuación, tomadas del texto definitivo de la demanda de reconvención en que figuran como "hechos":

> "*56. No obstante, tal como el Consorcio lo advirtió en reiteradas ocasiones, dichos montos por VICO no podían incluirse como parte del ajuste de precio para el cierre del Contrato en la medida en que este fue uno de los principales asuntos discutidos en las negociaciones que condujeron a la firma del Addendum No. 17 y por tanto se encontraban transados.* (Subraya el Tribunal).
>
> *"57. El hecho de que Emgesa nunca pusiera en discusión un reajuste por concepto de VICO, en las mesas de trabajo entabladas por las Partes para la negociación del*

cierre económico del Contrato, es una prueba de que la Convocada en Reconvención era consciente de que dicho asunto había sido transado con la firma del Addendum No. 17."

791. Repercuten en esas expresiones las que consignó en su momento en la comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21-9882 del 24 de febrero:

"*Acusamos recibo de su comunicación en asunto, con la cual nos remiten para la firma el Addendum No. 18 relativo el Estado de Pago Final del Contrato.*

"Al respecto, como ya tuvimos oportunidad de manifestarles en reuniones mantenidas y también por correo electrónico, les reiteramos nuestro desacuerdo con la inclusión en este Addendum de una supuesta suma a favor de Emgesa, por concepto de VICO (Variación importante de Cantidades de Obra).

"En efecto, como Ustedes muy bien saben, el tema de las VICO fue uno de los principales asuntos discutidos en las negociaciones que condujeron a la firma del Addendum No. 17, tema que por tanto fue transado con el mismo Addendum y para el cual las partes se otorgaron mutuo finiquito. (Ver Artículo TERCERO: "ALCANCE DE LOS ACUERDOS", Apartado ´e`: "FINIQUITO" del Addendum No. 17.)" [180] (Subraya el Tribunal).

792. En el mismo sentido el numeral 1 de la comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21-9887 dijo el 27 de marzo de 2017:

"*Lo atinente a la Variación Importante de Cantidades de Obra - VICO, como ustedes bien saben y como se los hemos reiterado con nuestra carta No. CIO/PHEQ-CEQ-21-9882, el mismo fue objeto de negociación y posterior transacción mediante el Addendum No. 17. De hecho, los representantes de Emgesa que participaron en esas negociaciones, no solo tienen conocimiento de esa transacción, sino que la reconocen*." [181]

793. La consonancia de estas manifestaciones pone de presente que el CIO consideró resueltos en el *Addendum* No.17 los interrogantes relativos a las VICO indicadas por EMGESA, por haber sido materia de discusión en la etapa que precedió a la suscripción del mismo, sin que para ello fuera obstáculo la ausencia de mención de ese tema en el texto que suscribieron los contrayentes.

180 EXPEDIENTE DIGITAL. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 15. Comunicación No. CIO-PHEQ-CEQ-21-9882 enviada por el Consorcio a Emgesa.

181 EXPEDIENTE DIGITAL. 03 122485 PRUEBAS No. 1 PBS RECONVENCIÓN IMPREGILO - OHL - FOLIO 3. 8. Comunicación No. CIO-PHEQ-CEQ-21-09887 enviada por el Consorcio a Emgesa.

794. La respuesta al interrogante que guía estas reflexiones del Tribunal se colige de los largos análisis que en su momento hizo el Laudo sobre los alcances del *Addendum* No. 17 y sobre la distribución de extinciones obligacionales entre las partes. Recuérdense las reflexiones expresadas en su momento sobre la manera sensiblemente divergente con que el *Addendum* aborda y resuelve las reclamaciones pendientes de una y otra parte. Tan extensas y minuciosas consideraciones no pueden ser repetidas aquí, pero deben ser tomadas en consideración según quedaron consignadas en los numerales relativos al estudio de la excepción de cosa juzgada opuesta por las convocadas en torno a las obligaciones de garantía asumidas por ellas en beneficio de EMGESA.

795. Brevemente rememora el Tribunal que es característica de la textualidad del *Addendum* No. 17, vale decir del contrato de transacción, el diferente tratamiento que da a las posiciones jurídicas de EMGESA y del CIO mediante las expresiones que usa a su respecto: según quedó claro, el documento alude de modo genérico a las reclamaciones por VICO que quedan extinguidas, sin individualizarlas ni enunciarlas una a una, sino comprendiéndolas en expresiones que las engloban, mientras que respecto a las pretensiones del CIO que se incluyen en el efecto extintivo de la transacción, se las individualiza y determina con absoluta precisión indicándolas por su objeto en los anexos 1 y 2 del *Addendum*. De modo que por voluntad de las partes lo que en estos falte falta en la transacción, o, mejor dicho, solo lo que forma parte de ese listado se entiende alcanzado por esta en lo que concierne a reclamaciones del CIO.

796. El Tribunal tiene presentes los dos listados**:**

Anexo 1:

ANEXO No.1 - NOCs y Trabajos por Admon Presentados por el CIO

Contrato: CEQ-21

Item	Tipo Docum.	Descripción	PRESENTADO POR EL CIO							
			Costo Directo	Admon (A)	Imprevistos (I)	Utilidad (U)	Subtotal	Valor Reajuste	Valor Interes Bancario (Al 31.08.16)	TOTAL
AP-40.1	NOC-10	Perforación, suministro e instalación en alturas de extensómetros de posición múltiple en la etapa 1 de las excavaciones de la Casa de Máquinas	$ 54.328.736	$ 17.251.167	$ 271.644	$ 2.173.149	$ 74.024.696	$ 6.329.112	$ 71.019.240	$ 151.373.047
AP-40.2	NOC-25	Paralización de los trabajos de perforación de la cortina de inyecciones profundas en el Dique Auxiliar.	$ 345.107.343	$ 109.582.970	$ 1.725.537	$ -	$ 456.415.850	$ 42.035.900	$ 404.499.964	$ 902.951.714
AP-40.3	NOC-48	Concreto dental clase "n "utilizado para el relleno de carcavas encontradas en el plinto izquierdo entre los tramos pi-6 y pi-7	$ 479.020.821	$ 152.104.918	$ 2.395.104	$ 19.160.833	$ 652.681.676	$ 66.899.872	$ 480.297.497	$ 1.199.879.044
AP-40.4	NOC-52	Paralización de las obras en los túneles de carga por cambio en el diseño de armadura de los tubos 3 y 4	$ 352.069.017	$ 111.793.531	$ 1.760.345	$ 14.082.761	$ 479.705.654	$ 70.660.643	$ 228.371.437	$ 778.737.734
AP-40.5	NOC-60	Paralización de los frentes de explotación de material y baja de rendimiento de las obras como consecuencia del bloqueo de la vía nacional en el sector del puente paso el colegio por comunidades indígenas del 13 y 14 de Octubre 2013	$ 118.140.968	$ 37.513.656	$ 590.705	$ -	$ 156.245.329	$ 17.608.849	$ 103.469.120	$ 277.323.298
AP-40.6	NOC-64	Instalación de pernos con construcción de bulbo de anclaje a modo de inyección de barrenos para la cortina profunda. Plinto Izquierdo	$ 14.847.375	$ 4.714.532	$ 74.237	$ 593.895	$ 20.230.039	$ 2.637.997	$ 11.142.755	$ 34.010.792
AP-40.7	NOC-66	Perforación de drenajes en el recinto de transformadores	$ 8.693.214	$ 2.760.382	$ 43.466	$ 347.729	$ 11.844.791	$ 1.544.561	$ 6.524.140	$ 19.913.492
AP-40.8	NOC-67	Obras extraordinarias de mitigación de daños y posterior protección de taludes y plataformas (margen derecha del portal de salida del túnel de desvío) por elevación del nivel del río magdalena, generadas por lluvias excepcionales aguas arriba de la zona de las obras.	$ 202.942.621	$ 63.370.092	$ 990.099	$ 7.920.790	$ 275.223.602	$ 35.889.158	$ 151.593.840	$ 462.706.600
AP-40.9	NOC-69	Acabados arquitectónicos del edificio de control	$ 534.455.920	$ 169.707.392	$ 2.672.280	$ 21.378.237	$ 728.213.829	$ 96.051.404	$ 386.976.042	$ 1.211.241.275
AP-40.10	NOC-70	Fabricación y suministro de soportes para tuberías de casa de máquinas.	$ 9.613.817	$ 1.115.203	$ -	$ -	$ 10.729.020	$ 2.786.326	$ 2.683.885	$ 16.199.232
AP-40.11	NOC-71	Obras extraordinarias de corte de acero, soldadura de refuerzo y ejecución de concreto de segunda etapa en los recintos de los servomotores.	$ 52.913.042	$ 16.801.637	$ 264.565	$ 2.116.522	$ 72.095.766	$ 9.509.432	$ 38.312.008	$ 119.917.206
AP-40.12	NOC-72	Trabajos adicionales generados por el cambio de diseño de la estructura de la Casa de Máquinas	$ 126.015.127	$ 40.013.961	$ 630.076	$ 5.040.605	$ 171.699.769	$ 22.750.219	$ 87.717.146	$ 282.167.134
AP-40.13	NOC-73	Trabajos de mamposteria y acabados en las casetas de control de las pilas del Vertedero	$ 30.792.158	$ 9.777.526	$ 153.961	$ 1.231.686	$ 41.955.331	$ 5.559.081	$ 21.433.936	$ 68.948.349
AP-40.14	NOC-74	Construcción vía de acceso al Quimbo	$ 784.125.663	$ 248.985.774	$ 3.920.628	$ 31.365.027	$ 1.068.397.092	$ 157.374.892	$ 508.627.275	$ 1.734.399.258
AP-40.15	NOC-76	Costos adicionales generados por el cambio de metodología de construcción del muro cortafuego, a efectos programáticos, con empleo de encofrado deslizante	$ 142.599.756	$ 45.280.128	$ 712.999	$ 5.703.990	$ 194.296.873	$ 28.619.929	$ 92.498.089	$ 315.414.891
AP-40.16	NOC-77	Trabajos de reposición de roca con concreto dental para la losa de transformadores de casa de máquinas en la cota 591,75 entre ejes 6 y 6'	$ 79.040.734	$ 25.098.042	$ 395.204	$ 3.161.629	$ 107.695.609	$ 22.045.291	$ 39.838.097	$ 169.578.997
AP-40.17	NOC-78	Suministro e instalación de instrumentación adicional para medición de deformación unitaria en dos y tres direcciones y medidores de juntas en la cara de concreto de la presa	$ 218.891.289	$ 69.505.208	$ 1.094.456	$ 8.755.652	$ 298.246.605	$ 51.954.559	$ 126.215.612	$ 476.416.776
AP-40.18	NOC-79A	Trabajos extraordinarios de estabilización con concreto del talud aguas abajo del canal de descarga de casa de maquinas.	$ 116.985.849	$ 37.146.868	$ 584.929	$ 4.679.434	$ 159.397.080	$ 30.412.963	$ 54.907.406	$ 244.717.449

ANEXO No.1 - NOCs y Trabajos por Admon Presentados por el CIO

Contrato: CEQ-21

Item	Tipo Docum.	Descripción	PRESENTADO POR EL CIO							
			Costo Directo	Admon (A)	Imprevistos (I)	Utilidad (U)	Subtotal	Valor Reajuste	Valor Interes Bancario (Al 31.08.16)	TOTAL
AP-40.19	NOC-79B	Trabajos adicionales ordenados en la fundación del canal de descarga de la CM y sus inmediaciones.	$ 653.522.973	$ 207.515.110	$ 3.267.615	$ 26.140.919	$ 890.446.617	$ 169.897.214	$ 306.731.551	$ 1.367.075.382
AP-40.20	NOC-80	Obras extraordinarias de relleno en el edificio de control con material tipo 2b	$ 16.625.503	$ 5.279.146	$ 83.128	$ 665.020	$ 22.652.797	$ 3.946.117	$ 9.586.485	$ 36.185.399
AP-40.21	NOC-81	Construccion de los tapones y relleno con material 3c de la galeria de exploracion gfl1	$ 1.303.909.631	$ 414.034.337	$ 6.519.548	$ 52.156.385	$ 1.776.619.901	$ 309.487.187	$ 751.851.537	$ 2.837.958.625
AP-40.22	NOC-82	Obras extraordinarias de concreto estructural de apoyo al muro izquierdo del canal del vertedero	$ 8.890.581	$ -	$ -	$ -	$ 8.890.581	$ 1.548.739	$ 3.762.424	$ 14.201.744
AP-40.23	NOC-83	Suministro e instalación de bordillo para conformar el sardinel de las veredas peatonales y las cunetas de drenaje en el área de casa de máquinas	$ 66.340.778	$ 21.065.386	$ 331.704	$ 2.653.631	$ 90.391.499	$ 15.746.199	$ 38.252.970	$ 144.390.667
AP-40.24	NOC-84	Gastos adicionales por el cambio de placas en sistema de postensado en pilas del vertedero	$ 68.772.608	$ 21.837.573	$ 343.863	$ 2.750.904	$ 93.704.948	$ 16.323.402	$ 39.655.195	$ 149.683.545
AP-40.25	NOC-85	Cambio de diseño de las interconexiones de instrumentación de la presa, con gran aumento de la longitud de los cables a instalar	$ 899.273.835	$ 285.549.119	$ 4.496.369	$ 35.970.953	$ 1.225.290.276	$ 213.445.566	$ 518.533.186	$ 1.957.269.028
AP-40.26	NOC-86	Cambio en el diseño de mezcla del concreto para la estructura de toma	$ 129.555.786	$ 41.138.237	$ 647.779	$ 5.182.231	$ 176.524.033	$ 30.750.487	$ 74.703.579	$ 281.978.099
AP-40.27	NOC-87	Inversiones realizadas para la construcción del puente elevado sobre vía pública en el PK 095 + 705	$ 57.988.775	$ 18.413.350	$ -	$ -	$ 76.402.125	$ 13.309.250	$ 32.332.777	$ 122.044.152
AP-40.28	NOC-88	Conexiones desde la superficie adicionales, colocadas en la cortina de impermeabilización y de consolidación del plinto, con motivo del cambio de metodologia de inyección de ascendente a descendente	$ 116.889.379	$ 37.116.235	$ 584.447	$ 4.675.575	$ 159.265.636	$ 37.650.396	$ 46.224.069	$ 243.140.102
AP-40.29	NOC-89	Suministro e instalacion de tuberia de cobre tipo I en casa de maquinas	$ 1.627.552	$ 516.801	$ 8.138	$ 65.102	$ 2.217.593	$ 386.305	$ 938.468	$ 3.542.366
AP-40.30	NOC-91	Gastos de instalación de planta adicional y de producción de material 1A en préstamo 14, por prohibición explotación préstamo 21	$ 525.841.272	$ 166.971.957	$ 2.629.206	$ 21.033.651	$ 716.476.086	$ 136.703.637	$ 246.804.038	$ 1.099.983.762
AP-40.31	NOC-92	Construcción del sistema de drenaje en el dique auxiliar, espaldon aguas abajo.	$ 1.037.701.352	$ 329.504.423	$ 5.188.507	$ 41.508.054	$ 1.413.902.336	$ 246.301.787	$ 598.352.323	$ 2.258.556.446
AP-40.32	NOC-92B	Ssistema de recoleccion de las aguas de drenaje de filtros en el espaldon aguas abajo del dique auxiliar.	$ 15.188.863	$ 4.822.965	$ 75.944	$ 607.555	$ 20.695.327	$ 4.892.375	$ 6.006.457	$ 31.594.160
AP-40.33	NOC-93	Casa de máquinas- obras extraordinarias de suministro e instalación de tuberia para ductos electricos y telefonicos.	$ 6.307.366	$ 2.002.797	$ 31.537	$ 252.295	$ 8.593.995	$ 1.639.734	$ 2.960.368	$ 13.194.097
AP-40.34	NOC-94	Construccion de cajas de inspeccion dobles y sencillas en el canal de descarga del vertedero	$ 156.802.838	$ 49.790.076	$ 784.014	$ 6.272.114	$ 213.649.042	$ 40.272.844	$ 82.635.069	$ 336.556.956
AP-40.35	NOC-95	Confinamiento de la mamposteria del tercer piso generados por el cambio de diseño de las columnas entre las cotas (603,74 y 614,86)	$ 13.280.423	$ 4.216.972	$ 66.402	$ 531.217	$ 18.095.014	$ 3.704.049	$ 6.693.596	$ 28.492.659
AP-40.36	NOC-96	Trabajos de control de espesores de losa en la cara de concreto de la Presa. Auscultación para control de espesores de las losas de la cara de concreto de la presa	$ 1.405.511.371	$ 446.296.242	$ 7.027.557	$ 56.220.455	$ 1.915.055.625	$ 365.392.613	$ 659.677.931	$ 2.940.126.169
AP-40.37	NOC-98	Casa de máquinas- trabajos adicionales para protección contra el polvo de los equipos de generación de la casa de máquinas	$ 11.724.003	$ 3.722.758	$ 58.620	$ 468.960	$ 15.974.341	$ 3.047.904	$ 5.502.671	$ 24.524.916

ANEXO No.1 - NOCs y Trabajos por Admon Presentados por el CIO

Contrato: CEQ-21

Item	Tipo Docum.	Descripción	PRESENTADO POR EL CIO							
			Costo Directo	Admon (A)	Imprevistos (I)	Utilidad (U)	Subtotal	Valor Reajuste	Valor Interes Bancario (Al 31.08.16)	TOTAL
AP-40.38	NOC-99	Presa. Obras Extraordinarias. Mayores costos derivados de las interferencias sobre la ejecucion de los rellenos de lmateriales 1A y 1B sobre la cara de concreto de la presa, causadas por la orden extemporanea de EMGESA de ejecutar perforaciones e inyecciones en el tramo 5 del plinto izquierdo.	$ 472.651.523	$ 150.082.456	$ 2.363.258	$ 18.906.061	$ 644.003.298	$ 122.875.829	$ 221.839.386	$ 988.718.513
AP-40.39	NOC-100	Vertedero - Trabajos adicionales para el suministro e instalacion de duchas mixtas portatiles en los cuartos de baterias de las casetas del vertedero.	$ 15.070.970	$ 4.785.530	$ 75.355	$ 602.839	$ 20.534.694	$ 3.918.020	$ 7.073.572	$ 31.526.286
AP-40.40	NOC-101	Trabajos extraordinarios de excavación del cuenco amortiguador ejecutados a la fecha del 21.May.15	$ 1.070.786.083	$ 107.078.608	$ -	$ -	$ 1.177.864.691	$ 278.447.213	$ 341.854.656	$ 1.798.166.560
AP-40.41	NOC-102	Embalse. Trabajos adicionales de mayores costos en el suministro de la barrera fluvial generados por la instrucción de EMGESA de utilizar exclusivamente material nuevo	$ 72.040.191	$ 22.875.138	$ 360.201	$ 2.881.608	$ 98.157.138	$ 20.210.555	$ 32.065.742	$ 150.433.435
AP-40.42	NOC-103	Mayores costos incurridos por las reparaciones de la pintura de los blindajes de conduccion derivados de los daños durante las pruebas en las inyecciones de contacto realizadas por emgesa	$ 146.057.864	$ 46.378.192	$ 730.289	$ 5.842.315	$ 199.008.660	$ 40.975.883	$ 65.011.679	$ 304.996.222
AP-40.43	NOC-104	Construccion caseta adicional para la proteccion del acelerografo AC-2 en el Dique Auxiliar.	$ 12.511.916	$ 3.972.946	$ 62.560	$ 500.477	$ 17.047.899	$ 3.510.162	$ 5.569.167	$ 26.127.229
AP-40.44	NOC-106	Suministro, instalación, operación y mantenimiento del sistema de bombeo de contingencia durante las operaciones del llenado del embalse	$ 446.322.642	$ 141.722.167	$ 2.231.613	$ 17.852.906	$ 608.129.328	$ 128.740.979	$ 186.513.746	$ 923.384.053
AP-40.45	NOC-107	Suministro de material de enrocado para la proteccion de rellenos en los muros laterales del canal de descarga de la casa de maquinas	$ 296.547.178	$ 94.163.515	$ 1.482.736	$ 11.861.887	$ 404.055.316	$ 85.538.510	$ 123.924.085	$ 613.517.912
AP-40.46	NOC-109	Costos adicionales de personal y equipos de perforaciones em inyecciones inactivoa a disposicion de Emgesa	$ 2.137.177.220	$ 678.624.294	$ 10.685.886	$ 85.487.089	$ 2.911.974.489	$ 688.390.769	$ 845.149.741	$ 4.445.514.999
AP-40.47	NOC-110	Vertedero de aforo en el dique auxliar	$ 3.829.331	$ 1.215.939	$ 19.147	$ 153.173	$ 5.217.590	$ 1.233.438	$ 1.514.314	$ 7.965.343
AP-40.48	NOC-111	Obras de drenaje para el control de aguas de los estribos laterales del Dique Auxiliar	$ 1.308.521.188	$ 415.498.658	$ 6.542.606	$ 52.340.848	$ 1.782.903.300	$ 421.478.340	$ 517.456.546	$ 2.721.838.186
AP-40.49	NOC-112	Trabajos extraordinarios de construcción del babero de la parte baja de deflector del Vertedero, desde cota 592 hasta la cota 582, incluye construcción y remoción de la ataguía. (Revision 1 de la NOC, actualizada con los ultimos trabajos realizados)	$ 1.984.026.303	$ 629.993.824	$ 9.920.132	$ 79.361.052	$ 2.703.301.311	$ 742.326.540	$ 496.325.464	$ 3.941.953.315
AP-40.50	NOC-113	Primer llenado del embalse. retiro de troncos y ramas durante el inicio del llenado del embalse, producto de la tala realizada por el contratista de emgesa refocosta	$ 573.771.390	$ 182.191.351	$ 2.868.857	$ 22.950.856	$ 781.782.454	$ 184.813.372	$ 226.898.704	$ 1.193.494.530
AP-40.51	NOC-114	Construccion de la via para el retiro de madera proveniente de la tala realizada por el contratista de emgesa, refocosta	$ 878.583.626	$ 278.979.295	$ 4.392.918	$ 35.143.345	$ 1.197.099.184	$ 282.994.247	$ 347.437.132	$ 1.827.530.563
AP-40.52	NOC-115	Excavacion del lecho del río magdalena, entre el jarillon de casa de maquinas y el cuenco amortiguador	$ 130.395.704	$ 41.404.939	$ 651.979	$ 5.215.828	$ 177.668.450	$ 42.000.822	$ 51.565.165	$ 271.234.436
AP-40.53	NOC-116	Restitucion de roca y reparacion de la solera del tunel de desvio	$ 57.218.271	$ 18.168.689	$ 286.091	$ 2.288.731	$ 77.961.782	$ 18.430.165	$ 22.627.046	$ 119.018.993

ANEXO No.1 - NOCs y Trabajos por Admon Presentados por el CIO

Contrato: CEQ-21

Item	Tipo Docum.	Descripción	PRESENTADO POR EL CIO							
			Costo Directo	Admon (A)	Imprevistos (I)	Utilidad (U)	Subtotal	Valor Reajuste	Valor Interes Bancario (Al 31.08.16)	TOTAL
AP-40.54	NOC-117	Fabricacion, suministro e instalacion del marco de soporte y adecuacion de la rejilla suministrada por el casc en el cuarto de ventilacion de casa de maquinas	$ 31.863.901	$ 10.117.840	$ 159.320	$ 1.274.556	$ 43.415.617	$ 11.114.398	$ 11.798.326	$ 66.328.341
AP-40.55	NOC-119	Presa. Trabajos extraordinarios complementarios, de reparación entre la cara de concreto junta horizontal a El. 718 entre las losas 32 a 43, y el muro parapeto aguas arriba.	$ 31.896.792	$ 3.189.679	$ -	$ -	$ 35.086.471	$ 9.634.745	$ 6.441.868	$ 51.163.083
AP-40.56	NOC-120	Vías Internas. Trabajos extraordinarios de construcciónde y sucesiva remoción de la rampa de conexión entre coronamiento Presa y la vía al Vertedero, por suspensión del tránsito en el puente El Colegio	$ 126.833.991	$ 12.683.399	$ -	$ -	$ 139.517.390	$ 38.311.475	$ 25.615.359	$ 203.444.224
AP-40.57	NOC-121	Dique Auxiliar. Obras extraordinarias de recolección de las aguas de drenaje, parte terminal aguas debajo de los canales del Dique Auxiliar	$ 154.050.941	$ 48.916.257	$ 770.255	$ 6.162.038	$ 209.899.491	$ 57.638.400	$ 38.537.496	$ 306.075.387
AP-40.58	NOC-122	Costos adicionales generados por el impedimento de ejecutar el piso endurecido de la casa de Máquinas en las fechas previstas, y consecuente vencimiento del producto.	$ 85.586.412	$ 8.558.641	$ -	$ -	$ 94.145.053	$ 27.057.288	$ 15.231.364	$ 136.433.705
AP-40.59	NOC-123	Trabajos adicionales de construcción de un tanque especial de aforo, para mediciones de caudales de filtraciones del Pie de Presa	$ 5.283.538	$ 528.354	$ -	$ -	$ 5.811.892	$ 1.670.338	$ 940.284	$ 8.422.513
AP-40.60	NOC-124	Nuevas baldosas de cemento tipo Alfa, colocadas en los andenes exteriores de Casa de Maquinas	$ 21.237.753	$ 6.743.687	$ 106.189	$ 849.510	$ 28.937.139	$ 8.316.534	$ 4.681.628	$ 41.935.300
AP-40.61	NOC-125	Trabajos extraordinarios varios ejecutados en el Dique Auxiliar, a los fines de corregir daños y erosiones producidos por la falta de las obras permanentes de control de aguas (cunetas, etc) y prevenir otras situaciones.	$ 202.380.412	$ 64.262.459	$ 1.011.902	$ 8.095.216	$ 275.749.989	$ 79.250.547	$ 44.612.523	$ 399.613.059
AP-40.62	NOC-126	Costos adicionales relativos a la adquisición, bodegaje, transporte y destrucción de materiales explosivos causados por la prohibición de Emgesa, de usarlos en las actividades de excavación del Pie de Presa, y mayores costos por la realización de la excavación en roca mediante demolición mecánica, en vez de utilizar voladuras.	$ 828.381.469	$ 263.038.453	$ 4.141.907	$ 33.135.259	$ 1.128.697.088	$ 324.387.543	$ 182.607.531	$ 1.635.692.162
AP-40.63	NOC-127	Trabajos extraordinarios realizados y tiempos improductivos incurridos, en razón de las incongruencias del diseño del cerramiento de Casa de Máquinas, con respecto a las obras de drenaje y de pavimentación, entre otras, ya ejecutadas.	$ 60.778.859	$ 19.299.293	$ 303.894	$ 2.431.154	$ 82.813.200	$ 23.800.514	$ 13.398.027	$ 120.011.741
AP-40.64	NOC-128	Trabajos extraordinarios de sellado y taponamiento de la grieta adyacente al mojón No.32, y conformación del material en el área aledaña al mojón No.43, en el Dique Auxiliar	$ 2.831.409	$ 283.141	$ -	$ -	$ 3.114.550	$ 895.122	$ 503.891	$ 4.513.563
AP-40.65	NOC-129	Acceso por Ventana 2 - Construcción nuevo empalme con la vía Neiva a La Plata, como consecuencia de la puesta en servicio del nuevo puente Paso del Colegio.	$ 26.081.028	$ 8.281.587	$ 130.405	$ 1.043.241	$ 35.536.261	$ 10.213.121	$ 5.749.274	$ 51.498.656
AP-40.66	NOC-130	Trabajos extraordinarios de suministro e instalación de las puertas cortafuego y desmontaje, modificación y reinstalación de las mismas, en Casa de Maquinas	$ 25.215.784	$ 8.006.844	$ 126.079	$ 1.008.631	$ 34.357.338	$ 9.874.299	$ 5.558.541	$ 49.790.177

ANEXO No.1 - NOCs y Trabajos por Admon Presentados por el CIO
Contrato: CEQ-21

Item	Tipo Docum.	Descripción	PRESENTADO POR EL CIO							
			Costo Directo	Admon (A)	Imprevistos (I)	Utilidad (U)	Subtotal	Valor Reajuste	Valor Interes Bancario (Al 31.08.16)	TOTAL
AP-40.67	NOC-131	Costos adicionales incurridos en la construcción de las estrucutras de almacenamiento de los tablones del Vertedero	$ 48.100.564	$ 9.885.566	$ 116.661	$ 933.285	$ 59.036.076	$ 16.966.968	$ 9.551.218	$ 85.554.262
AP-40.68	NOC-132	Costos adicionales de equipo y personal especializado mantenidos a la espera del inicio de las operaciones de cierre de las compuertas del Túnel de Desvío (CARTA No CIO/PHEQ-CEQ-21-8739). Rpta a carta CEQ-21-OTI-CTA-B091.	$ 212.345.654	$ 59.452.202	$ -	$ -	$ 271.797.856	$ 78.114.704	$ 43.973.123	$ 393.885.682
AP-40.69	NOC-134	Dique Auxiliar. Trabajos adicionales de perforación para drenajes profundos y piezométricos, ordenados en forma extemporánea y ejecutados desde el 20.Ago.15 al 16.Nov.15	$ 737.192.423	$ 165.244.741	$ 2.103.715	$ 16.829.722	$ 921.370.601	$ 276.779.729	$ 129.973.351	$ 1.328.123.680
AP-40.70	NOC-135	Túnel de Desvío. Trabajos adicionales de instalación, operación y retiro de los sistemas de servicios, para ejecutar las inyecciones adicionales del tapón, ordenadas en forma extemporánea. Incluye los trabajos improductivos de la tentativa de perforar el concreto reforzado, con doble malla.	$ 131.069.587	$ 21.202.057	$ 186.066	$ 1.488.528	$ 153.946.238	$ 46.245.450	$ 21.716.461	$ 221.908.149
AP-40.71	NOC-137	Presa. Trabajos extraordinarios de perforaciones para drenajes en muro parapeto aguas debajo de la Presa, perforaciones para ductos en muro transversal estribo derecho, y resanes de la superficie del parapeto que quedaba enterrada, que por el cambio de diseño introducido quedó a la vista.	$ 53.316.394	$ 16.929.715	$ 266.582	$ 2.132.656	$ 72.645.347	$ 21.822.662	$ 10.247.732	$ 104.715.741
AP-40.72	NOC-138	Pie de Presa. Trabajos extraordinarios de reubicación del tanque de aforo, incluidas la construcción de sus obras complementarias (canal de aducción, alcantarilla y adecuación atagúa). Nota del libro de obra No. 1548.	$ 44.265.331	$ 14.055.703	$ 221.327	$ 1.770.613	$ 60.312.974	$ 16.972.071	$ 5.589.169	$ 82.874.213
AP-40.73	NOC-139	Zonas aledañas a la estructura de control del Vertedero y a Pozos de Compuertas. Trabajos extraordinarios de adecuación de superficies horizontales y de los aludes, y de las estrucutras de control de las aguas.	$ 62.990.399	$ 20.001.530	$ 314.952	$ 2.519.616	$ 85.826.497	$ 24.151.576	$ 7.953.492	$ 117.931.565
AP-40.74	NOC-140	Casa de Maquinas. Trabajos extraordinarios de adecuación de las superficies horizontales en Casa de Máquinas (Talud Norte) y de los taludes de su vía de acceso definitiva (zona aledaña a la abscisa K0+830)	$ 15.953.472	$ 5.065.754	$ 79.767	$ 638.139	$ 21.737.132	$ -	$ 1.172.561	$ 22.909.694
AP-40.75	NOC-141	Casa de Maquinas. Trabajos extraordinarios de suministro e instalación de la bomba eyectora para el sistema de drenaje del cuarto de baterías en el Edificio de Control	$ 1.373.212	$ 436.040	$ 6.866	$ 54.928	$ 1.871.046	$ -	$ 100.929	$ 1.971.976
AP-40.76	Admon 2.1	Confección vía predio el Chagre	$ 5.807.900	$ 580.790	$ -	$ -	$ 6.388.690	$ 582.649	$ 5.285.409	$ 12.256.748
AP-40.77	Admon 2.2	Trabajos adicionales de acopio de arcilla desde el préstamo 14 a inmediaciones del dique auxiliar, ordenado por Emgesa	$ 8.937.110	$ 893.711	$ -	$ -	$ 9.830.821	$ 1.712.529	$ 4.160.326	$ 15.703.676
AP-40.78	Admon 2.3	Protección ladera en zona de campamento de vivienda Emgesa	$ 65.552.871	$ 6.555.287	$ -	$ -	$ 72.108.158	$ 12.561.241	$ 30.515.604	$ 115.185.003
AP-40.79	Admon 2.4	Trabajos adicionales en Galería GD2; en talud norte de Casa de Máquinas (quebrada 2); Sendero peatonal en Casa de Máquinas	$ 246.048.937	$ 78.128.657	$ 1.230.245	$ 9.841.957	$ 335.249.796	$ 37.380.352	$ 214.922.926	$ 587.553.074
AP-40.80	Admon 2.5	Tratamiento cuña ladera superior casa de maquinas	$ 11.041.991	$ -	$ -	$ -	$ 11.041.991	$ 1.151.680	$ 8.362.955	$ 20.556.625
AP-40.81	Admon 2.6	Ensayos para la empradización Dique Auxiliar.	$ 2.961.411	$ 940.346	$ 14.807	$ 118.456	$ 4.035.020	$ 414.800	$ 3.131.015	$ 7.580.835

Página 5 de 6

ANEXO No.1 - NOCs y Trabajos por Admon Presentados por el CIO
Contrato: CEQ-21

Item	Tipo Docum.	Descripción	PRESENTADO POR EL CIO							
			Costo Directo	Admon (A)	Imprevistos (I)	Utilidad (U)	Subtotal	Valor Reajuste	Valor Interes Bancario (Al 31.08.16)	TOTAL
AP-40.82	Admon 2.8	Equipos improductivos en las zonas 13 paro de pescadores	$ 428.391.445	$ 42.839.145	$ -	$ -	$ 471.230.590	$ 48.301.135	$ 346.770.686	$ 866.302.412
AP-40.83	Admon 2.10	Rozamiento zona de cañada espaldon aguas abajo Dique Auxiliar	$ 1.230.166	$ 390.618	$ 6.151	$ 49.207	$ 1.676.142	$ 172.307	$ 1.300.619	$ 3.149.069

Página 6 de 6

Anexo 2:

ANEXO No.2 - Reclamos presentados por el CIO
Contrato: CEQ-21

Item	Tipo Docum.	Descripción	PRESENTADO POR EL CIO					
			Fecha de Presentación	Documento	Monto Básico	Monto de Reajuste al Centro de Gravedad	Monto Costos Financieros	TOTAL
AP-40.84	RC-01	Costos adicionales correspondientes a las operaciones de voladura, carga y transporte del volúmen adicional de Gualanday colocado en los rellenos de Presa (Zona 3C) y Dique Auxiliar (Zona 3B´). (No incluye obras extraordinarias aguas abajo del dique auxiliar - Addedum #13)	20-oct-15	CIO-PHEQ-CEQ-21-9158	$ 16.528.671.942	$ 1.819.806.781	$ 11.092.313.922	$ 29.440.792.645
AP-40.85	RC-02	Mayores costos causados por las mayores complicaciones enfrentadas en la colocación de material 3C de la presa, en razón de los cambios de diseños aportados a sus perfiles, y a la demora en la definición del material de protección del talud aguas abajo (3D).	19-nov-15	CIO/PHEQ-CEQ-21-9294	$ 5.744.169.593	$ 684.130.599	$ 3.540.369.599	$ 9.968.669.791
AP-40.86	RC-03	Mayores costos causados por las interferencias en la explotación de los depósitos aluviales 14, 14A, 14C, y 21, por las restricciones arqueológicas	02-nov-15	CIO/PHEQ-CEQ-21-9208	$ 5.679.958.120	$ 738.394.556	$ 3.313.491.274	$ 9.731.843.951
AP-40.87	RC-04	Mayores costos por mayor incidencia de descapote en la explotación de préstamos de grava	04-sep-15	CIO/PHEQ-CEQ-21-8970	$ 29.385.948.708	$ 2.970.919.414	$ 23.041.742.440	$ 55.398.610.562
AP-40.88	RC-05	Mayor costo causado por el mayor consumo del cemento derivado de la negativa de Emgesa a medir la resistencia a los 90 días en lugar de 28, como corresponde para concretos elaborados con cemento puzolánico	05-nov-15	CIO/PHEQ-CEQ-21-9223	$ 6.060.361.591	$ 623.005.172	$ 4.638.179.629	$ 11.321.546.391
AP-40.89	RC-06	Descuentos aplicados por EMGESA por supuestos incumplimientos en las resistencias de algunos concretos.	10-nov-15	CIO/PHEQ-CEQ-21-9246	$ 1.147.343.625	$ -	$ 364.916.884	$ 1.512.260.509
AP-40.90	RC-07	Mayores costos de la mano de obra por las dificultades imprevistas en conseguirla y por el alto índice de rotación con consecuente necesidad de ofrecer beneficios especiales.	01-dic-15	CIO/PHEQ-CEQ-21-9335	$ 21.128.633.038	$ 2.172.023.476	$ 16.170.387.504	$ 39.471.044.018
AP-40.91	RC-08	Afectación en los cobros por la representatividad de la fórmula de reajuste en lo que respecta a la componente dólar.	26-nov-15	CIO/PHEQ-CEQ-21-9320	$ 6.997.673.012	$ -	$ 8.342.042.945	$ 15.339.715.956
AP-40.92	RC-09	Addendum (Otrosí) No.14 Bombeo del agua meses de Diciembre 2015, y enero y febrero 2016. Nuestra comunicación CIO/PHEQ-CEQ-21-9541. Actualización	01-mar-16	CIO/PHEQ-CEQ-21-9595	$ 1.498.855.695	$ 426.362.814	$ 273.519.222	$ 2.198.737.731
AP-40.93	RC-10	Sobretasa o contribución especial en el sector eléctrico. Actualización.	02-mar-16	CIO/PHEQ-CEQ-21-9596	$ 1.587.170.711	$ -	$ 930.735.168	$ 2.517.905.878

Página 1 de 1

797. No encontrándose en ninguno de los dos anexos alusión alguna a *las "obras ejecutadas y no pagadas"*, como se observa al comparar su contenido con el listado de las prestaciones reclamadas por el CIO tal como las consigna el cuadro que se lee atrás así como también con el elenco enunciado en el hecho 31 de la demanda de reconvención reformada, surge la rigurosa conclusión de que las obras en mención no forman parte de las materias transigidas en el *Addendum* No. 17, y que, por lo mismo, subsiste en su integridad la obligación de pagarlas que se pretende en la demanda de reconvención.

798. En abono de los razonamientos precedentes obra el mandato del artículo 2485 del Código Civil que reza:

> "*Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión, deberá solo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige*."

799. Este precepto obliga a asumir el finiquito que se otorgaron recíprocamente las partes "... *respecto de todas sus diferencias, objeciones, intereses financieros, reclamos y demás controversias ocurridas hasta el 31 de octubre de 2016, y respecto de todas aquellas situaciones y/o plazos del contrato, que se refieren a trabajos, hechos y circunstancias antes de dicha fecha"* con un alcance que, a despecho de enunciaciones generales, constriñe los efectos de la transacción a lo que se desprende del clausulado, confirmando así los razonamientos al respecto del Tribunal en este y en apartados anteriores del Laudo.

800. La obligación por obras cuyo pago no fue incluido en los reconocimientos mensuales de avances durante la ejecución del contrato, que se persigue declarar a cargo de la demandada en reconvención no fue, como antes se puso de presente, objeto de una convención formal entre las partes ni sobre ella se cumplieron los trámites de cobro previstas en el contrato. Se explica esta omisión por la dinámica que caracterizó los análisis conjuntos primero, y el distanciamiento posterior de las partes más tarde, acerca de estos particulares, ocurridos dentro del marco de la actividad encaminada a concluir la liquidación del contrato y no como episodio específico de reclamaciones propias de la ejecución del mismo. Como expresó el CIO en la última de las comunicaciones que aludieron al tema, este *"simplemente fue dejado de lado"*. Es dable deducir que en ese contexto la expectativa de las partes de alcanzar la solución de sus controversias se tradujo en la suposición de que en algún momento debía acaecer la cristalización del propósito inicialmente confiado al intento de celebrar el *Addendum* liquidatorio. Así se explicaría su conducta ulterior de aplazamiento *sine die* de los esfuerzos para concretar los aspectos de la liquidación pendientes de consenso sin que ello efectivamente ocurriera antes de que su distanciamiento llegara al punto de hacerse inevitable la promoción del litigio.

801. Sea de ello lo que fuere, está claro que ni hubo acuerdo de voluntades ni hubo reclamación en forma, para lo cual, como también en su momento explicó el Tribunal, habría sido necesaria la formulación de factura o la incoación del trámite de reclamación contemplado en la cláusula 9.1 de las BAG.

802. En todo caso la decisión del asunto quedó deferida, en los hechos, a las resultas del litigio en que fue planteado el problema como pretensión de la parte acreedora. Lo cual, conduce a que el Laudo deba ser tenido como el evento del cual surgiría la exigibilidad de la obligación en caso del acogimiento de la pretensión correspondiente, y a que sea la promoción de la reconvención el hecho determinante de sus consecuencias.

803. Los hechos capaces de fundar esas pretensiones tienen el basamento probatorio que se expuso atrás. Con base en ellos, es decir, los resultados de la prueba testimonial de terceros y la atestación de las propias partes en documentos declarativos exentos de contradicción, el Tribunal declarará la prosperidad de las pretensiones sobre obras realizadas y no pagadas y sobre su precio, acogiendo como tal el que demuestran tanto la Conciliación elaborada por el CIO como el borrador de *Addendum* No. 18 elaborado por EMGESA, a saber, la suma de COP $2.173.329.743, no obstante que los análisis expuestos por el perito C&C GOLD[182] en el informe pericial arrojan como resultado una cifra mayor de COP $2.182.520.692 cuyo mérito el Tribunal considera lógico subordinar al que es propio de la fuente probatoria base de toda la decisión.

804. Resuelto lo anterior es el turno para el Tribunal de evaluar las pretensiones que la reconviniente plantea en torno al mandato de actualización de los precios de las obras a la fecha del pago, entendiendo que los precios cuantificados en el texto del Contrato CEQ-21 fueron establecidos en función de una fecha de partida y que su monto en la fecha de la ejecución de la obra es necesariamente distinto. Reténgase lo que al respecto prescribe la cláusula 2.14.05 de las BAE.

> *"2.14.05 Reajustes de los Pagos del Contrato*
> *Los pagos del Contrato estarán sujetos a reajustes, mediante la aplicación de la fórmula de reajuste que se establece a continuación:*
>
> *Los Precios del Contrato están expresados en moneda de febrero de 2010 y estarán sujetos a sistema de reajuste, según el factor de reajuste que se calculará con la siguiente fórmula:*

Factor de Reajuste = 0,55 IPC/IPCo + 0,10 P/Po + 0,10 C/Co + 0,10 F/Fo + 0,15 D/Do

805. La cláusula transcrita no deja duda de que el reajuste de los precios es consecuencia necesaria de la ejecución de las obras. Cualquiera que fuera su calificación, ordinarias o extraordinarias, advertidas en las liquidaciones periódicas del avance de obra o pasadas por alto en alguna de ellas el precio que corresponde a toda obra en la ejecución del contrato no es, según la voluntad inequívoca de las partes, el que el contrato señala como precio inicial sino el que resulte de aplicar a este el factor que

182 EXPEDIENTE DIGITAL. 122485. 02. PRUEBAS. 1 DICTAMEN C&C GOLD REFORMA RECONVENCION FOLIO 144 Informe pericial Impregilo - OHL Julio 6 2021.

actualiza su monto. En otras palabras, reconocida la existencia de una obra ejecutada, es preciso tomar como precio de ella el que corresponda al precio inicial reajustado según el índice concerniente al momento de la ejecución de este.

806. No hay registro de que las partes hayan acordado nada sobre el monto del reajuste que la cláusula transcrita les obligaba a introducir en los precios de las obras que fueran a ser pagadas en cada caso, con respecto a los valores debidos por las obras que no fueron incluidas en las liquidaciones parciales de avance y sobre las cuales una y otra aceptan su existencia y el precio que conjuntamente les corresponde. Es así como se carece de declaración de EMGESA relativa al tema, prueba que tanta importancia reviste en la demostración de la existencia de esas obras y de su precio inicial como acaba de indicar el Tribunal.

807. Pero si consta el factor de reajuste que tuvo en cuenta el CIO en la Conciliación enviada a EMGESA el día 8 de noviembre de 2016, a saber, el 0,3018, y el resultado de la aplicación de ese factor a los precios unitarios concernidos que arroja la suma de COP $655.910.916. Así se observa en la columna 8 del cuadro *"CONCILIACIÓN DE CANTIDADES DE OBRA PARA ESTADO DE PAGO FINAL"*.

808. Valida los cálculos hechos por el CIO el que a su vez incluyó el perito C&C GOLD en su informe del 6 de julio de 2021. Al despejar la fórmula de reajuste pactada en el contrato dijo lo siguiente en el acápite "*6.2.1.4 Revisión y verificación de la exactitud del cálculo del factor y precio de reajuste de acuerdo con lo establecido en el Contrato CEQ -21"* reza:

> *"Teniendo en cuenta que CIO tomó Septiembre de 2016 como la fecha de ejecución de la obra, se ha procedido a realizar la verificación de la exactitud del cálculo con base en esta fecha. De esta manera y teniendo en cuenta las condiciones contractuales, se calculará el factor de reajuste utilizando el valor de las variables anteriormente definidas observado en agosto de 2016. Así mismo, hemos definido el 10 de febrero de 2010 como fecha inicial teniendo en cuenta que fue la fecha en que se presentó la propuesta para la ejecución de las obras. Esta fecha fue ampliamente discutida y acordada por las partes de conformidad con lo que nos fue informado por CIO.*
>
> *"Consultamos y extrajimos la información de las variables y de las fuentes de información definidas en el Contrato para el cálculo del factor de reajuste y de manera independiente cuantificamos el factor de reajuste resultante de la aplicación de la fórmula como lo muestra el Anexo 8.21, "Hoja de Trabajo 2 Cálculo de Factor de Reajuste". El resultado obtenido fue 1,3018 en línea con lo reportado en la Conciliación".*

809. Encuentra entonces el Tribunal (i) que los precios de los ítems contractuales incluidos dentro del conjunto de obras no pagadas estaban sujetos a la previsión de su reajuste según la formula convenida en la cláusula 2.14.05 de las BAE; (ii) que, a diferencia de lo que ocurre con respecto a las obras en sí mismas, EMGESA no hizo manifestación alguna que refleje su reacción frente a la obligación de pagar el reajuste; (iii) que el cálculo del reajuste, tanto en el establecimiento de su valor porcentual como en el monto resultante de su aplicación al valor de la obras cuentan con la declaración documental de CIO contenida en la Conciliación; (iv) que la cifra correspondiente a los cálculos tanto del factor del reajuste como la asignada a su monto, reveladas a EMGESA de la manera conocida en el proceso no fueron materia de pronunciamiento expreso, y menos aún de contradicción o rechazo por su parte; (v) que en tales condiciones, constatado por la nitidez de la cláusula contractual que prescribe el reajuste, el factor multiplicador que debe aplicarse a los precios del contrato pertinente, es de 0,3018, que fue aplicado por el CIO en la Conciliación. Refuerza esta conclusión el cálculo efectuado por el perito C&C GOLD para establecer el valor del índice tomado en consideración por la parte interesada.

810. Para el Tribunal resulta imperioso el reconocimiento del valor de reajuste de los precios de las obras ejecutadas y no pagadas durante la ejecución del contrato, en el monto que estableció el CIO, (COP $655.910.916) en suma inferior a la que señalan los cálculos del perito (resultado del desacuerdo respecto a la suma base a la que se aplica el factor), la cual, además es la reclamada en la pretensión.

811. Se declara en tal razón que EMGESA debe el accesorio de los precios contemplado en el contrato sobre las obras materia de reclamo por el CIO en cuantía de COP $655.910.916, lo cual eleva la suma debida por el total de las condenas derivadas de esa causa a la cantidad de COP $2.829.240.659.

812. Al consignarlo así el Tribunal declara en consecuencia de todo lo dicho en este capítulo relativo a "*(ii) Pretensiones relativas a las cantidades de obra ejecutadas y no pagadas"* de la demanda de reconvención reformada, la prosperidad de las que se encuentran bajo los ordinales primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo. Al haber prosperado las pretensiones principales no se analizarán en consecuencia las pretensiones subsidiarias formuladas respecto de este grupo de pretensiones. Además, por las razones expuestas, carecen de fundamento las excepciones denominadas "*inexistencia de las obligaciones que se predican de EMGESA"* y *"ausencia de mora"* respecto del segundo grupo de pretensiones.

I.3. Pretensiones comunes a las pretensiones principales y a las pretensiones subsidiarias

813. Las pretensiones comunes enunciadas bajo el epígrafe "*C. Pretensiones Comunes a las Pretensiones Principales y a las Pretensiones Subsidiarias*" por el CIO en la demanda de reconvención, conciernen, según las formula el libelo, a los dos grupos de pretensiones sometidas al juicio de este Tribunal, que, como se sabe, integran el grupo relacionado con la mora en el pago del crédito reconocido en el *Addendum* No. 17, el primero de ellos y el que conforma el conjunto atinente a "*obras ejecutadas y no pagadas"*, el segundo.

814. A través de estas súplicas el CIO espera:

(i) que se le reconozcan "i*ntereses moratorios según resulte aplicable, a la máxima tasa permitida por la ley sobre las condenas que se establezcan en favor del CONSORCIO… calculados desde la fecha en que sean o se hayan hecho exigibles, o la que el Tribunal considere, y hasta la fecha en que se profiera la decisión que ponga fin al presente proceso*". (primera pretensión principal común)

(ii) que se haga el mismo reconocimiento a partir de la fecha del fallo hasta la del pago efectivo. (segunda pretensión principal común)

815. Para cada una de estas pretensiones se establecen dos subsidiarias:

a) que se impongan "*intereses comerciales*" sobre la condena desde y hasta cuando indica la primera pretensión.

b) que se imponga "*la actualización monetaria utilizando para el efecto el Índice de Precios al Consumidor (IPC) o el índice de actualización que el Tribunal considere aplicable, sobre las condenas que se establezcan en favor del CONSORCIO*" desde la fecha de la decisión hasta el pago efectivo.

816. El Tribunal acogió las pretensiones declarativas y de condena relacionadas con el incumplimiento por EMGESA de la obligación de cubrir el crédito que las partes crearon mediante transacción, en la forma que ya se dijo.

817. También, de acuerdo con los análisis y decisiones precedentes, este Laudo declara prósperas las pretensiones relativas a la existencia de obligación por *"obras ejecutadas y no pagadas"* en la cuantía probada de COP $2.829.240.659.

818. Las pretensiones que se relacionan con el primer grupo y las condenas que las reflejan, indemnizan al acreedor por el retardo en el pago. Es decir, en el pronunciamiento de prosperidad que les concierne se contiene la suma a que montan los intereses moratorios devengados por la obligación inicialmente incumplida durante el lapso en que este desaguisado se mantuvo, o sea, entre la fecha en que debió realizarse el pago y aquella en que efectivamente ocurrió, equivalente a 23 días. Más adelante el Tribunal se ocupará del estudio del efecto que el régimen del anatocismo reglado en el Código de Comercio desencadena sobre la solicitud primera principal del apartado C.

819. Las declaraciones y condenas que reflejan las dos grandes fuentes de obligación materia de la demanda de reconvención, referentes en su orden a fruto de la mora en el pago de obligación del *Addendum* No. 17 y resultado de las obras no pagadas a lo largo de la ejecución del contrato deben considerarse existentes a partir, la primera de ellas, de la finalización del periodo de retardo (10 de febrero de 2017), y, la segunda a partir de la fecha en que la concreción del reclamo adquirió certeza según la declaración documental que contiene el proyecto de *Addendum* 18, es decir 9 de febrero de 2017.

820. Es diferente el tratamiento que da la ley a una y a otra de las obligaciones de que se viene hablando en torno a la producción de frutos, pues la que deriva del crédito creado en el *Addendum* No. 17, por consistir en suma líquida debida por intereses de mora, cae bajo el rigor de la regla del artículo 886 del Código de Comercio. En cuanto a la condena por obras no pagadas, siendo ella resultado del Laudo, solo estaría llamada a devengar intereses moratorios en el evento del no pago en la oportunidad que señalará la parte resolutiva del mismo.

821. Así lo manda la regla del artículo del 886 del Código de Comercio en cuanto hace a la producción de intereses por suma de dinero que a su turno sea representativa de intereses de un capital:

> Artículo 886:
>
> "*Los intereses pendientes no producirán intereses sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor, o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre que en uno y otro caso se trate de intereses debidos con un año de anterioridad, por lo menos.*"

822. El alcance de la regla que autoriza excepcionalmente el anatocismo respecto a obligaciones consistentes en intereses de un capital ha sido materia de estudio por la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia. De sus enseñanzas se desprende que, procediendo en materia mercantil el cobro de intereses sobre intereses debidos con más de un año de anterioridad, en los dos eventos que consagra la norma del artículo 886 y solo respecto de "intereses pendientes", su aplicación se restringe al evento de deuda por frutos remuneratorios. La sentencia proferida por la Sala de Casación Civil el 27 de agosto de 2008 (Exp. 11001-3103-022-1997-14171-01) dice al respecto:

> *"b) Los intereses remuneratorios retribuyen, reditúan o compensan el costo del dinero, el capital prestado en tanto se restituye al acreedor o el precio debido del bien o servicio mientras se le paga durante el tiempo en el cual no lo tiene a disposición, el beneficio, ventaja o provecho del deudor por tal virtud y el riesgo creditoris de incumplimiento o insolvencia debitoria. Por su naturaleza y función, requieren estipulación negocial (accidentalia negotia) o precepto legal (naturalia negotia), son extraños a la mora e incompatibles con los intereses moratorios, pues se causan y deben durante el plazo o tiempo existente entre la constitución de la obligación y el día del pago o restitución del capital, son exigibles y deben pagarse en las oportunidades acordadas en el título obligacional o, en su defecto, en la ley, esto es, con anterioridad a la misma.*
>
> *(…)*
>
> *"e) La recta inteligencia del artículo 886 del Código de Comercio conforme al cual, "[l]os intereses pendientes no producirán intereses", salvo en los casos expresos, taxativos, limitativos, restrictivos y excepcionales consagrados en el precepto, se orienta a la finalidad exclusiva de retribuir al acreedor la ociosidad del dinero representativo de los intereses ya devengados, exigibles, atrasados y no pagados oportunamente, es decir, compensar el costo de oportunidad de no tenerlos a su disposición como consecuencia de la mora y durante ésta.*
>
> *"La exigencia de la mora para que los intereses puedan engendrar nuevos intereses, según el sentido natural, lógico, elemental y obvio de la expresión "intereses pendientes", "atrasados", exigibles", no "pagados oportunamente" y "debidos con un año de anterioridad", se predica de la prestación de pagar intereses y no de la obligación principal, siendo, jurídicamente factible que el deudor se encuentre cumplido en la obligación principal y en mora solo de la prestación de intereses remuneratorios.*

"Cuando el deudor incurre en mora de la prestación principal, por y a partir de ésta, se constituye la obligación de pagar intereses moratorios y el acreedor podrá exigirlos con aquélla mientras persista, siendo inadmisible reclamarlos con intereses remuneratorios, salvo claro está los causados antes de la mora.

"Tampoco puede pretender sobre los intereses moratorios causados nuevos intereses remuneratorios, los cuales retribuyen el capital durante el plazo y, con más veras, moratorios constitutivos de la sanción e indemnización del perjuicio causado por la mora, por ser incompatibles, tanto cuanto más que con esta práctica se desconocerían incluso los límites tarifados imperativos regulados por la ley.

"Si, como está dicho, la prestación principal puede generar intereses remuneratorios o de mora, siendo en línea de principio inadmisible exigirlos simultáneamente por su función diversa e incompatible y la finalidad del artículo 886 del Código de Comercio al disciplinar la producción de intereses sobre los intereses pendientes, dándose las restantes condiciones concurrentes normativas, consiste en retribuir el dinero de los "intereses pendientes", "atrasados", "exigibles", "que no han sido pagados oportunamente" (artículo 1º, Dec. 1454 de 1989) y "debidos con un año de anterioridad, por lo menos", se concluye que los intereses susceptibles de producir nuevos intereses, no son otros sino los remuneratorios, o sea, los que retribuyen el dinero de los intereses causados, devengados y respecto de cuyo pago el deudor está en mora.

"Captada en estos términos la norma, los intereses moratorios no pueden generar nuevos intereses. Sólo los remuneratorios. No de otra forma puede entenderse el precepto, porque con absoluta claridad y precisión, preceptúa que los pendientes "no producirán intereses", vinculando a la producción del dinero y no a la mora, la causa primaria, genuina e indiscutible de su generación, concibiéndolos como frutos o productos del dinero y no como sanción de la mora. (Subrayado del Tribunal)

"[...]

"f) En lo concerniente a la tasa de interés aplicable a los intereses sobre intereses, para la Corte, es la del interés comercial convencional o legal, o sea, la tasa corriente de interés bancario, por cuanto el sentido del artículo 886 del Código de Comercio es el de retribuir el monto de los intereses remuneratorios atrasados, exigibles, no pagados oportunamente y debidos con un año de anterioridad por lo menos.

"Análogamente, considera la Sala que en ausencia de estipulación de las partes, de ninguna manera pueden excederse los topes máximos legales y en caso de acuerdo los constitutivos de la usura.

"Estima igualmente la Corte que como el cálculo actual de la tasa de interés bancario corriente retribuye al acreedor la privación del dinero constitutivo de dichos intereses, el riesgo de la operación y la depreciación monetaria o índice de inflación, necesaria e indefectiblemente por elementales razones lógicas, deberá deducirse esta última, esto es, el factor de depreciación o índice de inflación, por cuanto, con la aplicación de la tasa sobre los intereses iniciales causados, vencidos, exigibles y no pagados, ya se corrige la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

"O, en otros términos, la tasa aplicable es la tasa de interés bancario corriente desprovista del factor de inflación o depreciación monetaria, o sea, deflactada por el índice de Precios al Consumidor, como disciplina el ordenamiento para los sistemas de capitalización de intereses en las operaciones de largo plazo por los establecimientos de crédito." (Subraya el Tribunal)

823. De allí que la suma que representa el monto de los intereses moratorios por el retardo en solucionar la deuda contemplada en el *Addendum* No. 17, no puede acarrear intereses moratorios como reclama la pretensión primera principal común, ni comerciales como pretende la primera subsidiaria de esta, por cuanto respecto de estos últimos, si lo que se pretendía era el reconocimiento de intereses remuneratorios, su improcedencia se fundamenta en que, como es bien conocido, los intereses remuneratorios solo se deben en los supuestos en los que la ley o los contratantes expresamente los hayan establecido.

824. Otro es el escenario con respecto a la segunda pretensión subsidiaria en cuanto demanda la indexación de la suma debida en razón de la falta de pago de la obligación dineraria constituida en el *Addendum*. La justicia de esta pretensión (segunda subsidiaria de la primera común, se repite), que persigue el mantenimiento del valor de la obligación dineraria, refleja una constante admitida por la ley y la jurisprudencia colombianas, en consideración a que, como ya lo ha explicado el Tribunal, en ambientes inflacionarios, el valor real de cualquier suma de dinero cuyo monto se estime en distintos momentos varía en desmedro de su magnitud. El principio de la *"integridad del pago"* que preconiza la necesidad de que el acreedor reciba la totalidad de lo que es suyo en virtud de la deuda, reconoce por eso mismo que los valores monetarios en que consiste una obligación se envilecen con el paso del tiempo. De allí, como lo ha reconocido la jurisprudencia, surge el imperativo de actualizar el valor de esos signos en el momento de solventar la deuda. En la actualidad es unánime el entendimiento del universo jurídico de ser un derecho del acreedor la indexación de las obligaciones de pagar sumas de dinero cuando se las cumple en retardo.

825. En consecuencia, el Tribunal dispone la actualización del valor de la cifra debida por EMGESA al CIO (COP $492.112.327) en razón de la demora en solventar la obligación al pago de suma de dinero que contrajo en el *Addendum* No. 17, según lo que resulte de aplicar la variación del Índice de Precios al Consumidor, desde el día siguiente al pago de la obligación principal o de finalización de la mora, es decir, desde el 11 de febrero de 2017 hasta la fecha de este Laudo.

826. Para la actualización con base en el IPC se aplicará la siguiente fórmula:

Valor Actualizado = Valor a Actualizar multiplicado por el factor resultante de dividir el índice final (último índice conocido a la fecha del laudo) dividido por el índice inicial (índice del mes de febrero de 2017). Como índice final se tiene en cuenta el que corresponde a julio de 2023 certificado por el DANE[183], así:

	VALORES A ACTUALIZAR CON IPC	FECHA IPC INICIAL	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR DE ACTUALILZACIÓN	ACTUALIZACIÓN	VALOR ACTUALIZADO
INTERESES MORA PAGO ADDENDUM 17	$ 492.112.327	11/02/17	95,01	134,45	1,4151142	$ 204.282.814	$ 696.395.141

En consecuencia el valor de la actualización con IPC es equivalente a $204.282.814.

827. Se sigue de lo dicho varias veces que el Tribunal desestima las pretensiones primera principal y su primera subsidiaria del capítulo *"C. Pretensiones Comunes a las Pretensiones Principales y a las Pretensiones Subsidiarias"* en cuanto se relacionan con el reconocimiento del precio de las obras ejecutadas y no pagadas, por ser improcedente el cobro de intereses sobre obligaciones cuya exigibilidad surge del reconocimiento hecho en el Laudo.

828. En cuanto a la segunda subsidiaria a la primera principal, que reclama la actualización monetaria utilizando para el efecto el Índice de Precios para el Consumidor (IPC) o *"el índice que Tribunal considera aplicable"*, el resultado es idéntico al que ya se expuso a propósito del monto de la obligación por mora en el pago de la obligación dineraria convenida en el *Addendum* No. 17, es decir, de prosperidad, en aplicación de la doctrina vigente en la materia. En tal razón, el Tribunal resuelve que la cifra a que asciende la condena por obras ejecutadas y no pagadas y su agregado indisociable el reajuste preceptuado en la Cláusula 2.14.5 de las BAE del Contrato CEQ-21, esto es, la suma de COP $2.829.240.659 se actualice a partir de la fecha que en

183 https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc

este Laudo se indica como el de concreción temporal de la obligación, la del envío por EMGESA al CIO del borrador del *Addendum* No. 18.

829. Para la actualización del valor monetario se utilizará la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), así:

	VALORES A ACTUALIZAR CON IPC	FECHA IPC INICIAL	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR DE ACTUALILZACIÓN	ACTUALIZACIÓN	VALOR ACTUALIZADO
CANTIDADES DE OBRA EJECUTADAS Y NO PAGADAS INCLUIDO REAJUSTE	$ 2.829.240.659	9/02/17	95,01	134,45	1,415114199	$ 1.174.457.969	$ 4.003.698.628

El valor de la actualización con IPC es equivalente a $1.174.457.969.

830. El Tribunal en las consideraciones precedentes apreció en su justo mérito la defensa opuesta por EMGESA que se desprende del régimen del anatocismo en el derecho colombiano, como refleja la desestimación de la condena al pago de intereses sobre la suma debida en razón de la mora en la solución del crédito constituido en el *Addendum* No. 17, por virtud de la regulación legal de la figura.

831. En cuanto a la compensación propuesta por EMGESA, que igualmente fue formulada por el CIO, el Tribunal procederá a las declaraciones correspondientes entre las condenas proferidas en relación con cada una de las partes, imputando al pago de la acreencia mayor la que corresponda al crédito menor y hasta la concurrencia de su valor.

832. En consecuencia procede el Tribunal a efectuar la compensación correspondiente así:

	CONDENAS A FAVOR DE EMGESA	CONDENAS A FAVOR DEL CIO
Daño emergente pagos a Ingetec y M&M	$ 24.244.381.379	
Daño emergente pago AF Consult Switzerland (20.456 CHF liquidados con la tasa de cambio a la fecha del acta de liquidación)	$ 66.898.054	
Actualización con IPC a favor de Emgesa	$ 7.346.098.592	
Intereses debidos por mora en el pago del Addendum 17		$ 492.112.327
Actualización con IPC intereses debidos Addendum 17		$ 204.282.814
Obra ejecutada y no pagada al CIO incluido reajuste		$ 2.829.240.659
Actualización con IPC obra ejecutada y no pagada		$ 1.174.457.969
TOTAL	**$ 31.657.378.025**	**$ 4.700.093.769**
VALOR A FAVOR DE EMGESA EFECTUADA LA COMPENSACIÓN	**$ 26.957.284.257**	

833. Así las cosas la condena a favor de EMGESA y a cargo de las sociedades integrantes del CIO será por un valor total de COP $26.957.284.257, que causará intereses moratorios a la máxima tasa legalmente permitida a partir del quinto día siguiente a la fecha de ejecutoria del Laudo conforme lo solicita EMGESA. En cuanto a las pretensiones segunda principal común y sus subsidiarias de la demanda de reconvención en la que se pide el pago de intereses moratorios o en subsidio intereses corriente o actualización, entre la fecha del Laudo y su pago, considerando que ha operado la compensación y con ello se extinguen las obligaciones de pago a cargo de EMGESA y a favor del CIO, por sustracción de materia el Tribunal se abstiene de entrar en el estudio de estas pretensiones.

J. LA PRETENSIÓN DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

834. La pretensión décima segunda de la demanda reformada solicita que *"se decrete la liquidación del Contrato CEQ-21"*. En respuesta a dicha pretensión se ordenará la liquidación del Contrato CEQ-21 por las partes teniendo en cuenta las condenas impuestas en este laudo y la compensación ordenada, conforme a lo establecido en el clausulado del mismo.

VII – CONDUCTA DE LAS PARTES

835. El artículo 280 del Código General del Proceso al final del primer inciso determina que *"El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ella"*. Atendiendo lo dispuesto en esta norma, el Tribunal considera que a lo largo del proceso las partes y sus apoderados obraron conforme a los principios de transparencia, lealtad procesal y buena fe, y con apego a las prácticas de buena conducta procesal, motivo por el cual no cabe censura o reproche alguno, ni tampoco la deducción de indicios en su contra.

VIII – JURAMENTO ESTIMATORIO

836. En este proceso la Demandante y la Reconviniente prestaron el juramento estimatorio exigido por el artículo 206 del Código General del Proceso, el cual fue objetado por el CIO, AXA COLPATRIA y SEGUREXPO, y por EMGESA respectivamente.

837. El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, regula el juramento estimatorio en los siguientes términos:

> *"**ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO.** Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*
>
> *Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.*
>
> *Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.*
>
> *<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.*
>
> *El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda*

> *o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.*
>
> *El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.*
>
> ***PARÁGRAFO.*** *<Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*
>
> ***La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte****."* (destaca el Tribunal)

838. Esta norma determina que se impondrá una sanción a favor del Consejo Superior de la Judicatura cuando: (i) la suma estimada bajo juramento exceda en un cincuenta por ciento de la suma que resulte probada; y (ii) se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, siempre que la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.

839. En este caso advierte el Tribunal que no se cumplen los presupuestos para imponer sanción alguna por concepto de juramento estimatorio. En efecto, aunque la condena que se impondrá al CIO es inferior al cincuenta por ciento de la suma que fue objeto de juramento estimatorio por parte de EMGESA, además de que no se observó un actuar negligente o temerario de EMGESA, la disminución del monto del daño emergente frente al pretendido por EMGESA obedece a la incidencia causal de la conducta de esta última, y no a la falta de demostración de los perjuicios. Adicionalmente, en lo que se refiere al lucro cesante, como se determinó en este Laudo no se impondrá condena alguna por este concepto por razón diferente a la prueba del perjuicio.

840. Para el caso del juramento estimatorio incluido por el CIO en la demanda de reconvención, tampoco se cumplen los presupuestos de la norma para la imposición de la sanción allí contemplada, pues la condena que con este Laudo se impone con ocasión de esta demanda es superior al cincuenta por ciento de la suma que fue estimada bajo juramento para las cantidades de obra ejecutada y no pagadas y los intereses por mora en el pago de los montos acordados en el *Addendum* No. 17.

841. Concluye entonces el Tribunal que en el presente caso no se cumplen los presupuestos previstos en el artículo 206 del C.G.P., y por ello no impondrá las sanciones consagradas en la norma citada.

IX – COSTAS

842. El artículo 365 del Código General del Proceso en relación con las costas dispone lo siguiente:

> *"**Artículo 365**. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
>
> *1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (…)*
>
> *2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
>
> *(...)*
>
> *5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
>
> *6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.*
>
> *7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.*
>
> *8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
>
> *9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción."*

843. Para determinar si hay lugar a imponer condena en costas, el Tribunal tendrá en cuenta que:

(v) Las pretensiones de las demanda principal prosperarán parcialmente frente a las sociedades integrantes del CIO, dando lugar a que estas sociedades sean condenadas a pagar a EMGESA las sumas establecidas en este Laudo.

(vi) Las pretensiones de la demanda de reconvención prosperarán parcialmente frente a EMGESA, dando lugar a las condenas a favor de los integrantes del CIO determinadas en esta providencia.

(vii) Aunque prosperarán algunas pretensiones de la demanda principal meramente declarativas relativas a la existencia del Contrato de Seguro, aquellas que buscaban que se declarara la responsabilidad de AXA COLPATRIA no prosperarán por ausencia de cobertura del amparo invocado por EMGESA.

(viii) El llamamiento en garantía que realizó AXA COLPATRIA a SEGUREXPO no prosperará por las razones expuestas en este Laudo.

844. Considerando la prosperidad parcial de las pretensiones formuladas por EMGESA frente a los integrantes del CIO y de estos frente a EMGESA, además de que la actuación de las partes se surtió conforme a los principios de transparencia, lealtad procesal y buena fe, cada quien en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, en los términos del numeral 5º del artículo 365 del Código General del Proceso, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas al CIO y EMGESA respecto de las acciones que mutuamente se formularon.

845. En el caso de la demanda formulada por EMGESA frente a AXA COLPATRIA, como se vio, EMGESA resultó vencida y por tanto será condenada a pagar a AXA COLPATRIA las costas en que esta última incurrió según lo acreditado en el expediente y conforme a la liquidación que se hace más adelante.

846. Igualmente, al no haber prosperado la demanda de llamamiento en garantía formulada por AXA COLPATRIA frente a SEGUREXPO, en los términos del numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a AXA COLPATRIA.

847. Para la liquidación y fijación de las costas el Tribunal tendrá en cuenta:

1. La suma total de los gastos y honorarios de este Tribunal que fueron asumidos por AXA COLPATRIA y SEGUREXPO.

2. Los criterios que el artículo 366 del Código General del Proceso establece para la fijación de las agencias en derecho.

3. De conformidad con lo previsto en el numeral cuarto del artículo 366 del Código General del Proceso, se considerará: (i) el rango de tarifas máximas que se establecen en el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior Judicatura; (ii) la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado; (iii) la cuantía del proceso; y (iv) las demás circunstancias directamente relacionadas con la actividad del apoderado. Aplicando estos criterios al caso concreto se condenará en agencias en derecho a EMGESA y AXA COLPATRIA respectivamente, en la suma correspondiente al valor asumido por AXA COLPATRIA y SEGUREXPO por honorarios de un árbitro, que se considera razonable teniendo en cuenta, la naturaleza de la gestión realizada por los apoderados, la duración del trámite y la complejidad del asunto.

848. Procede entonces el Tribunal a liquidar las costas que deberá pagar EMGESA a AXA COLPATRIA, incluyendo las expensas y gastos que esta última sufragó durante el curso del proceso, y las agencias en derecho, así:

a. Como se registró en el informe secretarial del Acta 28, AXA COLPATRIA consignó la suma de COP $690.958.600 por concepto de los honorarios y gastos de este trámite arbitral, y reservó los valores indicados para las retenciones correspondientes, conforme a la siguiente liquidación:

Regimen	Beneficiario	Subtotal	Iva	Total	Rt fuente	RT IVA	RT ICA	Valor a pagar
Responsable	Honorarios Arbitro 1 Julio Yepes	908.526.000	172.619.940	1.081.145.940	99.937.860	25.892.991	6.268.829	949.046.260
Simple	Honorarios Arbitro JFRG SAS	908.526.000	172.619.940	1.081.145.940	-	25.892.991	-	1.055.252.949
Simple	Honorarios Arbitro 3 Arturo S.	908.526.000	172.619.940	1.081.145.940	-	25.892.991	-	1.055.252.949
Simple	Honorarios Secretaria Andrea A.	454.263.000	86.309.970	540.572.970	-	12.946.496	-	527.626.475
R. Especial GC	Gastos CCB	454.263.000	86.309.970	540.572.970	-	-	-	540.572.970
No responsable	Gastos del proceso	18.000.000	-	18.000.000	-	-	-	18.000.000
	Totales	**3.652.104.000**	**690.479.760**	**4.342.583.760**	**99.937.860**	**90.625.469**	**6.268.829**	**4.145.751.602**

Convocante 50%	1.826.052.000	2.072.875.801
Convocado 50%	1.826.052.000	2.072.875.801
AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.	**608.684.000**	**690.958.600**

b. En consecuencia AXA COLPATRIA asumió la tercera parte de los honorarios y gastos del Tribunal a cargo de la parte Convocada, equivalente a las siguientes sumas incluido el IVA correspondiente:

	HONORARIOS	IVA	TOTAL CON IVA
Honorarios ÁRBITRO	$151.421.000	$28.769.990	$180.190.990
Honorarios ÁRBITRO	$151.421.000	$28.769.990	$180.190.990
Honorarios ÁRBITRO	$151.421.000	$28.769.990	$180.190.990
Honorarios SECRETARIA	$75.710.500	$14.384.995	$90.095.495
Gastos de Funciona-miento y Administración Centro de Arbitraje	$75.710.500	$14.384.995	$90.095.495
Gastos del Proceso	$3.000.000		$3.000.000
TOTAL	**$608.684.000**	**$115.079.960**	**$723.763.960**

c. Atendiendo los criterios establecidos al efecto en el numeral 4º del artículo 366 del Código General del Proceso, se fijan las agencias en derecho a cargo de EMGESA y a favor de AXA COLPATRIA en la suma de $151.421.000, equivalente al valor que de los honorarios de un árbitro asumió AXA COLPATRIA.

d. En consecuencia, las costas que EMEGESA debe pagar a AXA COLPATRIA, ascienden a la suma de $875.184.960, liquidada así:

	VALOR
Gastos y Honorarios asumidos por AXA COLPATRIA	$723.763.960
Agencias en derecho	$151.421.000
TOTAL	**$875.184.960**

849. La liquidación de las costas que deberá pagar AXA COLPATRIA a SEGUREXPO, es la siguiente:

a. En el Auto de fijación de honorarios y gastos del Tribunal (Auto No. 37 del 28 de octubre de 2021) se fijaron las siguientes sumas a cargo de SEGUREXPO, las cuales fueron asumidas por esta Aseguradora en su totalidad:

	HONORARIOS	IVA	TOTAL
Honorarios ÁRBITRO	$68.139.000	$12.946.410	$81.085.410
Honorarios ÁRBITRO	$68.139.000	$12.946.410	$81.085.410
Honorarios ÁRBITRO	$68.139.000	$12.946.410	$81.085.410
Honorarios SECRETARIA	$34.069.500	$6.473.205	$40.542.705

Gastos de Funcionamiento y Administración Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá	$34.069.500	$6.473.205	$40.542.705
Gastos del Proceso			$1.500.000
		Total	$325.841.640

b. Conforme a los criterios previstos en el numeral cuarto del artículo 366 del Código General del Proceso se fijan las agencias en derecho a cargo de AXA COLPATRIA y a favor de SEGUREXPO en la suma de $68.139.000, equivalente al valor que asumió SEGUREXPO por los honorarios de un árbitro.

c. En consecuencia, las costas que AXA COLPATRIA debe pagar a SEGUREXPO, ascienden a la suma de $393.980.640, liquidada así:

	VALOR
Gastos y Honorarios asumidos por AXA COLPATRIA	$325.841.640
Agencias en derecho	$68.139.000
TOTAL	**$393.980.640**

850. Para la determinación de la forma en que se procederá a hacer la restitución del saldo remanente de la partida de gastos del Tribunal, una vez el Presidente presente la rendición de cuentas correspondiente, se tendrá en cuenta que en la liquidación de la condena en costas se contempla la partida de gastos y la proporción del total de los gastos que fue pagada por cada uno de los intervinientes así:

	Gastos Pagados	**% Pagado**	**Valor restituido condena en costas**	**% a restituir**
EMGESA	$ 9.000.000	46%		61% (EMGESA +AXA)
CIO	$ 6.000.000	31%		31% (CIO)
AXA COLPATRIA	$ 3.000.000	15%	$ 3.000.000	8% (SEGUREXPO)
SEGUREXPO	$ 1.500.000	8%	$ 1.500.000	
TOTAL	$ 19.500.000	100%		100%

X – DECISIÓN

En mérito de las precedentes consideraciones, el Tribunal de Arbitraje conformado para dirimir las controversias entre EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., como parte Convocante, y las sociedades integrantes del CONSORCIO IMPREGILO – OHL (IMPREGILO COLOMBIA S.A.S. -hoy GRUPO ICT II S.A.S- y OHL COLOMBIA LTDA. -hoy OHL COLOMBIA S.A.S.-) y AXA COLPATRIA SEGUROS S.A., como parte Convocada, con la participación de SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., como llamada en garantía, decidiendo en derecho y mediante el voto unánime de sus integrantes, en cumplimiento de la misión encomendada y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

A. Sobre las pretensiones de la demanda reformada de EMGESA:

A.1. Pretensiones Declarativas 1 a 4 y 5 de Condena

1. Declarar la prosperidad parcial de la **pretensión primera** declarativa de la demanda reformada presentada por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., en cuanto impetra que se declare que en la ejecución del contrato CEQ-21 celebrado con el CONSORCIO IMPREGILO-OHL para la construcción de las obras civiles principales del proyecto hidroeléctrico El Quimbo, el contratista (conformado por IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S.), incumplió el contrato en lo concerniente a la garantía de *"calidad y estabilidad"* de la obra, por las fallas originadas en la colocación irregular del enrocado del espaldón del talud aguas abajo de la presa, causando daños en la referida estructura que determinaron la contratación de obras de reperfilamiento de la misma.

2. Negar la **pretensión primera** de la demanda reformada presentada por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., en cuanto pide que se declare que por razón de los defectos constructivos a que se refiere el numeral anterior se causaron daños por los cuales la contratante se vio obligada a hacer *"vertimientos que no pudieron ser convertidos en energía eléctrica ni comercializados en el mercado de energía mayorista"*.

3. Como consecuencia de la prosperidad parcial de la pretensión primera declarativa de la demanda reformada presentada por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., declarar que las sociedades integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-

OHL (IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S.), están obligadas a indemnizar a EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., el daño emergente que a esta se le ocasionó, en el valor que se ha determinado teniendo en cuenta su participación en la causación de los deterioros que debieron corregirse mediante las obras de reperfilamiento. En ese sentido, prospera parcialmente la **pretensión segunda** declarativa formulada por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., en lo relativo al daño emergente, pues lo pretendido respecto del lucro cesante se niega.

4. Negar las **pretensiones tercera declarativa y quinta de condena** de la demanda reformada de EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., relacionadas con las Variaciones Importantes en las Cantidades de Obra (VICO), en tanto respecto de estas prospera la excepción de cosa juzgada propuesta por las Convocadas y la llamada en garantía.

5. Negar la **pretensión cuarta** de la demanda reformada de EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., referente a la obligación de pagar la cláusula penal.

6. Declarar que, como EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., incurrió en las conductas que quedaron examinadas y definidas en la parte considerativa de este Laudo, que implicaron una participación concurrente de parte suya del sesenta y cinco por ciento (65%) en la causación del daño que reclamó con ocasión de los deterioros que presentó el enrocado del espaldón del talud aguas abajo de la Presa, la obligación que las sociedades integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL (IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S.) tienen de indemnizar el daño emergente sufrido por EMGESA S.A. E.S.P. será del treinta y cinco por ciento (35%) del monto que por este rubro se ha liquidado. Por consiguiente, se declara probada la excepción de mérito derivada de la concurrencia de conductas en la causación del daño.

A.2. Pretensiones Declarativas 5 a 10

7. Declarar la prosperidad de las **pretensiones quinta, sexta y séptima** declarativas principales de la demanda reformada propuestas por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., precisando que la póliza contratada con AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. amparó la *"estabilidad"* de la obra y no su *"calidad"*.

8. De conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de este Laudo, negar las **pretensiones declarativas octava, novena y décima** formuladas por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., contra AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

A.3. Pretensiones Declarativa 11 y de Condena 6 y 7

9. Negar la **pretensión undécima** declarativa de la demanda presentada por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., relativa a la obligación de pagar intereses de mora, en cuanto concierne a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

10. Negar, consecuentemente, las **pretensiones sexta de condena y su subsidiaria** formuladas por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., contra AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

11. En relación con la **pretensión undécima declarativa** de la demanda reformada presentada por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., contra las sociedades integrantes del Consorcio Convocado, declarar que IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., están obligadas a pagar a EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., intereses comerciales moratorios sobre la suma objeto de condena que más adelante se precisará, a la máxima tasa legalmente permitida, los que se causarán luego de que venza el término de cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria del Laudo, y hasta cuando el pago se haga efectivo, conforme lo pide EMGESA S.A. E.S.P.

A.4. Pretensiones Condenatorias 1 a 5

12. En relación con las **pretensiones de condena primera y segunda de la demanda reformada** formuladas por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., condenar a IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y a OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, a pagar a EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., la suma de **COP $24.244.381.379,** correspondiente a la indemnización del daño emergente que a aquellas le es imputable, valor que, luego de efectuada la compensación que en este Laudo se ordena con las condenas a favor de las demandantes en reconvención, deberá ser pagado dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria este Laudo, conforme lo pide EMGESA S.A. E.S.P.

13. Negar las **pretensiones tercera de condena** y **primera subsidiaria a la tercera de condena** de la demanda reformada presentada por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P.

14. En relación con la **pretensión de condena segunda subsidiaria a la tercera** de la demanda reformada presentada por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A.

E.S.P., condenar a IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y a OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, a pagar a EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., la suma de **COP $66.898.054**, equivalente a 20.456 francos suizos, liquidados a la tasa de cambio vigente en la fecha de las actas de liquidación de las órdenes de servicio, pago que, luego de efectuada la compensación que en este Laudo se ordena, deberá ser realizado dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria este Laudo, conforme lo pide EMGESA S.A. E.S.P.

15. Negar las **pretensiones de condena primera, segunda y tercera de la demanda reformada, y sus subsidiarias**, de EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., respecto de AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

16. Negar la **pretensión cuarta de condena de la demanda reformada** de EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., relativa a la indemnización por lucro cesante.

17. Negar las **pretensiones séptima de condena y la primera subsidiaria a la séptima de condena de la demanda reformada** de EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P.

18. En relación con la **pretensión segunda subsidiaria a la séptima de condena** de la demanda reformada, condenar a IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y a OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, a pagar a EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., la suma de **COP $7.346.098.592** por concepto de la actualización monetaria dispuesta en este Laudo de acuerdo con las consideraciones de la parte motiva, pago que, luego de efectuada la compensación que en esta providencia se ordena, deberá ser realizado dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria de este Laudo, conforme lo pide EMGESA S.A. E.S.P. Se niega esta pretensión en cuanto al pago de intereses del 6% anual sobre las sumas objeto de la actualización monetaria.

A.5. Pretensión Subsidiaria común a las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta de condena

19. Negar la pretensión **subsidiaria común a las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta y quinta de condena** relativa al pago de la cláusula penal.

B. Sobre las excepciones formuladas respecto de la demanda de EMGESA:

1. Negar las excepciones de inepta demanda propuestas por IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL.

2. Negar la excepción de cosa juzgada que las Convocadas y la llamada en garantía propusieron respecto de las pretensiones relativas a la indemnización del daño emergente formuladas por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P.

3. Declarar, según ya se ha señalado, probada la excepción de cosa juzgada respecto de las pretensiones formuladas por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., respecto de las Variaciones Importantes de Cantidades de Obra (VICO).

4. Declarar probada la excepción de mérito propuesta por las Convocadas bajo el nombre de *"improcedencia de la indemnización por lucro cesante"*, conforme a lo analizado en la parte motiva de este Laudo.

5. Declarar que prosperan las alegaciones de IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, sobre la inaplicabilidad del artículo 2060 del Código Civil al presente trámite arbitral.

6. Declarar, según ya se ha señalado, la prosperidad de la excepción de mérito de concurrencia de conductas en la causación del daño, en cuanto quedó demostrada la participación de EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., en la producción de los deterioros de la presa generadores de los perjuicios reclamados, en el porcentaje que se ha determinado en este Laudo.

7. Declarar que no prosperan las excepciones relativas a la improcedencia de la indemnización del daño emergente derivado de los contratos celebrados por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., con M&M, INGETEC y AF Consult Switzerland para la obra del reperfilado.

8. Declarar no probadas las excepciones denominadas "*1. Ausencia de responsabilidad de AXA COLPATRIA, como consecuencia de la ausencia de responsabilidad del CIO en relación con la inestabilidad del enrocado del espaldón aguas debajo (sic) de la presa*", "*3. Ausencia de cobertura bajo el amparo de estabilidad de la obra en la medida en que los daños objeto del litigio ya habían sido identificados por EMGESA de manera*

previa a la recepción de las obras a entera satisfacción del contratante" y "*11. Terminación del contrato de seguro por agravación del estado del riesgo*" propuestas por AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.

9. Negar las excepciones de nulidad relativa del Contrato de Seguro alegadas por SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., así como las denominadas *"4.1. Incumplimiento de la obligación a cargo de EMGESA de demostrar la ocurrencia y cuantía del siniestro, las fallas de la estabilidad de la obra deben ser imputables al CIO. Causal eximente de responsabilidad del asegurador art. 1077 del Código de Comercio y condiciones generales de la póliza no. 8001039835 expedida por Axa Colpatria", "4.2. Cumplimiento del Contrato CEQ-21 de 2010 por parte del CONSORCIO IMPREGILO-OHL (CIO)"*.

10. Declarar, conforme a lo expuesto en la parte motiva, la improsperidad de las restantes excepciones formuladas por IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, frente a las pretensiones formuladas en la demanda reformada presentada por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P.

11. Declarar que, dado que no prosperan las pretensiones de condena contra AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. por ausencia de cobertura en los términos explicados en la parte motiva, el Tribunal se abstiene de hacer pronunciamiento sobre las otras excepciones destinadas a contrarrestar dichas pretensiones.

C. Sobre el llamamiento en garantía formulado por AXA COLPATRIA a SEGUREXPO:

1. Negar la pretensión o solicitud de reembolso que AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. formuló contra SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A.

2. Declarar que, como no prosperan las pretensiones contra SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A., el Tribunal se abstiene de hacer pronunciamiento sobre las demás excepciones propuestas por la Aseguradora llamada en garantía.

D. Sobre las pretensiones de la demanda de reconvención reformada de las sociedades integrantes del CIO:

D.1. Pretensiones principales relativas a los intereses debidos por mora en el pago de los montos acordados en el *Addendum* 17

1. Declarar la prosperidad de la **pretensión primera del acápite (i)** de la demanda de reconvención reformada formulada por IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, en cuanto a que el plazo de que dispuso EMGESA S.A. E.S.P. para pagar al CONSORCIO IMPREGILO-OHL las sumas de dinero señaladas en el literal b) de la cláusula tercera del *Addendum* No. 17 al Contrato CEQ-21 venció el 17 de enero de 2017.

2. Declarar la prosperidad de la **pretensión segunda del acápite (i)** de la demanda de reconvención reformada formulada por IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, en cuanto a que el pago de las sumas de dinero acordadas en el literal b) de la cláusula tercera del *Addendum* No. 17 del Contrato CEQ-21 se hizo el 10 de febrero de 2017.

3. En relación con la **pretensión tercera del acápite (i)** de la demanda de reconvención reformada formulada por IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, declarar que EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., incurrió en mora durante 23 días y no 24, como se pretendía, respecto del pago de las sumas de dinero acordadas en el literal b) de la cláusula tercera del *Addendum* No. 17 del Contrato CEQ-21.

4. En relación con las **pretensiones cuarta, quinta y sexta del acápite (i)** de la demanda de reconvención reformada formulada por las integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, declarar que EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., no ha pagado y se encuentra obligada a pagar a IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S. y a OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, intereses por los 23 días de mora en que incurrió respecto del pago de las sumas de dinero acordadas en el literal b) de la cláusula tercera del *Addendum* No. 17 del Contrato CEQ-21, liquidados a la tasa estipulada en la cláusula 2.16.06 de las BAE (DTF + 4%), por el término que corrió entre el 18 de enero de 2017 hasta el 9 de febrero de 2017 inclusive, razón por la cual incumplió la mencionada estipulación.

5. En cuanto a las **pretensiones séptima y octava del acápite (i)** de la demanda de reconvención reformada formulada por los integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, declarar que EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., se encuentra obligada a pagar a IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y a OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO

IMPREGILO-OHL, la suma de **COP $492.112.327** en razón de los intereses moratorios generados en su favor, y consecuentemente condenar a la primera a pagar a las segundas dicha suma de dinero a la ejecutoria de este Laudo, suma que será compensada con los valores adeudados por los integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL a EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P.

D.2. Pretensiones principales relativas a cantidades de obras ejecutadas y no pagadas

6. En cuanto a las **pretensiones primera, segunda, tercera y cuarta del acápite (ii)** de la demanda de reconvención reformada formulada por las integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, declarar que EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P. está obligada a pagar a IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y a OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, las cantidades de obra que aquel ejecutó, detalladas en la parte motiva de este laudo y que no le han sido pagadas, cuyo valor asciende a **COP $2.173.329.743**, incumpliendo así el Contrato CEQ-21.

7. En cuanto a las **pretensiones quinta, sexta, séptima y octava del acápite (ii)** de la demanda de reconvención reformada formulada por los integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, declarar que EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., está obligada a pagar a IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y a OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, la suma de **COP $655.910.916** por concepto del reajuste acordado en la cláusula 2.14.05 de las BAE sobre las cantidades de obra que aquel ejecutó y no le han sido pagadas, incumpliendo así el Contrato CEQ-21.

8. En cuanto a las **pretensiones novena y décima del acápite (ii)** de la demanda de reconvención reformada formulada por las integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, declarar que, según se determinó en los numerales 6 y 7 anteriores, EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., se encuentra obligada a pagar a IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y a OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, la suma total de **COP $2.829.240.659,** en razón de las obras ejecutadas que no han sido pagadas incluido su reajuste, y consecuentemente condenar a EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P. a pagar a las integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL dicha suma de dinero, cantidad que será compensada con los valores adeudados por las integrantes del Consorcio a EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P.

D.3. Pretensiones comunes

9. Negar las **pretensiones primera principal común y primera subsidiaria a la primera pretensión común** de la demanda de reconvención reformada.

10. En cuanto a la **pretensión segunda subsidiaria de la primera pretensión común** de la demanda de reconvención reformada formulada por los integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, condenar a EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., a pagar a IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y a OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, las sumas de: (i) **COP $204.282.814** por concepto de la actualización monetaria del valor adeudado por intereses moratorios en el pago de las obligaciones derivadas del *Addendum* No. 17 desde febrero de 2017 hasta la fecha del laudo; y (ii) **COP $1.174.457.969** por concepto de la actualización monetaria del valor adeudado por cantidades de obra ejecutadas y no pagadas incluido el reajuste, desde febrero de 2017 hasta la fecha del laudo. Estas sumas serán compensadas con los valores adeudados por los integrantes del Consorcio a EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P.

11. En los términos dispuestos en la parte motiva, por sustracción de materia al operar la compensación que seguidamente se decretará, la cual habrá de aparejar la extinción de la obligación de pago a cargo de EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., y a favor de los integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, el Tribunal se abstiene de pronunciarse sobre el mérito de la **pretensión segunda principal común y sus subsidiarias** de la demanda de reconvención reformada.

E. Sobre las excepciones formuladas frente a la demanda de reconvención reformada:

1. Declarar no probada la excepción de prescripción extintiva que EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., propuso respecto de las pretensiones primera a octava de la demanda de reconvención reformada formulada por los integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL.

2. En los términos expuestos en la parte motiva del Laudo, declarar que prospera la excepción de prohibición del anatocismo.

3. De acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa, negar la prosperidad de las demás excepciones que EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., propuso en relación con las pretensiones de la demanda de reconvención reformada formulada por los integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL.

F. De la compensación:

1. Declarar la prosperidad de las excepciones de "Compensación" propuestas por EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., por una parte, y por los integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, por la otra. En consecuencia, disponer que el monto total de las condenas que en el Laudo se decretan en contra de IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y de OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, se disminuya en el valor de las condenas impuestas a EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P. Por tanto, las sociedades integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL pagarán a EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., el saldo resultante que equivale a la suma de **COP $26.957.284.257**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria del Laudo, conforme lo solicita EMGESA S.A. E.S.P.

2. Declarar, en consecuencia, extinguidas por compensación las obligaciones que han sido declaradas en este Laudo a cargo de EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., y a favor de IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y de OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL.

3. Disponer que la suma total de la condena impuesta a IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y a OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, equivalente a **COP $26.957.284.257**, causará intereses de mora a la máxima tasa legalmente permitida una vez vencido el plazo de cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este Laudo.

G. Sobre la pretensión de liquidación del Contrato CEQ-21:

Ordenar a las partes la liquidación del Contrato CEQ-21, teniendo en cuenta las condenas impuestas en este Laudo luego de efectuada la compensación, conforme a lo establecido en el clausulado del mismo Contrato.

H. Sobre el juramento estimatorio:

Abstenerse de imponer a las partes sanción alguna por los juramentos estimatorios presentados en sus respectivas demandas.

I. Sobre costas del proceso:

1. Condenar a EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., a pagar a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. E.S.P., por concepto de costas, la suma de **COP $875.184.960**.

2. Condenar a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. a pagar a SEGUREXPO DE COLOMBIA S.A. por concepto de costas la suma de **COP $393.980.640**.

4. Declarar que en relación con las demandas que mutuamente se interpusieron EMGESA S.A. E.S.P., hoy ENEL COLOMBIA S.A. E.S.P., e IMPREGILO COLOMBIA S.A.S., hoy GRUPO ICT II S.A.S., y OHL COLOMBIA LTDA., hoy OHL COLOMBIA S.A.S., integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL, no hay lugar a imponer condena en costas y cada una debe asumir sus respectivos gastos.

J. Sobre aspectos administrativos:

1. Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y de la secretaria. El Presidente procederá a hacer estos pagos. Las partes deberán entregar a los Árbitros y a la Secretaria en un plazo de treinta (30) días contados a partir de la radicación de la factura correspondiente los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el 25% de sus honorarios.

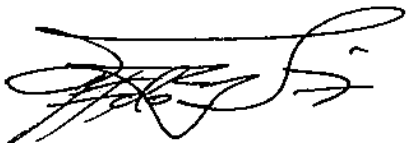
2. Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y la Secretaria, para lo cual el Presidente hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.

3. De conformidad con el artículo 2.59 del Reglamento de Arbitraje Nacional de la Cámara de Comercio de Bogotá, proceder, por intermedio del árbitro Presidente del Tribunal a realizar la correspondiente liquidación de gastos y a rendir cuenta razonada de los mismos, restituyendo los remanentes a que hubiere lugar así: a EMGESA S.A. E.S.P. el 61%, a los integrantes del CONSORCIO IMPREGILO-OHL el 31%, y a AXA COLPATRIA SEGUROS S.A. el 8%.

4. Ordenar que en la oportunidad que corresponda se proceda al archivo del expediente digital en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

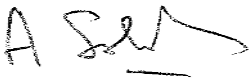
5. Ordenar que por secretaría se haga entrega a cada una de las Partes de ejemplar auténtico de este Laudo con las constancias del Ley.

Esta providencia quedó notificada en audiencia realizada por medios electrónicos y se suscribe con firmas digitalizadas, como lo autoriza la ley.



JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ
Presidente

HERNANDO YEPES ARCILA
Árbitro



ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
Árbitro

ANDREA ATUESTA ORTIZ
Secretaria