



TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

ACTA N° 033
Fecha: Octubre 26 de 2018
Convocante: B & V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA EN REORGANIZACIÓN
Convocadas: TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA (TENARIS TUBOCARIBE LTDA) Y EXIROS DE COLOMBIA LTDA.
Árbitros: RAFAEL BERNAL GUTIERREZ – Presidente
 ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS
 MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Secretario: JUAN DAVID POSADA GUTIERREZ

A las once de la mañana (11:00 a.m.), en las dependencias del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias, se reunieron los árbitros, doctores **RAFAEL BERNAL GUTIERREZ** (Presidente), **ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS** y **MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**, y el secretario, **JUAN DAVID POSADA GUTIERREZ**, para llevar a cabo audiencia de laudo arbitral en el proceso promovido por la sociedad **B&V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA.** en contra de las sociedades **TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA.** y **EXIROS DE COLOMBIA LTDA.**

Asistieron además a la audiencia:

- El apoderado judicial de **B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA**, Dr. **CHRISTIAN FERNANDO CARDONA NIETO**.
- La representante legal de la sociedad **TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA.**, Dra. **SILVIA JULIANA DIAZ URIBE**.
- EL apoderado judicial de **TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA** y de **EXIROS DE COLOMBIA LTDA.**, Dr. **ANDRÉS JARAMILLO HOYOS**.

INFORME SECRETARIAL

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, se informa que la primera audiencia de trámite finalizó el día 15 de enero de 2018, y tomando en cuenta que el proceso ha estado suspendido por 114 días hábiles, el término legal del proceso vencerá el 28 de diciembre de 2018.

Debidamente notificadas las partes sobre el cambio de fecha de la presente audiencia, la cual estaba programada inicialmente para el día 28 de septiembre de 2018, procedió el Secretario



del Tribunal a dar lectura a la parte resolutive del Laudo, conforme a lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012.

Acto seguido, se hizo entrega de las siguientes copias del Laudo:

- 1) Al Dr. **CHRISTIAN FERNANDO CARDONA NIETO.**, apoderado de la parte demandante, copia auténtica del laudo.

- 2) Dr. **ANDRÉS JARAMILLO HOYOS**, apoderado de la parte demandada, integrada por **TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA. y EXIROS DE COLOMBIA LTDA.**, copia auténtica del laudo.

Todo lo decidido queda notificado en estrados.

Agotado el objeto de la audiencia, se declaró cerrada a las 11:45 a.m. y se firma por los que en ella intervinieron.

Los árbitros,

RAFAEL BERNAL GUTIERREZ

ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS

MARCO ANTONIO VELLILA MORENO



Representante legal TENARIS,

Silvia Juliana Díaz Uribe
SILVIA JULIANA DIAZ URIBE

Los apoderados,

Christian Fernando Cardona Nieto
CHRISTIAN FERNANDO CARDONA NIETO

Andrés Jaramillo Hoyos
ANDRES JARAMILLO HOYOS

El secretario,

Juan David Posada Gutiérrez
JUAN DAVID POSADA GUTIERREZ

CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA (BOLÍVAR)

Laudo Arbitral

B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA. EN REORGANIZACIÓN

CONTRA

EXIROS DE COLOMBIA LTDA

Y

TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA.

RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ

ANNE MARIE MÜRLE ROJAS

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Árbitros

JUAN DAVID POSADA GUTIERREZ

Secretario

Tabla de contenido

I. CAPÍTULO.....	3
ANTECEDENTES	3
1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE Y PARTES DEL PROCESO	3
2. EL PACTO ARBITRAL.....	4
3. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL	4
4. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN FORMULADA POR TENARIS.	8
5. LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A LA COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A FORMULADA POR TENARIS.....	9
6. TRÁMITE INICIAL.....	10
6.1. Nombramiento del Tribunal.....	10
6.2. Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda.....	11
6.3. Contestación de la demanda, excepciones y traslado de las mismas.....	12
6.4. Contestación de la demanda de Reconvención, excepciones y traslado de las mismas.....	13
6.5. Contestación del llamamiento en garantía y la demanda de Reconvención, excepciones y traslado de las mismas.....	13
6.6. Audiencia de conciliación	14
6.7. Honorarios y gastos del proceso	14
7. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.....	14
8. LAS PRUEBAS DEL PROCESO	16
9. ALEGACIONES DE LAS PARTES	21
10. TÉRMINO DEL PROCESO	21
11. SANEAMIENTO DEL PROCESO Y CONTROL DE LEGALIDAD	22
II. CAPÍTULO.....	23
CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	23
1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES	23
1.1. Demanda en forma.....	23
1.2. Capacidad	23
1.3. Competencia.....	23
1.4. Legitimación	24
2. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.....	24
2.1. La postura de las partes.....	24
2.2. Análisis de fondo sobre la competencia del Tribunal	28
3. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA.....	42
3.1. Pretensión Primera. El término de ejecución del contrato.....	42
3.2. Pretensiones segunda y Tercera. El incumplimiento de las sociedades demandadas de sus " <i>obligaciones contractuales</i> "	52
3.3. Pretensiones cuarta y quinta: La legalidad de la facultad de compensar, retener e imponer multas a cargo de la demandante, de acuerdo con la comunicación del 24 de	

julio de 2014, a la luz de (i) la prórroga del contrato. (ii) los incumplimientos de las demandadas.....	71
3.4. Pretensión sexta: Daño emergente. Obras ejecutadas según consta en el Acta de Inventario del 27 de junio de 2014 y las sumas en que tuvo que incurrir “de manera inmediata” la demandante.....	91
3.5. Pretensión séptima: Los perjuicios derivados de la mayor permanencia en la obra.....	99
3.6. Pretensión octava: Los sobrecostos derivados de subcontrataciones, mayores gastos de personal, arriendo de bodegas y costos financieros.	104
<i>“130. Los anteriores perjuicios, se ocasionan por los incumplimientos de TUCA y EXIROS, por cuanto al NO suministrar los materiales a su cargo, no entregar los detalles de ingeniería como lo hemos dejado relatado en el transcurso de esta demanda, causaron perjuicios a B & V.”</i>	106
3.7. Pretensión novena: los intereses de mora.....	109
3.8. Pretensión décima: los perjuicios derivados de las retenciones y la admisión al proceso de reorganización empresarial (i) disminución de sus ventas (ii) Afectación a estados financieros (iii) daño al buen nombre (iv) afectación a la valoración de la empresa.....	118
3.9. Excepciones frente a la demanda principal.....	124
4. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.	130
4.1. Pretensión primera: Declaratoria de incumplimiento contractual por parte de la demandante reconvenida B&V.	130
4.2. Pretensión segunda: Resolución del contrato	137
4.3. Pretensiones tercera, cuarta y quinta: Indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento por parte de la demandante reconvenida B&V, actualización de sumas e intereses moratorios.	138
4.4. Excepciones formuladas por B&V	139
5. EL JURAMENTO ESTIMATORIO.....	141
5.1. Consideraciones el Tribunal	142
6. LAS COSTAS DEL PROCESO	143
En el presente caso, tanto la demanda principal como la demanda de reconvencción han prosperado parcialmente por lo cual el Tribunal, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso antes transcrito, se abstendrá de proferir condena en costas.	143
III. CAPÍTULO.....	144
PARTE RESOLUTIVA	144

LAUDO ARBITRAL

Cartagena de Indias, veintiséis (26) de octubre de 2018

I. CAPÍTULO

ANTECEDENTES

1. SOLICITUD DE CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAJE Y PARTES DEL PROCESO

Mediante escrito presentado el diez (10) de diciembre de 2015 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena (Bolívar), B&V Estructuras Metálicas Ltda. (En adelante B&V Estructuras Metálicas, B&V o la Demandante o la Convocante), a través de apoderado, formuló demanda arbitral en contra de Tenaris Tubos del Caribe Ltda. (En adelante Tenaris, Tubos del Caribe o Tuca) y Exiros de Colombia Ltda. (En adelante Exiros, o para referirse a ambas personas jurídicas que integran la parte demandada: las Demandadas o las Convocadas)¹.

Las partes se enunciaron en la demanda como sigue:

Parte convocante:

“B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA. EN REORGANIZACIÓN, con domicilio principal en el municipio de Funza, donde podrá recibir notificaciones en la Autopista Medellín Round Point Siberia – 500 mts vía Funza, a través de su Representante Legal Oscar Eduardo Bulla Baquero”. El Nit es 860.503.015

Parte convocada integrada por:

“EXIROS DE COLOMBIA LTDA., con domicilio principal en la ciudad de Turbaco, departamento de Bolívar, quien podrá ser notificada en el Kilómetro 1, Parque Industrial CARLOS VÉLEZ POMBO, vía Turbaco-Turbaco, a través de su Representante Legal ARNALDO ORTONA VELASQUEZ, dirección electrónica para notificación judicial maria.alvarez@tenaris.com”. El Nit es 900.301.302

“TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA. (TENARIS TUBOCARIBE LTDA.) con domicilio principal en la ciudad de Turbaco, departamento de Bolívar, quien podrá ser

¹ Tomo I, folios 1 al 121.

notificada en el Kilómetro 1, Parque Industrial CARLOS VÉLEZ POMBO, vía Turbaco, a través de su Representante Legal RICARDO PROSPERI, dirección electrónica para notificación judicial iparis@tenaris.com y jsierra@tenaris.com". El Nit es 800.011.987

2. EL PACTO ARBITRAL

La cláusula compromisoria corresponde a la cláusula cuadragésimo-primeramente del Contrato 6600758473 celebrado entre las partes (en adelante, el Contrato), en la cual se establece:

"41. Resolución de controversias – Legislación aplicable

Cualquier desacuerdo, controversia o reclamo que surja de o con relación al Contrato, sea de origen contractual u otro, incluyendo sin limitación, cualquier desacuerdo con respecto a la validez de los Términos Especiales, los Términos Generales o el Contrato, o a la terminación, cumplimiento o incumplimiento del mismo, será resuelto de manera definitiva por un tribunal de Arbitraje, que se sujetará al reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias (CCCI), de acuerdo con las siguientes reglas: (i) El tribunal estará integrado por 3 árbitros designados por las Partes o en su defecto por la CCCI, (ii) El tribunal decidirá conforme a derecho, y no podrá decidir ex aequo et bono, y (iii) El tribunal funcionará en la CCCI. El arbitraje se llevará a cabo de conformidad con las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la CCCI vigentes al momento del conflicto. El procedimiento arbitral se llevará a cabo en español. El laudo emitido será definitivo y concluyente y el laudo podrá ser sometido ante cualquier tribunal con jurisdicción para su ejecución.

La legislación aplicable al Contrato y al fondo de la controversia será la ley de Colombia."

3. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL

La demanda inicial fue presentada el diez (10) de diciembre de 2015 y fue admitida mediante auto N° 2 del veintiséis (26) de febrero de 2016.

Posteriormente, se presentó reforma a la demanda (versión integrada), el quince (15) de diciembre de 2016, la cual fue subsanada mediante memorial presentado el trece (13) de enero de 2017 y fue admitida mediante auto N° 17 del dieciséis (16) Enero de 2017.

Las pretensiones formuladas en la demanda reformada son las siguientes:

“DECLARACIONES Y CONDENAS

1. *Que se declare que la fecha del 16 de junio de 2014 en que de manera unilateral dieron por terminado el CONTRATO con B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., en adelante B&V, para la construcción de la estructura metálica para el edificio de la nueva planta Casting Seamless y el Almacén General de la planta Tenaris Tubo Caribe, ubicada en Cartagena (Bolívar), TUBOS DEL CARIBE LTDA., en adelante TUCA y EXIROS S.A., en adelante EXIROS, el mencionado CONTRATO se encontraba prorrogado, mediante e-mails enviados por MARIO LARCO de fechas 5 de marzo y 29 de abril de 2014 (Anexo No. 54 y Anexo No. 62 respectivamente de las pruebas documentales).*
2. *Que como consecuencia de la terminación unilateral del CONTRATO para la construcción de la estructura metálica para el edificio de la nueva planta Casting Seamless y el Almacén General de la planta Tenaris Tubo Caribe, ubicada en Cartagena (Bolívar), TUBOS DEL CARIBE LTDA., en adelante TUCA y EXIROS S.A., en adelante EXIROS, incumplieron sus obligaciones contractuales contraídas con B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., en adelante B&V.*
3. *Que se declare que TUBOS DEL CARIBE LTDA., en adelante TUCA y EXIROS S.A., en adelante EXIROS, incumplieron el CONTRATO celebrado B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., en adelante B&V, para la construcción de la estructura metálica para el edificio de la nueva planta Casting Seamless y el Almacén General de la planta Tenaris Tubo Caribe, ubicada en Cartagena (Bolívar), al no entregar la tubería a que estaban obligados; al no suministrar los detalles de ingeniería de manera oportuna; al no disponer de un sitio para la acumulación y acopio de materiales de obra y al no entregar de manera oportuna las áreas para que se pudiera efectuar la instalación y montaje de la estructura, conforme se ha relatado en los hechos de la presente demanda.*
4. *Que como consecuencia de la prórroga contenida en los e-mails de fechas 5 de marzo y 29 de abril de 2014 (Anexo No. 54 y Anexo No. 62 respectivamente de las pruebas documentales) TUBOS DEL CARIBE LTDA., en adelante TUCA y EXIROS S.A., en adelante EXIROS, no podían retener, ni compensar, ni imponer multas a B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., en adelante B&V de la manera en que se efectuó en la comunicación del 24 de julio de 2014 (Anexo No. 75).*
5. *Que como consecuencia de los incumplimientos contractuales de que trata la petición tercera mencionada, no podía TUBOS DEL CARIBE LTDA., en adelante TUCA y EXIROS S.A., en adelante EXIROS no podían retener, ni compensar, ni*

imponer multas a B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., en adelante B&V de la manera en que se efectuó en la comunicación del 24 de julio de 2014 (Anexo No. 75).

6. *Que como consecuencia de declarar las peticiones primera, segunda y tercera o una de ellas o parte de las mismas y tal declaración se haga conjunta o separadamente, TUBOS DEL CARIBE LTDA y EXIROS S.A. de manera solidaria deben ser obligadas a pagar a B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., los perjuicios causados que se acrediten probatoriamente y consistentes en el pago del daño emergente, compuesto inicialmente por el valor de las obras ejecutadas por B&V, según consta en el Acta de Inventario suscrita por las partes el día 27 de junio de 2014 (Anexo No. 74) y de aquellas sumas en que B&V tuvo que incurrir de manera inmediata, tales como liquidaciones laborales, transporte y otros.*
 - 6.1. *Que de conformidad con la liquidación unilateral realizada por TENARIS TUBOCARIBE y EXIROS de fecha 24 de julio de 2014 y el Dictamen Pericial que se acompaña, se declare que adeudan y deben pagar a B&V la suma de \$4.287.857.890,00, producto de la diferencia entre el valor del CONTRATO de \$15.827.465.505,00, menos el valor pagado de \$11.150.969.920,00, reconocidos en la mencionada liquidación, menos la suma de \$388.637.695,00, según se establece en el Peritazgo que debió ser pagada a más tardar en la fecha el 24 de julio de 2014.*
 - 6.2. *Que la liquidación del CONTRATO a que están obligadas a pagar TENARIS, TUBOS DEL CARIBE LTDA y EXIROS S.A. de manera solidaria, deberán contener los ajustes que en la suma de \$1.490.118.084,00, estima B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., no están contenidos en la liquidación realizada de manera unilateral por la demandadas en comunicación del 24 de julio de 2014 (Anexo No. 75) al valorar las 2.666 toneladas de obra ejecutada, que reconocen ambas partes estaba pendiente de pago en el Acta suscrita el 27 de junio de 2014 (Anexo No. 74).*
7. *Que en razón de los incumplimientos en que incurrieron TUBOS DEL CARIBE TLDA. Y EXIROS S.A. de manera solidaria deben pagar y reconocer a B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., los perjuicios ocasionados por la mayor permanencia en obra al haber tenido que soportar administrativamente el CONTRATO celebrado para la construcción de la estructura metálica para el edificio de la nueva planta Casting Seamless y el Almacén General de la planta Tenaris Tubo Caribe, ubicada en Cartagena (Bolívar), los cuales ascienden a la suma de \$1.284.257.011,00.*

8. *Que en razón de los incumplimientos en que incurrieron TUBOS DEL CARIBE TLDA. Y EXIROS S.A. de manera solidaria deben pagar y reconocer a B&V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA., deben pagar a esta ultima los sobrecostos en que esta incurrió al tener que incurrir en subcontrataciones, mayores gastos de personal, el arriendo de bodegas y costos financieros en las cuantías de \$341.730.607,00, y la suma de \$100.024.150,00, que se acredite con el Dictamen Pericial.*

8.1. Las condenas realizadas en razón de las peticiones 7 y 8 deberán ser canceladas, debidamente actualizadas e indexadas conforme a los índices aplicables al caso hasta el pago de las obligaciones.

9. *Que como consecuencia de no efectuar el pago de las obras ejecutadas, tal y como consta en el Acta suscrita por las partes el día 27 de junio de 2014 (Anexo No. 74) TENARIS, TUBOS DEL CARIBE LTDA y EXIROS S.A. junto con los valores dejados de reconocer, en la forma solicitada en las peticiones 6, 6.1 y 6.2, deben pagar y reconocer de manera solidaria a B&V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA. el interés moratorio más alto liquidado, de conformidad con el artículo 884 del Código de Comercio y normas que lo reformen o complementen, desde el momento en que se efectúe real y efectivamente el pago desde el día 24 de julio de 2014 y hasta el momento en que se efectúe el pago. Los cuales ascienden para el día 15 de diciembre de 2016 a la suma de \$3.942.108.000,75.*

10. *Que se condene a TENARIS, TUBOS DEL CARIBE LTDA y EXIROS S.A. a pagar los perjuicios causados, como consecuencia de la retención indebida de las sumas señaladas en las peticiones 6 y 6.1., razón por la cual B&V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA., tuvo que solicitar la protección de que trata la Ley 1116 de 2016 al solicitar su admisión a un proceso de reorganización empresarial.*

10.1. Que como consecuencia se condene al pago de los perjuicios causados consistentes en la disminución de sus ventas, la afectación de sus Estados Financieros como consecuencia del ingreso al proceso de reorganización empresarial de que trata la ley 1116 de 2006, los cuales se estiman en la suma de \$1.678.000.000,00, y del daño a su buen nombre y la disminución en cuanto a la valoración de la empresa por encontrarse bajo el amparo de que trata la ley 1116, por cuanto la misma perdió valor del orden de \$7.044.000.000,00, dejando en claro que en caso de recuperarse los \$6.000.000.000,00, correspondientes a los inventarios no descargados, el daño se reduciría a la diferencia entre estas dos sumas, esto es, \$1.044.000.000,00.

11. *Condenar en costas y agencias en derecho a las demandadas.*”

4. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN FORMULADA POR TENARIS.

La demanda de reconvencción fue presentada inicialmente por la apoderada de la convocada Tenaris el veinte (20) de mayo de 2016, admitida mediante auto N° 11 del primero (01) de agosto de 2016.

Posteriormente, se presentó reforma a la demanda de reconvencción (versión integrada), el seis (06) de marzo de 2017, en la cual se presentó exclusivamente como parte demandante Tenaris. La demanda de reconvencción reformada fue admitida mediante auto N° 20 del siete (07) marzo de 2017.

Las pretensiones formuladas en la demanda reformada son las siguientes:

“PRETENSIONES

1. *Que se declare que la parte demandada, sociedad B&V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA EN REORGANIZACIÓN, incumplió el Contrato No. 6600758473 con TENARIS TUBOCARIBE LTDA. de fecha agosto 26 de 2013, conforme a las consideraciones expuestas en la presente demanda.*
2. *Como consecuencia de lo anterior, declarar resuelto el Contrato No. 6600758473 de fecha 26 de agosto de 2013 entre B&V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA EN REORGANIZACIÓN y TENARIS TUBOCARIBE LTDA.*
3. *Como consecuencia de lo anterior, condenar a la parte demandada B&V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA EN REORGANIZACIÓN a pagarle a la parte demandante en reconvencción, TENARIS TUBOCARIBE LTDA., la suma de NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIESEISEIS MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS (\$9.416.560.276) por concepto de indemnización de perjuicios causados por incumplimiento del contrato resuelto conforme a estimación contenida en el juramento estimatorio que fuere subsanado en su momento oportuno.*
4. *Que se condene a la demandada al pago de las anteriores sumas debidamente actualizadas a la fecha en que se profiera el laudo arbitral.*

5. *Que se condene a la demandada al pago de los respectivos intereses moratorios causados hasta la fecha en que se realice el pago.*
6. *Que se condene a la parte demandada al pago de las costas y agencias en derecho."*

5. LAS PRETENSIONES DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA A LA COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A FORMULADA POR TENARIS

El veinte (20) de mayo de 2016, la apoderada de Tenaris formuló, dentro de la oportunidad legal para ello, llamamiento en garantía a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.², el cual fue subsanado el día diecinueve (19) de julio de 2016 y por esta razón fue admitido mediante auto N° 12 del primero (01) agosto de 2016.

Las peticiones formuladas en el llamamiento en garantía fueron las siguientes:

"PETICIÓN

Primero: solicito al despacho llamar en garantía a la siguiente sociedad denominada COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A, con NIT 860.037.013-6, domiciliada en Bogotá/Cundinamarca, representada legalmente por el señor JUAN ENRIQUE BUSTAMENTE MOLINA, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19480687, o quien haga sus veces cuando se surta la notificación.

Segundo: Que se declare que el monto de eventuales condenas que puedan imponerse a cargo de B&V en la demanda de Reconvención, son parte de los conceptos y montos amparados por la Póliza Única de Cumplimiento No. NB-100030335, expedida por la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A para asegurar el cumplimiento del Contrato suscrito en agosto 13 de 2013 entre TUBOCARIBE y B&V, distinguido con el número 6600758473.

Tercero: Que, en consecuencia, se condene a la COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. a pagar o reembolsar, según sea el caso, el cien por ciento (100%) de las condenas que se pudieren imponer a B&V con ocasión de la Demanda de Reconvención, así como al pago de las costas, si se opusiere a las pretensiones del presente llamamiento en garantía."

² Tomo VI, folios 1774 a 1776

6. TRÁMITE INICIAL

6.1. Nombramiento del Tribunal

El día 28 de diciembre de 2015, en las oficinas de la Cámara de Comercio de Cartagena, fue llevada a cabo la audiencia de designación, por cuenta de las partes, de los árbitros dentro del trámite arbitral de la referencia, con la presencia del apoderado especial de la convocante, los apoderados generales de las sociedades convocadas, la revisoría fiscal de la Cámara de Comercio de Cartagena y la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje, dentro de la mencionada audiencia, fueron nombrados como árbitros los doctores **FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ, MARCO ANTONIO VELILLA MORENO y MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.**

Posteriormente, con ocasión de la no aceptación del Dr. **MAURICIO FAJARDO GÓMEZ**, se llevó a cabo una nueva audiencia el 29 de enero de 2016, para la designación de árbitros, la cual contó, igualmente, con la participación de todos los apoderados de las partes, así como del revisor fiscal de la Cámara de Comercio de Cartagena y la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje.

En la mencionada audiencia fue designado de común acuerdo como árbitro principal el Dr. **WILLIAM NAMÉN VARGAS** y como árbitro suplente el Dr. **JORGE SANTOS BALLESTEROS.**

Teniendo en cuenta la no aceptación del cargo por parte del Dr. **WILLIAM NAMÉN VARGAS** y la posterior renuncia del árbitro suplente, Dr. **JORGE SANTOS BALLESTEROS**, el día 20 de octubre de 2016, se llevó a cabo, nuevamente, audiencia de designación de árbitros dentro del proceso, la cual contó, igualmente, con la participación de los asistentes a las anteriores audiencias.

Dentro de la mencionada audiencia fue designado como árbitro principal, por sorteo efectuado por el Centro de Arbitraje de sus listas oficiales, el Dr. **RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ.**

Asimismo y en virtud de la aceptación a la recusación formulada frente a la secretaria, la Dra. **MARÍA PATRICIA PORRAS MENDOZA**, fue nombrado como secretario al Dr. **JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ**, quien aceptó la designación.

Finalmente y con ocasión de la renuncia del árbitro, Dr. **FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ**, el día 01 de septiembre de 2017, fue llevada a cabo audiencia de designación de árbitros dentro del trámite arbitral, igualmente con la participación de todas las partes mediante sus apoderados, así como del revisor fiscal de la Cámara de Comercio

de Cartagena y la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje; teniendo en cuenta que las partes no llegaron a un acuerdo para la designación de árbitros, se procedió con el sorteo de las listas oficiales del centro de Arbitraje y Conciliación en el que fueron nombrados como árbitros, principal al Dr. **JORGE LUIS CÓRDOBA**, como primer suplente a la Dra. **ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS** y como segundo suplente al Dr. **RODRIGO URIBE LARGACHA**, en caso de que el principal no aceptara su designación o renunciara a su cargo.

Con ocasión de la remoción del árbitro Dr. **JORGE LUIS CÓRDOBA**, tomó su lugar como primera suplente la Dra. **ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS**.

En virtud de lo anterior, el presente tribunal de arbitramento está conformado por los doctores **MARCO ANTONIO VELILLA MORENO**, **RAFAEL BERNAL GUTIERREZ** y **ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS**, y como secretario el Dr. **JUAN DAVID POSADA GUTIERREZ**.

6.2. Instalación del Tribunal, admisión y traslado de la demanda

El veintiséis (26) de febrero de 2016, tuvo lugar la audiencia de instalación del Tribunal³, en la cual se nombró como presidente al Dr. **JORGE SANTOS BALLESTEROS** y como secretaria a la Dr. **MARÍA PATRICIA PORRAS MENDOZA**, y se reconoció personería a los apoderados de las partes.

En esa oportunidad se admitió la demanda mediante auto N° 2, contra el cual los apoderados de las demandadas presentaron respectivos recursos de reposición⁴, de los cuales se le corrió traslado al apoderado de la parte Demandante quien manifestó sus argumentos de oposición en la misma diligencia, la cual fue suspendida para adoptar la decisión correspondiente.

El día veintidós (22) de abril de 2016, se reanudó la audiencia de instalación y fueron decididos los recursos de reposición presentados, en el sentido de no reponer la decisión y en consecuencia mantener el auto que admitió la demanda y dar traslado de la demanda a las Demandadas por el termino de 20 días, decisión que fue notificada en estrados.

Posteriormente y en virtud los múltiples cambios, antes reseñados, tanto de árbitro como secretario del proceso, y con ocasión de la renuncia del árbitro presidente, Dr. **JORGE**

³ Tomo II, folios 611 a 614

⁴ Tomo II, folios 615 a 619

SANTOS BALLESTEROS, el día tres (3) de noviembre de 2016 mediante auto No 13, fue designado como nuevo presidente del tribunal al Dr. RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ, y como secretario al Dr. JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ⁵, como se había relatado previamente.

6.3. Contestación de la demanda, excepciones y traslado de las mismas

El treinta y uno (31) de enero de 2017, la apoderada de Tenaris presentó contestación de la reforma de la demanda arbitral⁶, quien se ratificó en las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda inicial las cuales eran las siguientes: “1. CONTRATO CUMPLIDO”; “2. PAGO DE LO CONTRACTUALMENTE DEBIDO”; “3. EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES”; “4. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”; “5. COBRO DE LO NO DEBIDO”; “6. AUSENCIA DE CAUSA Y FALTA DE FUNDAMENTO DE LAS DECLARACIONES FORMULADAS POR B&V”; “7. ENRIQUECIMIENTO SIN CASUSA”; “8. B&V NO PUEDE IR CONTRA SUS ACTOS PROPIOS (*Venire contra factum proprium non valet*)”; y “9. TODA EXCEPCIÓN DERIVADA DE CUALQUIER OPOSICIÓN, REPLICA, CONTRAREPLICA Y EN GENERAL DE CUALQUIER MEDIO DE DEFENSA DE LA DEMANDADA”.

En igual sentido, el día treinta y uno (31) de enero de 2017, el apoderado de Exiros presentó contestación de la reforma de la demanda arbitral⁷, quien se ratificó en las excepciones de mérito propuestas en la contestación de la demanda inicial las cuales eran las siguientes: “PREVIA 1. FALTA DE JURISDICCIÓN – AUSENCIA DE PACTO ARBITRAL”; “De FONDO 1. CARENCIA DE SUPUESTOS FÁCTICOS Y DE DERECHO PARA PEDIR INDEMNIZACIONES Y CONDENAS”; “2. BUENA FE”; “3. FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA EN LA CAUSA”; “4. FALTA DE COMPETENCIA. DEFECTO ORGANICO EN MATERIA DE ARBITRAMENTO”; “5. FLTA AL DEBIDO PROCESO”; y “6. EXCEPCIÓN GENÉRICA”.

El diez (10) de febrero de 2017, se corrió traslado a la parte Convocante de las excepciones formuladas frente a la demanda reformada, sobre las cuales se pronunció dentro del término legal.⁸

⁵ Tomo IX, folios 3193 a 3194.

⁶ Tomo XVI, folios 5530 a 5544.

⁷ Tomo XVI, folios 5548 a 5561.

⁸ Tomo XVI, folios 5592 a 5596.

6.4. Contestación de la demanda de Reconvención, excepciones y traslado de las mismas

El veintidós (22) de marzo de 2017, el apoderado de B&V Estructuras Metálicas presentó contestación de la reforma de la demanda de reconvención⁹, quien propuso las siguientes excepciones de mérito: *"1. AUSENCIA DE CAUSALIDAD PARA RECLAMAR LOS PERJUICIOS POR PARTE DE TUBOCARIBE – EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO"*; *"2. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE TUBOCARIBE"*; *"3. AUSENCIA O CAUSA EXTRAÑA"*; *"4. PRORROGA DEL CONTRATO"*; *"5. LAS DEMÁS EXCEPCIONES QUE SE ACREDITEN DEL TRANSCURSO DEL PROCESO"*; y *"6. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO"*.

El veinticuatro (24) de marzo de 2017, se corrió traslado a la parte Convocada Tenaris y Exiros de la objeción al juramento estimatorio y el día veintisiete (27) de marzo de 2017 se dio traslado de las excepciones formuladas frente a la demanda de reconvención reformada, sobre todo lo cual hubo pronunciamiento dentro del término legal.¹⁰

6.5. Contestación del llamamiento en garantía y la demanda de Reconvención, excepciones y traslado de las mismas.

El veintidós (22) de marzo de 2017, el apoderado de COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A. presentó contestación de la reforma de la demanda de reconvención y el llamamiento en garantía formulado en su contra¹¹, quien propuso las siguientes excepciones de mérito: *"1. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO"*; *"2. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE TUBOS DEL CARIBE"*; *"3. INCUMPLIMIENTO DE FERRASA"*; *"4. TERMINACIÓN ARBITRARIA DEL CONTRATO POR TUBOS DEL CARIBE"*; *"5. LIQUIDACIÓN ARBITRARIA DEL CONTRATO POR TUBOS DEL CARIBE"*; y *"6. INEXISTENCIA DEL PERJUICIO"*.

El veinticuatro (24) de marzo de 2017, se corrió traslado a la parte Convocada Tenaris y Exiros de la objeción al juramento estimatorio y asimismo el día veintisiete (27) de marzo de 2017 se dio traslado de las excepciones formuladas frente a la demanda de reconvención reformada, sobre todo lo cual se pronunció dentro del término legal.¹²

⁹ Tomo XVI, folios 5743 a 5776.

¹⁰ Tomo XVI, folios 5889 a 5914.

¹¹ Tomo XVI, folios 5700 a 5739.

¹² Tomo XVI, folios 5878 a 5888.

6.6. Audiencia de conciliación

El día primero (1) de noviembre de 2017, se surtió la audiencia de conciliación prevista en la ley¹³. En vista de que las partes, luego de distintas y prolongadas suspensiones de ésta audiencia no pudieron llegar a un acuerdo conciliatorio, el Tribunal declaró cerrada la etapa de conciliación y ordenó continuar con el trámite del proceso.¹⁴

6.7. Honorarios y gastos del proceso

Fracasado el intento de acuerdo conciliatorio, el Tribunal procedió a fijar los gastos del trámite y los honorarios de los árbitros y del secretario, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 1563 de 2012 y en el Decreto 1829 de 2013.

La parte Convocante asumió el pago que le correspondía y asimismo pagó oportunamente los gastos y honorarios fijados a cargo de la parte Convocada. Posteriormente, la parte Convocada reembolsó lo pagado por la Convocante en su nombre.

De otro lado, no fueron pagados los gastos y honorarios fijados a cargo de la llamante y llamada en garantía, en razón de ello, se declararon concluidas las funciones del Tribunal y extinguidos los efectos del pacto arbitral respecto a esta relación procesal.

7. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

El día once (11) de diciembre de 2017 se inició la primera audiencia de trámite¹⁵. El Tribunal se pronunció sobre su competencia y, luego, la audiencia fue suspendida para ser continuada el quince (15) de enero de 2018, en los términos de que dan cuenta las actas correspondientes.

En la primera audiencia de trámite, el Tribunal tuvo en cuenta la cláusula compromisoria suscrita por las partes para pronunciarse sobre su competencia y además hizo referencia a los siguientes aspectos procesales, entre otros:

Capacidad

Las partes Convocante y Convocada tienen capacidad para ser parte en el presente trámite, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del Código General del Proceso

¹³ Tomo XVII, folios 6040 a 6041.

¹⁴ Tomo XVII, folio 6041.

¹⁵ Tomo XVII, folios 6084 a 6102.

Apoderados

Las partes han comparecido al presente proceso arbitral representadas judicialmente por abogados, a quienes se les ha reconocido personería.

Materia objeto del proceso arbitral y competencia del Tribunal

Las diferencias sometidas a decisión arbitral giran en torno a asuntos de naturaleza patrimonial, susceptibles de disposición y transacción.

La parte demandada Exiros presentó recurso de reposición en contra del auto admisorio de la demanda, así como excepción de fondo, ambos encaminados a alegar la falta competencia y/o jurisdicción del Tribunal para conocer del presente trámite, escrito en los que se argumentó, en síntesis, lo siguiente:

Se manifiesta que la empresa Exiros no puede ser vinculada al presente proceso por cuanto la misma no suscribió el contrato 6600758473, ni tampoco es cesionaria o subrogataria del mismo, y por lo tanto, la discusión contractual suscitada con ocasión al mencionado contrato solo le es oponible a las partes del mismo, esto es, B&V y Tenaris.

Asimismo argumentó que "es de su esencia que la competencia arbitral se deriva exclusivamente de la habilitación expresa de las partes, que por su voluntad derogan, frente a un contrato o ante un litigio, en forma expresa, la jurisdicción ordinaria. En ausencia del acuerdo correspondiente, los árbitros no son competentes para conocer del mismo y, por ende, tampoco lo son para ordenar vincular a un proceso arbitral a quien no los ha investido como árbitros."

Finalmente arguyó que Exiros no ha suscrito tampoco compromiso con B&V mediante el cual pueda someterse a arbitramento diferencia alguna en relación con el Contrato 6600758473, tal y como se desprende de los documentos aportados como anexos a la demanda, motivo por el cual, el presente trámite arbitral no le es oponible al codemandado Exiros.

El apoderado de la parte demandante recorrió el traslado de las excepciones formuladas por las sociedades demandadas, y particularmente en punto de la excepción de falta de competencia del Tribunal por no haber suscrito la sociedad Exiros el pacto arbitral, insistió en la vinculación de ésta al presente trámite al enfatizar que el contrato que contiene la cláusula compromisoria fue convenido electrónicamente, que su texto hace referencia a Exiros y que ésta se involucró directamente en la ejecución del contrato.

El Tribunal luego de estudiar las posiciones asumidas por las partes concluyó que, sin perjuicio de lo que se resolviera en el laudo, con los elementos de juicio presentados hasta ese momento, era competente para avocar el conocimiento del asunto.

Desvinculación de la llamada en garantía COMPAÑÍA MUNDIAL DE SEGUROS S.A.

Mediante auto N° 30 por virtud del cual el tribunal arbitral se pronunció sobre su competencia, ordenó la desvinculación del proceso de la Compañía Mundial de Seguros, llamada en garantía, por no haber pagado los honorarios y gastos fijados a su cargo por el Tribunal, de acuerdo con lo previsto en el inciso tercero del artículo 37 de la Ley 1563 de 2012.

8. LAS PRUEBAS DEL PROCESO

En la primera audiencia de trámite, que se inició el once (11) de diciembre de 2017 y se continuó y culminó el quince (15) de enero de 2018, el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

Documentales allegadas por las partes

El Tribunal ordenó tener como prueba los siguientes documentos:

Aportados por la parte Convocante:

- Los documentos aportados con la demanda principal y su reforma, con la respuesta a la demanda de reconvenición y a su reforma y además con los traslados de las excepciones, relacionados y aportados en el Tomo N° 1 folios 91 a 305, Tomo N° 2 folios 306 a 428, Tomo N° 6 folios 1978 a 2105, Tomo N° 7 folios 2107 a 2368, Tomo N° 8 folios 2404 a 2600, Tomo N° 11 folios 3543 a 3732 y en el Tomo N° 16 folios 5776 vuelto a 5867.

Aportados por la parte Convocada TENARIS TUBOCARIBE LTDA (TENARIS) – reconviniente:

- Los documentos aportados en la contestación de la demanda principal y en la respuesta a su reforma, en la demanda de reconvenición y en su reforma, y además en el traslado de las excepciones de fondo propuestas por la Convocante - Reconvenida (B&V), relacionados y aportados en el Tomo N° 3 folio 749 al 930,

Tomo N° 4 folios 931 a 1362, Tomo N° 5 folio 1368 a 1773, Tomo N° 10 folio 3340 a 3317 y en el Tomo N° 16 folios 5688 y 5913.

Aportados por la parte Convocada Exiros de Colombia Ltda. (Exiros):

- Los documentos aportados en la contestación de la demanda principal y en la respuesta a su reforma, relacionados y aportados, en su orden, en el Tomo N° 6 folios 1878 a 1940 y en el Tomo N° 16 folio 5561.

De oficio:

- Se decretó de oficio como prueba, por estimarlos pertinentes, los documentos allegados con el llamamiento en garantía formulado a la Compañía Mundial de Seguros y su respuesta, que se encuentran incorporados en el expediente.

Interrogatorios de parte:

Solicitados por la parte Convocante:

- Se decretaron los interrogatorios de parte del representante legal de la sociedad TENARIS – TUBOS DE CARIBE LTDA., señor RICARDO PROSPERI, y del representante legal de la sociedad EXIROS DE COLOMBIA LTDA., señor AGUSTIN SILVA VELASQUEZ, o quien haga sus veces, solicitados en la demanda y su reforma, en su orden, en el Tomo N° 1 folio 113 a 114, y en el Tomo N° 11 folio 3572 a 3573.
- El día 23 de enero de 2018 se recibieron las declaraciones de los representantes legales de las Convocadas Tenaris y Exiros, del señor Ricardo Prospero y de Andrés Eduardo Herrera Álvarez.

Solicitados por la Convocada y demandante en reconvenición TENARIS TUBOCARIBE LTDA (TENARIS):

- Se decretó el interrogatorio de parte del representante legal de la convocante, B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA, de acuerdo con lo solicitado en la respuesta a la demanda principal, en la demanda de reconvenición y en su reforma, y en el traslado de las excepciones, Tomo N° 3 folio 749, Tomo N° 5 folio 1369 y Tomo N° 16 folios 5689 y 5913.

Solicitados por la Convocada Exiros de Colombia Ltda. (Exiros):

- Se decretó el interrogatorio de parte del representante legal de la demandante, de acuerdo con lo pedido en la contestación de la demanda principal y en la respuesta a su reforma, Tomo N° 6 folio 1879 y Tomo N° 16 folio 5561.
- El día 23 de enero de 2018, se recibió la declaración del representante legal de la Convocante, el señor Oscar Eduardo Bulla Baquero.

Exhibición de documentos:

Se decretó, de acuerdo con lo previsto en los artículos 265 y 266 del Código General del Proceso, la exhibición a cargo de B&V de los documentos relacionados por la Convocada (Tenaris) en el traslado de las excepciones de fondo, Tomo N° 10 folios 3341 y 3342. Dicha exhibición se llevó a cabo en la sede del Tribunal el día doce (12) de marzo de dos mil dieciocho (2018).

Testimonios

- A petición de la parte Convocante, se decretó el testimonio de Mario Enrique Larco M. y Nathaly Donado.
- A petición de la parte Convocada Tenaris, se decretó el Testimonio de Pablo Ferrer, Víctor Espinosa, Diego González Herazo, Germán Cubillos, Henry Atencio, Cristian Londoño.
- A petición de la parte Convocada Exiros, se decretó el testimonio de Andrés Eduardo Herrera Alvarez y Andrés Flórez Zaleta

El día 22 de enero de 2018 se recibieron las declaraciones de los testigos: Henry de Jesús Atencio Ballestas, Diego Ramón González Herazo, Andrés Flórez Zaleta. Asimismo, se aceptó el desistimiento a los testimonios de los señores Germán Cubillos y Andrés Herrera.

El día 23 de enero de 2018, se recibió la declaración del testigo Cristian David Londoño Rueda.

El día 12 de marzo de 2018, se recibieron las declaraciones de los testigos Víctor Hugo Espinosa Hernández, Pablo Rodolfo Ferrer y se aceptó el desistimiento a la declaración del señor Oscar Felipe Bulla.

Con relación a los testigos Mario Enrique Larco M. y Nathaly Donado, se intentó su ubicación para su citación a través de información requerida a la parte Convocante, la cual

informó un número telefónico celular y en este no se pudo establecer contacto los citados testigos, en razón de ello no se logró su comparecencia.

Dictámenes periciales

De la parte convocante

- **DICTAMEN PERICIAL TÉCNICO APORTADO:** se incorporó al proceso y puso en conocimiento de la parte Convocada hasta el día 22 de enero de 2018, el trabajo pericial técnico elaborado por el Ingeniero MANUEL HERNÁNDO ORTIZ ORTIZ (Partes I y II) aportado por la Convocante con el traslado de las excepciones, Tomo N° 8 folio 2407 y con la reforma a la demanda, Tomo N° 11 folio 3570 a 3571, Tomo N° 12 folios 3789 a 4268, Tomo N° 13 folios 4269 a 4748, Tomo N° 14 folios 4750 a 5143, y Tomo N° 15 folios 5144 a 5492.
- **DICTAMEN PERICIAL FINANCIERO APORTADO POR LA PARTE CONVOCANTE:** se incorporó al proceso y puso en conocimiento de la parte Convocada hasta el día 22 de enero de 2018, el trabajo pericial financiero elaborado por JUAN ESTEBAN SEGURA TINOCO relacionado y aportado por la Convocante con el traslado de las excepciones, Tomo N° 8 folio 2408 y con la reforma a la demanda, Tomo N° 11 folios 3571, 3733 a 3788.
- **DICTAMEN PERICIAL APORTADO POR LA CONVOCANTE – AUDITORIA CONTABLE AL TRABAJO PERICIAL TÉCNICO:** se incorporó al proceso y puso en conocimiento de la parte Convocada hasta el día 22 de enero de 2018, el trabajo contable elaborado por la contadora pública CLAUDIA PATRICIA ROBAYO NIÑO, quien fue designada para el efecto por Robayo Robayo Auditores Asociados S.A.S., firma encargada de la auditoría del trabajo pericial técnico de parte rendido por el ingeniero Manuel Hernando Ortiz Ortiz. La citada auditoría contable fue aportada por la Convocante con el traslado de las excepciones y obra en el Tomo N° 16 folios 5583 a 5595.
- Posteriormente, fue aportado un **DICTAMEN PERICIAL DE CARÁCTER CONTABLE**, rendido nuevamente por la sociedad ROBAYO ROBAYO Auditores Asociados S.A.S., a través de la señora CLAUDIA PATRICIA ROBAYO NIÑO, con el fin de controvertir el trabajo realizado por el perito designado dentro del proceso, contador público JAIME HERNÁNDEZ VÁSQUEZ.

De la convocada Tenaris Tubocaribe Ltda. (Tenaris) – Reconviniente:

- DICTAMEN PERICIAL CONTABLE: De acuerdo con lo solicitado en la demanda de reconvención y su reforma, (Tomo N° 5 folio 1369 y en el Tomo N° 16 folio 5689) fue decretado un dictamen pericial contable con el objeto de que se determine *“con base en la contabilidad de TENARIS TUBOCARIBE, sus soportes contables, facturas de compra, documentos, contratos de suministro de equipos, conciliaciones mensuales de ingresos, costos y gastos del Contrato y demás documentos pertinentes (...), el valor real del sobrecosto –costos y extracostos puros- asumido por TENARIS TUBOCARIBE en razón de que bajo condiciones normales, el contrato no hubiese costado alrededor de 23,467 Millones COP (incluyendo costo moratorio de containers) ...”*.

Fue designado como auxiliar de la justicia al contador público, JAIME A. HERNÁNDEZ VÁSQUEZ, quien rindió la experticia encargada dentro del término legal otorgado para ello.

- Fue aportado DICTAMEN PERICIAL TÉCNICO rendido por la Sociedad de Ingenieros y Arquitectos de Bolívar, a través de los profesionales WALBERTO RIVERA MARTÍNEZ y ANTONIO FLÓREZ GARIZABAL.
- Asimismo para controvertir el dictamen pericial contable decretado y practicado dentro del proceso, fue aportado un dictamen pericial de parte, rendido por la señora GLORIA ZADY CORREA PALACIO.

Prueba decretada de oficio:

- Se extendió el objeto de la práctica del dictamen pericial contable decretado a petición de la Convocada TENARIS, respecto de la contabilidad de la parte Convocante B&V, a sus soportes y demás documentos que resulten pertinentes, para con ello determinar, el manejo económico y contable del anticipo entregado a B&V para la ejecución del contrato N° 6600758473, base de la presente discusión procesal, y la existencia o no de sobrecostos y/o extracostos en dicha ejecución, y en caso afirmativo, a cuánto ascendieron y por quién fueron asumidos.

Interrogatorio a peritos

Inicialmente se decretó el interrogatorio de los peritos MANUEL HERNANDO ORTIZ ORTIZ y JUAN SEBASTIAN SEGURA TINOCO, para que en audiencia absolvieran las preguntas que podrán formular las partes y el Tribunal Arbitral, acerca de su idoneidad,

imparcialidad y sobre el contenido del dictamen rendido, ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 228 del Código General del Proceso y conforme a lo solicitado en la respuesta de la reforma a la demanda principal, Tomo N° 16 folio 5561 y 5543.

En igual sentido y en vista de que fueron aportados múltiples dictámenes periciales de parte, en aras de controvertir las experticias aportadas por el convocante, el Tribunal procedió a decretar el interrogatorio de los peritos que las partes solicitaron, los cuales fueron practicados de la siguiente forma:

- El día 23 de enero de 2018, se recibió la declaración del perito financiero JUAN SEBASTIÁN SEGURA TINOCO.
- El día 12 de marzo de 2018, se recibieron las declaraciones de los peritos CLAUDIA PATRICIA ROBAYO NIÑO y el perito técnico MANUEL HERNANDO ORTIZ ORTIZ.
- El día 13 de marzo de 2018 se recibieron las declaraciones de los peritos de parte, los señores WALBERTO RIVERA MARTÍNEZ y ANTONIO FLÓREZ GARIZABAL.
- El día 09 de julio de 2018 se recibió la declaración del perito designado, el señor JAIME ALBERTO HERNÁNDEZ VÁSQUEZ, así como, nuevamente, de la perito CLAUDIA PATRICIA ROBAYO NIÑO.

Inspección judicial

- El día 13 de marzo de 2018, se llevó a cabo la inspección judicial a la planta de Tenaris, prueba solicitada por la Convocada Tenaris, en la reforma a la demanda de reconvencción (Tomo N° 16 folios 5689 a 5690).

9. ALEGACIONES DE LAS PARTES

El día 3 de agosto de 2018, se llevó a cabo audiencia de alegatos de conclusión en la cual los apoderados de las partes intervinieron oralmente y aportaron copia escrita de su alegato.

10. TÉRMINO DEL PROCESO

El 15 de enero de 2018 finalizó la primera audiencia de trámite y se presentaron las siguientes suspensiones dentro del proceso:

- (i) Por solicitud conjunta de las partes se decretó la suspensión del proceso desde el día 16 de enero de 2018 hasta el 21 de enero de 2018, incluidas ambas fechas, esto es, por cuatro (4) días hábiles (Acta 22 del 15 de enero de 2018, auto N° 35).
- (ii) Por solicitud conjunta de las partes se decretó la suspensión del proceso desde el día 24 de enero de 2018 hasta el 11 de marzo de 2018, incluidas ambas fechas, esto es, por treinta y tres (33) días hábiles (Acta 24 del 23 de enero de 2018, auto N° 37).
- (iii) Por solicitud conjunta de las partes se decretó la suspensión del proceso desde el día 14 de marzo de 2018 hasta el 28 de marzo de 2018, incluidas ambas fechas, esto es, por diez (10) días hábiles (Acta 26 del 13 de marzo de 2018, auto N° 38).
- (iv) Por solicitud conjunta de las partes se decretó la suspensión del proceso desde el día 30 de abril de 2018 hasta el 11 de mayo de 2018, incluidas ambas fechas, esto es, por nueve (9) días hábiles (Acta 27 del 13 de marzo de 2018, auto N° 39).
- (v) Por solicitud conjunta de las partes se decretó la suspensión del proceso desde el día 22 de mayo de 2018 hasta el 7 de junio de 2018, incluidas ambas fechas, esto es, por nueve (12) días hábiles (Acta 28 del 21 de mayo de 2018, auto N° 40).
- (vi) Por solicitud conjunta de las partes se decretó la suspensión del proceso desde el día 10 de julio de 2018 hasta el 01 de agosto de 2018, incluidas ambas fechas, esto es, por dieciséis (16) días hábiles (Acta 31 del 26 de abril de 2018, auto N° 45).
- (vii) Por solicitud conjunta de las partes se decretó la suspensión del proceso desde el día desde el 4 de agosto de 2018 hasta el 18 de septiembre de 2018, ambas fechas incluidas, esto es, por treinta (30) días hábiles (Acta 32 del 3 de agosto de 2018, auto N° 47).

Así las cosas, se tiene que el arbitraje estuvo suspendido ciento catorce (114) días hábiles, que se suman al término total del proceso, con lo cual el plazo para concluir las actuaciones expiraría el **28 de diciembre de 2018**.

De acuerdo con lo anterior, el presente Laudo se profiere dentro del término legal.

11. SANEAMIENTO DEL PROCESO Y CONTROL DE LEGALIDAD

Tanto en el cierre de la etapa probatoria llevada a cabo el día 9 de julio de 2018, como en la audiencia de alegatos de conclusión que tuvo lugar el día 3 de agosto de 2018, el Tribunal efectuó el saneamiento del proceso y control de legalidad de las actuaciones

surtidas hasta esos momentos, conforme a lo establecido en el artículo 132 del Código General del Proceso, y no encontró acreditado ningún vicio que pudiere configurar nulidad u otra irregularidad en el trámite arbitral, decisión que fue notificada a las partes sin que éstas hubieran formulado oposición alguna.

II. CAPÍTULO

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

En el presente trámite los presupuestos procesales se encuentran debidamente cumplidos, en los términos que se exponen a continuación:

1.1. Demanda en forma

La demanda presentada por B&V Estructuras Metálicas Ltda., subsanada y reformada, cumplió con los requisitos que exige la ley, por lo cual fue admitida por el Tribunal.

Lo mismo ocurrió con la demanda de reconvenición presentada por parte de la Convocada Tenaris Tubos del Caribe Ltda., motivo por el cual también fue admitida de conformidad con la ley.

1.2. Capacidad

Tal como se expresó en acápite anterior de este Laudo, las partes de este proceso tienen capacidad para serlo y para comparecer al trámite, en los términos de los artículos 53 y 54 del Código General del Proceso, y lo hicieron a través de sus abogados a quienes se les reconoció personería de conformidad con los poderes otorgados por sus respectivos representantes legales.

1.3. Competencia

Ya se ha dicho que en el presente proceso la Demandada Exiros se ha opuesto a la competencia del Tribunal a través de (i) manifestación expresa en las dos primeras diligencias de nombramiento de árbitros (ii) un recurso contra el auto admisorio de la demanda, (ii) un recurso contra el auto por virtud del cual el Tribunal avocó competencia en la primera audiencia de trámite y (iii) y excepción de mérito de falta de competencia.

El Tribunal, en cada momento procesal y conforme al contexto aplicable en cada caso, se pronunció sobre el planteamiento relativo a la falta de competencia, anunciando, desde entonces, que tales decisiones se tomaban sin perjuicio del pronunciamiento de fondo que correspondería hacer en el presente Laudo sobre este aspecto.

1.4. Legitimación

Exiros ha discutido la legitimación para ser Convocada en este trámite, con base en los mismos argumentos utilizados para controvertir la competencia del Tribunal, por lo cual el Tribunal hará referencia a la legitimación de Exiros, al pronunciarse sobre su competencia en forma definitiva en este mismo laudo.

Respecto de la parte Convocante, el Tribunal considera que se encuentra legitimada para formular las pretensiones contenidas en la demanda reformada y frente a ella es procedente dirigir las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención reformada presentada por Tenaris.

Igualmente, el Tribunal encuentra que la parte Convocada Tenaris se encuentra legitimada para formular las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención reformada dirigidas frente a B&V, y respecto de aquélla es procedente dirigir las pretensiones contenidas en la demanda principal.

2. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

En este momento procesal el Tribunal debe acometer el análisis de fondo de la competencia para conocer de la controversia sometida a su consideración, teniendo en cuenta las disímiles posiciones manifestadas por las partes y las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso.

2.1. La postura de las partes

2.1.1. La falta de competencia alegada por la Convocada Exiros

La parte demandada EXIROS presentó recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, por considerar que el Tribunal carece de competencia y/o jurisdicción para conocer del presente trámite. Con el mismo fundamento presentó excepción de mérito.

Los argumentos contenidos en los respectivos escritos se resumen como sigue:

Se manifiesta que la empresa EXIROS no puede ser vinculada al presente proceso por cuanto no suscribió el contrato 6600758473, ni tampoco es cesionaria o subrogataria del mismo, y por lo tanto, la discusión contractual suscitada con ocasión al mencionado contrato solo le es oponible a las partes del mismo, esto es, B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA EN REORGANIZACIÓN y TENARIS TUBOCARIBE LTDA.

Asimismo argumentó que "es de su esencia que la competencia arbitral se deriva exclusivamente de la habilitación expresa de las partes, que por su voluntad derogan, frente a un contrato o ante un litigio, en forma expresa, la jurisdicción ordinaria. En ausencia del acuerdo correspondiente, los árbitros no son competentes para conocer del mismo y, por ende, tampoco lo son para ordenar vincular a un proceso arbitral a quien no los ha investido como árbitros."

Finalmente, arguyó que EXIROS no ha suscrito tampoco compromiso con B&V mediante el cual pueda someterse a arbitramento diferencia alguna en relación con el Contrato 6600758473, tal y como se desprende de los documentos aportados como anexos a la demanda, motivo por el cual, el presente trámite arbitral no le es oponible al codemandado EXIROS.

2.1.2. La postura de la Convocante sobre la competencia del Tribunal

El apoderado de la parte demandante recorrió el traslado de las excepciones formuladas por las sociedades demandadas, y particularmente en punto de la excepción de falta de competencia del Tribunal por no haber suscrito la sociedad EXIROS el pacto arbitral, insistió en la vinculación de ésta al presente trámite al enfatizar que el contrato que contiene la cláusula compromisoria fue convenido electrónicamente, el cual en su texto hace referencia a EXIROS y que ésta se involucró de forma directa y determinante en la ejecución del contrato.

2.1.3. Sobre la indebida integración del Tribunal, alegada por la parte Convocada Exiros

El día 28 de diciembre de 2015 en las oficinas de la Cámara de Comercio de Cartagena, fue llevada a cabo la audiencia de designación de árbitros dentro del trámite arbitral de la referencia, con la presencia del apoderado especial de la convocante, los apoderados generales de las sociedades convocadas, la revisoría fiscal de la Cámara de Comercio de Cartagena y la directora del centro de conciliación y arbitraje; previo a realizar el respetivo sorteo para la elección de los árbitros, el apoderado general de la convocada EXIROS DE COLOMBIA LTDA dejó la siguiente constancia:

“Manifiesto bajo la gravedad de juramento que Exiros de Colombia no tiene suscrito ningún tipo de cláusula compromisoria o compromiso con la sociedad hoy convocante, sin embargo, en aras de celeridad, economía procesal, Exiros genera su voto de consenso en cuanto a los árbitros que más adelante se van a detallar.”
(Negrilla y subrayas propias).

Dentro de la mencionada audiencia fueron nombrados como árbitros los doctores **FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ, MARCO ANTONIO VELILLA MORENO y MAURICIO FAJARDO GÓMEZ.**

Posteriormente, con ocasión de la no aceptación al cargo del Dr. MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, se llevó a cabo una nueva audiencia el 29 de enero de 2016 para la designación de árbitros dentro del trámite, igualmente con la participación de todas las partes mediante apoderados, así como del revisor fiscal de la Cámara de Comercio de Cartagena y la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje; asimismo dentro de la mencionada audiencia el apoderado general de la convocada EXIROS DE COLOMBIA LTDA. dejó la siguiente constancia:

“Manifiesto que la participación en la presente designación de árbitros no implica aceptación de la Cláusula Compromisoria ni suscripción por parte de Exiros de Colombia” (Subrayas y negrillas por fuera de texto original).

Dentro de la mencionada audiencia fue designado de común acuerdo como árbitro principal al Doctor WILLIAM NAMÉN VARGAS y como árbitro suplente al Doctor JORGE SANTOS BALLESTEROS.

Teniendo en cuenta la no aceptación del cargo por parte del Dr. WILLIAM NAMÉN VARGAS y la posterior renuncia del árbitro suplente, Dr. JORGE SANTOS BALLESTEROS, el día 20 de octubre de 2016, se llevó a cabo, nuevamente, audiencia de designación de árbitros dentro del proceso, la cual contó, igualmente, con la participación de los asistentes de las anteriores audiencias; así mismo dentro de la diligencia el Dr. Oscar Leonardo Rodríguez Correa, apoderado general de la convocada EXIROS DE COLOMBIA LTDA, indicó lo siguiente:

“... en complemento de lo manifestado en dos actas anteriores en donde manifestó su negativa de voto en relación con la elección de los árbitros del presente proceso, con lo cual ha manifestado y así lo ratificará si en la primera audiencia de trámite se toma la decisión de mantener a EXIROS DE COLOMBIA como parte de este tribunal se estará consolidando la causal de indebida integración del tribunal que sería ejercida en su momento procesal, es decir, en esta oportunidad nuevamente ratifica su intención de no votar, por ello el único camino que debe aplicarse es que

la Cámara de Comercio proceda con la elección del árbitro, procedimiento que debió igualmente aplicar en el momento en que se escogieron a los actuales árbitros doctor Ricaurte y Doctor Velilla, es decir, en esas oportunidad la Cámara debió percatarse de la falta de consenso y con lo cual debió someter la elección de los árbitros al sistema que tenga diseñado, esto en razón que la elección de los árbitros fue exclusivamente de Tenaris Tubo Caribe y de la convocante B&V, más nunca existió voto favorable del apoderado del convocante (Sic) Exiros.” (Negrilla y subrayas propias).

Dentro de la mencionada audiencia fue designado como árbitro principal, por sorteo efectuado por el Centro de Arbitraje de sus listas oficiales, el Dr. RAFAEL BERNAL GUTIERREZ, y además, pese a lo anteriormente expresado, se plasmó en el acta de reunión lo siguiente:

“las partes presentes de común acuerdo resuelven modificar la cláusula arbitral en el sentido de elegir mediante sorteo de la lista oficial del centro, un árbitro suplente en caso de que el principal no acepte el nombramiento. En este orden de ideas se realiza dicho sorteo resultando elegida la Dra. IRMA BARRERA DE GIORGI.”
(Negrilla y subrayas propias).

Finalmente, y con ocasión de la renuncia del árbitro Dr. FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ, el día 01 de septiembre de 2017, fue llevada a cabo audiencia de designación de árbitros dentro del trámite arbitral, igualmente con la participación de todas las partes mediante sus apoderados, así como del revisor fiscal de la Cámara de Comercio de Cartagena y la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje; teniendo en cuenta que las partes no llegaron a un acuerdo para la designación de árbitros, se procedió con el sorteo de las listas oficiales del centro de Arbitraje y Conciliación en el que fueron nombrados como árbitros, principal al Dr. JORGE LUIS CÓRDOBA, como primer suplente a la Dra. ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS y como segundo suplente al Dr. RODRIGO URIBE LARGACHA, en caso de que el principal no aceptara su designación o renunciara a su cargo.

Ahora bien, teniendo en cuenta la remoción del árbitro Dr. JORGE LUIS CÓRDOBA, tomó su lugar como primera suplente la Dra. ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS.

Revisado por el Tribunal el nombramiento del presente panel arbitral, se encuentra que no hay lugar a tener por acreditada la indebida integración alegada por la sociedad convocada EXIROS DE COLOMBIA, puesto que como consta en el acta de nombramiento de este Tribunal del día 28 de diciembre de 2015, existió consenso entre las partes del proceso, incluyendo, claro está a EXIROS DE COLOMBIA como codemandada, para la elección de

los árbitros, para tal efecto, recuérdese lo expresado por el apoderado general de la citada sociedad:

“Manifiesto bajo la gravedad de juramento que Exiros de Colombia no tiene suscrito ningún tipo de cláusula compromisoria o compromiso con la sociedad hoy convocante, sin embargo, en aras de celeridad, economía procesal, Exiros genera su voto de consenso en cuanto a los árbitros que más adelante se van a detallar.”

Ahora, en lo que tiene que ver con el nombramiento de los árbitros, doctores **RAFAEL BERNAL GUTIERREZ** y **ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS**, se advierte que conforme al pacto arbitral invocado con la demanda principal y modificado entre las partes en la reunión llevada a cabo el 20 de octubre de 2016, incluyendo a la codemandada EXIROS DE COLOMBIA la cual estaba representada por su apoderado general, se designaron a los mencionados árbitros mediante sorteo efectuado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena de sus listas oficiales, con lo cual, no sólo se dio cumplimiento al pacto arbitral sino que se atendió a la voluntad expresada por todas las partes del litigio para la modificación de dicho acuerdo arbitral.

Por lo expuesto, y sin necesidad de mayores esfuerzos interpretativos, de la conducta desplegada por las partes para la conformación del presente panel de árbitros, y en particular, de lo expresado por la codemandada EXIROS DE COLOMBIA durante la etapa de designación de árbitros, el Tribunal concluye que el Tribunal se encuentra debidamente integrado.

2.2. Análisis de fondo sobre la competencia del Tribunal

Despejado para el Tribunal el tema de la indebida integración alegada, corresponde definir su competencia, para lo cual, procederá en primer lugar, a referirse al tema de manera general, a partir de los elementos de juicio con que se cuenta en el expediente y, con base en dicha definición, se procederá al análisis de los planteamientos que ha venido efectuando la sociedad EXIROS DE COLOMBIA, en cuanto, en su entender, no suscribió ni es parte del pacto arbitral y, por ende, carece el Tribunal de competencia para vincularla al presente proceso.

Con ocasión del inicio del trámite y como consecuencia de la admisión de la demanda, ha sido tal el argumento de EXIROS DE COLOMBIA a partir del cual, formuló una que pudiéramos llamar “advertencia” por su “no participación” en la conformación y suscripción del pacto arbitral, lo que, en su entender, configura una causal de anulación del laudo. De igual manera, lo plantea dentro de sus excepciones, incluida una eventual “tutela”, por vía de hecho por falta de competencia.

A este respecto, en la primera audiencia de trámite se señaló que de acuerdo con la regla general establecida por nuestra legislación, el instrumento para vincular a las partes al trámite arbitral, lo constituye el pacto arbitral, bajo cualquiera de sus modalidades: compromiso o cláusula compromisoria, esta última la más frecuentemente utilizada y, para el caso que nos ocupa, el vehículo adoptado por las partes.

La cláusula compromisoria conforme lo define la ley, es un "*negoció jurídico*" a partir del cual "*las partes*" sustraen un determinado rango de asuntos en materias de libre disposición, para someterlos a la decisión arbitral, con exclusión de la justicia ordinaria, pacto este que, entre partes, es vinculante y obligatorio y excluye las facultades del juez para definir la controversia de que se trate.

No obstante, esta rígida conclusión ha venido presentando variaciones y excepciones, en buena medida construidas por la doctrina, pero que tienen, cada vez más manifestaciones o repercusiones en la ley, donde, a partir de estas circunstancias de excepción, se llega a la participación de partes conocidas como "*no signatarias*" en un determinado trámite arbitral.

Nuestro sistema legal, en términos generales, ha estado apegado a la relatividad de los efectos del pacto arbitral, esto es, a que los mismos sólo se predicen entre aquellos que lo han suscrito, pero se ha distanciado de la concepción clásica surgida de la formalidad en que ha de constar dicho pacto, que bien puede estar, como de tiempo atrás se ha concluido por los doctrinantes en estas materias, reflejado en un documento, el cual puede asumir cualquiera de sus formas legales y/o probatorias, ampliándose la visión del pacto arbitral exclusivamente escrito y firmado por las partes, confróntese al respecto lo previsto en el artículo 4º de la Ley 1563 de 2012.

Pero, no sólo ha evolucionado el sistema Colombiano desde esta perspectiva. Ya de tiempo atrás y reduciendo la estricta visión sobre la materia, la ley le dio cabida a poner sobre la mesa aquellas situaciones donde, a pesar de no haber suscrito el pacto, se trae al trámite arbitral a aquellos que son parte vinculada de la relación sustancial, buscando decisiones de mérito y con verdadera eficiencia procesal. Así, se estableció, en los artículos 30 del decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso segundo por el artículo 109 de la Ley 23 de 1991 y modificado en su inciso 3 por el artículo 126 de la Ley 446 de 1998, todos ellos recogidos en el artículo 149 del decreto 1818 de 1998, norma que rigió hasta la entrada en vigencia de la Ley 1563 de 2012, donde se dispuso para el evento del litisconsorcio necesario, un trámite especial que tiene por finalidad la adhesión al pacto arbitral, como prerequisite para el adelantamiento del trámite. Igualmente, se contemplaron otros eventos de no signatarios del pacto arbitral, cuya vinculación determina una mayor economía procesal, aunque no resultaren indispensables para la adopción de la decisión de mérito, por

lo que, en el evento del fracaso de su vinculación, ella no derivaría en la extinción de los efectos del pacto arbitral, como en el primer evento.

La Ley 1563, en sus artículos 36 y 37, regla la materia, dividiendo la situación en dos: el evento de la falta de firma del pacto, cuando ella es necesaria y el trámite a seguir, sustancialmente igual al originalmente consagrado en la legislación anterior, y, el de la vinculación de signatarios del pacto, no convocados al trámite arbitral, que bien puede darse respecto de partes obligatoriamente vinculadas o no.

De igual forma y dejando de lado la vinculación de partes que han suscrito el pacto la Ley 1563 de 2012 regula, por primera vez, la participación de **no signatarios** del pacto pero vinculados al trámite por Ministerio de la ley, como es el evento de los garantes, a que se refiere el párrafo 1° del artículo 37 o el caso en que se afirma la existencia del pacto entre las partes citadas, sin que haya una protesta de la contraparte respecto de la no existencia del pacto arbitral, párrafo del artículo 3° de la misma ley, normas estas consideradas ya por la Corte Constitucional frente a demandas presentadas en su contra y halladas ajustadas al sistema legal Colombiano.

Así las cosas, la visión rígida anterior ha venido dando paso a la existencia de una normatividad que abre espacios para los denominados "*no signatarios*", bien para su participación en el trámite arbitral o bien para ser citados al mismo, sin que, necesariamente, éstos tengan que haber firmado el pacto arbitral.

En ese orden de ideas, la doctrina, y la legislación en algunos países, ha venido planteando y abriendo la puerta a la propuesta de participación de partes no signatarias, más allá de lo contemplado por nuestra ley, y ha planteado diversos eventos que, en general se agrupan en distintos enfoques pero que, en el fondo, tratan de introducir nuevas opciones de vinculación de partes no signatarias, claro está de manera excepcional, como en los eventos donde en el fondo, se trata de hacer primar la realidad del negocio jurídico subyacente, por sobre su apariencia formal.

Dentro de estas hipótesis, se encuentran la que surge de los grupos de contratos y, de otro lado, la de los grupos de sociedades. Son eventos como se ha dicho excepcionales y que suponen una acreditación precisa de los parámetros que permiten incorporar como vinculados al pacto arbitral a no signatarios en cuanto a los efectos del mismo y por ende, llevan a la posibilidad, para el Tribunal Arbitral, de asumir la competencia para resolver frente a estos partícipes así determinados, la controversia de que se trate.

En ese entorno, conforme lo señala la doctrina, la labor del intérprete, para el caso el Tribunal Arbitral, consiste en establecer si un determinado sujeto, conforme a una interpretación restrictiva del pacto, ésta o no cobijado por el mismo, a lo que solo se puede

arribar luego de dilucidarse inequívocamente con distintos medios de prueba que lleven a determinar su consentimiento a estar vinculado o si la conducta asumida contractualmente por los intervinientes en un negocio conducen a tal conclusión como efecto de la conducta observada. Uno de tales eventos, que cabe dentro de los que se clasifica como "aceptación tácita" del pacto, tiene entonces que ver con su participación en las diferentes fases del contrato, donde se exige que dicha intervención del no signatario, "no sea simplemente ocasional o transitoria, sino permanente o frente a un asunto determinante del negocio". Otras teorías como la del "Alter Ego" o el "Grupo Societario", son caminos que bajo los mismos estrictos criterios, tratan de sacar a la realidad, el papel efectivo de las partes en el negocio jurídico objeto de la controversia, en su celebración o durante su ejecución. (Confróntese este tema de la extensión del pacto arbitral a no signatarios en: "Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje"; William W, Park, No Signatarios y el Arbitraje Internacional: El dilema del Árbitro, publicado en *Múltiple Party Actions in internacional Arbitration*, Oxford University Press, 2009; Juan Pablo Correa Delcasso, La Extensión del Convenio arbitral a partes no firmantes del mismo; análisis de la doctrina de la Corte de Arbitraje de la CCI).

En el caso presente, la parte demandante ha planteado, desde la demanda, la vinculación de la sociedad EXIROS COLOMBIA basado en dos grupos de argumentos: (i) el primero de ellos, se refiere a que las dos demandadas hacen parte de un grupo de empresas dentro del cual EXIROS, ocupa un lugar importante. Para tal efecto presenta una serie de hechos y alude a diversas pruebas en las que sustenta su apreciación. (ii) El otro, se encuentra basado en el papel que durante el desarrollo y principalmente durante la ejecución del contrato, particularmente, en aspectos que resultaron cruciales dentro de los problemas presentados y que dan lugar al presente caso, fue EXIROS protagonista y actor principal, determinante de la conformación y ejecución del contrato y por ende de su pacto arbitral. Para el efecto, alude a la configuración de una oferta mercantil aceptada de forma electrónica por EXIROS COLOMBIA, en los términos de la Ley 527 de 1999. Es decir, el demandante no apunta en su libelo a sostener que EXIROS firmó el pacto arbitral que reposaba de forma escrita, sino que ésta sociedad se encuentra cobijada por sus efectos, en razón de la conducta asumida por ésta en la estructuración y ejecución del contrato y en virtud de la aceptación del pacto contenido en dicho contrato, conforme a la legislación antes citada.

Por su parte, la apoderada de EXIROS insiste en que la participación de tal sociedad en la ejecución del contrato celebrado con la demandante surge, entre otras, de su condición de "Agente" de TENARIS de conformidad con el "Acuerdo de Externalización" celebrado entre ellas, que aportó como prueba con la contestación a la demanda.¹⁶

¹⁶ Tomo VI del expediente, folios 1880 y siguientes.

Sin embargo, tal contrato, ni la calidad de "Agente" que aduce EXIROS, aparecen mencionados en el contrato celebrado con B&V.

Desde otro punto de vista, el sólo texto del "Acuerdo de Externalización" no permite por sí solo delimitar el alcance de la participación de EXIROS en el contrato celebrado con la demandante.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, el Tribunal concluyó en la primera audiencia de trámite que para ese momento no era posible concluir "prima facie" que Exiros no estuviera vinculada por el pacto arbitral contenido en el contrato origen de la controversia.

2.2.1. Posiciones de las partes

La postura de B&V

En la demanda reformada B&V afirma que el contrato fue "ajustado por las partes mediante documento electrónico" y que "las penas, sanciones y Pólizas de Seguros se recogen en el formato del CONTRATO contenido en el sitio de EXIROS www.exiros.com" al cual se remiten varias estipulaciones.

Destaca que la cláusula compromisoria cobija al "Cliente" cuya definición incluye a las "Afiliadas" concepto que según el mismo contrato se extiende a las controladas, como es el caso de Exiros, de acuerdo con la información que aparece en su página web en cuanto aparece como "controlada por Tenaris y Ternium" por lo cual concluye el demandante que la cláusula compromisoria vincula a Exiros.

En la parte final de su alegato de conclusión, B&V reitera que Exiros se encuentra vinculada por el contrato, con fundamento en argumentos similares a los expresados en la demanda, estos se refieren a la participación de Exiros en el mismo grupo empresarial del que hace parte Tenaris y FERRASA y a la intervención de Exiros en la ejecución del contrato.

La postura de Tenaris y Exiros

El apoderado de Tenaris y de Exiros, en su alegato de conclusión plantea, en primer lugar, que Exiros no firmó el contrato celebrado con B&V, de lo cual deriva que no es parte de este pues a su juicio no manifestó voluntad para obligarse, siendo el consentimiento

requisito indispensable para resultar vinculado por un negocio jurídico en virtud del principio de relatividad de los contratos.

De otra parte, sostiene que las menciones a Exiros en el texto del contrato se refieren a *“ser quien administraba el proceso de selección y eventualmente como contratista de TENARIS para el seguimiento y verificaciones de cumplimiento del contrato, pero jamás como parte obligada en el mismo...”*

2.2.2. Consideraciones del Tribunal

1°. La ausencia de firma en un contrato transmitido electrónicamente no descarta su carácter vinculante

Tal como se mencionó antes, en la demanda se afirma que el texto del contrato celebrado entre las partes circuló electrónicamente, afirmación a la cual no se opuso la parte demandada y no fue desvirtuada dentro del proceso, además obra en el expediente la experticia rendida por Adalid S.A.S. a este respecto, por lo cual el Tribunal la tiene por demostrada. (Tomo XI, folios 3679 a 3700)

En tales circunstancias, debe tenerse en cuenta que en el artículo 5 de la Ley 527 de 1999 se establece que *“No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.”*

Ahora bien, el texto del contrato que ha sido aportado por las partes¹⁷ y que se distingue con el número 6600758473 no aparece firmado por las partes.

A este respecto debe anotarse que no hay una previsión legal que exija que el contrato que ha dado lugar a este proceso deba ser firmado por los contratantes y en cualquier caso tal requerimiento se tiene por satisfecho, si se cumplen los supuestos a los que hace referencia el artículo 7 de la citada Ley 527 de 1999.

El texto del citado artículo 7 es el siguiente:

“ARTICULO 7o. FIRMA. *Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:*

a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;

¹⁷ Tomo I, folios 122 y ss.; Tomo III, folios 770 y ss.

b) *Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.*

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma.”

En el presente caso, obra en el expediente¹⁸ el correo electrónico aportado por la parte demandada, de fecha 26 de agosto de 2013, a las 11:23 a.m. que aparece dirigido por Nathaly Donado, de Exiros, a “Gerencia B&V”, en el que se lee:

“Buenos días Oscar,

Según lo conversado, el número de la Orden de compra es el 6600758473. En un par de horas te estaré enviando la orden de compra a tu correo. Favor iniciar el trámite de la garantía bancaria con el último texto enviado. De igual forma dar inicio al trámite de las respectivas pólizas.

Agradecemos tu pronta gestión. Cualquier inquietud, no dudes en contactarme.

Saludos,

Nathaly Donado V. Exiros ndonadov@eciros.com.” (Se ha subrayado)

Adicionalmente, obra en el expediente, un correo electrónico de la misma fecha, de la 1:58 p.m., cursado entre las mismas partes, cuyo texto es el siguiente:

“Cordial saludo Oscar,

Adjunto el pedido 6600758473, correspondiente a la construcción de la Nave Industrial y Almacén General Plan Maestro Tubo Caribe. Agradezco enviarme cuanto antes en físico la garantía bancaria y las pólizas requeridas con el respectivo comprobante de pago.” (Se ha subrayado)

De acuerdo con los documentos antes relacionados, es posible concluir que para enviar el contrato, identificado con el número 6600758473, se utilizó el correo electrónico, método, que en este caso, permite identificar al iniciador del mensaje de datos, esto es Nathaly Donado, funcionaria de Exiros, lo cual, de acuerdo con lo previsto en el literal a) del artículo 7 transcrito, se considera como indicativo de su aprobación, y que, según lo dispuesto en el literal b) de la misma norma, *resulta “tanto confiable como apropiado para*

¹⁸ Tomo III, folios 768 y 768.

el propósito por el cual el mensaje fue generado", cumpliéndose de esta manera los requisitos que permiten tener por satisfecho el requisito de firma de un documento.

De acuerdo con lo anterior, en el caso que nos ocupa, no podría derivarse de la sola ausencia de firma, inexistencia de vinculación o consentimiento respecto de alguno de los intervinientes.

2°. La participación de Exiros en la etapa precontractual

El texto del contrato que obra en el expediente tiene como fecha el 13 de agosto de 2013 y consta que la última modificación se realizó el 26 de agosto del mismo año.

En este punto es pertinente tener en cuenta que a folio 142 del Tomo I del expediente obra, en papelería de Exiros, el documento "*Minuta: Reunión I Nave Industrial*" con fecha 13 de julio de 2013 y entre los participantes se incluye a Nathaly Donado, funcionaria de Exiros.

Dicha minuta contiene una referencia específica a la participación de Exiros en la etapa precontractual en cuanto consta que "*Exiros menciona al proveedor que la proveniencia del acero no podrá ser china. En caso de no encontrar algún material específico y se deba recurrir a esta opción para no retrasar el proyecto, el máximo porcentaje permitido será del 5% del total de la estructura.*"

Adicionalmente se evidencia en la minuta que en la reunión a la que ella corresponde se trataron otros temas que tienen que ver con el contrato que habría de suscribirse "*en caso de ser B&V el proveedor adjudicado.*"

Aparece además en el expediente la "*Minuta: Reunión II Nave Industrial*" de fecha 1 de agosto de 2013, en la cual también aparece como participante Nathaly Donado de Exiros.

En este documento consta que "*Exiros hace una contrapropuesta de pago a 15 días FRF siempre y cuando el proveedor ofrezca un descuento adicional del 0,75%.*" Y se agrega: "*B&V deberá confirmar esta información (Pendiente).*"

De los documentos antes citados se deduce que Exiros participó en la negociación de las condiciones en las que se celebraría el contrato.

De otra parte, en la demanda se expresa que las cláusulas específicas del contrato fueron redactadas por Tenaris, en tanto las condiciones generales fueron tomadas de un texto tipo de Exiros.¹⁹

3°. Referencias a Exiros en el texto del contrato

El Tribunal encuentra que no son pocas las referencias a Exiros dentro del texto del contrato.

Así, en su encabezamiento, al registrar los datos de contacto de los intervinientes se establece: *“Área de compras interna: Donado V. Nathaly; e-mail: NDONADOV@exiros.com”* y dentro del proceso quedó acreditado que Nathaly Donado era una funcionaria de Exiros.

En el acápite del contrato correspondiente a las definiciones se expresa que *“Partes”* significa el *“Cliente y el Proveedor conjuntamente”* y que el *“Cliente”* incluye a sus *“Afiliadas, sucesores y cesionarios.”*

En la definición de *“Afiliada”* se incluye *“cualquier otra persona que directa o indirectamente controle o sea controlada”* de manera que Exiros, al estar controlada por Tenaris²⁰ y Ternium, participa de la condición de *“Afiliada”* en los términos del contrato.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que Exiros está concebida como parte del contrato celebrado con B&V, por lo cual se encuentra vinculada por la cláusula compromisoria pactada en el mismo.

Ahora bien, la mención a las partes en el texto del acuerdo, además de ser un aspecto muy importante, no es una referencia aislada o meramente formal cuyo valor pudiera desvirtuarse al analizar otras cláusulas; por el contrario se advierte que Exiros se nombra en otras estipulaciones del contrato, lo cual, aunado a su activa participación en la ejecución del mismo, a la que se hará referencia más adelante, confirma que está vinculada por sus estipulaciones.

En relación con las cláusulas del contrato en las que se menciona a Exiros, manifiesta el apoderado de la parte demandada en su alegato de conclusión que *“son simplemente para efectos de ser quien administraba el proceso de selección y eventualmente como contratista*

¹⁹ “El CONTRATO en la parte de DISPOSICIONES ESPECIALES, es ajustado por el Departamento de Ingeniería de TUCA y las penas, sanciones y Pólizas de Seguros se recogen en el formato del CONTRATO contenido en el sitio de EXIROS www.exiros.com.” Texto de la demanda reformada página 3

²⁰ En la página web de Exiros aparece que es controlada por Tenaris y Ternium.

de TENARIS para el seguimiento y verificaciones de cumplimiento del contrato, pero jamás como parte obligada en el mismo...”

Las cláusulas a las que se refiere el apoderado de la parte demandada son las siguientes:

“Por favor tener en cuenta que, si usted cotizó a través del Sitio de Exiros (www.exiros.com), usted aceptó y le resultarán aplicables (i) los Términos y Condiciones de Registración de Miembros; (ii) los Términos y condiciones de Invitación a Ofertar y (iii) el Código de Conducta (documento disponible en www.exiros.com/portal/policias.asp). Si usted no ha aceptado previamente dicho Código de Conducta, al aceptar esta oferta usted está aceptando respetar el mismo.

(...)

4. Proceso Electrónico de Contratación El Proveedor entiende que Exiros puede utilizar un proceso electrónico de compras de los Productos y contratación de los Servidos en relación a transacciones comerciales, desde el pedido hasta los pagos, como por ejemplo, pero sin limitación, órdenes de compra o servidos, recibo de orden/aceptación de orden, orden de cambio, nota de envío, ticket y factura. El Proveedor reconoce que el Cliente puede conducir negocios con el Proveedor a través del Mercado. El Proveedor acuerda conducir los negocios usando tal proceso electrónico de compras de los Productos y contratación de los Servidos y cooperar con Exiros en la implementación y uso de tales procesos en relación a este Contrato.

El Proveedor reconoce que el uso de comunicaciones electrónicas será un medio de comunicación válido y vinculante, y acuerda no cuestionar y expresamente renuncia a cualquier derecho a objetar la validez o admisibilidad de cualquier mensaje electrónico intercambiado en relación con el Contrato por la sola razón de que la comunicación ocurrió mediante el uso de un medio electrónico sin encriptación o certificación de autor. En relación a lo antedicho, el Proveedor acuerda que todas las notificaciones, revelaciones, comunicaciones u otras acciones tomadas por él y Exiros o el Cliente mediante el uso de mensajes electrónicos, incluyendo pero sin limitación, el Mensaje Electrónico, satisfacen cualquier requisito legal que establezca que ese tipo de comunicación debe ser por escrito.

5. Integridad y Transparencia en los negocios – Conflicto de intereses

El Cliente está sujeto a los estándares y lineamientos de integridad y transparencia en los negocios dispuestos en su Código de Conducta (disponible en www.exiros.com/portal/policies.asp). El proveedor deberá informar a sus empleados los estándares y lineamientos dispuestos en el Código de Conducta aplicable y deberá adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de dicho Código de Conducta.

El Proveedor reconoce que ha leído cuidadosamente, ha entendido y acepta completamente el Código de Conducta aplicable, y se compromete a informar a sus empleados, los estándares y lineamientos del Código de Conducta aplicable, y a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de dicho Código de Conducta.

En caso de que el Proveedor detectare una posible irregularidad o violación al Código de Conducta aplicable, el Proveedor podrá utilizar los medios confidenciales establecidos en el Código de Conducta para reportar dicha irregularidad o violación al Departamento de Auditoría Interna del Cliente ingresando a mm o llamando al número gratuito correspondiente a su país.

En caso de que algún director, gerente, empleado, dependiente o socio del Proveedor mantenga una relación personal o de parentesco o tenga algún interés hacia algún director, gerente, empleado, dependiente o socio de Exiros o del Cliente; el Proveedor deberá notificar por escrito a los representantes del Cliente o de Exiros dicho hecho con anterioridad a la aceptación de la Orden. En caso de que el Cliente tomare conocimiento del incumplimiento de esta obligación por parte del Proveedor, el Cliente podrá terminar el Contrato unilateralmente, sin que ello faculte al Proveedor a reclamar indemnización alguna por costos, daños y perjuicios.

(...)

El contratista deberá de cumplir con las fechas establecidas en el contrato con TuboCaribe. La penalización por atraso será de acuerdo a lo establecido como norma en los contratos que realiza el departamento de compras (Exiros).

(...)

14.1 Requisitos de Salud, Seguridad y Medio Ambiente (SS&MA)

Para la prestación de los Servicios dentro de los establecimientos del Cliente, el Proveedor deberá cumplir con los requerimientos, regulaciones, procedimientos y políticas internas de Salud Seguridad y Medio Ambiente oportunamente emitidos por el Cliente.

El Proveedor deberá cumplir con el procedimiento denominado HSE Requisitos para Contratistas con sus eventuales actualizaciones, al cual puede acceder el Proveedor a través del Sitio de Exiros (www.exiros.com), haciendo click en Suppliers# Workplace /Login (ingresar usuario y password) y luego a la derecha de la pantalla ingresar al menú Procedimientos Operativos/Tenaris Corporate/ RSE Requisitos para Contratistas. En relación a ello, el Proveedor reconoce ha leído atentamente, entendido y está completamente de acuerdo y acepta irrevocable e incondicionalmente el procedimiento denominado HSE Requisitos para Contratistas. Este procedimiento establece los requisitos mínimos aplicables para los proveedores. En caso de conflicto o inconsistencia con una regulación local más estricta, esta última prevalecerá.

Nótese cómo en algunas de las cláusulas antes transcritas, se evidencia la importancia de Exiros como parte contractual, pues se establece como obligación para el contratista o proveedor, la de revelar cualquier relación con un funcionario de esta empresa, y en caso de incumplimiento el Cliente podría incluso dar por terminado el Contrato.

Es así que para el Tribunal, el texto de las cláusulas antes transcritas confirma que Exiros era parte del contrato y tendría una posición importante dentro de la ejecución del mismo, en el sentido de que precisamente estaría involucrada en las compras de los insumos que serían utilizados y podría exigir los estándares contenidos en los documentos tipo a los que se hace referencia, de manera que del contrato surgen derechos a favor de esta sociedad que podría ejercer respecto de B&V quien estaría obligada a seguir sus lineamientos.

4°. La participación de Exiros en la ejecución del contrato

La participación de Exiros en la ejecución del contrato se evidencia a través de actas y numerosos mensajes enviados y recibidos por correo electrónico por sus funcionarios, relacionados con aspectos del devenir cotidiano del proyecto así como con aspectos críticos de su desarrollo.

Así por ejemplo en la “*Minuta reunión 001*”²¹ de fecha 3 de septiembre de 2013, en la que entre los participantes aparece Nathaly Donado de Exiros, aparece:

²¹ Folio 163 del Tomo I del expediente.

"2. Exiros

- a. *Se aclara que el tiempo de entrega de 196 días calendario es a partir de la fecha de la orden de compra y este tiempo no está condicionado al pago del anticipo.*
- b. *Se enfatiza que la duración es de 196 días calendario y que se debe leer en la orden de compra en la parte de las especificaciones 196 en vez de 240.*
- c. *Se le manifiesta al contratista que se encontraron falencias en el sistema HSE, y se les solicitó un plan de mejora, al cual se le hará seguimiento conjuntamente entre Exiros y Hesa, por ello B&V debe informar la fecha en la cual el HSE estará en planta, para hacer seguimiento al plan. El HSE de Exiros y la coordinadora HESA estarán realizando visita a la planta de B&V el 10 de octubre de 2013." (Se ha subrayado)*

Luego en la "Minuta reunión 008" del 22 de noviembre de 2013²², aparece que como el numeral 14 de los aspectos "Técnicos": *"Tenaris solicita una reunión para el martes con el gerente de B&V y Exiros. Se requiere que para esa fecha B&V presente un plan actualizado alineado con la fecha de entrega contractual."* (Se ha subrayado)

Posteriormente, mediante correo electrónico del 25 de noviembre de 2013, Nathaly Donado de Exiros convoca una reunión para esa misma fecha *"con el fin de revisar las entregas de material de FERRASA al proveedor adjudicado de la Nave Industrial y posterior revisión del cronograma de B&V teniendo en cuenta la fecha de entrega de material."*

En la "Minuta de Reunión 009" del 28 de noviembre de 2013²³, en el numeral 11 de los aspectos "Técnicos" aparece que *"Tenaris realizó reunión con el gerente de B&V y EXIROS."*

En relación con la participación de Exiros, resulta bastante revelador el mensaje enviado por correo electrónico el 2 de diciembre de 2013²⁴ por Andrés Flóres Z., funcionario de Exiros, a Oscar Felipe Bulla de B&V, en el que manifiesta:

*"Oscar,
"Entiendo que la situación en la que estamos no es la más favorable para Tubo Caribe y la verdad es que me sorprende que en todas las comunicaciones*

²² Folio 200 del Tomo I del expediente.

²³ Folio 209 del Tomo I del expediente.

²⁴ Folio 237 del Tomo I del expediente.

no me ponen en copia de los documentos como el plan de Contingencia y el nuevo Cronograma de montaje, te solicito de la manera más atenta le informes a tu personal que Nathaly y un servidor, debemos estar en copia de TODAS las comunicaciones.

“Por otro lado y analizando el Cronograma de montaje, lo único que puedo decirte es que es inaceptable el cambio de fechas que nos están haciendo, ya que la fecha de entrega era un criterio importante en la adjudicación.”

Luego, en el Otrosí del 20 de diciembre de 2013²⁵ aparece como consideración 2: *“Que EXIROS y los ADMINISTRADORES del presente contrato recomiendan la conveniencia de ampliar el plazo y modificar la forma de pago, a fin de que con esta ayuda se logre en el nuevo tiempo alcanzar los acuerdos iniciales sobre la forma de finalizar el contrato.”*

Los documentos antes citados dan cuenta de que Exiros participó de manera directa tanto en la negociación del contrato, como en la elaboración de su texto y durante la ejecución del mismo.

En tales condiciones, las actuaciones de Exiros, permiten colegir inequívocamente su consentimiento respecto de lo pactado en el contrato, de manera que sus términos le vinculan y dentro de ellos la cláusula compromisoria.

Ahora bien, anota el apoderado de la parte demandada que en el contrato no se establecen obligaciones específicas a cargo de Exiros y que no se pactó que el contratista emitiera las facturas a su cargo.

A este respecto debe tenerse en cuenta que al tenor del artículo 1603 del Código Civil, *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”*

De otra parte, según lo previsto en el artículo 825 del Código de Comercio, *“En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”* de manera que en el presente caso se entiende que Exiros se obligó solidariamente con Tenaris a cumplir las prestaciones derivadas del contrato suscrito con B&V.

Con fundamento en lo antes expuesto, el Tribunal confirma su competencia para decidir las pretensiones formuladas en contra de la demandada Exiros, a la cual es oponible el pacto arbitral contenido en el contrato celebrado con B&V, y en consecuencia declarará no

²⁵ Folio 279 del Tomo I del expediente.

probadas las excepciones de “*falta de jurisdicción – ausencia de pacto arbitral*”; “*falta de legitimación por pasiva en la causa*”, “*falta de competencia. Defecto orgánico en materia de arbitramento*” y “*falta al debido proceso*” planteadas por Exiros.

3. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

3.1. Pretensión Primera. El término de ejecución del contrato

En la pretensión primera del texto de la demanda reformada se solicita al Tribunal lo siguiente:

“1. Que se declare que la fecha del 16 de junio de 2014 en que de manera unilateral dieron por terminado el CONTRATO con B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., en adelante B&V, para la construcción de la estructura metálica para el edificio de la nueva planta Casting Seamless y el Almacén General de la planta Tenaris Tubo Caribe, ubicada en Cartagena (Bolívar), TUBOS DEL CARIBE LTDA., en adelante TUCA y EXIROS S.A., en adelante EXIROS, el mencionado CONTRATO se encontraba prorrogado, mediante e-mails enviados por MARIO LARCO de fechas 5 de marzo y 29 de abril de 2014 (Anexo No. 54 y Anexo No. 62 respectivamente de las pruebas documentales).”

3.1.1. Argumentación de la parte demandante

En su alegato de conclusión, el apoderado de la demandante se refiere a los correos electrónicos del 5 de marzo y 29 de abril de 2014, enviados por los funcionarios de Tenaris a B&V, de los cuales a su juicio se evidencia que el contrato fue prorrogado.

A este respecto agrega que los emisores de tales correos eran funcionarios con “*capacidad para tomar decisiones... razón por la cual si no hubieran estado de acuerdo con la prórroga, ellos tenían el poder de decisión suficiente para oponerse a lo que según ha manifestado TENARIS en el proceso fue una decisión de MARIO LARCO.*”

Se refiere luego a la cláusula 12 del contrato sobre “*Cambio de órdenes*” en la que se establece que El Cliente podrá hacer cambios en los compromisos del Proveedor en cualquier momento mediante orden escrita, así como a la cláusula 4 que se refiere al “*Proceso Electrónico de Contratación*” en la cual se reconoce que las comunicaciones electrónicas son un medio de comunicación válido y vinculante.

A continuación manifiesta que con los testimonios de Pablo Ferrer y Víctor Espinosa quedó confirmado que el contrato había sido objeto de varias prórrogas, lo cual, a su juicio, fue igualmente confirmado por los peritos designados por Tubocaribe, Walberto Rivera Martínez y Antonio Flórez Garizábal.

Agrega que en los libros de obra que se acompañaron al dictamen pericial de la Sociedad de Ingenieros y Arquitectos de Bolívar, se evidencia que en la obra hubo actividad con posterioridad al 7 de abril de 2014.

3.1.2. Oposición de la Convocada Exiros frente a la pretensión

Exiros no plantea una oposición concreta a esta pretensión. Su argumentación se enfoca nuevamente en señalar que no es parte del Contrato.

En concordancia con lo anterior, en sus alegatos de cierre, Exiros indicó que, al no haber sido partícipe de la relación contractual objeto del litigio, no hace manifestación alguna respecto de la prórroga discutida y reitera su posición con relación a la ausencia de legitimación en la causa por pasiva.

3.1.3. Oposición de la Convocada Tenaris frente a la pretensión

En su contestación de la reforma a la demanda, la Convocada Tenaris se ratificó en las manifestaciones realizadas en su escrito de contestación a la demanda inicial en la que expresó lo siguiente:

“En cuanto a la primera: Como lo manifestado no media acuerdo (sic) bilateral que hubiese prorrogado el plazo contractual más allá del 7 de abril de 2014.”

Finalmente, en sus alegatos de conclusión reiteró, con relación a la prórroga a la que se refiere la pretensión en estudio, lo siguiente:

“2. El plazo para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de B&V fue modificado una sola vez, mediante otrosí del 20 de diciembre de 2013, de acuerdo con lo establecido en la Sección I del contrato, los cuales (sic) quedaron así:

<i>Fase</i>	<i>Módulo</i>	<i>Fecha de terminación según el otrosí</i>
<i>1</i>	<i>1</i>	<i>27 de enero de 2014</i>

1	2	16 de enero de 2014
1	3	4 de febrero de 2014
1	4	24 de enero de 2014
1	5	17 de febrero de 2014
1	6	8 de febrero de 2014
2	1	18 de febrero de 2014
2	2	8 de febrero de 2014
2	3	4 de marzo de 2014
2	4	14 de febrero de 2014
2	5	17 de marzo de 2014
2	6	12 de marzo de 2014
2	7	22 de marzo de 2014
3	1	14 de marzo de 2014
3	2	3 de marzo de 2014
3	3	27 de marzo de 2014
3	4	18 de marzo de 2014
3	5	4 de abril de 2014
4	1	20 de febrero de 2014
4	2	17 de febrero de 2014
4	3	6 de marzo de 2014
4	4	28 de febrero de 2014
4	5	20 de marzo de 2014
4	6	15 de marzo de 2014

Los correos del señor Larco, quien no era una persona que fuese representante autorizado de TENARIS, no modificaron los plazos de cumplimiento de las obligaciones de B&V."

Afirma además, en relación con el correo enviado por Mario Larco el 4 de marzo de 2014 que "... dicho correo no es una modificación de los plazos en los que B&V debiera entregar los diferentes módulos. Simplemente señalaba las fechas entre las que debían trabajar los diferentes contratistas en las distintas áreas para efectos de terminar los trabajos."

Menciona que varias cláusulas del contrato permitían a Tenaris abstenerse de terminar el contrato y dar la oportunidad a B&V de cumplir con sus obligaciones sin aplicar sanciones, lo que, como se aprecia y así lo entiende el Tribunal, fue lo que ocurrió.

Agrega, en un párrafo de contenido contradictorio, que *“Como se dijo, el plazo de 196 días calendario era para la ejecución o cumplimiento de las obligaciones de B&V y no era un plazo de terminación del contrato. Evidentemente TENARIS tenía la facultad de permitir que B&V cumpliera sus obligaciones aún después de vencido el plazo de ejecución y, de esta forma, evitar que los efectos de los incumplimientos de B&V fuesen más gravosos para ambas partes y, el hecho de que le diera al contratista esa oportunidad no significa que se hubiesen ampliado los plazos para el cumplimiento de las obligaciones.”*

Finalmente menciona que el Contrato, *“en la Sección 1, establece que para modificarlo se requería la firma de los representantes de las partes.”*

3.1.4. Consideraciones del Tribunal

En relación con esta pretensión, es conveniente destacar que ella se dirige exclusivamente a que se declare que en la fecha en la que Tenaris terminó unilateralmente el Contrato, éste se encontraba vigente.

Para decidir esta pretensión se hará referencia en primer lugar al texto de la *“Orden”* o Contrato, para luego referirse a las pruebas de la conducta de las partes en la ejecución de este que obran en el expediente.

Así, en relación con el plazo de ejecución, en la primera página del Contrato se establece:

“Tiempo de Ejecución: 196 Días Calendario como plazo máximo de ejecución.”

En la cláusula 8 sobre “Plazo de los trabajos y cronograma”, entre otras cosas se dispone: “El plazo máximo para la ingeniería de taller, fabricación y montaje de estructuras será de 240 días calendarios (sic); el contratista deberá tener en cuenta que se deberán hacer entregas parciales en el transcurso de los 240 días calendarios (sic) correspondientes a la duración total del contrato. ...”

Sin embargo, en la *“Minuta Reunión 001”* aparece la siguiente intervención de Exiros: *“Se enfatiza que la duración del pedido es 196 días calendario y que se debe leer en la orden de compra en la parte de las especificaciones 196 en vez de 240”.*

Posteriormente, en el otrosí de fecha 20 de diciembre de 2013, las partes acordaron *“Ampliar el plazo del contrato en 29 Días Calendario contados desde el día 10 de Marzo de 2014, con lo cual la fecha final del contrato será el 07 de Abril del 2014.”*

De otra parte, en la cláusula 12 del Contrato se dispone:

“Cambio de órdenes

“El Cliente podrá, en cualquier momento, mediante orden escrita dada al Proveedor, hacer cambios en los compromisos del Proveedor derivados del Contrato, incluyendo, sin limitación, cambios en... (iv) las fechas y lugares de entrega y prestación. El Proveedor no podrá rehusarse a cumplir con los cambios solicitados por el Cliente. ...” (Resalta el Tribunal)

Es así que, tal como lo expresa el apoderado de la parte demandada, su representada se encontraba facultada para hacer cambios en relación con el término de ejecución del contrato, **los cuales B&V estaba obligada a aceptar.** (Resalta el Tribunal)

También se estipuló en el Contrato:²⁶ *“Esta Orden surtirá efecto, y tanto el Cliente como el Proveedor quedarán obligados por los Términos Especiales y los Términos Generales al aceptar sus términos de cualquiera de las siguientes formas: ... (v) Cualquier conducta por parte del Proveedor que pueda ser razonablemente interpretada como una aceptación, incluyendo sin limitación, cualquier actividad que implique el cumplimiento total o parcial de este Contrato.” (Se ha subrayado)*

En los términos anteriores se reconoce que la conducta del contratista, al dar cumplimiento al objeto del Contrato, puede entenderse como indicativa de su aceptación a los términos de la “Orden,” por lo cual, no podría concluirse que se encontraba “obligado” a suscribir o a procurar un documento para aceptar la ampliación del plazo del mismo, pues como se ve, no era necesario para darle pleno efecto.

En la parte final de la misma estipulación, aparece la cláusula de la cual la demandada deriva que la existencia o validez de una prórroga del contrato, estaba supeditada a que constara por escrito firmado por el representante legal de la contratante. El texto de la cláusula es el siguiente:

“El Cliente no quedará obligado por los términos y condiciones (incluso los términos y condiciones generales) emitidos por el Proveedor, independientemente de que (i) esos términos y condiciones fueren habitualmente usados por el Proveedor en la conducción de sus operaciones; (ii) dichos términos hubieren sido propuestos antes o después de la fecha de

²⁶ Página 8 del Contrato, párrafo segundo de “Términos especiales (cont.). Folio 777, Tomo III del expediente.

emisión o recepción de esta Orden; o (iii) cualquiera de esos términos y condiciones fuere estándar o similar a los términos de esta Orden. Ningún término adicional o diferente contenido en o entregado con la aceptación del Proveedor, resultará aplicable a esta Orden (incluyendo los Términos Especiales y los Términos Generales), a menos que estuviere incorporado a esta Orden mediante una adición impresa o escrita a mano expresamente aceptada por un representante autorizado del Cliente, o mediante un documento firmado por un representante autorizado del Cliente haciendo referencia a esos términos adicionales o diferentes.

En la parte inicial del texto antes transcrito se evidencia que se refiere a “términos y condiciones emitidos por el Proveedor” lo cual no corresponde a la situación de hecho que se analiza.

Ahora bien, en cualquier caso, la mención a un “representante autorizado del Cliente” a juicio del Tribunal y teniendo en cuenta las características del proyecto contratado, no se identifica necesariamente con el representante legal de la parte contratante. En el presente caso y en la historia del desarrollo del contrato, el Ingeniero Larco, cuya intervención fue permanente tiene, para el Tribunal, todas las características de ese representante autorizado y ninguna desautorización aparece en parte alguna a las indicaciones emitidas por el dicho Ingeniero.

En efecto, el objeto contratado fue la construcción de la estructura metálica de una nave industrial de inmensas proporciones y quienes estaban a cargo de la supervisión de la ejecución del proyecto por parte de la contratante eran ingenieros o técnicos, que permanecían en la obra o la visitaban con regularidad y estaban al tanto de su desarrollo, precisamente para adoptar, conjuntamente con el contratista, las decisiones frente a los imprevistos que no son pocos en este tipo de obras.

En tales condiciones, no hay lugar a restarle valor a la comunicación enviada a B&V por Mario Enrique Larco, funcionario de Tenaris, el 5 de marzo de 2014²⁷, por el solo hecho de no ostentar la calidad de representante legal de Tenaris o de Exiros, de manera que encuentra el Tribunal que de ella podía deducir la demandante válidamente el consentimiento en la ampliación del plazo del Contrato.

En dicho correo electrónico aparece: “Asunto:” “RV: Layout Actividades Nave Industrial” y se expresa: “Estas fechas son inamovibles por favor hay que planificar todas las acciones para salir en tiempo.”

²⁷ Folio 322, tomo II del expediente.

Al mencionado correo se anexa un plano en el que aparecen las diferentes zonas de la obra y las fechas en las que los distintos contratistas debían acometer sus actividades. En este plano a B&V se asignan períodos que, en la parte legible del documento, llegan hasta el 30 de junio de 2014.

Tal anexo o "*Layout*" aparece enviado el 4 de marzo de 2014 por Christian Harnish Morales, funcionario de Tenaris, a otros empleados de esa compañía, en correo electrónico²⁸ en el que se indica: "*Adjunto envío plano de layout con actividades de la nave industrial.*"

Obra además en el expediente el correo electrónico del 6 de marzo de 2014, enviado por William Morales Acevedo, de B&V a la gerencia de esta empresa y a Claudia Guerrero y Oscar Felipe Bulla, también funcionarios de B&V, en el que se expresó:

"buenas tardes.

Estas son las fechas que el cliente extendió para el proyecto, por favor hacer cambios y extender jornadas, despachos y entregar en óptima (sic) calidad para finalizar y dar entregas parciales como lo quieren ellos

Ver cuadro anexo."

Del mensaje recién transcrito se evidencia que B&V entendió que la contratante había extendido el plazo de ejecución del Contrato, respecto de lo cual simplemente da las instrucciones para proceder de conformidad, lo cual a su vez refleja la aceptación de la contratista.

Adicionalmente, el demandante cita el correo electrónico del 29 de abril de 2014 enviado por Mario Enrique Larco a Oscar Eduardo Bulla y a William Morales Acevedo, de B&V con copia a Atencio B. Henry de J., funcionario de Tenaris en el que se expresa: "*Adjunto te mando el cronograma que debemos seguir sin falta para terminar las zonas comprometidas, no hay manera de salirnos de esta línea si queremos llegar para cumplir con lo acordado.*"

En el cronograma que se anexa, se relacionan actividades que habrían de llevarse a cabo hasta el 26 de julio de 2014, de lo cual el Tribunal deduce la intención de la contratante de extender el plazo para la ejecución del contrato en los términos del cronograma enviado.

De otra parte, no aparece en el expediente evidencia de ninguna comunicación emitida por Tenaris o Exiros, a partir del 7 de abril de 2014 y hasta el 16 de junio del mismo año, fecha

²⁸ *Ibíd.*

en la cual la contratante comunicó su decisión de terminar unilateralmente el Contrato, en la que se manifestara su oposición a que B&V continuara ejecutando las actividades a su cargo, aduciendo que el término de ejecución se encontraba vencido.

Por el contrario, obran en el expediente infinidad de documentos -comunicaciones e incluso actas- de los cuales se hace evidente que la ejecución del contrato continuó con posterioridad al 7 de abril de 2014, sin ninguna objeción por parte de Tenaris o de Exiros basada en la extinción del término de vigencia, empresas que sin duda estaban al tanto del devenir del Contrato.

Así por ejemplo, en el Acta No. 4 del 28 de Marzo de 2014 se consignó: *“Las partes acuerdan en todo caso, que sistemáticamente desde este momento se generarán reuniones semanales puntuales, en donde se revisarán los rendimientos de los frentes, y en caso de oportunidades de mejora, acordarán las acciones necesarias.”* (se ha subrayado) texto que hace evidente que las partes entendían que la ejecución del contrato se extendería más allá del 7 de abril de 2014, pues de otra manera no se habría hecho referencia a *“reuniones semanales”* en cuanto apenas transcurriría algo más de una semana antes de llegar a tal fecha.

Obra también en el expediente, entre otros, un documento titulado *“Meeting brief”*²⁹ del 23 de mayo de 2014, más de un mes después del 7 de abril del mismo año, que corresponde a la *“Reunión de Seguimiento Nave Industrial”* en el que, entre otras cosas, aparecen relacionadas las actividades que debía acometer B&V para continuar con la ejecución del proyecto.

También del texto de la carta de fecha 16 de junio de 2014, dirigida a B&V por el representante legal de Tenaris, se concluye que esta sociedad entendía que el plazo de ejecución se había extendido, y precisamente por eso comunica su decisión de darlo por terminado de forma unilateral *“a partir de las 00:00 horas del día 17 de junio de 2014”* lo cual no podría ocurrir si ya se hubiera extinguido el término de vigencia del contrato desde el 7 de abril del mismo año.

En concordancia con lo anterior se tiene que en dicho documento se hace referencia a *“... las distintas oportunidades que TUCA concedió a B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA. (En adelante B&V) para que continuara ejecutando el Contrato No. 6600758473...”*

Se expresa además en la carta: *“Las nuevas dificultades que ustedes mencionan, tales como la intervención de otros contratistas, lo que supuestamente le impide avanzar al ritmo*

²⁹ Folio 366 del tomo II del expediente.

adecuado a B&V no son tales, ya que la principal causa del atraso es por falta de material en la obra, lo cual es imputable a B&V. Además las zonas donde se realiza obra civil comenzaron el 8 de abril de 2014 (fecha en que B&V debió, según el otrosí, haber terminado con el plazo contractual)". (Se ha subrayado)

Se menciona entonces que B&V "debió" haber terminado las obras a su cargo para la fecha pactada en el otrosí, pero se deduce que no lo hizo.

Más adelante expresa: *"La primera certificación especial, y con ella un Otrosí al contrato, fueron realizadas en diciembre de 2013, en un esfuerzo nuestro por ayudar a B&V en el cumplimiento de sus compromisos contractuales. En esa fecha se aplazó la entrega final pactada originalmente al 9 de marzo de 2014, para el 7 de abril de 2014. Sin embargo, ninguna fecha ha sido cumplida por B&V y hoy, después de dos (2) meses contados desde el 7 de abril, todavía no tenemos un módulo completo."*

Se evidencia entonces que el representante legal de Tenaris en su comunicación reconoce que se siguió trabajando después del 7 de abril de 2014, a pesar de lo cual manifiesta no haberse finiquitado ningún módulo por la sociedad contratista.

De acuerdo con lo antes expuesto, el Tribunal deduce, del comportamiento contractual de las partes, del que dan cuenta, entre otras, las comunicaciones del 5 de marzo y del 29 de abril a las que alude la demandante en su primera pretensión, su voluntad convergente o consentimiento en el sentido de ampliar el término de ejecución del contrato más allá del 7 de abril de 2014, como se había acordado expresamente en el Otrosí del 20 de diciembre de 2013.

Nótese que la ley comercial consagra la posibilidad de manifestar el consentimiento "por cualquier modo inequívoco" cuando, como en este caso, la misma ley no exige una solemnidad para la eficacia del acuerdo.

En efecto, en el artículo 824 del Código de Comercio se establece:

"Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito o por cualquier modo inequívoco. Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad."

De otra parte, como se expresó anteriormente, el Tribunal no encuentra que en el clausulado del contrato se exija un documento suscrito por los representantes legales de las partes para que sea eficaz su prórroga, pero en cualquier caso, vale mencionar, la doctrina ha estimado que este tipo de estipulaciones no tienen un valor absoluto.

A este respecto es pertinente citar al Profesor Fernando Hinestrosa³⁰, cuya postura fue acogida en el laudo del 26 de mayo de 2016, proferido en el trámite arbitral convocado por C.I. Colombian Natural Resources I S.A.S. Vs. Consorcio Minero del Cesar S.A.S. y Masering S.A.S., Construcciones El Cóndor S.A. y S.P Ingenieros S.A.S. integrantes del Consorcio Minero del Cesar y Consorcio Minero del Cesar S.A.S. en los siguientes términos:

“Vale decir, que aunque en la cláusula recién mencionada las partes establecieron una solemnidad contractual para modificar el contrato resultante de la aceptación de la Oferta, consistente en que la modificación debía constar en documento suscrito por el oferente y aceptado por el destinatario, dentro del plazo de ejecución de la Oferta ellas mismas podían, con su conducta inequívoca, inaplicar esa solemnidad convencional, como en efecto lo hicieron en el punto específico examinado. Al respecto señala el profesor Fernando Hinestrosa: “En derecho comparado es amplio el debate acerca de la “no oral modification” y la “course of performance doctrine”, esto es, lo relativo al alcance de las estipulaciones con arreglo a las cuales no tendrá valor ninguna modificación del contenido escrito del contrato si no se hace por dicho medio, o sea la repudiación anticipada, tanto de la manifestación oral como de la conducta concluyente, cláusulas frecuentes en los contratos de ejecución sucesiva y de larga duración, especialmente en cuanto a la regulación de modificaciones, prórrogas, aviso de terminación, cesión, y la aceptación y bajo qué circunstancias de la conducta inequívoca de las partes como instrumento de modificación del contrato, pese a aquella estipulación, o sea acerca de la “competencia de las partes para modificar a su guisa el contenido del contrato durante el curso de su ejecución”; continúa el profesor Hinestrosa citando el artículo 2.1.18 de los Principios sobre los contratos Comerciales de Unidroit y el artículo 2:106 de los principios de derecho europeo de los contratos, para concluir que “(...) en principio, le concede plena eficacia a la disposición particular restrictiva, posiblemente fruto de ansia de seguridad y precisión, pero, paralelamente como corresponde a las exigencias del tráfico y de la buena fe, no la toma como algo absoluto, que apenas pueda ser desechado del mismo modo como se hizo, sino como una mera presunción, susceptible de descargo con los distintos medios probatorios, con el temperamento del principio de la confianza legítima producida, tanto por declaraciones inequívocas como por conducta concluyente.”

³⁰ HINESTROSA, Fernando. Tratado de Obligaciones, Tomo II, De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico, Volumen I. Editorial Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 504 a 506.

De acuerdo con lo antes expuesto, la oposición formulada por Tenaris, bajo los argumentos que denominó “*excepciones*” tituladas “*El contrato es ley para las partes*” y “*B&V NO PUEDE IR CONTRA SUS ACTOS PROPIOS (Venire contra factum proprium non valet)*” no ha desvirtuado el fundamento de la primera pretensión, la cual prospera.

3.2. Pretensiones segunda y Tercera. El incumplimiento de las sociedades demandadas de sus “obligaciones contractuales”

El texto de las pretensiones segunda y tercera de la demandada principal reformada es el siguiente:

“2. Que como consecuencia de la terminación unilateral del CONTRATO para la construcción de la estructura metálica para el edificio de la nueva planta Casting Seamless y el Almacén General de la planta Tenaris Tubo Caribe, ubicada en Cartagena (Bolívar), TUBOS DEL CARIBE LTDA., en adelante TUCA y EXIROS S.A., en adelante EXIROS, incumplieron sus obligaciones contractuales contraídas con B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., en adelante B&V.

3. Que se declare que TUBOS DEL CARIBE LTDA., en adelante TUCA y EXIROS S.A., en adelante EXIROS, incumplieron el CONTRATO celebrado con B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., en adelante B&V, para la construcción de la estructura metálica para el edificio de la nueva planta Casting Seamless y el Almacén General de la planta Tenaris Tubo Caribe, ubicada en Cartagena (Bolívar), al no entregar la tubería a que estaban obligados; al no suministrar los detalles de ingeniería de manera oportuna; al no disponer de un sitio para la acumulación y acopio de materiales de obra y al no entregar de manera oportuna las áreas para que se pudiera efectuar la instalación y montaje de la estructura, conforme se ha relatado en los hechos de la presente demanda.”

3.2.1. El fundamento de las pretensiones planteado por la demandante

3.2.1.1. La “no entrega de tubería”

A este respecto, en el alegato de conclusión presentado por el apoderado de la parte demandante, hace referencia a que en la oferta presentada por B&V quedó excluido el

suministro de lámina y perfiles tubulares, de acuerdo con lo convenido con Tenaris y Exiros.

Para la demandante, dentro de los perfiles tubulares que debía suministrar Tenaris, se encuentra incluida la tubería redonda y rectangular.

Agrega que la obra fue contratada para ser ejecutada por módulos *“de manera que haber modificado o haber tenido acciones u omisiones que no permitieron construir la nave en la forma pactada fue lo que más afecto (sic) a B&V, durante la ejecución de la obra y financieramente.”*³¹

Expresa además que *“con la tubería redonda se fabricaban las correas y los aireadores y con la tubería rectangular se fabricaban los louvers”* y que todos esos elementos hacían parte de la ruta crítica, afirmación que funda, entre otras pruebas, en el testimonio de Pablo Ferrer.

Más adelante se refiere a una comunicación de fecha 2 de octubre de 2013, dirigida por el gerente de B&V, Oscar Eduardo Bulla a Tubos del Caribe Ltda., Atn, Nathaly Donado, en la que la demandante propone que sean ellos los encargados de comprar la tubería rectangular *“por agilidad.”*³²

Menciona a continuación mensajes enviados por correo electrónico cruzados entre Gertrudis Arrieta de Tenaris y Nathaly Donado de Exiros de los que se deduce que la compra de tubería rectangular no debe ser llevada a cabo por B&V.

Luego sostiene que *“este incumplimiento”* retrasó 75 días el cronograma, de acuerdo con el dictamen del perito Ortiz Ortiz y afirma que la tubería fue entregada los días 25 y 26 de noviembre, de manera que *“los ítems de louvers, correas especiales y aireadores afectan el porcentaje de producción que de haber estado permitirían a B&V encontrarse cumpliendo su cronograma.”*³³

3.2.2. Oposición de la Convocada Exiros frente a las pretensiones

En su contestación de la reforma a la demanda, la Convocada Exiros se ratificó en las manifestaciones realizadas en su escrito de contestación a la demanda inicial, así:

³¹ Alegato de conclusión página 73.

³² Alegato de conclusión, página 84.

³³ Alegato de conclusión páginas 90 y 91.

“2. *Exiros de Colombia Ltda., actuó en su calidad de agente de compra de Tenaris TuboCaribe Ltda., por lo cual no puede endilgársele ninguna condena sobre un contrato del cual no hizo parte.*”

3. *Retiro (sic) que Exiros de Colombia Ltda. actuó en su calidad de agente de compra de Tenaris TuboCaribe Ltda. por lo cual no puede endilgársele ninguna condena sobre un contrato del cual no hizo parte.”*

De lo antes transcrito se advierte que Exiros nuevamente enfoca su defensa en la consideración de que no es parte del Contrato celebrado con B&V, razón por la cual no podría atribuírsele condena alguna derivada del incumplimiento de un acuerdo del cual no hizo parte, pues simplemente fue *“Agente de compra de Tenaris TuboCaribe Ltda.”*

En sus alegatos de conclusión confirmó su posición frente a la controversia objeto del litigio frente a la cual manifestó:

“Los contratos son actos que crean obligaciones y solamente pueden producir efectos entre las partes que lo suscriben y en este caso, el contrato no crea ninguna obligación a cargo o a favor de EXIROS, razón por la que es claro que dicha sociedad no era parte del mismo. Consecuencia de lo anterior, es claro que, como se ha venido manifestando a lo largo de este proceso, dado que la competencia de los árbitros no sólo deriva de la ley sino de la voluntad de las partes, al no haber suscrito EXIROS el pacto arbitral, ni adherido a él, los árbitros no tendrían jurisdicción ni competencia para pronunciarse respecto de pretensiones relacionadas con esa sociedad y el Tribunal no se habría sido constituido en legal forma.”

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que en el contrato las referencias que se hacen a EXIROS son simplemente para efectos de ser quien administraba el proceso de selección y eventualmente como contratista de TENARIS para el seguimiento y verificaciones de cumplimiento del contrato, pero jamás como parte obligada en el mismo, es imposible considerar a EXIROS como parte del contrato a quien le fuese oponible la cláusula arbitral.”

3.2.3. Oposición de la Convocada Tenaris frente a las pretensiones

En su contestación de la reforma a la demanda, la convocada Tenaris se ratificó en las manifestaciones realizadas en su escrito de contestación a la demanda inicial en la que adujo:

"En cuanto a la segunda: Por el contrario el incumplimiento contractual es totalmente atribuible a B&V.

En cuanto a la tercera: Como lo manifestado durante la ejecución del contrato mediaron documentos bilaterales, en donde contratante y contratista acordaron modificaciones sin ningún tipo de salvedad."

Finalmente, en los alegatos de conclusión se mantuvo en lo manifestado en la contestación a la demanda principal reformada, afirmando que el incumplimiento contractual, por el contrario provenía de la parte convocante B&V, y no por parte de Tenaris, como erróneamente se manifestó en la demanda. Es así como en sus alegatos finales manifestó lo siguiente:

"3. Claramente quedó probado que B&V no completó ni siquiera un módulo de los 24 que se comprometió a entregar. Como quiera que las obligaciones que el contrato creaba a cargo de B&V eran de resultado, una vez demostrado el incumplimiento de la obligación, se presume la relación de causalidad y, el incumplido solamente se libera de responsabilidad, si demuestra la ocurrencia de un hecho extraño (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima).

4. Respecto de la totalidad de hechos que según B&V son imputables a TENARIS y habrían generado el retraso en el cumplimiento del cronograma, ocurridos con anterioridad al 20 de diciembre de 2013, las partes celebraron un acuerdo de transacción en el otrosí de esa fecha, motivo por el cual existe cosa juzgada y el Tribunal carece de competencia y jurisdicción para analizarlos.

5. En todo caso, ninguno de esos hechos fue la causa de los retrasos de la obra puesto que:

a) En cuanto a suministro de tubería, no es cierto que TENARIS se hubiese comprometido a entregar ángulos sino tubería diametral.

b) La modificación de tubería diametral por ángulos para aireadores y correas fue solicitud de B&V por razones de eficiencia y se comprometió a hacerse cargo de la compra de la misma.

c) Las fechas de entrega de la tubería para louvers por parte de TENARIS no generó retrasos. De hecho, al momento de retirarse de la obra y pese a que B&V tenía, desde noviembre de 2013, tubería para fabricar 495 louvers, solamente instaló 292.

En ningún momento B&V debió paralizar los trabajos porque estuviese pendiente la entrega de material para fabricar louvers.

Para el mes de noviembre de 2013, B&V no había fabricado y montado estructuras para montar los louvers y, en consecuencia, no existe relación alguna de causalidad entre los retrasos y la no entrega de tubería para louvers.

d) El perito Ortiz aceptó que, dado que la actividad de instalación de láminas de techo fue asumida por TENARIS en virtud de lo acordado en el acta del 28 de marzo de 2014, el que no se hubiese entregado información sobre este tema no generó efecto alguno.

e) No existe correlación alguna entre los retrasos de las obras en cada uno de los módulos y la supuesta falta de la información sobre conexiones y arriostamiento de portones, información que, además, según la cláusula 5.1. del contrato debía ser suministrada por B&V.

Además, no hay en el expediente prueba alguna que determine cuál sería el impacto en plazo por la falta de esa información.

f) Las modificaciones en la ubicación de unos pórticos de frenado no generaron graves retrasos en la ejecución de la obra puesto que: (i) para la fechas en las que se realizaron las modificaciones B&V ni si quiera había fabricado y montado las columnas que se verían afectadas con el cambio; (ii) respecto de la única columna que estaba montada se indicó que no se cambiara y se hicieron ajustes en los diseños para solucionar el asunto en obra, y; (iii) en el expediente no hay prueba de los efectos en plazo de los cambios.

g) El desfase y desplome de un punto de cimentación se encontraba dentro de las tolerancias de las normas técnicas aplicables y además se solucionaban fácilmente en obra, razón por la que no se generaron los efectos que dice B&V.

h) La cimentación de todas las áreas fue entregada por parte de TENARIS antes de la fecha en que según el cronograma del 20 de diciembre de 2013 iniciaba el montaje de columnas, razón por la que el retraso en la ejecución de las obras no tiene relación alguna con esta actividad.

i) El proyecto implicaba que B&V entregara la nave industrial construida para efectos de que posteriormente ingresarán otros contratistas. Dado que llegado el 7 de abril B&V no había culminado ningún módulo, TENARIS debió

generar una programación de ingreso de los diferentes contratistas a las áreas para que B&V, pudiese avanzar. Sin embargo, B&V tampoco terminaba en los periodos que le eran asignados por el desorden que tenía.

j) La verdadera causa de los retrasos fue la falta de suministro de materiales a cargo de B&V fundamentales para la obra, el desorden y falta de planeación de B&V por ausencia de un director del proyecto de dedicación completa, así como los reprocesos que se generaron por falta de calidad y de equipos de B&V.

El principio de la relatividad de los contratos implica que los mismos solamente crean obligaciones para las partes que los celebran. Por lo tanto, aunque FERRASA, TENARIS y EXIROS pertenecieran a un mismo grupo, lo cual en todo caso no está demostrado en este proceso, no por ello, las obligaciones que un contrato celebrado entre B&V y FERRASA pueda crear a cargo de FERRASA, se convierten en obligaciones a cargo de TENARIS o EXIROS, por el simple hecho de ser parte de un supuesto grupo empresarial.”

En relación con la obligación de entregar tubería, afirma el apoderado de la parte demandada que Tenaris estaba obligado a entregar exclusivamente tubería circular, pues la especificación señala que el “Contratista recibirá perfiles tubulares (...) en los diámetros indicados en los planos.”³⁴

Agrega que “En los planos de diseño que aparecen en el anexo 16 del dictamen de la SIAB, solamente llevarían tubería circular, los siguientes elementos: aireadores, las correas especiales y las pasarelas y líneas de vida. Los louvers iban con tubería de sección rectangular y no con tubería circular y, por lo tanto, en principio, TENARIS no tenía la obligación de suministrar esa tubería.”³⁵ (Subrayado propio del texto)

Concluye entonces que “En consecuencia, desde el momento en que B&V consideró cambiar tubería circular por ángulos (13 de octubre de 2013) y en todo caso, desde el 17 de octubre de 2013, TENARIS ya no entregaba tubería para aireadores ni para correas.

Por lo tanto, cualquier retraso por falta de tubería para correas o para aireadores es imputable a B&V.”³⁶ (Subrayado propio del texto)

³⁴ Alegato de conclusión página 24.

³⁵ Alegato de conclusión página 25.

³⁶ Alegato de conclusión página 28.

En relación con la tubería necesaria para los louvers, afirma el apoderado de la parte demandada que *"está demostrado que los días 25, 26 y 27 de noviembre de 2013, TENARIS entregó a B&V tubería angular que alcanzaba para fabricar al menos 495 louvers"* y que cuando hicieron el inventario la demandante solamente había instalado 232 louvers.

A continuación el alegato de la parte demandada sostiene que el retraso en la entrega de tubería por parte de Tenaris, de ninguna manera habría impactado la ruta crítica del proyecto.

3.2.4. Consideraciones del Tribunal sobre la pretensión de declarar el incumplimiento del contrato derivado de la terminación unilateral del mismo

A este respecto el Tribunal considera que la terminación unilateral resulta contraria a la ley por dos aspectos: de una parte, constituye una infracción al contrato, puesto que no cumplió con los requisitos contemplados en la cláusula 30.1.2 y de otra parte, al quedar acreditado, el incumplimiento por parte de la contratante de algunas de las obligaciones a su cargo como se verá más adelante, no se encontraba legitimada para ponerle fin por su sola voluntad como lo hizo.

Sobre la ausencia de legitimación para terminar unilateralmente el contrato derivada de su propio incumplimiento, se hará referencia luego en este laudo al ocuparse de las pretensiones cuarta y quinta de la demanda principal, por lo pronto basta anotar que en la cláusula citada del acuerdo se pactó que el Cliente podría terminarlo unilateralmente *"si el Proveedor (i) cedere o transfiriere el Contrato o cualquier derecho o participación en el mismo, salvo en la forma permitida por el Contrato, (ii) sufiere un cambio de control (el término "control" se entiende según lo definido en el término "Afiliadas") (iii) incumpliere leyes u ordenanzas, normas o reglamentos de cualquier autoridad gubernamental competente o instrucciones del Cliente dadas de conformidad con el Contrato, (iv) descuidare, se rehusare o fuere incapaz de cumplir en cualquier momento durante el curso del Contrato sus obligaciones derivadas del mismo, o (v) cometiere de alguna otra forma una violación a sus obligaciones derivadas del Contrato,"* y ninguna de tales circunstancias aparece demostrada dentro del proceso.

Con todo, de haberse presentado una cualquiera de las situaciones antes aludidas, en la cláusula se exigía además que la contratante enviara una "notificación" al Proveedor, quien

disponía de “un plazo de diez (10) días corridos después de recibir la notificación del Cliente al efecto” para corregir el incumplimiento, requisito que no fue cumplido por la contratante, lo cual implica un incumplimiento del contrato.

Por lo anterior, la pretensión segunda de la demanda prospera.

3.2.5. Consideraciones del Tribunal sobre la obligación de Tenaris de entregar tubería y su cumplimiento

Sea lo primero anotar, que para decidir las pretensiones bajo análisis, en aplicación del principio de congruencia, el estudio del Tribunal se dirige exclusivamente a establecer si del Contrato celebrado con B&V surgió para el Cliente, la obligación de entregar tubería y en caso afirmativo si esa obligación fue cumplida.

En relación con este tema, en el numeral 3 del Contrato, *“OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA”* se establece que *“El contratista debe proveer: ... Todos los materiales, incluyendo los perfiles de acero laminados, perfiles de acero conformados con placas, láminas de techo y paredes, louvers para ventilaciones, rieles y accesorios para puentes grúa, rejillas de piso, barandales, tornillos y todo lo necesario para completar los trabajos solicitados.”*

De acuerdo con la estipulación antes transcrita, correspondería a B&V suministrar también la tubería necesaria para la construcción de la estructura metálica a su cargo, sin embargo, en el numeral 10 del mismo Contrato se dispone:

“El contratista deberá tener en cuenta que existe la posibilidad de que Tenaris TuboCaribe suministre los materiales para la fabricación de la nave industrial, por tal razón este deberá presentar en su oferta técnica el despiece de la totalidad de los materiales a utilizar.”

Este numeral 10 fue modificado en el documento Rev. 2 en el que aparece: “La contratación se realizará por un precio único y completo (Lump sum). El contratista recibirá como suministro: ... Perfiles tubulares en los diámetros indicados en los planos.”³⁷

Adicionalmente, obra en el expediente el documento titulado *“Minuta: Reunión I Nave Industrial”³⁸* de fecha 30 de julio de 2013, esto es antes de la fecha de suscripción del contrato. A la reunión de la que da cuenta tal documento concurren Andrés Flores y

³⁷ Folio 4022, Tomo XII, parte b del expediente.

³⁸ Folio 143, Tomo I del expediente.

Nathaly Donado de Exiros y Oscar Bulla, de B&V y en él aparece: *“Se manifiesta al proveedor que al ser TS fabricante de tubería, los perfiles tubulares se excluirán del contrato.”*

Igualmente aparece aportada la *“Minuta: Reunión II Nave Industrial,”*³⁹ en la que consta: *“Se obtiene una oferta final “Lump sum” de \$18.340.000.000 COP, excluyendo láminas y perfiles tubulares.”*

Con fundamento en los documentos antes mencionados el Tribunal concluye que las partes del Contrato acordaron que Tenaris asumía la obligación de suministrar los perfiles tubulares requeridos para ejecutar la obra encargada a B&V.

El apoderado de la parte convocada hizo énfasis en su alegato de conclusión en que la obligación de proporcionar perfiles tubulares a cargo de su mandante se refería exclusivamente a tubería redonda y excluía los perfiles angulares.

Sin embargo, encuentra el Tribunal que obra en el expediente evidencia que permite concluir que el compromiso de Tenaris se extendió a tubería angular.

En efecto, aparece como anexo de la reforma a la demanda presentada por la parte Convocante⁴⁰ un correo electrónico enviado por Nathaly Donado de Exiros a la gerencia de B&V en el que le solicita abstenerse de comprar tubería de sección rectangular y cuadrada, puesto que se trata de materiales no incluidos en el contrato.

El texto del correo electrónico es el siguiente:

“Según lo conversado el día de hoy, agradecemos que B&V se abstenga de realizar compra de materiales que no estén incluidos en la orden de compra ya que después no habrá forma de pagarlos.

De acuerdo a lo que me comentaste, el siguiente punto que aparece en la PM Minuta 4 fabricación y montaje nave industrial enviada el día de hoy por ingeniería NO significa que hayan efectuado alguna compra de estos materiales, sino que están adelantando negociaciones con proveedores y

³⁹ Folio 143, Tomo I del expediente.

⁴⁰ Escrito de Reforma a la demanda inicial “1.124. Anexo No. 69. Comunicación B&V – 17973 – 14, remitida a TENARIS TUBO CARIBE LTDA., Atn. ANDRÉS FLORÉZ y NATHALY DONADO, Ref.: Contrato 6600758473, Asunto: Ampliación del plazo suscita por OSCAR EDUARDO BULLA, GERENTE, B & V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA., con copia a PABLO FERRER y VICTOR ESPINOSA del 28 de mayo de 2014.”

dejando todo listo para cuando TuboCaribe les dé una respuesta de estos ítems. Favor confirmar para evitar confusiones.

C. B&V informa que inició el proceso de compra de la tubería de sección rectangular y cuadrada”

Habiendo encontrado acreditada la existencia de la obligación de suministrar tubería por parte de Tenaris, es necesario establecer el plazo de cumplimiento de esa obligación⁴¹.

En el numeral 8 del Contrato sobre *“PLAZO DE LOS TRABAJOS Y CRONOGRAMA”* se estipuló que *“El proveedor incluirá en la cotización un cronograma completo para los trabajos solicitados, confeccionado en Microsoft Project.”* Y en el numeral 9.5 se pactó: *“El contratista es el único responsable por el cumplimiento del cronograma de entregas y de obra.”*

En concordancia con lo estipulado en el Contrato, el perito Manuel Hernando Ortiz Ortiz expresó en su dictamen:

“Para determinar cuándo debieron ser puestos a disposición del Contratista los materiales para fabricar los diferentes elementos, se recurre a la programación contractual inicial, que previó las siguientes fechas límite, para el Primer Módulo:

Nombre de tarea	Duración	Comienzo
FASE 1 ENTRE EJES C-D & 2-8	102 días	Lun 23/09/13
I.1- Módulo 1 (estructura, viga carrilera, cubierta y fachadas)	56 días	Lun 23/09/13
Fabricación	30 días	Lun 23/09/13
Inspección	25 días	Mar 01/10/13
Premontaje	25 días	Jue 03/10/13
Limpieza y pintura	28 días	Sáb 05/10/13
Transporte	22 días	Dom 13/10/13
Montaje	30 días	Mar 15/10/13

“Extracto de la programación del primer módulo (Tomado del proyect)”

Y agrega: *“Al analizar esta programación, es posible concluir que la fabricación de los elementos estructurales para el módulo 1 iniciaba el 23 de septiembre de 2013, con*

⁴¹ Código Civil. “Art. 1551. El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.”

elementos estructurales, tales como columnas, pórticos de frenado, cerchas, parantes frontales y laterales, correas espaciales, aireadores, louvers y también vigas carrilera. (Resaltado propio del texto original).

Adicionalmente, el perito Ortiz afirma: *“Con respecto a los Perfiles Tubulares, se encuentra que ésta tubería era necesaria para la fabricación e instalación de las correas y aireadores, que son los elementos que reciben la cubierta. Además para la fabricación e instalación de las barandas, louvers y postes de líneas de vida. Sin este material era imposible completar el módulo o los módulos.”*

En el dictamen pericial elaborado por la Sociedad de Ingenieros y Arquitectos de Barranquilla (SIAB), no se desvirtúa que el material cuya entrega estaba a cargo de Tenaris, se requiriera para la fabricación de los elementos indicados por el perito Ortiz, sin embargo, en opinión de los autores, tales elementos no hacían parte de la “ruta crítica” del proyecto.

A este respecto se lee en la experticia de la SIAB:

“Los louvers, aireadores, barandas y líneas de vida corresponden a ítems de la obra que no forman parte de la estructura principal. Normalmente este tipo de estructuras livianas se fabrican y montan cuando la estructura principal tiene un avance sustancial. No corresponden a la ruta crítica del proyecto.”

Adicionalmente, en relación con la entrega de tubería, en el dictamen pericial elaborado por la SIAB se afirma:

“Como indica el perito Ortiz, B&V había solicitado para la fabricación de los louvers en septiembre 24 de 2013, 25.8 toneladas y TUCA entregó en noviembre 22 de 2013, 27 toneladas.” (Se ha subrayado).

Es decir, que confirma que la solicitud de material de B&V fue atendida por Tenaris dos meses después, sin embargo, a su juicio, tal circunstancia no le generó ningún impacto al Contratista.

A este respecto se expresa lo siguiente:

“En el cronograma correspondiente al otrosí del 20 de diciembre de 2013, para el 22 de noviembre de 2013, el módulo 2, el módulo 1 y el módulo 4 debían encontrarse en el proceso de fabricación.

“Según ese cronograma la fabricación del módulo 4 empezaba el 21 de noviembre de 2013 y se extendía hasta el 17 de enero de 2014. Luego,

con la entrega del 22 de noviembre, perfectamente el contratista podía fabricar los louvers correspondientes a ese módulo.

“Por su parte, el cronograma mencionado, señalaba que el proceso de fabricación del módulo 1 empezaba el 13 de noviembre de 2013 y se extendía hasta el 10 de enero de 2014.

“Por lo tanto, con la entrega de tubería del 22 de noviembre de 2013, el contratista podía haber fabricado los louvers.

“Respecto, del módulo 2, el cronograma señalaba que el proceso de fabricación empezaba el 23 de septiembre de 2013 y se extendía hasta el 3 de enero del 2014. Tampoco en este módulo puede existir afectación, pues con la entrega de noviembre 22 de 2013, el contratista tenía tiempo suficiente (un mes) para fabricar los louvers.

“Según el programa el montaje de cerchas, correas, aireadores, louvers y arriostramientos estaban programadas desde el 3 de diciembre hasta el 14 de enero, razón por lo que entrega realizada el 22 de noviembre de 2013 no tenía por qué afectar al contratista.”

De lo anterior el Tribunal concluye que en vista de que ni en el Contrato, ni en los cronogramas elaborados para su ejecución, se estableció una fecha para la entrega de la tubería a cargo de Tenaris, se trató de una obligación pura y simple, cuya exigibilidad en consecuencia sería inmediata, o a lo sumo sometida a un “plazo tácito” que se define como “el indispensable para cumplirla.”⁴²

En tales condiciones, la fecha para el cumplimiento de la obligación a cargo de Tenaris, no estaba determinada por el momento en que ésta considerara que B&V necesitaría el material, sino que el material debía estar a disposición a la fecha prevista para iniciar la construcción de cada módulo.

Lo anterior no se desvirtúa al tener en cuenta el concepto de “ruta crítica” pues a pesar de que en la experticia de la SIAB se afirma que las fechas de entrega de material por parte de Tenaris no afectaron la ruta crítica del proyecto, líneas atrás se había afirmado que ésta no fue definida para de la ejecución de este contrato.

⁴² Código Civil. “Artículo 1551. El plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; puede ser expreso o tácito. Es tácito, el indispensable para cumplirlo.” (Se ha subrayado)

Sobre el particular se expresa:

*“Ruta Crítica del Proyecto: La ruta o línea de trabajo crítico en un proyecto, es el conjunto de actividades y prioridades que marca la duración para finalizar el proyecto, se trata de un algoritmo que calcula el orden y los plazos en la planificación de proyectos. El CPM se refiere al **Critical Path Method** o **método del camino crítico**, el cual nos determina las actividades que no permitirían demoras (holgura cero) en el desarrollo del proyecto, no obstante, la ruta crítica no se compone siempre del total de las actividades, sin embargo, son las de mayor cuidado en el desarrollo de todo proyecto y que para el caso específico no se mostró, lo cual no permitió realizar un control a las actividades en orden de importancia, atendiendo a que existieron variaciones en éstas y no se pudo evidenciar de manera precisa cuál fue dicha variación.”⁴³ (Se ha subrayado)*

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se concluye que al haber entregado la tubería para louvers dos meses después de que le fuera solicitada, según se reconoce en la experticia de la SIAB, Tenaris incumplió la prestación a su cargo.

Obra en el expediente el documento “*Minuta Reunión 008*” del 22 de noviembre de 2013,⁴⁴ en la que, en relación con los aspectos “3. *Técnicos*” se menciona: “*Pendiente entrega de la tubería por parte de TUCA al contratista para los louvers.*”

Igual ocurre con el material entregado el 25 de abril de 2014, que había sido solicitado por B&V desde febrero del mismo año. Pues aún de admitirse que se trataba de material adicional solicitado por haberse detectado un error en febrero, error que habría debido detectarse antes, según lo afirmado en la experticia de la SIAB, la entrega dos meses después de haber sido solicitado evidencia un incumplimiento por parte de Tenaris.

A este respecto obra en el expediente un correo electrónico enviado el 24 de abril de 2014, por la gerencia de B&V a Víctor Espinosa de Tenaris, y a otros funcionarios de la misma empresa, en el que se lee:

“Víctor, como les he estado comentando, nuestra planta está dedicada 100% al proyecto. Me parece de suma importancia que el suministro de tubería se haga en el menor tiempo posible.

⁴³ Dictamen de la SIAB, página 96

⁴⁴ Folios 197 y 198 del Tomo I del expediente.

“En la actualidad el personal de preparación de material y soldadura está sin oficio. ...”⁴⁵

Ahora bien, en el alegato de conclusión de la demandada se hace una distinción entre la entrega de tubería para louvers, y los perfiles angulares necesarios para la construcción de correas y aireadores.

En relación con la tubería para la fabricación de los louvers, el Tribunal no ha encontrado que se hubiera presentado algún cambio en las especificaciones una vez iniciada la ejecución del contrato,⁴⁶ ; respecto de la obligación de entregarla aparece demostrado que se configuró un incumplimiento, pues debía estar a disposición al momento de iniciar la fabricación de cada módulo, al no haberse acordado una “*ruta crítica*” para tal efecto.

En relación con la necesaria para la fabricación de correas y la parte inferior de los aireadores, se presentó una modificación a tubería angular, la cual, de acuerdo con lo afirmado en el alegato de conclusión de la parte demandada, fue aprobada por Tenaris el 18 de septiembre de 2013 y el cambio para la parte superior de los aireadores se aprobó en octubre del mismo año.

A este respecto obra en el expediente el correo electrónico de fecha 2 de octubre dirigido por Nathaly Donado, de Exiros, a Gertrudis Arrieta y Diego González de Tenaris, con copia a otros funcionarios de la contratante, en el que se expresa:

“Agradecemos la emisión y liberación de la solped por la compra de Perfiles Tubulares Cuadrados cuanto antes. El proveedor recién envió un comunicado manifestando que podría atrasarse en el cronograma por este tema y está pidiendo las fechas de entrega del mismo.”

El Tribunal no encontró evidencia respecto de la fecha en la que fueron entregados los perfiles tubulares cuadrados, cuya utilización fue aprobada luego de haberse iniciado la ejecución del contrato, por lo cual no podría predicar el incumplimiento de esta específica obligación.

De lo antes expuesto se concluye que lo que quedó acreditado es que Tenaris incumplió la obligación de entrega de la tubería circular, pactada desde la celebración del contrato, al

⁴⁵ Folio 356, Tomo II del expediente.

⁴⁶ Se presentó una modificación en relación con el número de louvers, pues se requerían más de los que originalmente entendía B&V que aparecían en las especificaciones, lo cual se tradujo en un requerimiento de mayor cantidad de tubería, pero no se presentaron cambios en relación con el tipo de tubería que se utilizaría.

haberla suministrado de manera tardía, por lo cual la excepción de “contrato cumplido” alegada por ésta no quedó demostrada a este respecto.

3.2.6. La obligación de “entregar los detalles de ingeniería.”

A este respecto, en la demanda reformada, entre otras cosas se afirma:

“Una de las obligaciones que tenía TUCA y EXIROS era entregar los detalles de ingeniería, los que contenían graves fallas, tales como el errático diseño de los pórticos de frenado, ubicación de las pasarelas, la falta de definición del diseño de los portones, diagonales, arriostramiento y dinteles, errores de construcción como el replanteo y la ubicación inexacta de los pernos de anclaje llamados también bulones que retrasaron el cronograma de la obra.”

“... TUCA y EXIROS, también incumplieron al no suministrar los detalles de ingeniería de la cubierta y cerramiento vertical, sin definir los tipos de láminas, las características de la teja transparente (que ellos debían suministrar y que hasta casi el final de la obra ni siquiera habían licitado para promover su compra), todo lo cual retrasaba el cronograma de obra en perjuicio de B & V.”

“Adicionalmente que TUCA entregó la obra civil defectuosa nunca suministró los Planos de cubiertas para la construcción mucho menos el material, modificó nuevamente la ubicación de los pórticos lo cual conllevó a que B & V realizará actividades adicionales de ingeniería para cambiar los Planos, reprocesos en fabricación y en el montaje.”

“Mediante e-mail del 18 de Febrero de 2014, ANDRÉS GIL de B & V solicita a MARIO LARCO de TUCA, que le entregue las aclaraciones y los detalles de ingeniería solicitados, pues tal incumplimiento no permite, “... avanzar con los planos de taller y montaje y obviamente tampoco con el proceso de fabricación”, lo que implicaba sin duda un atraso de cerca de quince (15) días en el cronograma.”

“... hasta el día 6 de Junio de 2014, MARIO LARCO remite a B & V el detalle de ingeniería del portón de 22 metros, que no había permitido la terminación de esta obra, no obstante haber sido solicitada por B&V con anterioridad.”

Adicionalmente, en el alegato de conclusión B&V reitera: *“TUCA no entregó de manera oportuna detalles de ingeniería o habiéndolas (sic) entregado modificó los diseños, que*

causaron retrasos, sobrecostos o retrocesos (sic) a B & V."⁴⁷

Particularmente se refiere el alegato a los portones, pórticos de frenado y tornapuntas o pie de amigo.

A este respecto, el alegato de conclusión de la parte demandada, se enfoca en demostrar cómo los cambios en la ingeniería del proyecto introducidos por Tenaris, no dieron lugar a los retrasos en su ejecución, tema que es ajeno a la pretensión objeto de análisis en este punto.

3.2.6.1. Consideraciones del Tribunal respecto del incumplimiento del Contrato que se atribuye a Tenaris y a Exiros por no suministrar los detalles de ingeniería de manera oportuna.

En relación con este punto, en el numeral 5.1 del Contrato se establece:

"5.1. Diseño e ingeniería:

El contratista confeccionará los planos de fabricación, incluyendo el cálculo de las conexiones que no estuvieran definidas, y los planos de montaje, de acuerdo con la ingeniería suministrada por Tenaris TuboCaribe, listada en ítem 12. Toda la documentación ejecutada por el contratista será revisada por ingeniería de TuboCaribe previo al inicio de la fabricación. Los planos entregados poseerán toda la información necesaria para que el contratista pueda confeccionar su ingeniería de fabricación. Para los planos de taller, proceder como sigue:

- *Mostrar todos los detalles y agujeros.*
- *Mostrar los apoyos auxiliares y arrostramientos temporales en los planos de montaje.*
- *Mostrar ubicación de los miembros estructurales en los planos de montaje con detalles de soldadura de campo (si fuera necesaria), procedimientos y secuencia de construcción.*
- *Sólo en caso excepcional se requerirá detalle y cálculos de las conexiones no definidas en la ingeniería básica. Los mismos serán revisados por ingeniería de TuboCaribe." (Se ha subrayado)*

De acuerdo con lo pactado en la cláusula antes transcrita del Contrato, Tenaris debía entregar la "ingeniería" necesaria para que B&V elaborara los planos requeridos para la

⁴⁷ Alegatos de conclusión, página 94.

fabricación de los componentes de la nave industrial, así como el cálculo de las conexiones no definidas y los planos de montaje.

No aparece que se hubiera otorgado a Tenaris un plazo para entregar los documentos de ingeniería a los que hace referencia la estipulación antes transcrita, de manera que, como en el caso del suministro de tubería, puede tenerse como una obligación pura y simple, de exigibilidad inmediata, lo cual resulta coherente con el objeto del contrato pues se trata de información requerida para la elaboración de los planos indispensables para acometer la obra, de manera que debía estar a disposición del contratista desde el inicio de la ejecución del contrato.

En relación con la forma en la que se suministró la información sobre la ingeniería del proyecto, el perito Ortiz en su dictamen afirmó que se presentaron complementaciones o modificaciones en lo relacionado con los portones, los pórticos de frenado y las tornapuntas o pie de amigo, durante prácticamente toda la ejecución del contrato, y anexó las comunicaciones en las que se evidencia tal circunstancia.⁴⁸

A este respecto, en el dictamen de la SIAB⁴⁹ no se desvirtúa que tales complementaciones o modificaciones se hubieran presentados, solamente hace énfasis en que no generaron retrasos en la ejecución del contrato.

De lo antes expuesto se concluye que Tenaris incumplió su obligación de entregar la ingeniería del proyecto al momento de iniciar la ejecución del contrato, lo cual es innegable que, por la propia naturaleza de la obligación, impacta en el cumplimiento del cronograma inicialmente propuesto.

⁴⁸ Folios 105 a 111 del dictamen pericial parte 2 del perito Manuel Hernando Ortiz Ortiz. Tomo XIII, parte a del expediente.

⁴⁹ Páginas 106 y 107

3.2.7. La obligación de “poner a disposición un sitio para la acumulación y acopio de materiales de obra” y la obligación de entregar oportunamente “las áreas para que se pudiera efectuar la instalación y montaje de la estructura.”

En relación con esta obligación, en la reforma a la demanda, entre otras cosas se expresa:

“TUCA y EXIROS no lograron efectuar una planeación adecuada, que permitiera a B & V los lugares para almacenamiento y armado de la estructura como era su obligación, causando graves demoras en el cronograma de la obra, sin dejar de mencionar los perjuicios que causaron TUCA y EXIROS a B & V por la interferencia de otros de sus contratistas que de manera irracional eran enviados a efectuar labores que entorpecían el montaje de módulos de la estructura.”

En el alegato de conclusión presentado por el apoderado de la parte demandada se sostiene a este respecto que *“...a B&V se le entregaban las áreas en las fechas acordadas y a pesar de ello, dado el desorden que tenía, el grado de avance en el montaje era mínimo y llegados los momentos en que se había programado que otro contratista ingresara a esas áreas, B&V no había culminado los trabajos.”*

3.2.7.1. Consideraciones del Tribunal

En el texto del Contrato no aparece expresa una obligación a cargo de la Contratante consistente en *“poner a disposición un sitio para la acumulación y acopio de materiales de obra”* y tampoco se refiere a las *“las áreas para que se pudiera efectuar la instalación y montaje de la estructura.”*

Sin embargo, se trata de obligaciones que se derivan de la naturaleza del contrato celebrado y que en términos del artículo 1603 del Código Civil⁵⁰ y 871 del Código de Comercio⁵¹ en aplicación del principio de buena fe, deben ser cumplidas.

Es pertinente mencionar que obra en el expediente un documento denominado *“Instructivo de montaje”*⁵² de fecha octubre de 2013, al parecer elaborado por B&V, sin embargo, no hay evidencia de que haya sido acordado con la parte contratante o de que por lo menos lo haya recibido, sin embargo no ha presentado objeción respecto del mismo.

⁵⁰ Código Civil. Artículo 1603. “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

⁵¹ Código de Comercio. Artículo 871. “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

⁵² Dictamen pericial de Manuel Hernando Ortiz Ortiz, parte I, anexo 30, tomo XIII, parte a del expediente.

En dicho documento aparece lo siguiente:

“Objetivo. ... Establecer los pasos a seguir durante la ejecución de los trabajos de descargue en el sitio de todos los elementos, movilización dentro de la obra y montaje, para conseguir que la ejecución de los trabajos tengan como resultado final el correcto desempeño de la estructura y satisfacción total de nuestro cliente...”

Y más adelante dispone:

“ALMACENAMIENTO

El almacenamiento se debe hacer en sitios aledaños al sitio de instalación de tal manera que se facilite el movimiento para ensamble, alineación y montaje de los tramos. Igualmente se contará en el sitio de obra con las condiciones físicas y de seguridad requerida para el almacenamiento de herramientas y consumibles que se requieran.”

Ahora bien, respecto del cumplimiento las obligaciones en estudio, obran en el expediente comunicaciones remitidas por B&V a Tenaris y Exiros, en las cuales solicita que se le entreguen áreas de trabajo.

Así, en la comunicación por correo electrónico del 19 de diciembre de 2013, dirigida por William Morales Acevedo de B&V a Mario Larco de Tenaris, se lee:

“Mario buenas tardes.

“el día de ayer por lluvias en horas de la tarde, no fue posible continuar con el tema de armado y movimiento de material en fase 1, adicional estamos a la espera de que nos den ingreso y sea entregada la fase 2 para llevar columnas y cabriadas a esta área, la cual están cargadas prearmadas en camabaja estensible. (sic)”⁵³

Luego, en el correo electrónico de fecha 30 de diciembre de 2013, enviado también por William Morales Acevedo de B&V a Mario Larco, de Tenaris, aparece:

“MARIO buenas trades (sic)

“nuevamente le solicitamos se nos adecue el área de la fase 1 para el armado de los modulos (sic) se empezará por el módulo No 2 entre ejes 7-6” con C-D,

⁵³ Folio 267, tomo I del expediente.

en lo posible tener toda el área plana y estabilizada para parar cabriadas y armar correas, pocionar (sic) pórtico para suspender cargas y grúas de izaje. "De la misma forma se pide que los volúmenes o áreas donde se conectan las columnas "llaves" se entreguen por parte de la obra civil..."

Nótese que la fecha de tales comunicaciones es anterior al 7 de abril de 2014, fecha a partir de la cual la parte demandada sostiene que entraron al área de trabajo operarios de otros contratistas debido a que era esa la fecha acordada por B&V para terminar las labores a su cargo.

De las comunicaciones antes transcritas se evidencia el incumplimiento por parte de la contratante de poner a disposición de B&V las áreas que requería para la ejecución del proyecto a su cargo, por lo cual la pretensión tercera de la demanda prospera.

3.3. Pretensiones cuarta y quinta: La legalidad de la facultad de compensar, retener e imponer multas a cargo de la demandante, de acuerdo con la comunicación del 24 de julio de 2014, a la luz de (i) la prórroga del contrato. (ii) los incumplimientos de las demandadas.

El texto de las pretensiones cuarta y quinta de la demanda principal reformada establecen:

"4. Que como consecuencia de la prórroga contenida en los e-mails de fechas 5 de marzo y 29 de abril de 2014 (Anexo No. 54 y Anexo No. 62 respectivamente de las pruebas documentales) TUBOS DEL CARIBE LTDA., en adelante TUCA y EXIROS S.A., en adelante EXIROS, no podían retener, ni compensar, ni imponer multas a B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., en adelante B&V de la manera en que se efectuó en la comunicación del 24 de julio de 2014 (Anexo No. 75).

5. Que como consecuencia de los incumplimientos contractuales de que trata la petición tercera mencionada, no podía TUBOS DEL CARIBE LTDA., en adelante TUCA y EXIROS S.A., en adelante EXIROS no podían retener, ni compensar, ni imponer multas a B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., en adelante B&V de la manera en que se efectuó en la comunicación del 24 de julio de 2014 (Anexo No. 75)."

3.3.1. Oposición de la Convocada Exiros frente a las pretensiones

En su contestación de la reforma a la demanda, la Convocada Exiros, reiteró lo expuesto en el escrito de contestación a la demanda inicial, así:

“4. Exiros de Colombia actuó en su calidad de agente de compra de Tenaris TuboCaribe Ltda., la aplicación de multas según lo pactado en el Contrato objeto de la controversia le correspondía a Tenaris TuboCaribe Ltda. como ente contratante.

5. No puede declararse un incumplimiento contractual sobre un acuerdo del que Exiros de Colombia Ltda. no hizo parte. Las pruebas aportadas a la presente contestación demuestran en forma fehaciente la calidad con la que siempre actuó mi representada.”

Ratificó, además, su posición de no haber participado como parte directa dentro del contrato celebrado entre B&V y Tenaris, pues su intervención se limitó a la de agente de compras de Tenaris TuboCaribe Ltda.

3.3.2. Oposición de la Convocada Tenaris frente a las pretensiones

En su contestación de la reforma a la demanda, la Convocada Tenaris revalidó las manifestaciones realizadas en el escrito de contestación a la demanda inicial en la que dijo sobre este punto:

“4. Ver respuesta a la primera declaración.

5. Ver respuesta a la primera y tercera declaración.”

3.3.3. Consideraciones del Tribunal

Las pretensiones 4 y 5 de la demanda apuntan a que el Tribunal declare que las demandadas al liquidar el contrato ejercieron atribuciones de retener, compensar e imponer multas para lo cual no se encontraban facultadas por (i) encontrarse prorrogado el término de vigencia del contrato (ii) haber incurrido las demandadas en incumplimientos durante la ejecución del mismo.

En efecto, mediante comunicación del 16 de julio de 2.014 (Anexo No.75) Tenaris da por terminado el contrato celebrado con B&V de manera unilateral y, como consecuencia, procede a la liquidación del mismo, conforme aparece detallado en la comunicación del 24

siguiente, donde, en concordancia con el contrato celebrado, procede a aplicar la multa pactada y demás sobrecostos y gastos incurridos, para concluir que existe, a esa fecha, un saldo a su favor por la suma de \$1.494.582.689 *“sin perjuicio de futuros reclamos por los costos indirectos ocasionados por el incumplimiento del contratista”*.

En vista de que las demandadas proceden a ejercer las atribuciones de *“retener, compensar e imponer multas”* a las que se refieren las pretensiones, luego de haber sido terminado unilateralmente el contrato por parte de Tenaris, debe el Tribunal analizar la terminación unilateral, para establecer si constituye una atribución que no resulta procedente y si a partir de la misma, procede liquidar unilateralmente y, a manera de la contratación pública el contrato, para concluir reteniendo los saldos a su favor, lo que causó, entre otros efectos, según se alega en la demanda, la necesidad de acudir a la ley de insolvencia empresarial, en la cual se encuentra inmersa B&V.

Sea lo primero abordar lo referente a la *“terminación unilateral”* dentro del contexto de la contratación entre privados. Al efecto, vale la pena señalar que, tradicionalmente, en nuestro medio, se consideró que era totalmente extraña en cuanto era uno de los *“privilegios exorbitantes”* establecidos para el Estado pero que dentro del marco de la autonomía de la voluntad y la igualdad de las partes, que rigen la contratación privada, resultaba improcedente.

En Laudo Arbitral de 14 de diciembre de 1.995, el Tribunal, conformado por los doctores Álvaro Mendoza Ramírez, Jorge Cubides Camacho y Antonio José De Irisarri Restrepo, en el caso promovido por Betancur Aranzazu Chávez Arquitectos Cía. Ltda. contra Bonilla y Arboleda Limitada, se expresó sobre el tema de la siguiente forma:

“Bien a pesar de que ambas partes aceptan dentro del proceso que ahora se decide la terminación unilateral del contrato por obra de la demanda, esta clase de conductas unilaterales no son de recibo en derecho privado, correspondiendo únicamente a las facultades exorbitantes que se reconocen en el terreno del derecho público a la administración, en razón a los altos intereses que ello representa. Consiguientemente, encuentra el Tribunal que no es de recibo que una de las partes, de manera independiente, ponga término a un contrato así sea con fundamento en el invocado incumplimiento de la otra. La llamada exceptio non adimpleti contractus, que para el caso que nos ocupa está regulada por el artículo 870 del C. De Co y no por el invocado 1546 del C.C. en razón del principio general del artículo 822 del mismo C de Co., permite al contratante cumplido el optar entre “pedir” la resolución del contrato o exigir su cumplimiento, en ambos casos con indemnización de perjuicios. En ningún caso lo faculta para llegar hasta el extremo de declarar unilateralmente una terminación en la cual la otra parte no convenga

expresamente. Igualmente, faculta al mismo contratante cumplido para suspender la ejecución de las pretensiones a su cargo, ante el incumplimiento correlativo tal como se desprende el artículo 1609 del C.C., esta si aplicable a la materia comercial que nos ocupa, en virtud de la regla general del artículo 822 del C. De Co.

En el marco teórico, de estar un contrato vigente o en periodo de ejecución, lo técnico hubiera sido que el demandante propusiera la terminación del contrato por incumplimiento de su contraparte o, en su lugar, el cumplimiento del mismo, alternativas ambas derivadas del mencionado artículo 870 del C. De Cio. Solamente con apoyo de una de estas circunstancias podía haber pretendido la prestación indemnizatoria o, en su defecto, el pago parcial de los trabajos contratados. Tal como lo tiene ampliamente establecido la doctrina y la jurisprudencia, una pretensión derivada de un contrato bilateral vigente debe necesariamente edificarse sobre la elección de alguno de los extremos mencionados, en tanto dicha elección solamente abre la puerta a la respectiva solicitud". (La Jurisprudencia Arbitral en Colombia, U. Externado de Colombia, Tomo III, pág. 76)

De esta contundente afirmación, exclusivamente desde la perspectiva de la ley, lo procedente hubiera sido utilizar alguno de los arbitrios del artículo 1546 del Código Civil, por parte del contratante cumplido y no la terminación unilateral.

Relevante resulta para el caso presente, donde si bien en el contrato se estipuló la posibilidad para TENARIS de declarar la terminación unilateral de presentarse incumplimiento del proveedor (cláusula 30 del Contrato), la parte demandada se encontraba igualmente en condición de incumplida, como ha quedado ya señalado en el presente Laudo al despachar la pretensión tercera de la demanda, lo que le impedía alegar siquiera la condición que requiere la norma citada, para efectos de avanzar en la terminación del contrato y menos darlo por terminado y liquidado como lo hizo, sobre la base del cumplimiento de su parte y el incumplimiento exclusivamente a cargo de B&V.

Ahora, bien, el tema, ha sufrido una importante evolución que, sin embargo, como se verá, para el caso presente no cambia la situación jurídica en cuanto tampoco a la luz de lo hoy vigente como criterio más generalizado, no se dan los requisitos para soportar la actuación asumida por TENARIS en la terminación y liquidación unilateral del contrato.

En efecto, en la obra "*Las Facultades Unilaterales en la Contratación Moderna*" –Legis Editores, 2ª Edición– del Profesor Ernesto Rengifo García, autoridad relevante en nuestro país en la materia, comentando la jurisprudencia y legislación más actualizada, no solo en Colombia sino a nivel universal, muestra como hoy es posible llevar a cabo la terminación

unilateral de un contrato privado, sujeta, eso sí, a que se den una serie de supuestos y quedando sometida, en todo caso, al eventual control judicial posterior.

Algunos apartes, que nos parece ilustran los requisitos para hablar de una terminación unilateral en ese contexto, y debe por ello el Tribunal considerar, son los siguientes:

“El derecho a la terminación que pertenece a la parte fiel no es puramente potestativo, por el contrario, se encuentra sometido a condiciones objetivas cuyo control ejerce el juez, quien deberá verificar en su sentencia si los hechos invocados por el demandante en su libelo son o no idóneos para que se pronuncie la terminación o resolución que se demande- (Negrilla del Tribunal).

“El contrato es ley para las partes, en esto consiste precisamente su fuerza normativa u obligatoria, razón por la cual, en línea de principio un contrato no podría ser terminado por una de las partes de manera unilateral y siempre habría necesidad, para que quedase aniquilado desde su celebración o desde la ejecutoria de la sentencia, de declaración judicial...” Pág. 94).

Luego de señalar que no obstante esos principios, soportados en la fuerza del contrato y la imposibilidad de incluir condiciones meramente potestativas a favor de una de las partes, considera que la terminación unilateral es viable en tanto sea permitida por el legislador o resulte admisible en contratos como los de duración indefinida, larga duración, y en aquellos donde la confianza constituye el fundamento de la relación jurídica. En materia civil, casos como el contrato de mandato, arrendamiento de servicios inmateriales, deposito, comodato, mutuo, confección de obra en la hipótesis del artículo 2056 del C.C. y, entre los más relevantes en materia mercantil, suministro, seguro, fiducia, mandato mercantil, arrendamiento, agencia, entre otros.

De igual manera, admite la posibilidad del pacto expreso de terminación unilateral en tanto se encuentre presente la buena fe y no se dé el abuso de la posición de dominio.

Por último, resulta pertinente mencionar la diferencia que estima el autor al que seguimos en este aparte de la providencia, debe hacerse entre la “resciliación” y la resolución por incumplimiento, para tratar de dilucidar la procedencia de la resolución unilateral del vínculo cuando medie el incumplimiento de una de las partes, sin necesidad de una sentencia judicial.

Expone el Profesor como, para algunos doctrinantes nacionales, ello resulta imposible, por cuanto siempre será necesario, a la luz del derecho Colombiano, que participe la autoridad judicial, en tanto la justicia por mano propia desconocería la fuerza normativa y obligatoria

del contrato (Navia Arroyo, Felipe, “La terminación Unilateral del contrato de derecho privado en Revista de Derecho Privado”, No. 14, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pág. 54)

Para otros autores, por su parte, si resulta ello viable: *“En nuestra opinión no se hace justicia por su propia mano quien adopta una decisión con efectos jurídicos, siempre y cuando esa decisión pueda ser revisada por los jueces”* (Sanabria Gómez, Arturo “La resolución en el derecho Colombiano”, en AA.VV, La Terminación del Contrato, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, pág. 158 y 159)

A este último respecto, el Profesor Rengifo señala: *“Por supuesto que la resolución privada, no queda exenta de la revisión judicial, en el sentido de que será el juez quien decida la legalidad de la desvinculación, pero la demanda ya no será formulada por la parte cumplidora, sino por la incumplida. Es decir, la carga del inicio de la acción judicial se invierte y el juez pues tendrá un control ex post de legalidad y de justeza, es decir, después de la disolución unilateral por una de las partes”*.⁵⁴

Finalmente, dentro de los requisitos para la eventual posibilidad de la terminación unilateral, se plantea en la obra del doctor Rengifo, que resulta necesario que se trate de un incumplimiento grave o esencial del contrato, que se comunique al deudor con la anticipación debida y que no sea abusivo o sin respeto a la buena fe.

Visto lo señalado por el jurista y confrontando la posición anterior –aún vigente en parte de la doctrina y la jurisprudencia-, pareciera ser que la tendencia actual es la de sostener la viabilidad de la terminación unilateral de los contratos, sujeta a la eventualidad del control judicial, para verificar que los requisitos que la misma doctrina y normas de otras legislaciones se han cumplido y que se ha llevado a cabo de buena fe y sin abuso del derecho.

Ahora bien, del desarrollo y evolución antes expuestos, esta figura junto con la condición resolutoria expresa o tácita, surgen bajo una condición indispensable que es la que abre la puerta para su ejercicio: se trata de una parte cumplida que, frente a una incumplida, en materia grave o esencial, puede dar por terminado unilateralmente un contrato, con observancia de los principios reseñados.

El sistema general sobre el que se basa nuestro sistema legal y, como se ha visto de la mano del Profesor Rengifo, parte de la base de que tanto en la condición resolutoria, expresa o tácita, nos encontramos en frente de una parte que cumple frente al incumplimiento de la otra, la ley, donde tanto civil como comercial, otorga una serie de opciones a seguir en

⁵⁴ Op. cit. Página 110

defensa de sus derechos. Situación que claramente no ampara, cuando se trata del evento en el cual ambas partes resultan incumpliendo sus obligaciones, evento en el cual ninguna de ellas puede acudir a los expedientes que trae la ley y, menos aún, a ejercerlos de manera unilateral, bajo los supuestos a que hemos venido haciendo referencia, aún en la hipótesis de haber establecido tal potestad de manera expresa en el contrato.

En el caso que nos ocupa, ese presupuesto, no se cumple, habida cuenta que como se ha señalado al analizar de manera precedente la petición tercera de la demanda, se encuentra que TENARIS Y EXIROS, demandadas en este proceso, incumplieron varias de sus obligaciones, lo cual determina la imposibilidad de aplicar la terminación unilateral, aun en la visión más liberal de la misma y, claramente genera como consecuencia, la imposibilidad de liquidar el contrato en la forma unilateral en que lo hizo, todo ello a pesar de que se hubieran configurado incumplimientos por parte de B&V.

Bien podría pensarse que las obligaciones incumplidas por parte de TENARIS- EXIROS no son trascendentes y, por ello, no se darían los supuestos para eximirse de la facultad de la terminación unilateral del contrato.

No obstante, considera el Tribunal que el no suministro oportuno de los materiales a cargo de TENARIS y EXIROS, la no entrega en momento oportuno de los planos necesarios para el desarrollo de la obra, la no entrega oportuna de las áreas para almacenamiento de los materiales necesarios para que B&V desarrollara la obra, impactaron el desarrollo del proyecto y se unen a la falta de cumplimiento al deber de colaboración, que se adujo durante todo el tiempo de duración del contrato como un elemento de la actuación que los guió frente a las faltas cometidas por B&V, pero que faltó en materia de singular importancia, al no gestionar, con la misma intensidad y diligencia con que se reclama de B&V, de la compañía FERRASA (parte junto con EXIROS del mismo conglomerado, como aparece del Dictamen Pericial del Ing. Manuel Hernando Ortiz, folios 102 a 114), así como lo es TENARIS (Ib. Folios 115,116) la entrega de los -materiales fundamentales para la obra, contando con toda la viabilidad de hacerlo, máxime si, como es reiterado desde el montaje del esquema del negocio que nos ocupa que, dentro de la organización es EXIROS quien administra lo relativo a compras y suministros, como aparece en el dictamen antes mencionado y desde esa posición estaba en condiciones de lograrlo. No se compadece esa desdibujada "colaboración" con la instrucción, al final del contrato y vista la situación de B&V, de utilizar la totalidad de uno de los últimos pagos a él efectuados, para atender los pagos a FERRASA y las otras compañías del mismo grupo.

A partir de esta conclusión y considerando que TENARIS- EXIROS no se encontraban habilitadas para utilizar la excepcional figura de la terminación unilateral, es pertinente reiterar, como se mencionó al decidir la pretensión segunda de la demanda principal, que al adoptar tal medida no siguieron el cauce trazado por la estipulación contractual

correspondiente⁵⁵ pues al invocar el incumplimiento de B&V como causal de la terminación, no dieron la notificación al contratista de la que da cuenta la cláusula 30.1.2 del Contrato en cuanto dispone:

“30.1.2. Terminación por incumplimiento.

Asimismo, si el Proveedor (i) cedere o transfiriere el Contrato o cualquier derecho o participación en el mismo, salvo en la forma permitida por el Contrato, (ii) sufriere un cambio de control (el término “control” se entiende según lo definido en el término “Afiliadas”) (iii) incumpliere leyes u ordenanzas, normas o reglamentos de cualquier autoridad gubernamental competente o instrucciones del Cliente dadas de conformidad con el Contrato, (iv) descuidare, se rehusare o fuere incapaz de cumplir en cualquier momento durante el curso del Contrato sus obligaciones derivadas del mismo, o (v) cometiere de alguna otra forma una violación a sus obligaciones derivadas del Contrato, y en cualquiera de los casos mencionados el Proveedor no corrigiere el incumplimiento en un plazo de diez (10) días corridos después de recibir la notificación del Cliente al efecto, el Cliente podrá terminar el Contrato y esa terminación surtirá efecto inmediatamente o en el momento que el Cliente designare.” (Se ha subrayado)

Lo anterior, independientemente de que el término de diez días al que alude la disposición contractual se considere insuficiente para subsanar los incumplimientos que el Cliente ha atribuido al Proveedor, pues por lo menos habría evitado sorprender al contratista con una decisión unilateral que por tener efecto inmediato no le permitió mitigar para él o para su contratante los efectos desfavorables.

Habiendo quedado definido que la terminación unilateral fue adoptada por la parte contratante sin estar legitimada para hacerlo, por haber ella misma incumplido obligaciones a su cargo y violando lo dispuesto en el Contrato, tampoco lo estaba para llevar a cabo la liquidación unilateral y aplicar, a su criterio, los cargos y descuentos efectuados, en la forma en que lo hizo, a lo cual hará referencia el Tribunal más adelante en este mismo acápite.

Sin embargo, lo dicho no conduce a eximir a B&V de sus eventuales responsabilidades frente al cumplimiento de sus obligaciones y las consecuencias que ello comporte, lo que el Tribunal abordará frente a otras de las peticiones de la parte demandante y de las propuestas en la demanda de reconvención presentada por TENARIS, así como de las

⁵⁵ El Tribunal no se pronunciará sobre la validez de las cláusulas de terminación por no haberle sido solicitado

excepciones que dentro del proceso se han propuesto mutuamente, sobre lo que, en su momento, se decidirá.

Ahora bien, si en gracia de discusión, se pudiere pensar en la eventual terminación unilateral del contrato, en razón del incumplimiento del mismo, bajo las circunstancias alegadas por TENARIS en la comunicación de junio 16 de 2.014 y la liquidación del 24 de julio siguiente, a que antes se hizo referencia, es claro que no pueden perderse de vista los precisos términos del otrosí del 20 de diciembre y de las Actas 2 y 3, en punto de los efectos atribuidos por las partes a las declaraciones en ellos contenidas, en particular en cuanto a los efectos transaccionales convenidos por las partes en los tres primeros, a la existencia de los mismos efectos en las comunicaciones posteriores y, a la salvedad hecha en todos ellos, en cuanto a que la transacción se hace sin que ello constituya “novación” de las obligaciones de B&V.

1. En Acta de la reunión celebrada el 20 de diciembre de 2.013, que obra en el folio 279 del Tomo I del Expediente, las partes, vistas las demoras en la ejecución de la obra, de común acuerdo, **convienen en ampliar el plazo hasta el 7 de abril de 2014**, la entrega de una serie de facturas, prorrogar las garantías, dejando a salvo “La fecha de terminación, Precio del contrato y todos los demás términos, acuerdos o condiciones del contrato referenciado anteriormente, **excepto si son modificados por la presente y por posteriores actas, permanecerán en pleno vigor y efecto**”. (Se resalta)

“6. Esta declaración tiene efectos transaccionales, en concordancia con el artículo 2469 y subsiguientes del Código Civil Colombiano, y demás normas aplicables.” (Se subraya).

2. En Acta 2 de la reunión del 4 de marzo de 2.014, que obra en el folio 325 del tomo II del Expediente, en atención a colaborar con el contratista y ante la necesidad de darle un nuevo desembolso contra certificaciones de trabajo de campo, se conviene que se le permitirá al contratista una certificación de material dispuesto en obra sin montar para efectos de facturación hasta el 15 de marzo de 2.014, con amortización de anticipo.

“La presente acta no tiene efectos de novación de las obligaciones del contrato original del Acta de ampliación de plazo- modificación de cronograma y modelo de facturación, así como tampoco sobre el acta de entendimiento.

Esta declaración tiene efectos transaccionales, en concordancia con el artículo 2469 y subsiguientes del Código Civil Colombiano, y demás normas aplicables”
(Se subraya)

3. En Acta 3 de la reunión del 16 de Abril de 2.014, que obra al folio 105- 866 del Tomo II del Expediente, nuevamente se toma un acuerdo similar al adoptado en el Acta número 2, antes mencionada, y, en ella, se dejan las dos mismas constancias que ha resaltado el Tribunal en el numeral precedente.
4. En posteriores actas, que obran en el expediente, se adoptan decisiones sobre la obra y las obligaciones y derechos de las partes, dejándose en ellas la primera de las salvedades, referida a la ausencia de novación, más no la referente a los efectos transaccionales de dichos acuerdos. (Acta 4, Tomo II folio 336)
5. En comunicación de fecha 5 de marzo de 2014, que obra a folio 322 del tomo II del expediente, Mario Enrique Larco, de Tenaris, dirigido a William Morales Acevedo de B&V señala : *“Estas fechas son inamovibles por favor que hay que planificar todas las acciones para salir en tiempo”*. Seguido de un correo dirigido por Harnish M Christian de Tenaris dirigido a Pablo Ferrer, Diego Gonzalez, Víctor Espinosa y Mario Enrique Largo, donde se anexa plano con las nuevas fechas de *“layout con actividades de la nave industrial”*, que contemplan actividades **hasta el 30 de junio**. El plano, obra al folio 323 del mismo tomo citado. (Negrilla del Tribunal). Se prorroga pues el plazo de duración de las obras pero no se hace ninguna advertencia como las indicadas en las Actas a que antes se ha hecho referencia en cuanto al valor de transacción de lo convenido ni la salvedad respecto de que no tiene lo acordado efectos de novación.
6. El 29 de abril, en comunicación que obra a folio 357 del tomo II, Mario Enrique Larco, de Tenaris, dirige un nuevo correo a William Morales Acevedo, con copia a Henry de J Atencio, donde se expresa *“(…) William, adjunto le mando el cronograma que debemos seguir sin falta para terminar las zonas comprometidas; no hay manera de salirnos de esta línea si queremos llegar para cumplir con lo acordado. Por favor atender inmediatamente a la colocación de las diagonales que son lo que nos está dejando por fuera de lo planeado. Es de vital importancia ingresar el manlift de larga distancia y/o la canastilla para atacar la zona del eje D esta actividad”* (Negrilla del Tribunal)
En dicho cronograma, se mencionan actividades que van, incluso, hasta el 3 de Agosto de 2014” (Subraya el Tribunal).

De su lectura desprevenida, es claro, como se ha resaltado, que se trata de un nuevo esquema de plazos que se ha acordado entre las partes y que se extiende en la forma en que se encuentra detallado como se ve en el folio 358 del tomo II del Expediente. Nada se dice respecto de la novación ni de los efectos transaccionales de este acuerdo.

A partir de lo reseñado de forma particular, procede el Tribunal a analizar:

1. Los efectos transaccionales a que se refieren los otrosí de las Actas 1, 2 y 3. De igual manera, habrá de analizarse si ese es el valor del que están dotados los acuerdos a que se refieren los correos de 5 de marzo y 29 de abril a que se ha hecho referencia, o cuál es su valor y efecto, a la luz de la ley y del contrato.
2. Con base en las conclusiones a que se arribe en el punto anterior, habrá que ver los alcances de la salvedad que se hizo en las Actas 2 y 3 en cuanto a que lo acordado no significa novación de las obligaciones de B&V, conforme al contrato.

El análisis anterior, pretende sentar bases que sirvan para efectos de determinar lo atinente al alcance de los eventuales incumplimientos de las partes y las potenciales sanciones e indemnizaciones que los mismos puedan originar y hasta donde, en particular en lo que refiere a los efectos de transacción, las partes cerraron la puerta a la aplicación de aquellas y estas.

3.3.3.1. Los efectos transaccionales de lo acordado, de que dan cuenta las actas 1, 2 y 3

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2469 del Código Civil “*la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual*”, es así como se trata de un método no judicial de resolución de las diferencias que enfrenten a las partes en un momento dado.

De tiempo atrás, tanto la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Civil, como los autores, han coincidido en que los elementos básicos de una transacción son: la existencia de un pleito o litigio e intención de terminarlo, derechos o situaciones objeto de la transacción y, agregan, el que haya concesiones recíprocas que han de hacerse las partes. (GJ, t. XLVII, pág. 479; Valencia Zea Arturo, Derecho Civil, Tomo IV, De los Contratos, pág. 309).

Objeto de la transacción son todas aquellas materias objeto de disposición por quienes tienen la capacidad para hacerlo y existen una serie de materias que, desde la ley, están vedadas para transigir, contempladas en los artículos 2472 y ss. del Código Civil.

En cuanto a los efectos de la misma, el artículo 2483 del Código Citado, establece que “*La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia...*” y deja en claro que esta figura “*no surte efecto sino entre los contratantes*” (art. 2484 ib.).

Así las cosas y bajo estos presupuestos, los “*efectos transaccionales*” a que se refieren las Actas citadas, tienen las siguientes características:

1. Frente a diversas y mutuas reclamaciones de incumplimiento de las partes y, en el caso de B&V derivadas del no cumplimiento de los plazos y la necesidad de contar con un esquema diferente de pago al pactado para poder darle la posibilidad de cumplir con el objeto de la obra, las partes, resuelven llegar a acuerdos que, sin suspender el desarrollo del objeto del contrato, les permita readecuar el contrato en cuanto a los plazos y formas de cancelación de la obra, variando así lo originalmente pactado.
2. El acuerdo, involucra a las partes signatarias del contrato, frente a la eventualidad de un proceso arbitral o judicial y resuelve, entre ellas, la forma de seguir adelante a partir de ajustes que, bajo la premisa del deber de colaboración de las partes, permita llegar al cumplimiento del objeto del contrato.
3. Supone ello, el desistir de emprender un trámite judicial o dar por terminado el contrato para, en su lugar, modificar plazos y obligaciones, bajo el compromiso del proveedor de bajo esas nuevas premisas cumplir con sus obligaciones, en los términos del contrato, los cuales, no sufren modificaciones diferentes a las que son objeto de dichos acuerdos. (Subraya el Tribunal)

La transacción, como se ha indicado, afecta a ambas partes y produce entre ellas, efecto de transacción, o sea de cosa juzgada en última instancia y, a su manera, recompone la situación y sana lo ocurrido para ser reemplazado a partir de los compromisos adquiridos por las partes.

Bajo esa óptica, la modificación de los plazos y forma de pago, a que se refieren las Actas 1, 2,3 y aunque no mencionada el Acta 4, de reunión del 28 de marzo de 2.014, antes citada, se vuelve vinculante para ellas y reemplaza lo originalmente pactado, si bien, se insiste, no reemplaza ni elimina las obligaciones de las partes conforme al contrato, diferente a las que ocupan los acuerdos.

Siendo ello así y en abono a la tesis del no vencimiento del plazo en su momento original, los efectos transaccionales de los acuerdos de las partes prolongan en el tiempo su duración como aparece en el Acta del 20 de diciembre de 2013, que contiene el primer otrosí convenido que se ha hecho referencia.

Por consecuenciales diferencias en el cumplimiento y dificultades financieras en el Proveedor, se ajustan estas en los acuerdos de que dan cuenta las Actas posteriores y ello, modifica, igualmente, lo originalmente pactado, con los mismos efectos de cosa juzgada de última instancia.

En las actas referidas, incluida la número 4, se hace referencia a que *“La presente acta no tiene efectos de novación de las obligaciones del contrato original del Acta de ampliación de plazo- modificación de cronograma y modelo de facturación, así como tampoco sobre el acta de entendimiento.”*

¿Cómo entenderlo?

De acuerdo con el artículo 1687 del Código Civil, *“La novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida”*.

En cuanto a los efectos de la misma, el artículo 1690 de la misma codificación, señala que se puede dar de tres modos, siendo el primero de ellos, *“sustituyéndose una nueva obligación a otra, sin que intervenga nuevo acreedor o deudor”*, hipótesis que, en principio, es de la que estamos hablando.

Con base en lo anterior y habida cuenta de los términos de lo acordado, en cuanto se llega a un arreglo transaccional, que, no constituye novación, como así lo dejan en claro las partes, es preciso acudir al artículo 1693, que nos permite compaginar lo pactado:

“Para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido la novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua.

Si no aparece la intención de novar, se miraran las dos obligaciones como coexistentes, y valdrá la obligación primitiva en todo aquello en que la posterior no se opusiere a ella, subsistiendo en esa parte los privilegios y cauciones de la primera” (Resalta el Tribunal).

Con base en lo anterior y a partir de la expresa afirmación de la falta de intención de novar, avalada tanto por el Proveedor como por el Cliente y que encuentra su respaldo en las Actas es claro que estamos en la hipótesis en que se ha llamado la atención por el Tribunal: siendo opuesto el que el plazo sea uno y no el prorrogado, o la forma de pago opuesta a la originalmente pactada, vale lo acordado en las Actas, subsistiendo todo lo que a ellas no se oponga, o sea el cumplimiento de las demás obligaciones pactadas en el contrato original.

En cuanto a las obligaciones y pactos objeto de transacción, en tanto se oponen a lo acordado originalmente, es claro que rigen las nuevas contenidas en los acuerdos de que dan cuenta las actas y, por ende, no dan lugar, sobre ellas, a sanciones en tanto, por acuerdo de las partes y por ministerio de la ley, han sido transigidas y la novación no ha operado conforme a lo dicho.

Para el momento de la “*terminación unilateral*” y posterior “*liquidación unilateral*” las obligaciones eran las pactadas tanto en el contrato original en cuanto no se opusieran a los acuerdos posteriores vigentes y, por ende, es a partir de lo en ellos establecido, que se habrá de verificar si se dan o no incumplimientos o situaciones que den lugar a la imposición de multas o de efectuar compensaciones o derivar indemnizaciones, aplicables a una o a ambas partes.

3.3.3.2. Los efectos transaccionales de los acuerdos originados en cruces de correos entre las partes, relativos a la prórroga de los términos para dar cumplimiento a las obligaciones contractualmente adquiridas.

En correos cruzados entre las partes de 5 de marzo y 29 de abril, se da cuenta de nuevas modificaciones a los plazos establecidos para el efecto, los que, como se ha indicado, incluyen hasta comienzos de agosto de 2.014 para tales efectos.

Como en análisis previo lo ha manifestado el Tribunal, esos “*acuerdos*” como lo señalan las mismas partes en su texto, son vinculantes, obedecen al análisis de la conducta de las partes y desde la buena fe debida significan la modificación de los previos ajustes al plazo de duración del contrato y la forma como se readecuaron los hitos para lograr llegar al cumplimiento integral de las obligaciones del Proveedor.

De otra parte, conforme aparece en el numeral 4 de la Sección Segunda, Términos Generales de Contratación, se establece que el “*Proveedor reconoce que el uso de comunicaciones electrónicas será un medio de comunicación válido y vinculante, y acuerda no cuestionar y expresamente renuncia a cualquier derecho a objetar la validez o admisibilidad de cualquier mensaje electrónico intercambiado en relación con el contrato ...*” “*el Proveedor acuerda que todas las notificaciones, revelaciones, comunicaciones u otras acciones tomadas por él y Exiros o el Cliente mediante el uso de mensajes electrónicos, incluyendo pero sin limitación, el Mensaje Electrónico, satisface cualquier requisito legal que establezca que ese tipo de comunicación debe ser por escrito*”, lo que, a pesar de esta redactado como una carga para el Proveedor, resulta, en este caso, aplicable a todos los involucrados, en cuanto , surte la forma escrita y los obliga y vincula, en tanto los correos a que hacemos referencia, provenientes del Cliente, referentes a los acuerdos para modificar el cronograma de ejecución de la obra, según el mismo contrato obligan a el Proveedor con lo que ambas partes quedan vinculadas por lo en ellos contenido. (Resalta el Tribunal) (Tomo I, folio 130)

Ha dado por sentado el Tribunal que son válidas y vinculantes y, por ende, constituyen modificaciones a los términos originalmente contratados e incluso, a los acuerdos que sobre el particular se derivan del Acta del 20 de diciembre de 2013, que el Tribunal ha señalado

como Acta No.1- donde se efectuó la primera prórroga en los plazos originalmente pactados.

Si bien no se le da en esas comunicaciones la característica de “*transaccionales*”, es lo cierto que en su alcance y obligatoriedad, son modificaciones del contrato que son vinculantes y ejecutables entre ellas.

Por lo que hace a la eventual salvedad, que no se hizo, de no constituir novación de las obligaciones que contiene el contrato original, sería del caso, como se ha visto, que resulta aplicable el principio señalado en el artículo 1693 en cuanto no apareciendo la intención de novar, se verían ambas obligaciones –la del Acta y la de los correos- como coexistentes y conforme a lo señalado en esta disposición, valdría lo acordado en los pactos posteriores en todo lo que resulte contradictorio con los acuerdos originales, esto es y reforzando lo dicho de manera precedente por el Tribunal en esta providencia, que las prórrogas del plazo contenidas en los correos cruzados entre las partes, determinan la vigencia del contrato, de manera vinculante y, por ende, la indebida terminación unilateral del contrato y su ulterior liquidación unilateral, como se ha repetido en este proveído.

Sentado lo anterior, pasa el Tribunal a referirse a las “*retenciones, compensaciones y multas*” a las que se refieren las pretensiones en estudio y que fueron aplicadas en la liquidación unilateral del 24 de julio de 2018 por Tenaris.

En dicha liquidación se expresó:

“Como se puede evidenciar, al cierre del contrato no había un solo módulo completo, sea porque faltara estructura de techo o por estructura de pared.”

“Dado lo anterior, es necesario aplicar la multa mayor al haber transcurrido más de 30 días de retraso y al no haber cumplido con la entrega de ningún módulo. Al multiplicar el 15% por el valor del contrato (18.268.300.000 COP) da como resultado una multa aplicable por 2.740.245 COP...” suma que procedió a restar del valor determinado como obra ejecutada.

Si bien en la liquidación no se menciona, de acuerdo con lo expresado en el alegato de conclusión, la contratante encuentra como fundamento para imponer la multa la cláusula del contrato sobre “*Penalidades*” que, entre otras cosas, establece:

“En caso de incumplimiento en tiempo y forma a los plazos de entrega convenidos, Tenaris TuboCaribe Ltda. podrá efectuar los siguientes cargos sobre el importe total del pedido no entregado(a), mismos que podrán ser compensados de cualquier importe que Tenaris TuboCaribe Ltda. tuviera que

pagar al PROVEEDOR. En caso de no existir pagos pendientes, el importe que resulte deberá ser pagado de inmediato por el PROVEEDOR:

De 1 a 7 días de atraso: 5%

De 8 a 15 días de atraso 10%

De 16 a 30 días de atraso 15%

Más de 30 días queda sujeto a cancelación.

Lo anterior, sin perjuicio de rescindir total o parcialmente el contrato y/o pedido y/o orden de compra, responsabilizándose el PROVEEDOR por los daños y perjuicios que derivado de su incumplimiento pudiera llegar a ocasionar a Tenaris TuboCaribe Ltda.

Nótese que en la cláusula antes transcrita se establece como presupuesto para la aplicación de las multas el “*incumplimiento en tiempo y forma a los plazos de entrega convenidos*” y en el presente caso, tal como se concluyó al decidir la pretensión primera de la demanda el plazo de ejecución había sido prorrogado, a través de correos electrónicos y de algunos documentos a los que las partes atribuyeron efectos de transacción, según se hizo referencia antes en este mismo acápite, por lo cual el supuesto de hecho pactado en el contrato para imponer sanciones no había tenido lugar, por lo cual la contratante no estaba legitimada para descontar el valor de la multa tasada en un 15% sobre el valor del contrato, de las sumas correspondientes a obra ejecutada.

Precisamente por lo anterior, queda desvirtuada la afirmación contenida en el alegato de conclusión presentado por el apoderado de la parte demandada, en el sentido de que “*TENARIS tenía el derecho al pago de la multa correspondiente al 15% del valor del contrato, dado que B&V nunca entregó ninguno de los módulos terminados y en consecuencia presentaba retrasos de más de 30 días, motivo por el cual B&V adeudaba la suma de \$2.740.245.000.*”

Adicionalmente, el incumplimiento por parte de la contratante de algunas de las obligaciones a su cargo, según se concluyó al analizar las pretensiones segunda y tercera de la demanda, contribuyó a la imposibilidad de cumplir con el cronograma inicialmente convenido.

De otra parte, en la liquidación elaborada por la contratante se descuenta igualmente por concepto de “*Gastos incurridos x TUCA*” la suma de \$1.996.527.618.

Tales gastos corresponden a “*Transporte*” “*Soldado de vigas*” “*Montaje y Armado*” y “*Costos de Supervisión.*”

En relación con los gastos de transporte, que en el acta de liquidación se estiman en \$320.053.239, el apoderado de la parte demandada en el alegato de conclusión manifestó que B&V aceptó que Tenaris lo asumiera *“en acta de minuta de reunión del 10 de marzo de 2014 (anexo 110 del dictamen del Perito Ortiz).”*

Revisado el texto de dicho documento⁵⁶ se lee:

“Temas Tratados:

- *“Informar a Oscar Eduardo Bulla (B&V), cual es el valor por una mula para el transporte de material de Bogotá a Cartagena, el cual es de COP\$3.400.000.00 + IVA y estarán disponibles cuando B&V a través de Cristian Londoño haga la solicitud con al menos un día de anticipación para programar el transporte.*

“Acuerdos

- *B&V Confirma estar de acuerdo con la tarifa y comenta que en cuanto tengan la necesidad de este tipo de transporte, harán la solicitud.”*

Para el Tribunal, del texto antes transcrito solamente es posible deducir que B&V aceptó la tarifa informada por Tenaris y Exiros, pero no se concluye que B&V hubiera aceptado que tales empresas pagaran \$320.053.239 por este concepto, como tampoco que se le descontara de las sumas correspondientes a obra ejecutada como se hizo en la liquidación, por lo cual la contratante no estaba facultada para llevar a cabo tal deducción de manera unilateral.

No obstante lo anterior, en el dictamen elaborado por el perito Manuel Hernando Ortiz se advierte que *“de la revisión documental realizada, se encuentra evidencia de cincuenta y ocho (58) transportes realizados por B&V según remisiones de la estructura metálica (Anexo 113) ...”*⁵⁷ Y concluye que el valor por concepto de las mulas suministradas por TENARIS, para que B&V realizara el transporte, teniendo en cuenta la tarifa acordada en la reunión de marzo de 2014 es \$197.200.000.00, por lo cual solo este valor podría haber sido descontado en el acta de liquidación por este concepto.

En cuanto al rubro correspondiente a *“Soldado de Vigas”*, el apoderado de la parte demandada, en el alegato de conclusión manifestó que la aceptación por parte de B&V a que Tenaris asumiera esa actividad obra en el *“acta de entendimiento del 25 de enero de 2014 (Anexo 111 del dictamen del perito Ortiz). El valor de ese trabajo le costó a*

⁵⁶ Tomo XIV parte b del expediente, folio 4957.

⁵⁷ Dictamen pericial de Manuel Hernando Ortiz, folio 4619 del Tomo XIII parte b del expediente.

TENARIS la suma de \$422.000.000 que debió pagarle a COTECMAR” (Valor reconocido por el perito Hernández y la doctora Correa).”

El Tribunal encuentra que en dicha “ACTA DE ENTENDIMIENTO”, ciertamente se establece que TENARIS se hará cargo de determinados procesos en 22 vigas faltantes.

Adicionalmente se establece que “El proveedor y EXIROS concertarán el costo de las actividades asumidas por TuboCaribe por el desarrollo de estas actividades y por ende, este valor se descontará directamente del valor original del contrato.”

Así, aun cuando hay evidencia de la aquiescencia de B&V para que TENARIS asumiera ciertas actividades respecto de las 22 vigas mencionadas, no se acreditó que las partes hubieran concertado el valor cancelado por TENARIS a COTECMAR por este concepto, por lo cual la contratante no estaba facultada para descontar tal suma de manera unilateral como aparece en la liquidación.

A este respecto, en el dictamen del perito Ortiz aparece: “No se encontró evidencia, dentro de la documentación analizada, que las partes llegaron a una concertación en el precio.”

Sin embargo, procede a establecer el valor de la actividad que llevó a cabo TENARIS, que corresponde a “la soldadura de montaje a catorce (14) vigas carrilera”⁵⁸ de acuerdo con el costo al cual tales actividades fueron subcontratadas por B&V, y teniendo en cuenta los análisis de precios unitarios arriba a la suma de \$59.527.708⁵⁹ que es el valor que podría haber sido descontado por la contratante.

Por lo que hace al montaje y armado de 40 correas especiales y 15 aireadores, el apoderado de la parte demandada en su alegato de conclusión sostiene que la aprobación de B&V obra en el acta de entendimiento del 14 de marzo de 2014 (Folio 334 del Tomo II).” Y agrega que “el costo de estas actividades, según los Libros de Obra que se encuentran en el CD de Anexos del Dictamen de la Sociedad de Ingenieros y Arquitectos de Bolívar, asciende a la suma de \$1.202.545.199.”

Sobre el particular, el Tribunal confirma que en efecto, en el Acta No. 3 del 14 de marzo de 2014 se pactó que TENARIS se encargaría del armado de 40 correas y 15 aireadores que serían enviados por B&V.

No aparece en el acta ningún acuerdo sobre el valor de tales actividades, ni se autoriza a TENARIS/EXIROS a descontar su costo de las sumas que se adeudaran por concepto de

⁵⁸ Dictamen del perito Manuel Ortiz. Folio 4621 del Tomo XIII parte b del expediente.

⁵⁹ Ibid. folio 4625 del Tomo XIII parte b del expediente.

obra ejecutada, por lo cual no se encontraban facultadas para efectuar una deducción por ese monto.

En el dictamen del perito Manuel Ortiz se afirma que *“Se encuentra que TENARIS no realizó armado de aireadores. La totalidad se armaron con personal de B&V...”* y en cuanto al armado de las correas expresa que *“No se encuentra evidencia que se llegara a una concertación en el precio.”*

Con todo calcula el costo de armado de las cuarenta correas, con base en los documentos que hacen referencia a la subcontratación y determina que asciende a \$11.247.840,⁶⁰ valor que habría podido descontarse por la contratante de las sumas que se adeudaran al contratista.

En cuanto a los costos de supervisión, en el Acta de Liquidación se afirma que *“c.4 Durante la ejecución del contrato, TENARIS tuvo que incurrir en costos administrativos principalmente por viajes a las instalaciones del contratista para supervisar y reforzar el control administrativo. Por este concepto, los costos incurridos fueron de \$51.929.180 COP.”*

A este respecto, considera el Tribunal, que la parte contratante no estaba facultada para deducir del valor de la obra ejecutada por B&V ninguna suma por concepto de costos de supervisión, pues del texto del contrato se deduce que esta actividad estaba a cargo de aquélla.

En efecto, en la cláusula 7.7 del Contrato, sobre *“INSPECCIONES Y ENSAYOS”* se establece que *“La fabricación podrá ser inspeccionada en todas sus etapas.”*

Adicionalmente en la liquidación unilateral se descuenta del valor de la obra ejecutada la suma de \$1.434.305.656 correspondiente a *“Delta costo Montaje Lámina, Rieles y Fabricación estructura”*

De acuerdo con lo que aparece en el acta de liquidación esa suma corresponde al mayor valor que debió pagar TENARIS respecto del pactado en el contrato, por llevar a cabo tales actividades que inicialmente se encontraban a cargo del contratista y se afirma que *“hay una aceptación firmada por parte del contratista (B&V) para que TENARIS realice estos trabajos y los descuenta del valor del contrato.”*

A este respecto es preciso destacar que no se encuentra evidencia sobre la manifestación de voluntad de B&V en el sentido de aceptar que se descontara, por este concepto, la suma de

⁶⁰ Dictamen del perito Manuel Ortiz. Folio 4631 del Tomo XIII parte b del expediente.

\$1.434.305.656 del valor de la obra ejecutada y si bien en el contrato se otorgó al Cliente “la opción de adjudicar los materiales que considere a otro contratista” igualmente se previó que sería “con un esquema previamente acordado con el proveedor”⁶¹.

En tales condiciones, debe tenerse en cuenta que en la cláusula 18 del contrato se pactó:

“18. Precios y tarifas

Si no se ha fijado el precio en el Contrato, el precio y la tarifa que corresponderá a los Productos y Servicios será equivalente al último precio, o tarifa cotizada o pagada por el cliente, o el precio o tarifa predominante en el mercado para esos Productos y Servicios, lo que sea más bajo.

Salvo que se prevea algo diferente en el Contrato, el precio y la tarifa antes mencionados constituyen la compensación total debida al Proveedor por los Productos y Servicios, respectivamente, e incluyen, sin limitación, impuestos, costos de producción, operacionales y otros costos y gastos directos e indirectos en que pudiere haber incurrido o incurriere el Proveedor en la fabricación, elaboración, obtención, embalaje, identificación, carga, almacenaje y entrega de los Productos y la prestación de los Servicios, como así también todos los impuestos gubernamentales. A menos que las Partes acuerden expresamente y por escrito lo contrario, las tarifas y el precio serán fijos y en ningún caso y por ninguna causa estarán sujetos a reajuste a no ser mediante un subsiguiente acuerdo expreso y por escrito que modificare los productos, cantidades adquiridas, el Alcance de los Servicios o unidades de Servicios.” (Se ha subrayado)

Adicionalmente, en el contrato se previó que “El contratista deberá tener en cuenta que existe la posibilidad de que Tenaris TuboCaribe suministre los materiales para la fabricación de la nave industrial, por tal razón este deberá presentar en su oferta técnica el despiece de la totalidad de los materiales a utilizar.”⁶²

Es así que para los rubros a los que se está haciendo referencia, se encontraba especificado un precio en el contrato, según se afirma en el acta de liquidación, por lo cual tal precio es el que debía tenerse en cuenta respecto de las tareas ejecutadas, sin que le asistiera a la contratante el derecho de descontar el mayor valor que hubiere tenido que pagar por ellas.

⁶¹ Cláusula “Penalizaciones”, último inciso, página 8/18 del Contrato. Tomo III, folio 777 del expediente.

⁶² Cláusula 10 del Contrato. Contenido de la oferta.

De acuerdo con lo antes expuesto, la contratante no podían retener, ni compensar, ni imponer multas en el acta de liquidación en la forma en que lo hizo, por lo cual las pretensiones cuarta y quinta de la demanda prosperan, tal como quedará consignado en la parte resolutive de este laudo.

3.4. Pretensión sexta: Daño emergente. Obras ejecutadas según consta en el Acta de Inventario del 27 de junio de 2014 y las sumas en que tuvo que incurrir “de manera inmediata” la demandante.

El texto de la pretensión es el siguiente:

“6. Que como consecuencia de declarar las peticiones primera, segunda y tercera o una de ellas o parte de las mismas y tal declaración se haga conjunta o separadamente, TUBOS DEL CARIBE LTDA y EXIROS S.A. de manera solidaria deben ser obligadas a pagar a B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., los perjuicios causados que se acrediten probatoriamente y consistentes en el pago del daño emergente, compuesto inicialmente por el valor de las obras ejecutadas por B&V, según consta en el Acta de Inventario suscrita por las partes el día 27 de junio de 2014 (Anexo No. 74) y de aquellas sumas en que B&V tuvo que incurrir de manera inmediata, tales como liquidaciones laborales, transporte y otros.

6.1. Que de conformidad con la liquidación unilateral realizada por TENARIS TUBOCARIBE y EXIROS de fecha 24 de julio de 2014 y el Dictamen Pericial que se acompaña, se declare que adeudan y deben pagar a B&V la suma de \$4.287.857.890,00, producto de la diferencia entre el valor del CONTRATO de \$15.827.465.505,00, menos el valor pagado de \$11.150.969.920,00, reconocidos en la mencionada liquidación, menos la suma de \$388.637.695,00, según se establece en el Peritazgo que debió ser pagada a más tardar en la fecha el 24 de julio de 2014.

6.2. Que la liquidación del CONTRATO a que están obligadas a pagar TENARIS, TUBOS DEL CARIBE LTDA y EXIROS S.A. de manera solidaria, deberán contener los ajustes que en la suma de \$1.490.118.084,00, estima B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA., no están contenidos en la liquidación realizada de manera unilateral por la demandadas en comunicación del 24 de julio de 2014 (Anexo No. 75) al valorar las 2.666 toneladas de obra ejecutada, que reconocen ambas partes estaba pendiente de pago en el Acta suscrita el 27 de junio de 2014 (Anexo No. 74).”

3.4.1. El contenido de la pretensión en estudio

Antes de abordar el análisis de la pretensión sexta de la demanda, es pertinente mencionar que en ella se reclaman sumas con diferente origen o naturaleza: (i) las que se a su juicio se le adeudan por corresponder a obra ejecutada pendiente de pago al momento de la terminación unilateral del contrato por parte de TENARIS, que afirma no haber sido debidamente valorada en la liquidación unilateral efectuada por ésta y (ii) las que corresponden a los perjuicios derivados de los incumplimientos que atribuye a la Contratante.

El Tribunal hará referencia en primer término a la reclamación relacionada con la obra ejecutada, y posteriormente a los perjuicios derivados del presunto incumplimiento que se atribuye a la contratante.

3.4.2. Posiciones de las partes en relación con la reclamación referente a obra ejecutada

3.4.2.1. Argumentos en los que la parte demandante funda su pretensión

En la demanda reformada, el apoderado de la parte demandante expresa:

“TUCA, EXIROS y B & V realizaron un inventario que mi mandante se vio obligado a suscribir, en el que se dejaban de lado elementos y obras construidas, como si B & V no las hubiera ejecutado, dicho documento fue suscrito por las partes el 27 de junio de 2014, mediante este Inventario quedaba claro que B & V había ejecutado un porcentaje superior al 90% del CONTRATO y aún más, si se toma en consideración que varios ítems del CONTRATO no fueron ejecutados, como son la cubierta y el taller, por culpa de TUCA y EXIROS. Según este Inventario las obras debidas a B & V, equivalían para la época a una suma superior a los \$6 mil millones, tal y como se acreditará en el presente proceso.”⁶³

Puntualiza que *“De manera unilateral TUCA y EXIROS efectuaron una liquidación que desconocía los textos contractuales y de manera arbitraria y haciendo justicia por su propia mano resolvieron no reconocer suma alguna a B & V....”*

⁶³ Demanda, página 14.

Así, la reclamación de B&V a la que alude la pretensión en estudio, se cuantifica en los hechos de la demanda como sigue:

"En conclusión tenemos que TUCA y EXIROS confiesan deber a B & V la suma de \$4.676.495.585,00, que es el resultado de restar de \$15.827.465.505,00, \$11.150.969.920,00 y proceden a descontar sin razón y sustento alguno, sumas exorbitantes sin respaldo alguno, en un obrar que sin duda debe ser calificado como de mala fe, las que según el Dictamen Pericial aportado arrojarían un valor de \$388.637.695,00."

"A la anterior suma hay que agregar la suma de \$1.490.118.084,00, que corresponde a sumas dejadas de pagar dada la amañada forma de valorar las \$2.666 toneladas, que ambas partes fijaron como material realizado por B & V en la obra." Y se agrega que "Lo anterior arribaría una suma superior a los \$6 mil millones."

Afirma además que *"A la suma anterior, que no incluye ningún perjuicio habría que agregarle los costos y perjuicios causados a B & V por el incumplimiento de TUCA y EXIROS."*

A este respecto afirma que *"El CONTRATO estaba proyectado para haberse llevado a cabo en ciento noventa y seis (196) días y se extendió hasta el dieciséis (16) de junio de 2014" de manera que, según su dicho, "Se asumieron mayores costos por parte de B & V representados en el arriendo de instalaciones adicionales y mayores cantidades subcontratadas no contempladas que implicaron unos costos adicionales imputables a TUCA y EXIROS por valor \$341.730.607,00, tal y como se probará en el transcurso de este proceso."*

Agrega que *"Al haberse prorrogado el CONTRATO B & V tuvo perjuicios al tener que pagar un mayor valor por mano de obra, mayor arrendamiento de equipos y un mayor valor por costos de administración que arrojan un valor de \$1.284.257.011,00."*

En el alegato de conclusión, el apoderado de la demandante reitera lo solicitado en la demanda y destaca que, de acuerdo con el Contrato, el Cliente podía *"adjudicar los materiales que considere a otro contratista con un esquema previamente acordado con el proveedor."* (Se ha subrayado)

A este respecto menciona: *"Lo que está claro es que el esquema solo fue acordado para el transporte, en los otros no se acordó precio, por lo que deberían ser los contractuales, que se encuentran en las planillas de cotización, que entre otras cosas dice tomar TENARIS y EXIROS en la liquidación unilateral, no obstante el CONTRATO previó que en caso de que*

no existieran precios contractuales se tomaría la tarifa predominante en el mercado o el último precio o tarifa cotizada por el proveedor o pagada por el cliente, enfatizando en que se debe tomar el más bajo.”

De otra parte afirma que, en relación con el AIU, no debe ser descontado el correspondiente a los materiales a cuyo suministro se comprometió la parte contratante, pues así fue pactado.

Agrega que, de conformidad con la norma técnica, debe adicionarse al peso del material incluido en la liquidación del contrato, un 3%.

Y concluye que mediante el dictamen pericial del señor Ortiz se acredita que *“el valor de las 2.644 toneladas, que aparecen en el inventario realizado por las dos partes, asciende a la suma de \$16.436.365.918,00, que contrasta con el valor de \$14.946.247.834,00, que se atribuye a lo ejecutado por B&V y Tenaris, arrojando un valor de \$1.490.118.084,00 a favor de la demandante.”*

3.4.2.2. Oposición de la Convocada Exiros frente a la pretensión

En la contestación de la reforma a la demanda, la convocada Exiros se ratificó en los argumentos expuestos en el escrito de contestación a la demanda inicial, así:

“6. Exiros de Colombia Ltda. no debe responder de forma solidaria sobre el incumplimiento del contrato objeto de la controversia toda vez, que nunca hizo parte mismo. Exiros de Colombia Ltda. Siempre ha actuado con independencia económica, administrativa y financiera y en calidad de agente de compras de Tenaris TuboCaribe Ltda.”

3.4.2.3. Oposición de la Convocada Tenaris frente a la pretensión

En la contestación de la reforma a la demanda, la convocada Tenaris, se remitió a lo expresado en la contestación a la demanda inicial, y particularmente en cuanto a la pretensión 6.1 manifestó:

“Nos oponemos a lo indicado en el Dictamen Pericial en todos sus apartes dado que desconocen aspectos cruciales del desarrollo del contrato y demuestran una visión parcializada y alejada de la realidad. Los Dictámenes técnicos y financieros serán controvertidos en la etapa procesal

correspondiente.”

Al referirse a la afirmación de B&V en el sentido de no haber incluido un peso adicional del 3% correspondiente a la soldadura, Tenaris manifiesta que el inventario fue suscrito por las partes sin salvedad de la demandante; también en el alegato de conclusión se ocupa de exponer argumentos adicionales para desvirtuar esta reclamación como se verá más adelante.

De otra parte, en los alegatos de conclusión el apoderado de la parte demandada sostuvo que *“la demandante no demostró los supuestos perjuicios ni su relación de causalidad con las pretensiones declarativas de su demanda y en muchos casos tampoco demostró que fuesen daños sufridos por B&V.”*

Afirma además que *“Según B&V, TENARIS debe pagarle la diferencia entre \$15.827.465.505 y \$11.150.969.920”* respecto de lo cual manifestó:

“Lo primero que debe resaltarse es que, como lo señala el acta de liquidación, el valor de \$15.827.465.505 corresponde a trabajos ejecutados tanto por B&V como por TENARIS.

En efecto, como lo indica el acta, de los \$15.827.465.505, \$1.996.527.618 fueron actividades de transporte, soldadura de vigas, montaje y armado y supervisión ejecutadas por TENARIS dado que B&V no pudo ejecutarlas.

B&V aceptó que TENARIS asumiera esas actividades así:

a) El transporte en acta de minuta de reunión del 10 de marzo de 2014 (anexo 110 del dictamen del Perito Ortiz).

b) La soldadura de vigas carrileras en acta de entendimiento del 25 de enero de 2014 (Anexo 111 del dictamen del perito Ortiz). El valor de ese trabajo le costó a TENARIS la suma de \$422.000.000 que debió pagarle a COTECMAR (Valor reconocido por el perito Hernández y la doctora Correa).

c) El montaje y armado de 40 correas especiales y 15 aireadores en acta de entendimiento del 14 de marzo de 2014 (Folio 334 del Tomo II). El costo de estas actividades, según los Libros de Obra que se encuentran en el CD de Anexos del Dictamen de la Sociedad de Ingenieros y Arquitectos de Bolívar, asciende a la suma de \$1.202.545.199.

d) Las labores de supervisión en la planta de B&V, consistentes en viajes de personal de TENARIS que, como lo indicó el testigo Henry de Jesús Atencio, debieron asistir a B&V en organizar trabajos, inventarios, reparar la máquina de pintura, ascendieron a la suma de \$51.929.180."

Agrega que Tenaris adicionalmente *"debió incurrir en costos para terminar las actividades a cargo de B&V por la suma de \$12.247.073.035"* valor que puede reclamar a B&V, con fundamento en la cláusula 26.1 del Contrato sobre *"Demoras en la entrega."*

Adicionalmente el apoderado de las demandadas afirmó que *"TENARIS tenía el derecho al pago de la multa correspondiente al 15% del valor del contrato, dado que B&V nunca entregó ninguno de los módulos terminados y en consecuencia presentaba retrasos de más de 30 días, motivo por el cual B&V adeudaba la suma de \$2.740.245.000."*

Igualmente expresó que *"de acuerdo con lo pactado en el contrato, el valor de las actividades que TENARIS asumió bien porque acordó con B&V que ella se encargaría o porque B&V no lo ejecutó y debió terminar la obra TENARIS, es la tarifa cotizada o pagada por TENARIS, que fue lo que se hizo en el acta de liquidación"*, pues a su juicio en tal sentido se entiende la previsión de la cláusula 18 sobre *"Precios y tarifas."*

Finalmente critica la experticia elaborada por el perito Manuel Hernando Ortiz Ortiz, que fuera presentada por la parte demandante, en los siguientes términos:

".... es claro que el método de valoración que utilizó el perito Ortiz no es objetivo y sobrevalora el inventario. En dicho método se incluye un porcentaje de costos o la totalidad de costos por actividades no realizadas, el 100% del AIU independientemente de que se haya realizado la totalidad de la actividad, y un ajuste a las cantidades mediante la aplicación de una norma técnica que no es obligatoria, que desconoce que las partes aceptaron de mutuo acuerdo las cantidades que se recibían y que además implica un doble ajuste por soldadura, dado que los APU utilizados para valorar el inventario recibido ya incluían un ajuste por soldadura."

3.4.3. Consideraciones del Tribunal sobre la reclamación por obra ejecutada – Pretensión 6.1

En este punto es preciso tener en cuenta que al decidir la pretensión primera de la demanda el Tribunal concluyó que el término de ejecución del contrato había sido prorrogado y se encontraba vigente al momento en que TENARIS lo dio por terminado, de manera que al pronunciarse sobre las pretensiones segunda, cuarta y quinta de la demanda consideró que la contratante no estaba legitimada para terminar unilateralmente el contrato.

En tales condiciones, la demandante tiene derecho a que se le pague el valor de la obra ejecutada, de acuerdo con el inventario de fecha 27 de junio de 2014⁶⁴, que de común acuerdo suscribieron las partes y los adicionales reconocidos por la contratante en la liquidación unilateral del 24 de julio de 2014⁶⁵.

En la liquidación unilateral efectuada por la contratante, se establece:

"a) Valor del contrato: El valor total original del contrato era de 18,268,300,000 COP. De este valor lo ejecutado en conjunto entre el contratista (B&V) y TUCA asciende al monto de 14,946.247,834 COP. Este valor se calcula a partir del inventario conciliado entre el contratista (B&V) y TUCA después del cierre del contrato..."

"b) Adicionales B&V: Parte de los Kg mencionados en el inciso anterior corresponden a Extras del contratista (B&V) por fabricación de Louvers de techo, reemplazo de tubería por angulares e instalación de Bullones y relleno. De un total estimado de 924,542,854 COP fueron ejecutados 881,217,671 de acuerdo al inventario conciliado. Tomando en cuenta los dos incisos anteriores el total ejecutado corresponde a 15,827,465,505 COP ..."

En el acápite "Balance del Contrato" de la liquidación unilateral⁶⁶, se establece que el valor total del contrato "+ Extras" asciende a \$15.827.465.505 suma de la cual se tiene por pagado \$11.150.969.920, de manera que lo adeudado a la contratista asciende a \$4.676.495.585

De este valor, la contratante, en la liquidación unilateral hizo descuentos a los que no había lugar según se concluyó al decidir las pretensiones cuarta y quinta de la demanda, salvo la correspondiente a "Transporte" por un valor de \$197.200.000.00 y al costo de armado de cuarenta correas, que con base en los documentos correspondientes a la subcontratación se determinó en \$11.247.840.

Adicionalmente, según los términos de la pretensión en estudio y de lo expresado en la demanda reformada y en los alegatos de conclusión, se advierte el consentimiento de la demandante para que, incluidos los gastos de transporte por el valor antes mencionado y el correspondiente al armado de las correas, se descuenta un valor total de \$388.637.695.

⁶⁴ Folio 385, Tomo II del expediente.

⁶⁵ Folio 388, Tomo II del expediente.

⁶⁶ Folio 400, Tomo II del expediente.

De acuerdo con lo anterior, la pretensión 6.1 prospera parcialmente, en el sentido de que TENARIS y EXIROS, deben pagar a la demandante, la suma de \$4.287.857.890 y no prospera en cuanto para el Tribunal, tal suma no era exigible desde el 24 de julio de 2014, pues para entonces no se encontraba determinado el valor adeudado debido a que las partes no lograron un acuerdo en relación con los descuentos que pretendía aplicar la contratante, como se verá más adelante al decidir sobre la pretensión relativa a intereses de mora.

3.4.4. Consideraciones del Tribunal sobre el ajuste del valor del inventario por concepto de soldadura – Pretensión 6.2

Para la demandante, la suma de \$4.287.857.890 a la que se acaba de hacer referencia debe ser adicionada en el valor de \$1.490.118.084,00 pues a su juicio *“mediante el peritazgo (se refiere al elaborado por Manuel Ortiz) se acredita que el valor de las 2.644 toneladas, ... ascienden a la suma de \$16.436.365.918,00, que contrasta con el valor de \$14.946.247.834,00...”*⁶⁷

A este respecto, el apoderado de la parte demandada en su alegato de conclusión afirma:

*“Por lo tanto, es claro que el método de valoración que utilizó el perito Ortiz no es objetivo y sobrevalora el inventario. En dicho método se incluye un porcentaje de costos o la totalidad de costos por actividades no realizadas, el 100% del AIU independientemente de que se haya realizado la totalidad de la actividad, y un ajuste a las cantidades mediante la aplicación de una norma técnica que no es obligatoria, que desconoce que las partes aceptaron de mutuo acuerdo las cantidades que se recibían y que además implica un doble ajuste por soldadura, dado que los APU utilizados para valorar el inventario recibido ya incluían un ajuste por soldadura.”*⁶⁸

De acuerdo con lo anterior, la parte demandada discrepa del mayor valor reclamado, por considerar que no se ha debido tener en cuenta el AIU por actividades no realizadas, ni el costo de montaje, ni siquiera de manera parcial, para las estructuras que se encontraban en piso; así mismo estima que tampoco debe el mayor peso por concepto de soldadura, pues la norma que lo establece no es de aplicación obligatoria y no se consideró en el inventario acordado por las partes.

Para el Tribunal, las explicaciones del perito en relación con la contabilización del AIU resultan atendibles⁶⁹, teniendo en cuenta la forma en que se dio tratamiento a este rubro durante la ejecución del contrato, en punto de las actividades que asumió la contratante.

⁶⁷ Alegato de conclusión parte demandante, página 59.

⁶⁸ Alegato de conclusión parte demandada, página 97.

⁶⁹ Declaración del perito Manuel Ortiz.

De la misma forma, estima que la contabilización de las labores de montaje se efectuó de manera adecuada y aplicando los descuentos correspondientes.⁷⁰

Finalmente, si bien en el inventario convenido por las partes no se hizo referencia al 3% correspondiente a la soldadura, lo cierto es que las cantidades plasmadas en tal documento corresponden a un “*arqueo físico*”, según se afirma en su texto, lo cual explica que no se hubiera tenido en cuenta dicho ítem.

Ahora bien, aun cuando la norma técnica no sea de aplicación obligatoria, puede aceptarse que establece un parámetro para valorar el ítem correspondiente a soldadura y desde este punto de vista resulta pertinente para este caso.

Es preciso mencionar que en el anexo 112 del dictamen pericial del perito Manuel Ortiz, en la tabla que se denomina “*Liquidación Contrato*” se establece como “*sub total contrato*” la suma de \$16.436.365.918 mientras que el “TOTAL CONTRATO + EXTRAS” asciende a \$17.317.583.589.

En este punto el Tribunal tomará la cifra menor a la que se hace referencia en la pretensión 6.2 que se estudia y con fundamento en lo antes expuesto, se concluye que prospera, por lo cual se condenará a las demandadas a pagar solidariamente la suma de \$1.490.118.084 como se determinará en la parte resolutive de este laudo.

Es pertinente mencionar que no se hace referencia en este acápite a los perjuicios que hubieran podido derivarse del incumplimiento de las obligaciones de la contratante, puesto que en los numerales 6.1 y 6.2 de la pretensión sexta de la demanda, se concreta la reclamación a los rubros correspondientes a la obra ejecutada a la fecha de terminación unilateral del contrato. En cualquier caso, no quedó acreditado el valor de los perjuicios derivados de los incumplimientos alegados, por concepto de “liquidaciones laborales, transportes y otros” ni que se hubieran causado directamente por tales incumplimientos.

De acuerdo con lo anterior, la pretensión sexta prospera parcialmente.

3.5. Pretensión séptima: Los perjuicios derivados de la mayor permanencia en la obra.

El texto de la pretensión séptima de la demanda principal reformada es el siguiente:

⁷⁰ Declaración del perito Manuel Ortiz.

“7. Que en razón de los incumplimientos en que incurrieron TUBOS DEL CARIBE TLDA. Y EXIROS S.A. de manera solidaria deben pagar y reconocer a B&V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA., los perjuicios ocasionados por la mayor permanencia en obra al haber tenido que soportar administrativamente el CONTRATO celebrado para la construcción de la estructura metálica para el edificio de la nueva planta Casting Seamless y el Almacén General de la planta Tenaris Tubo Caribe, ubicada en Cartagena (Bolívar), los cuales ascienden a la suma de \$1.284.257.011, oo.”

3.5.1. Posiciones de las partes

3.5.1.1. Argumentos de la parte demandante como fundamento de su pretensión

En la demanda reformada se afirmó que *“Al haberse prorrogado el CONTRATO B & V tuvo perjuicios al tener que pagar un mayor valor por mano de obra, mayor arrendamiento de equipos y un mayor valor por costos de administración que arrojan un valor de \$1.284.257.011,oo.”*⁷¹

En el alegato de conclusión el apoderado de la parte demandante sustenta esta reclamación con la experticia elaborada por Manuel Hernando Ortiz Ortiz, de la cual se extracta lo siguiente:

“Tal como se ha visto a lo largo del Experticio, el contrato fue prorrogado de la fecha inicialmente prevista para su finalización; del 9 de marzo de 2014 al 7 de abril de 2014 (Otrosí No. 1 de diciembre 20 de 2013), luego con la reprogramación entregada el 5 de marzo de 2014 por TENARIS y posteriormente B&V recibió la comunicación de TENARIS de fecha junio 16 de 2014, a través de la cual esta definía e instruía a B&V, que daba por terminado unilateralmente el contrato (dicha comunicación fue recibida por correo electrónico y medio físico por B&V).

“Lo anteriormente definido configura un espacio-tiempo, comprendido entre la fecha inicialmente prevista para finalizar el contrato: 9 de marzo de 2014 y el 16 de junio de 2014, cuando el Contratista fue invitado a salir de la obra. El espacio-tiempo precitado es de noventa y nueve días calendario (99). Entonces, para ambos casos Mano de Obra y Equipos, se saca el valor de cada

⁷¹ Hecho 132 de la demanda

*uno de esos insumos para los días de mayor permanencia en obra (99), correspondientes al espacio-tiempo, antes referido."*⁷²

El perito concluye que el valor por mayor permanencia en obra corresponde a la suma reclamada, y está integrado por mano de obra, equipo y administración.⁷³

3.5.1.2. Oposición de la Convocada Exiros frente a la pretensión

En la contestación de la reforma a la demanda, la Convocada EXIROS, reiteró lo expuesto en el escrito de contestación a la demanda inicial, así:

"7. Exiros de Colombia Ltda. no debe responder de forma solidaria sobre el incumplimiento del contrato objeto de la controversia toda vez, que nunca hizo parte del mismo. Exiros de Colombia Ltda. siempre ha actuado con independencia económica, administrativa y financiera en calidad de agente de copras de Tenaris TuboCaribe Ltda.

La solidaridad laboral del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo es que la contratación con un contratista independiente para que realice una o preste servicios, no se convierta en un mecanismo utilizado por las empresas para evadir el cumplimiento de obligaciones laborales. Por manera que, si una actividad directamente vinculada con el objeto económico principal de la empresa se contrata para que la preste un tercero, pero utilizando trabajadores, existirá una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales de esos trabajadores.

Quiere ello decir que si el empresario ha podido adelantar la actividad directamente y utilizando sus propios trabajadores, pero decide hacerlo contratando un tercero para que este adelante la actividad, empleando trabajadores dependiente por él contratado, el beneficiario o dueña de la obra debe hacerse responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que tiene derecho estos trabajadores, por la vía de la solidaridad laboral, pues, en ultimas, resulta beneficiándose del trabajo desarrollado por personas que prestaron sus servicios en una labor que no es extraña a lo que constituye lo primordial de sus actividades empresariales. Mi representada no incurrió en ningún incumplimiento de las obligaciones de un contrato del nunca hizo parte por ende se debe desestimar de plano la pretensión del demandante."

⁷² Dictamen pericial de Manuel Hernando Ortiz Ortiz, página 227, folio 4639 del Tomo XIII parte b del expediente.

⁷³ Dictamen pericial de Manuel Hernando Ortiz Ortiz, página 232, folio 4644 del Tomo XIII parte b del expediente.

3.5.1.3. Oposición de la Convocada Tenaris frente a la pretensión

En la contestación de la reforma a la demanda, la convocada TENARIS se ratificó en las manifestaciones realizadas en el escrito de contestación a la demanda inicial en la que manifestó expresamente lo siguiente:

"7. Es imposible decretar mayor permanencia dado que el plazo contractual finalizó 7 de abril de 2014."

Finalmente, en los alegatos de conclusión sostuvo que no pueden existir perjuicios con ocasión a la mayor permanencia en la obra, pues el plazo del contrato había culminado para el día 7 de abril de 2014, explicando para el efecto, lo siguiente:

"Según el dictamen del perito Ortiz, el periodo que se consideró como mayor permanencia en obra fue el comprendido entre el 9 de marzo de 2014 y el 26 de junio de 2014."

Lo primero que debe advertirse es que el reconocimiento de sobrecostos por mayor permanencia en obra solamente puede hacerse si el plazo adicional para terminar una obra o trabajo tuvo como causa un hecho no imputable al contratista.

(...) Teniendo en cuenta lo anterior, claramente se aprecia un primer error fundamental en el cálculo del perito ya que las partes habían prorrogado el plazo de ejecución hasta el 6 de abril por mutuo acuerdo, según consta en el otrosí del 20 de diciembre de 2013 y el motivo de esa prórroga fueron hechos que la parte demandante reconoció que eran su responsabilidad.

(...) Es decir, el perito consideró 27 días como mayor permanencia en obra, sin justificación alguna.

Adicionalmente, y como se explicó en los numerales 3.2.1 a 3.2.9 de estos alegatos, no es cierto que el retraso en la terminación de los módulos fuese por hechos no imputables a B&V. Es más, el perito Ortiz no realizó ningún cálculo claro y preciso de los efectos en plazo de los hechos que según su dictamen habrían generado retrasos.

Como se dijo, nunca identificó qué era ruta crítica ni determinó de forma clara, seria y precisa cuánto se habría retrasado la obra por las causas que él indicó en su dictamen.

Es más, varias de las causas eran de contratistas de B&V, lo cual evidentemente no puede considerarse un hecho de un tercero.”

3.5.2. Consideraciones del Tribunal

A este respecto, el Tribunal encuentra probado que se presentó una mayor permanencia en la obra, respecto de la prevista en el texto inicial del contrato celebrado entre las partes, independientemente de que luego la vigencia se hubiera prorrogado, en los términos señalados en acápites anteriores de este laudo.

Ahora bien, aunque ha quedado acreditado el incumplimiento de algunas de las obligaciones a cargo de la contratante, según se señaló al decidir las pretensiones segunda y tercera de la demanda, y es innegable que tal incumplimiento debió impactar la ejecución del contrato por parte de B&V, lo cierto es que igualmente ha quedado probado y reconocido por las dos partes, que la circunstancia que dio lugar al mayor retraso en el cumplimiento de los cronogramas, fue la demora en el suministro de insumos por parte de FERRASA, principal proveedor de la materia prima esencial para la fabricación de la estructura contratada.

A este respecto, la demandante sostiene que las demoras e incumplimientos de FERRASA deben imputarse a las sociedades contratantes, debido a la vinculación que ostentan con aquella empresa y en virtud de haberle “impuesto” a B&V la contratación de FERRASA como proveedor.⁷⁴

Se afirma en la demanda que “... el CONTRATO entre B&V, TUCA y EXIROS no se ajustó hasta tanto no se tuvo noticia por parte de TERNIUM-FERRASA, que B&V había contratado con ellos la compra de todo el material.”

Para el Tribunal, la evidencia aportada no permite concluir que Tenaris/Exiros hubieran impuesto a B&V la contratación de FERRASA como proveedor, sino que fue una decisión de B&V por considerar que sería conveniente, teniendo en cuenta precisamente el vínculo de tal sociedad con las contratantes.

En tales condiciones el Tribunal estima que el riesgo de la obtención oportuna de materia prima para la ejecución del proyecto estaba a cargo de la contratista B&V y que las consecuencias de su materialización no pueden trasladarse a las contratantes, sin que se desconozca el deber de colaboración a su cargo en relación con el proveedor FERRASA para procurar la entrega oportuna de los insumos adquiridos de ésta.

⁷⁴ Página 9 de la demanda reformada.

Adicionalmente, según se hará referencia más adelante, la demandante incurrió en incumplimientos que sin duda también impactaron el cumplimiento del cronograma inicialmente propuesto.

En tales condiciones, la mayor permanencia en la obra tuvo como causa tanto el retraso por parte de Ferrasa en el suministro de los materiales, como el incumplimiento de las partes de algunas de las obligaciones a su cargo, por lo cual, no es procedente condenar a las sociedades demandadas al pago de los sobrecostos derivados de la mayor permanencia en la obra, puesto que se echa de menos la relación de causalidad exclusiva, entre el incumplimiento de las sociedades demandadas y los perjuicios derivados de la mayor permanencia en la obra, presupuesto indispensable para que se configure la responsabilidad contractual.

Conviene en este punto mencionar que la doctrina ha expresado en relación con el vínculo de causalidad, *“-el que debe existir entre el incumplimiento y el daño experimentado por el acreedor- no se presume y corresponde probarlo al demandante, es decir al acreedor. Esta tarea probatoria la realiza al demostrar la naturaleza del daño sufrido, toda vez que el actor ha de acreditar que ese daño es directo, lo que significa que es la consecuencia inmediata del incumplimiento, o en otras palabras, que la inejecución de la obligación explica íntegramente la generación del perjuicio. En síntesis, el demandante debe demostrar que existe una relación directa –de causa a efecto- entre el no cumplimiento de lo pactado y el demérito sufrido.”*⁷⁵

Por lo anterior, la pretensión séptima no prospera, como quedará consignado en la parte resolutive de este laudo.

3.6. Pretensión octava: Los sobrecostos derivados de subcontrataciones, mayores gastos de personal, arriendo de bodegas y costos financieros.

En la pretensión octava del texto de la demanda reformada se solicita al Tribunal:

“8. Que en razón de los incumplimientos en que incurrieron TUBOS DEL CARIBE TLDA. Y EXIROS S.A. de manera solidaria deben pagar y reconocer a B&V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA., deben pagar a esta ultima los sobrecostos en que esta incurrió al tener que incurrir en subcontrataciones, mayores gastos de personal, el arriendo de bodegas y costos financieros en las

⁷⁵ SUESCUN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo I. Segunda Edición. Legis. Bogotá, 2005. Página 297

cuantías de \$341.730.607,00, y la suma de \$100.024.150,00, que se acredite con el Dictamen Pericial.

8.1. Las condenas realizadas en razón de las peticiones 7 y 8 deberán ser canceladas, debidamente actualizadas e indexadas conforme a los índices aplicables al caso hasta el pago de las obligaciones.”

3.6.1. Posiciones de las partes

3.6.1.1. Argumentos en los que la demandante funda su pretensión

En la demanda reformada la demandante a este respecto expresó:

“22.9 Los costos como consecuencia de los incumplimientos de TUCA y EXIROS se ven incrementados, por cuanto debe arrendar tres (3) Bodegas para el armado de correas y aireadores, por cuanto no se dispuso el espacio en la obra, cuando sólo tenía que haber arrendado una sola Bodega, para la pintura de los elementos que era lo acordado. Todo lo anterior con el ánimo de recuperar el tiempo perdido como consecuencia de los incumplimientos de TUCA y EXIROS.

“128. Como quiera que no se podían efectuar las instalaciones, ni el montaje que permitieran dar por terminado los módulos como inicialmente se había previsto, sin mencionar las demás causas imputables a TUCA y EXIROS, B & V tuvo que hacer grandes esfuerzos para que la inactividad que se tenía no se tradujera en mayores demoras y reemplazar estas actividades, con la producción de todos los elementos para lo cual acudió a subcontratar y a arrendar bodegas para depositar el material armado, lo que le causo injustificadamente sobrecostos que no tiene que asumir.

“129. Se asumieron mayores costos por parte de B & V representados en el arriendo de instalaciones adicionales y mayores cantidades subcontratadas no contempladas que implicaron unos costos adicionales imputables a TUCA y EXIROS por valor \$341.730.607,00, tal y como se probará en el transcurso de este proceso.”

"130. Los anteriores perjuicios, se ocasionan por los incumplimientos de TUCA y EXIROS, por cuanto al NO suministrar los materiales a su cargo, no entregar los detalles de ingeniería como lo hemos dejado relatado en el transcurso de esta demanda, causaron perjuicios a B & V."

En su alegato de conclusión, el apoderado de la parte demandante se remite a los cálculos realizados por el perito Ortiz, en relación con los sobrecostos que tuvo que asumir B&V y hace referencia al dictamen contable de Claudia Patricia Robayo Niño, con el cual corrobora que las cifras tomadas por el perito Ortiz corresponden a las que aparecen en la contabilidad de la convocante.

El perito Manuel Hernando Ortiz en su dictamen⁷⁶ determina que los sobrecostos que tuvo que asumir B&V se resumen así:

- Arrendamiento de bodegas en Bogotá: 2 bodegas en Mosquera y 1 bodega Cazucá
- Arrendamiento de bodegas en Cartagena: 3 bodegas en Ternera
- Maquinaria par a las bodegas arrendadas
- Cajas menores

Tales sobrecostos los cuantifica en un valor total de \$341.730.607

Adicionalmente el perito cuantifica los sobrecostos por concepto de gastos financieros *"que B&V tuvo que asumir por no haber podido instalar los módulos y facturar de la manera que estaba convenido"* en la suma de \$100.021.150.

3.6.1.2. Oposición de la convocada Exiros frente a la pretensión

En la contestación de la reforma a la demanda, la convocada EXIROS reiteró las manifestaciones efectuadas en el escrito de contestación a la demanda inicial, así:

"8. Me opongo a este (sic) pretensión por cuanto mi representada no ha incurrido en ningún tipo de incumplimiento contractual, máxime cuando nunca hizo parte del acuerdo objeto de la controversia.

9. Exiros de Colombia Ltda. no debe responder de forma solidaria sobre el incumplimiento del contrato objeto de la controversia toda vez, que nunca hizo parte del mismo. Exiros de Colombia Ltda. siempre ha actuado con independencia económica, administrativa y financiera en calidad de agente de

⁷⁶ Dictamen del perito Manuel Hernando Ortiz, páginas 232-233, folios 4644 y 4645 del Tomo XIII parte b del expediente.

copras de Tenaris TuboCaribe Ltda. El título IX de la sociedad mercantil de hecho (de la sociedad mercantil de hecho) Artículo 498 Formación de la Sociedad de Hecho y Prueba de la Existencia, establece: "la sociedad comercial será de hecho cuando no se constituya por escritura pública. Su existencia podrá demostrarse por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en la ley.

El demandante no aporta ningún documento o prueba idónea que acredite la existencia de un (sic) sociedad mercantil de hecho."

3.6.1.3. Oposición de la Convocada Tenaris frente a la pretensión

En la contestación de la reforma a la demanda, la convocada TENARIS ratificó lo expuesto en el escrito de contestación a la demanda inicial, manifestando lo siguiente:

"8. Las aleas propias y con ocasión del incumplimiento de B&V no pueden ser trasladadas a TUCA."

Adicionalmente, en relación con la pretensión 8.1 reiteró lo manifestado respecto de la pretensión 6.1 en los siguientes términos:

"Nos oponemos a lo indicado en el Dictamen Pericial en todos sus apartes dado que desconocen aspectos cruciales del desarrollo del contrato y demuestran una visión parcializada y alejada de la realidad. Los Dictámenes técnicos y financieros serán controvertidos en la etapa procesal correspondiente."

Finalmente, en los alegatos de conclusión sostuvo que "la contratación de personal y arrendamiento de sitios, lo que está probado en el proceso es que tales situaciones se dieron para efectos de tratar de solucionar los retrasos imputables a B&V."

Y agregó:

"En efecto, en los planes de contingencia de 12 y 29 de noviembre de 2013, consta que para tratar de solucionar los retrasos que se venían presentando en la ejecución del contrato, B&V se comprometía a realizar diferentes actividades".

Además de ello, afirmó:

“En momento alguno B&V manifestó que ello implicaría un reconocimiento de pagos adicionales a los previstos en el contrato.

Como se explicó en el numeral 3.2.9 de estos alegatos, las causas de los retrasos eran responsabilidad de B&V.

De hecho, en los testimonios de Diego Ramón González y Henry de Jesús Atencio se aprecia que la necesidad de arrendar nuevos sitios surgió por el desorden y falta de programación de los procesos de fabricación de B&V

(...)Lo anterior lo ratifican los correos electrónicos, los informes y las presentaciones que se detallaron ampliamente en el numeral 3.2.9 de estos alegatos, en los que constan los problemas de calidad y organización de B&V, los cuales generaron retrasos en sus procesos, en los de TENARIS y en los de los demás subcontratistas.

Es más, como consta en el otrosí del 20 de diciembre de 2013, B&V reconoció expresamente que los retrasos que se habían ocasionado hasta esa fecha eran responsabilidad de esa empresa.”

3.6.2. Consideraciones del Tribunal

En relación con esta pretensión, se aplica el mismo razonamiento con base en el cual fue decidida la pretensión anterior, esto es que si bien quedó demostrado el incumplimiento de las sociedades contratantes de algunas obligaciones a su cargo, no hay evidencia de la relación de causalidad de tales incumplimientos con los perjuicios que se reclaman, habida consideración de que se presentaron otras circunstancias que impactaron de manera grave el desarrollo del proyecto, como fue la dificultad para el contratista de obtener la materia prima en el mercado y los retrasos en las entregas de su principal proveedor, FERRASA y el incumplimiento de algunas de las obligaciones a cargo de B&V.

Para el Tribunal, el contratista al presentar su propuesta no hizo una valoración acertada de la forma en la que habría de obtener la materia prima para ejecutar la obra, cuando de acuerdo con el contrato se encontraba obligado a proveer “Todos los materiales, incluyendo listas de materiales, listas de tornillería para las uniones de campo, para la estructura, las pasarelas, paredes, louvers para ventilaciones, rieles y accesorios para puentes grúa, rejillas de piso, barandales, tornillos, y todo lo necesario para completar los trabajos solicitados”⁷⁷

⁷⁷ Cláusula 3 del contrato sobre “Obligaciones del Contratista.”

salvo la tubería que expresamente fue excluida por comprometerse TENARIS a suministrarla.

Precisamente este análisis equivocado de los tiempos requeridos para ejecutar el contrato se refleja en la propuesta presentada por la sociedad demandante en la cual el tiempo de ejecución era sustancialmente menor al propuesto por los demás oferentes.

Adicionalmente, para el momento en que se fueron presentando los sucesivos incumplimientos de la contratante en cuanto al suministro de los materiales a su cargo, a proveer los detalles de ingeniería necesarios para elaborar los planos y a entregar de los espacios requeridos para ejecutar los trabajos, B&V no hizo una valoración, ni siquiera aproximada, de los perjuicios derivados de tales conductas, que le fuera comunicada a TENARIS /EXIROS para que estuvieran advertidas de la causación de tales sobrecostos.

De acuerdo con lo antes expuesto, la pretensión octava de la demanda no prospera.

De igual manera, tampoco prospera la pretensión 8.1 por referirse ésta a la actualización o indexación de las sumas a las que fuera condenada la parte demandada por concepto de sobrecostos.

3.7. Pretensión novena: los intereses de mora.

La pretensión novena del texto de la demanda principal reformada reza así:

"9. Que como consecuencia de no efectuar el pago de las obras ejecutadas, tal y como consta en el Acta suscrita por las partes el día 27 de junio de 2014 (Anexo No. 74) TENARIS, TUBOS DEL CARIBE LTDA y EXIROS S.A. junto con los valores dejados de reconocer, en la forma solicitada en las peticiones 6, 6.1 y 6.2, deben pagar y reconocer de manera solidaria a B&V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA. el interés moratorio más alto liquidado, de conformidad con el artículo 884 del Código de Comercio y normas que lo reformen o complementen, desde el momento en que se efectúe real y efectivamente el pago desde el día 24 de julio de 2014 y hasta el momento en que se efectúe el pago. Los cuales ascienden para el día 15 de diciembre de 2016 a la suma de \$3.942.108.000,75."

3.7.1. Posiciones de las partes

3.7.1.1. Oposición de la Convocada Exiros frente a la pretensión

En la contestación de la reforma a la demanda, la Convocada EXIROS ratificó las manifestaciones realizadas en su escrito de contestación a la demanda inicial en la que adujo lo siguiente:

"10. Me opongo a esta pretensión por cuanto mi representada desconoce que lo relacionado con la amortización a la que hace referencia el demandante por cuanto mi representada no fue parte del acuerdo objeto de la controversia."

3.7.1.2. Oposición de la Convocada Tenaris frente a la pretensión

En la contestación de la reforma a la demanda, la Convocada TENARIS reiteró lo manifestado en su escrito de contestación a la demanda inicial:

"9. Dado el incumplimiento de B&V esta solicitud conexa no es aplicable."

Finalmente, en los alegatos de conclusión sostuvo que: *"En las cláusulas 22 y 30.1.5. Del contrato establecen que hasta tanto no se definan los reclamos de TENARIS, TENARIS no debe cancelar suma alguna"*.

Luego de lo cual expresó:

"Según el artículo 1615 del Código Civil, la indemnización de perjuicios solamente se debe desde que el deudor se ha constituido en mora."

Por su parte, el artículo 1608 de dicho Código señala que el deudor solamente está en mora en uno de estos tres supuestos: a) cuando no ha cumplido la obligación en el término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor precisamente para colocarlo en mora; b) cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo, y el deudor lo deja pasar sin darla o ejecutar la prestación; y, c) por último, cuando el deudor ha sido reconvenido judicialmente por el acreedor."

Para el caso del pago de perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones establecidas en un contrato, la Corte Suprema de Justicia señaló que la obligación solamente es exigible a partir de la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia en la cual se defina con certeza la existencia y cuantía de la obligación."

(...).

Una tesis en la que se considere que hay incumplimiento de obligaciones antes del Laudo, implicaría que la única forma para que TENARIS no se considerara en mora de cumplir, era pagándole a B&V lo que solicitaba en la demanda, una vez le fue notificada la misma, sin que tuviese derecho alguno a discutir la existencia de las obligaciones y la cuantía de las mismas.

Por lo tanto, es claro que, en virtud del contrato, mientras no se profiera el Laudo y se definan los reclamos de TENARIS, a TENARIS no le es exigible y no está en mora de realizar pago alguno a B&V y por lo mismo, no pueden generarse intereses de ningún tipo.”

3.7.2. Consideraciones del Tribunal

En primer término, el Tribunal considera que las estipulaciones contractuales citadas por el apoderado de la parte demandada no son aplicables para desvirtuar la pretensión en estudio.

En efecto, la cláusula 22 del Contrato establece, entre otras cosas, que frente a un incumplimiento del contratista *“el Cliente tendrá derecho a suspender cualquier pago adeudado al Proveedor, hasta el cumplimiento completo de las obligaciones del Proveedor.”* (Se ha subrayado)

La norma contractual antes transcrita no resulta aplicable, pues como se deduce del contenido de la pretensión, se trata del cobro de intereses sobre las sumas correspondientes a obra ejecutada, causados luego de la terminación unilateral por parte de la contratante, de manera que no se refiere a valores que se hubieren causado durante la ejecución del contrato, ejecución que se tornó imposible por la terminación unilateral aludida, es decir no había manera de que se diera *“el cumplimiento completo de las obligaciones del Proveedor”* al que se refiere la estipulación.

Ahora, por lo que hace a la cláusula 30.1.5, sobre *“Efectos de la Terminación por el Cliente”* tal estipulación en su parte inicial dispone como presupuesto para su aplicación: *“Si el Cliente terminare el Contrato de conformidad con las disposiciones precedentes...”* y ya se ha dicho que la terminación unilateral por parte de TENARIS no se ajustó a lo previsto ni en el contrato, ni en ley.

En efecto, como ha quedado dicho, la terminación unilateral por parte de TENARIS se basó en el incumplimiento que atribuyó a B&V al considerar equivocadamente que el plazo de ejecución se encontraba vencido sin haber concluido la obra a su cargo. Igualmente, no tuvo en cuenta la contratante que al haber incumplido también ella algunas obligaciones no se encontraba facultada para terminar unilateralmente el contrato en la forma en que lo

hizo, y nunca invocó ni aplicó las cláusulas 30.1.1⁷⁸ o 30.1.3⁷⁹ del contrato para finalizarlo adecuadamente.

Sentado lo anterior, lo cierto es que en ningún caso hay lugar a liquidar intereses a partir del 24 de julio de 2014, como se pide en la pretensión en estudio, pues para esa fecha no se cumple ninguno de los presupuestos a los que hace referencia el artículo 1608 del Código Civil en cuanto dispone *“El deudor está en mora: 1o.) 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. 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”*

En concordancia con tal disposición, en el artículo 1615 del Código Civil se establece que *“Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.”*

Es así que para la fecha en la que las partes suscribieron el inventario de obra ejecutada, no puede entenderse que TENARIS hubiera sido *“constituida en mora”* como lo exige la ley.

Debe analizarse ahora si es procedente condenar al pago de intereses desde la fecha en la que las demandadas fueron constituidas en mora, según lo previsto en el segundo inciso del artículo 94 del Código General del Proceso, en cuanto dispone: *“La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor...”*

A este respecto, el apoderado de la parte demandada discute la posibilidad de liquidar intereses de mora a cargo de sus mandantes sobre una suma que apenas fuera determinada en el laudo, pues carece del requisito de ser *“líquida”*, y cita como sustento de su dicho el siguiente aparte de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia:⁸⁰

“Como en el caso presente la obligación a cargo del Banco demandado y a favor de la sociedad demandante aparecía incierta en su existencia, necesitó de su reconocimiento o declaración judicial y justamente por ello se inició y tramitó este proceso de conocimiento, en cuya sentencia precisamente se ha impuesto la condena a pagarla.

⁷⁸ Terminación por conveniencia

⁷⁹ Terminación por incumplimiento recíproco

⁸⁰ Sentencia del 29 de septiembre de 1984, Magistrado ponente: doctor Humberto Mucia Ballén.

Luego, si para el 26 de mayo de 1977 la obligación judicialmente aquí declarada a cargo del Banco de Colombia y a favor de Codi no era aún exigible, menos aún puede afirmarse con acierto que desde entonces su deudor esté en mora de pagarla, ya que en todo caso la mora debitoria presupone, como elemento esencial de su estructura, la exigibilidad de la obligación.”

Dice el artículo 334 del C. de Procedimiento Civil que sólo puede exigirse la ejecución de las providencias judiciales ‘una vez ejecutoriadas a menos que en ellas se haya fijado un plazo o condición para su cumplimiento, caso en el cual será indispensable que ésta o aquél se haya cumplido.’”

Ocurre sin embargo que la jurisprudencia antes transcrita debe entenderse sobre la base de dos referencias contextuales: la primera, que la fecha del 26 de mayo de 1977 que menciona y a partir de la cual se solicitó la liquidación de intereses de mora, es anterior a la fecha misma en la que se presentó la demanda que, según aparece en la providencia, fue repartida el 18 de mayo de 1979, y la segunda, que para la fecha de la providencia no se había proferido el decreto 2279 de 1989, que estableció que la reconvencción judicial para constituir en mora quedaba cumplida con la notificación del auto admisorio de la demanda.

Ahora bien, aunque la liquidación de intereses de mora, sobre valores que se determinan a través del proceso ha sido tratada en varias decisiones judiciales, su aplicación práctica no deja de ofrecer dificultad, particularmente respecto del alcance del enunciado “*in iliquidis non fit mora – en iliquidez no hay mora o sin liquidez no hay mora-*” por lo cual resulta pertinente tener en cuenta los diferentes factores que inciden a la hora de adoptar una decisión a este respecto, a los que se refiere la doctrina en los siguiente términos:

“Una visión general de la cuestión, teniendo en cuenta las consideraciones que se encuentran en diferentes pronunciamientos provenientes de las jurisdicciones ordinaria –civil y administrativa – y arbitral, sugiere involucrar en el análisis las siguientes reflexiones ... (i) en la regulación sustancial de la mora debitoria no hay mención explícita de la cuestión que ahora ocupa la atención; (ii) la exigencia de la liquidez de la obligación correspondiente es reconocida a través de expresiones como presupuesto de la mora, presupuesto estructural de la mora, presupuesto genético de la mora, requisito para la configuración de la mora, para citar algunas de las utilizadas; (iii) referentes normativos que pueden traerse al análisis aunque registrados en regulaciones de otros temas, se encuentran en los artículos 1715 del Código Civil, que al señalar los requisitos de la compensación como modo de extinguir las obligaciones alude a que ambas deudas sean líquidas ... y 424 del Código

General del Proceso, que en el marco de la regulación del proceso ejecutivo, indica que Entiéndase por cantidad líquida la expresada en una cifra numérica precisa o que sea liquidable por operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas (iv) es imperioso precisar si la premisa de liquidez de la que se viene hablando tiene que ver fundamentalmente, como suele reconocerse, con el nivel de determinación de la prestación adeudada y el momento en que ello es objetivamente posible, y si también comprende, según en ocasiones se menciona, la hipótesis relativa al nivel de certidumbre de la existencia misma de la obligación, lo que amplía el espectro de aplicación de las figura que se comenta; (v) marcada incidencia tiene, también, tomar partido alrededor de las tesis que se sostienen sobre el carácter declarativo o constitutivo de la providencia judicial que impone la condena al pago de la indemnización; (vi) es conveniente examinar el papel en que la problemática abordada puede jugar la exigencia del juramento estimatorio de que trata el artículo 206 del Código General del Proceso, pues en la medida en que : Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, [...] deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos, la cabal atención de esta previsión debe normalmente traducirse en el planteamiento de las aspiraciones indemnizatorias de la demanda mediante la identificación de la obligación que en esa materia se estima exigente, seguramente formulada, por cuenta de la necesidad de mencionar la cuantía expresándola razonadamente bajo juramento, con señalamiento de las sumas específicas reclamadas, vale decir, de las cantidades líquidas adeudadas a juicio de quien se presenta como acreedor; (vii) es claro que la formulación de las pretensiones indemnizatorias mediante la expresión de las sumas líquidas que se reclaman no compromete, en modo alguno, los mecanismos y medios de defensa del demandado que funge como deudor, pues a salvo esta su derecho de controvertir, según lo estime pertinente, la existencia misma de la obligación resarcitoria o su cuantía; cosa diferente es la definición del momento de configuración de la mora, si finalmente, en la correspondiente providencia decisoria, se reconoce la existencia de la obligación indemnizatoria pretendida.”⁸¹

Es pertinente tener en cuenta que varias decisiones de la Corte coinciden al concluir que para condenar al pago de intereses de mora se requiere que el valor de la deuda esté liquidado, como pareciera deducirse del siguiente extracto.

⁸¹ BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. Obligaciones. Primera Edición. Editorial Legis, 2017. Página 311.

“Por lo demás, no debe pasarse por alto que la constitución en mora supone la existencia cierta e indiscutida de la respectiva obligación, lo cual no puede predicarse cuando, para la época de las facturas, se controvertían sus elementos, en concreto, el quantum de la misma. De ahí que la Corte tiene explicado que la “mora en el pago solo llega a producirse cuando existe en firme una suma líquida”⁸², proyectada, obviamente, como es natural entenderlo, a la fecha de notificación de la demanda, según el artículo 90, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, en los casos en que no ha mediado reconvencción judicial previa o se establece que no se trata de una mora automática.”⁸³ (Se ha subrayado)

Y en la misma providencia se agrega:

“Como se explicó en el precedente inmediatamente citado, la exigibilidad “se predica de las obligaciones puras y simples, esto es, las que no se encuentran sometidas a plazo, condición o modo, ya porque nunca han estado sujetas a una cualquiera de estas modalidades, ora porque éstas ya se realizaron y, por ello el acreedor se encuentra autorizado a exigir al deudor su cumplimiento, aun acudiendo para el efecto a la realización coactiva del derecho mediante la ejecución judicial; la mora, en cambio, supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, y para constituir en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la cancelación de la prestación debida. De tal suerte que, sólo a partir de surtida la interpelatio puede afirmarse que el deudor incumplido, además ostenta la calidad de deudor moroso, momento éste a partir del cual puede exigirse el pago de perjuicios”.

Ahora bien, un examen más profundo del tema ha sido abordado por la doctrina para concluir que el juzgador no requiere que el valor de la obligación esté determinado al momento mismo de iniciarse el proceso, para condenar al pago de intereses, sino que bastaría que fuera evidente la existencia de la obligación a cargo del deudor.

En este sentido resulta particularmente ilustrativa la siguiente cita del laudo de Bancolombia Vs. Jaime Gilinski Bacal⁸⁴, cuya claridad y pertinencia excusan la extensión del aparte que se transcribe:

⁸² Sentencia 063 de 10 de julio de 1995 (CCXXXVII-72), reiterando doctrina anterior.

⁸³ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 3 de noviembre de 2010. Magistrado Ponente: Jaime Arrubla Paucar.

⁸⁴ Laudo del 30 de marzo de 2006. Árbitros: José Armando Bonivento Jiménez, Presidente, Álvaro Mendoza Ramírez, Delio Gómez Leyva.

“En punto concreto de la mora en obligaciones cuyo objeto es la indemnización de perjuicios, cabe agregar que para el Tribunal no son desconocidas las arduas discusiones y divergentes posiciones en torno a algunos aspectos eminentemente discutibles, como si la liquidez de la deuda es un requisito sine qua non de la mora en las obligaciones pecuniarias (in illiquidis non fit mora), dependiendo, fundamentalmente, de si se entiende o no, que la determinación exacta y cierta del monto adeudado al momento de la presunta constitución en mora se erige en presupuesto indispensable para la causación de los intereses respectivos⁸⁵; o alrededor de si la aplicabilidad de normas como los artículos 1617 del C.C. o 884 del C.Co. —o sus equivalentes en derechos foráneos— sólo es posible frente a obligaciones originariamente dinerarias⁸⁶; o en cuanto a si la sentencia que encuentra acreditada la responsabilidad civil del demandado e impone la consecuente condena al pago de la indemnización de perjuicios es declarativa o constitutiva⁸⁷, todas ellas, materias ciertamente polémicas.

“En medio de las problemáticas advertidas, el Tribunal es del parecer que la fuente de la obligación resarcitoria a cargo del demandado no se encuentra en la sentencia o laudo que desata la Litis, sino que nace al momento de la causación de los daños ocasionados por su incumplimiento contractual que el fallador se limita, ex post, a constatar o verificar en su ocurrencia y magnitud, y por lo mismo, le impone, a su vez, el deber de reparar los intereses derivados de tal retraso a partir de la mora en el pago de la respectiva indemnización, sin que se pueda objetar, como lo precisan los Hermanos Mazeaud, —[...] que, antes de la sentencia, el crédito de indemnización, aunque ya surgido, no está fijado en su extensión; porque, de esa afirmación exacta, nada cabe concluir aquí. El crédito de reparación es cierto y exigible desde la realización del daño. Eso es suficiente para que, pese a su falta de liquidez, hagan que corran los intereses la constitución en mora.”⁸⁸, o como lo expresa RUIZ-RICO RUIZ,

⁸⁵ Ver, por ejemplo, las sentencias de casación civil de la Corte Suprema de Justicia de agosto 27 de 1930 (G.J. Tomo XXXVIII, pág. 128), septiembre 29 de 1984 (G.J. Tomo 176, pág. 288), junio 10 de 1995 (expediente 4540), julio 11 de 2001 (expediente 6201), agosto 3 de 2004 (expediente 7447); y en doctrina, a FUEYO LANERI Fernando. —Derecho Civil. De las Obligaciones. Tomo IV. Vol. I. 1958, pág. 305-306; MARTÍNEZ ALFARO Joaquín. —Teoría de las Obligaciones. Ed. Porrúa. 2001, págs. 241-242; ABELIUK René. —Las Obligaciones. Tomo II. 1993, pág. 713; HINESTROSA Fernando. —Tratado de las Obligaciones. Tomo I. 2002, pág. 176. (Cita propia de la transcripción)

⁸⁶ DE PADURA BALLESTEROS, María Teresa. —Los Intereses Procesales por Demora. Ed. Trivium. 1999; LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. —Obligaciones y Contratos Frente a La Inflación. 1978, pág. 144. (Cita propia de la transcripción)

⁸⁷ Una buena ilustración de esta problemática la hacen los Hermanos Mazeaud y Tunc. Ob Cit, págs. 49 y ss. (Cita propia de la transcripción)

⁸⁸ Ob Cit., pág. 450. (Cita propia de la transcripción)

en palabras de DE PADURA BALLESTEROS,⁸⁹ frente a la norma española equivalente al artículo 1617 de nuestro Código Civil: —Para empezar, si el Código Civil considera el retraso como un ilícito, permitir la entrada de otros requisitos para constituir en mora al deudor equivale a favorecer la posición del moroso. Continuando, la introducción de la liquidez tergiversa por completo el privilegio que el artículo 1.108 CC sienta a favor del acreedor. Para terminar, la visión del Tribunal Supremo es parcial, pues parte de la base del acreedor abusivo, sin considerar la posibilidad del deudor malintencionado. A su juicio, no hay por qué romper el equilibrio en esta especie de compensación de dolos. El Código Civil ofrece mecanismos suficientes como para no tener que recurrir a la liquidez y permitir a las partes cierto margen de maniobra. Así, el acreedor siempre puede optar entre arriesgarse a exigir el pago íntegro de lo que él cree que se le debe, aunque luego no se le conceda todo; o aceptar la oferta de pago parcial que le hace el deudor, obteniendo intereses por el resto; o exigir el pago parcial cuando parte de la deuda sea líquida o haya sido reconocida por el deudor. A su vez, el deudor podrá elegir entre pagar o consignar todo lo reclamado (con lo que no deberá intereses en adelante); o pagar la parte por él reconocida (con el consiguiente devengo de intereses por lo no satisfecho).⁹⁰

En el presente caso, aun cuando luego de la terminación unilateral del contrato, las partes hicieron conjuntamente un inventario de la obra, se presentó un desacuerdo tanto en la valoración de tal inventario como en los descuentos que habrían de aplicarse, al punto que Tenaris en la liquidación que efectuó de manera también unilateral consignó que la demandante era su deudora, cuando B&V consideraba que era ella quien ostentaba la calidad de acreedora. Tal diametral desacuerdo impidió que pudiera establecerse una cantidad como efectivamente adeudada a la demandante. Solamente una vez practicadas y valoradas las pruebas decretadas dentro de este proceso quedó establecido en este laudo que las demandadas son deudoras de las demandantes, así como el valor de su obligación. En tales condiciones, no hay lugar a condenar al pago de intereses de mora desde la fecha a la que se hace referencia en la pretensión, como tampoco desde la fecha en que fue notificado el auto admisorio de la demanda, que tendría el efecto del requerimiento que exige la ley.

⁸⁹ Ob. Cit, pág. 47. (Cita propia de la transcripción)

⁹⁰ Tiene pleno sentido considerar, como caso de excepción, el escenario particular en que el monto de los daños reclamados, por su naturaleza y/o su contenido, no sean susceptibles de establecerse, objetivamente hablando —no por mera controversia de las partes—, con antelación e independencia del trámite probatorio del proceso, de modo que sólo pueda concebirse la determinación de su monto dentro de dicho trámite; en esta hipótesis debe considerarse la procedencia de causación de intereses de mora únicamente a partir del vencimiento del plazo que señale la decisión judicial para el pago de la condena que en ella se imponga, sin perjuicio del reconocimiento, para el tiempo anterior, de la indexación que corresponda según los lineamientos jurisprudenciales trazados. (Cita propia de la transcripción)

De acuerdo con lo anterior, la pretensión novena de la demanda principal no prospera.

3.8. Pretensión décima: los perjuicios derivados de las retenciones y la admisión al proceso de reorganización empresarial (i) disminución de sus ventas (ii) Afectación a estados financieros (iii) daño al buen nombre (iv) afectación a la valoración de la empresa.

La pretensión décima del texto de la demanda principal reformada establece lo siguiente:

“10. Que se condene a TENARIS, TUBOS DEL CARIBE LTDA y EXIROS S.A. a pagar los perjuicios causados, como consecuencia de la retención indebida de las sumas señaladas en las peticiones 6 y 6.1., razón por la cual B&V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA., tuvo que solicitar la protección de que trata la Ley 1116 de 2016 al solicitar su admisión a un proceso de reorganización empresarial.

10.1. Que como consecuencia se condene al pago de los perjuicios causados consistentes en la disminución de sus ventas, la afectación de sus Estados Financieros como consecuencia del ingreso al proceso de reorganización empresarial de que trata la ley 1116 de 2006, los cuales se estiman en la suma de \$1.678.000.000,00, y del daño a su buen nombre y la disminución en cuanto a la valoración de la empresa por encontrarse bajo el amparo de que trata la ley 1116, por cuanto la misma perdió valor del orden de \$7.044.000.000,00, dejando en claro que en caso de recuperarse los \$6.000.000.000,00, correspondientes a los inventarios no descargados, el daño se reduciría a la diferencia entre estas dos sumas, esto es, \$1.044.000.000,00.”

3.8.1. Posiciones de las partes

3.8.1.1. Argumentos en los que la demandante funda su pretensión

En los hechos de la demanda reformada, a este respecto se expresa:

“133. A los anteriores perjuicios hay que agregar que al no pagar la obra ejecutada TUCA y EXIROS, hicieron que B & V entrará en una delicada situación financiera, razón por la cual tuvieron que acudir a un proceso de reestructuración y reorganización de que trata la Ley 1116.

“133.1 Al ingresar a la negociación de B & V con sus acreedores de que trata la Ley 1116, B & V ha sufrido grandes perjuicios, por cuanto sus ventas

anuales en promedio que habían sido durante los últimos años superior a los \$12 mil millones, se redujeron para el año 2014 y en lo corrido de 2015 a menos de la mitad, dejando de tener utilidades operativas de \$1.678.000.000,00, según lo determina el Dictamen Pericial que se acompaña.

“133.2 Adicional a lo anterior, hay que agregar la pérdida de valor de la empresa traída a valor presente de \$7.044.000.000,00, según lo demuestra el Dictamen Pericial acompañado.”

3.8.1.2. Oposición de la Convocada Exiros frente a la pretensión

En la contestación de la reforma a la demanda, la convocada EXIROS, ratificó en lo expuesto en la contestación a la demanda inicial, y manifestó que se opone a esta pretensión *“por cuanto mí representada no ha incurrido en ningún tipo de incumplimiento contractual, máxime cuando nunca hizo parte del acuerdo objeto de la controversia.”* Y adicionalmente expresó: *“Me opongo a que se condene a mi mandante a pagar sumas extra y ultra petita, a cualquier forma de actualización de las condenas solicitadas, así como a cualquier otra condena o indemnización especialmente las señaladas de la demanda.”*

3.8.1.3. Oposición de la Convocada Tenaris frente a la pretensión

En la contestación de la reforma a la demanda, la Convocada TENARIS, ratificó lo argumentado en el escrito de respuesta a la demanda inicial, de la siguiente forma:

“10. Que dado la decisión adoptada por la SuperSociedades le corresponde obrar al demandante de buena fe, por ende, deberá eliminar esta pretensión.

11. Es improcedente solicitar perjuicios cuando la culpa del contratista lo llevo a incurrir en la mencionada protección de la ley.

12. Ver respuesta anterior.”

Finalmente, en los alegatos de conclusión sostuvo que la entrada de la convocante B&V al régimen de la ley 1116 de 2006, no le es imputable a la demandada TENARIS, en la medida que son consecuencias de sus propios actos, y en el caso del hipotético incumplimiento por parte de TENARIS, se trata de perjuicios indirectos que no son indemnizables. Es así como en sus alegatos de cierre manifestó lo siguiente:

“Evidentemente, el perjuicio que B&V pretende que se le indemnice, nada tiene que ver con el hecho del supuesto incumplimiento del contrato por no haberle pagado unas sumas de dinero, sino que es un perjuicio indirecto, puesto que supone varios pasos, a saber:

- i. Que TENARIS y EXIROS incumplieron una obligación prevista en el contrato de pagar unas sumas de dinero adicionales a las que le reconoció.*
- ii. Que como consecuencia de ello, y únicamente por ello, B&V entró en una situación financiera difícil.*
- iii. Que al entrar en esa situación financiera, B&V debió iniciar el proceso de reorganización.*
- iv. Que el ingreso al proceso de reorganización fue la causa por la cual no pudo mantener los ingresos que venía teniendo.*

(...).

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que es bastante discutible que la causa por la cual B&V ingresó a proceso de Ley 1116 de 2006, fuese porque no se le hubiese pagado un inventario por parte de mis representadas.

En efecto, obsérvese que según el perito Segura, lo que hizo fue castigar el inventario por el valor que aparecía en libros, que eran \$7.053 millones aproximadamente. Sin embargo, el dictamen del perito Hernández señaló que lo ejecutado por B&V que no le habían pagado, como consecuencia de los descuentos que aparecen en el acta de liquidación, solamente eran \$3.275.586.980.”

También en su alegato de conclusión, el apoderado de las demandadas expresó: *“Adicionalmente, para que un perjuicio sea indemnizable debe ser personal, esto es, sufrido por quien demanda y no por un tercero”* y sostuvo que lo calculado por el perito Segura *“fue realmente un perjuicio de los accionistas de B&V y no propiamente de esa sociedad.”*

3.8.2. Consideraciones del Tribunal

Sea lo primero anotar que no es clara la formulación del valor que se reclama en la pretensión en estudio, particularmente en lo que hace al carácter condicional que se

atribuye a la pérdida de valor de la empresa, en cuanto sujeta su materialización al hecho de no obtener una condena para las demandadas⁹¹.

De acuerdo con lo afirmado en los hechos de la demanda y reiterado en el alegato de conclusión, el Tribunal logra colegir que el perjuicio cuya indemnización pretende la demandante a través de la pretensión en estudio, corresponde, en primer lugar, a ingresos que la sociedad ha dejado de percibir (lucro cesante) por haber ingresado al proceso de reestructuración de pasivos o régimen de insolvencia regulado por la ley 1116 de 2006, y, adicionalmente, al menor valor de la empresa (daño emergente) el cual solamente tendría lugar de no ser condenadas las demandadas al pago del valor de los inventarios.

En punto de las dos categorías del daño, lucro cesante y daño emergente, la jurisprudencia ha distinguido con claridad su diferente naturaleza, como aparece en el extracto que aparece a continuación:

*“En el ámbito patrimonial, los tipos de daño más caracterizados son el ‘daño emergente’ y el ‘lucro cesante’, concepto que, a su turno, se traducen, el primero, en ‘un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales’, que ordinariamente está representado en un menor valor de los activos patrimoniales – por destrucción, deterioro, menoscabo o inutilización de los elementos que lo confirman-, o en la realización de erogaciones o gastos con ocasión del hecho ilícito. [...] Y el segundo, el lucro cesante, se concreta en la afectación de un interés lícito del damnificado a percibir una ganancia, provecho o beneficio de tipo económico, que ya devengaba o que habría obtenido según el curso normal u ordinario de los acontecimientos.”*⁹²

Teniendo en cuenta la naturaleza de cada una de las clases de daño, se hace evidente que el perjuicio consistente en la pérdida de valor de la empresa, al atribuírsele el carácter de condicional, no se encuentra que efectivamente se haya causado como daño emergente, para ordenar su indemnización.

⁹¹ “Adicional a lo anterior, B & V ha sido afectado y disminuido como consecuencia de su ingreso e iniciación de negociaciones con sus acreedores de que trata la Ley 1116, causando una pérdida del valor de la empresa que estima el Perito es del orden de los \$7.044.000.000,00, sin embargo, como bien lo anota el Perito en caso de obtener el pago de los inventarios valorados en \$6.000.000.000,00, que si eventualmente fueran pagados atemperarían la pérdida de valor, por lo que este perjuicio solo sería reclamable en el evento de que no fueran condenadas las demandadas a pagar la suma debida (Pretensión 10).” Se ha subrayado. Juramento estimatorio de la demanda reformada.

⁹² Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Sentencia citada en “Obligaciones”, BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. Ob. Cit. Página 316.

Lo anterior, a pesar de que el Tribunal encuentra demostrado que la sociedad B&V se vió abocada al régimen de insolvencia, debido a que las demandadas no pagaron el valor de la obra ejecutada, de acuerdo con el inventario que realizaron de manera conjunta.

A este respecto, en el dictamen elaborado por el perito Juan Sebastián Segura Tinoco se expresa:

“Es absolutamente evidente en esta primera etapa de valoración, que aun cuando la empresa presentaba varios indicadores que eran muy susceptibles de mejora, el impacto de tener que castigar unos inventarios que son pérdida para la empresa, generaron un impacto negativo importantísimo, destruyendo la creación de valor en la empresa, y mostrando unos indicadores que imposibilitarían la venta o adquisición de algún tipo de financiamiento de la misma.”⁹³

Y más adelante se afirma: *“... Los problemas de liquidez generados por la no facturación de los inventarios, menguaron el capital de trabajo, y el poder cumplir con los acreedores en las fechas pautadas, por tanto la empresa no cubriría sus obligaciones, teniendo que adoptar irremediamente la norma de reestructuración económica 1116.”*

Ahora bien, en cuanto al lucro cesante reclamado, debe tenerse en cuenta que el hecho de verse en la necesidad de acometer un proceso de reestructuración de pasivos no constituye un perjuicio en sí mismo, pues bien puede conducir a la recuperación de la empresa, sobre la base de su viabilidad, según se deduce precisamente de la finalidad de este tipo de procesos, como aparece expresado en el artículo 1º de la Ley 1116 de 2006:

“ARTÍCULO 1o. FINALIDAD DEL RÉGIMEN DE INSOLVENCIA. *El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.*

“El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.

“El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.

⁹³ Dictamen pericial de Juan Sebastián Segura Tinoco. Tomo XI del expediente folio 3745.

“El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias.”

En tales condiciones, el perjuicio reclamado, en caso de haberse producido por haber sido admitida la demandante en el régimen de insolvencia, no puede considerarse derivado “directamente” del incumplimiento atribuido a las demandadas.

Adicionalmente, encuentra el Tribunal que carece de la “certeza” necesaria para ordenar su reparación pues el “lucro cesante” por valor de \$1.678 millones, se liquida a partir de una utilidad operacional basada en unas expectativas que no aparecen suficientemente fundadas.

Lo anterior se evidencia en el siguiente aparte del dictamen del perito Segura:

“Cuál fue el perjuicio que tuvo B&V por haber entrado a la Ley 1116 y solicitar el amparo de un Acuerdo de Reestructuración en relación con su volumen de ventas y la afectación que este ítem tuvo para la empresa en los años 2014 y 2015?”

“Se evidencia un impacto muy negativo en los años 2014 en cuanto a pérdida fiscal y 2015 en cuanto a ventas, que perjudica los indicadores de rentabilidad y valor, deteriorando la imagen y marca de la empresa. Si observamos la página 29 de este informe, con la realidad de nuestros resultados en esos periodos, se comprueba la afectación. Para calcular el valor de esto podemos compararlo con la página 22, donde están los estados financieros proyectados, que se proyectan con una utilidad operacional cercana a 1.000 Millones de pesos anuales cada periodo, y si restamos la utilidad real, de (73) y 395 millones respectivamente, nos da una utilidad proyectada de 2.000 Millones vs una real de 322 en los dos periodos, dándonos una pérdida de resultados de 1.678 Millones por impacto en ventas y en operación de los periodos mencionados.”⁹⁴

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal echa de menos el nexo causal directo entre el incumplimiento que se atribuye a las demandadas y el perjuicio alegado, así como la certeza en su causación, requisitos necesarios para ordenar su reparación.

En efecto, en reiterada jurisprudencia se expresa:

⁹⁴ Dictamen pericial de Juan Sebastián Segura Tinoco, página 34. Tomo XI del expediente folio 3745.

“... cuando se pretende judicialmente el pago de perjuicios, al actor le corresponde demostrar, salvo los casos de presunción de daño, como ocurre con la cláusula penal y el caso del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por una pérdida real y efectiva, ora de una ventaja o ganancia, ocasionado por la inejecución o ejecución defectuosa o tardía de las obligaciones del deudor. Significa esto que el daño susceptible de reparación debe ser “directo y cierto” y no meramente “eventual o hipotético”, esto es, que se presente como consecuencia de la “culpa” y que aparezca “real y efectivamente causado””⁹⁵(Se ha subrayado)

Por lo anterior, la pretensión décima de la demanda no prospera, como quedará consignado en la parte resolutive de este laudo.

3.9. Excepciones frente a la demanda principal

De las decisiones plasmadas en los acápite anteriores sobre las pretensiones de la demanda principal, se deduce sin dificultad la suerte de las excepciones formuladas por las sociedades demandadas, sin embargo a continuación se hará un pronunciamiento expreso sobre cada uno de los medios exceptivos.

3.9.1. Excepciones formuladas por Tenaris

3.9.1.1. “CONTRATO CUMPLIDO”

Esta excepción se formuló por TENARIS en los siguientes términos: *“TENARIS TUBOCARIBE en cumplimiento de lo dispuesto por la ley y el contrato, le canceló y compensó a B&V.”*

Al decidir la pretensión sexta de la demanda, el Tribunal concluyó que las sociedades demandadas no recibieron el valor total consignado en el inventario suscrito de común acuerdo por las partes, aplicados los descuentos aceptados por B&V por lo cual quedó establecido que le adeudan la suma de \$4.287.857.890.

En tales condiciones, la excepción denominada *“contrato cumplido”* no se encuentra demostrada.

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 27 de marzo de 2003.

3.9.1.2. "PAGO DE LO CONTRACTUALMENTE DEBIDO"

Esta excepción se planteó como sigue:

"TENARIS TUBOCARIBE le ha pagado a B&V lo que contractualmente y legalmente le corresponde."

Es evidente que el fundamento de esta excepción coincide con el de la anterior denominada "contrato cumplido" y por la misma razón anotada al referirse a aquélla, la excepción denominada "pago de lo contractualmente debido" no se encuentra demostrada.

3.9.1.3. "EL CONTRATO ES LEY PARA LAS PARTES";

A este respecto, TENARIS ha manifestado:

"De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". En consecuencia, B&V se encuentra legalmente obligada a respetar las secuelas por incumplimiento en el plazo acordado."

Para el Tribunal, este argumento de defensa no tiene la naturaleza de "excepción" en cuanto no está encaminado a enervar o dejar sin efecto una particular pretensión y en tales condiciones no puede tenerse por demostrada una excepción en esos términos.

3.9.1.4. "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN"

Esta excepción fue planteada como sigue: *"TENARIS TUBOCARIBE no se encuentra obligada a pagar a B&V montos distintos a los resultantes a la terminación del contrato por incumplimiento de esta última."*

La forma en la que ha sido planteado este medio de defensa no conduce a enervar la pretensión encaminada a obtener la condena al pago de las sumas adeudadas a la terminación del contrato, y, por el contrario pareciera que se reconoce la obligación de pagar a la demandante el valor "resultante a la terminación del contrato" pero no "montos distintos" debido a los incumplimientos de aquélla.

Lo cierto es que dentro del proceso quedó acreditado que las sociedades demandadas adeudan solidariamente a la demandante las sumas por los conceptos a los que se hizo referencia al decidir la pretensión sexta de la demanda principal, pero no serán condenadas a los valores adicionales a los que se refieren otras pretensiones de la demanda.

De acuerdo con lo anterior, la excepción así planteada se tiene por demostrada.

3.9.1.5. "COBRO DE LO NO DEBIDO"

Se trata de un nombre diferente para el mismo fundamento de la excepción denominada "Inexistencia de la obligación" en cuanto se plantea como sigue: *"No debiendo TENARIS TUBOCARIBE montos distintos a los resultantes de la terminación y liquidación, B&V le está cobrando audazmente a TUCA lo que no le debe."*

En tales condiciones, habiendo denegado el Tribunal algunas de las condenas solicitadas en la demanda, la excepción así expresada se tiene por demostrada.

3.9.1.6. "AUSENCIA DE CAUSA Y FALTA DE FUNDAMENTO DE LAS DECLARACIONES FORMULADAS POR B&V"

Esta excepción se plantea como sigue: *"De acuerdo con lo estipulado en el contrato, lo establecido en la Ley y el incumplimiento de B&V no le asisten situaciones de tiempo, modo y lugar que soporte ninguna de ellas."*

Los términos en los que está planteada esta excepción no son claros, con todo, puede inferirse que se refiere a que las pretensiones de la demanda no tienen fundamento.

Sin embargo, al analizar las pruebas para decidir las pretensiones de la demanda principal reformada, el Tribunal ha concluido que algunas de ellas prosperan, por lo cual esta excepción no se encuentra demostrada.

3.9.1.7. "ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA"

El fundamento de esta excepción se ha planteado como sigue: *"El pretender alegar su propia culpa para buscar réditos económicos, generarían un enriquecimiento sin causa para la demandante."*

Como es bien conocido, los requisitos para que se configure un “enriquecimiento sin causa” han sido delineados con precisión por la jurisprudencia en los siguientes términos:

“En síntesis, la acerada jurisprudencia en materia de enriquecimiento sin causa exige, tanto en materia civil como mercantil, que un individuo obtenga una ventaja patrimonial; que como consecuencia de dicha ganancia exista un empobrecimiento de otro sujeto, esto es, que entre el enriquecimiento y la mengua haya correlación y correspondencia, es decir, que se observe un nexo de causalidad, que uno se deba a u origine en el otro; que el desplazamiento patrimonial se verifique sin causa jurídica que lo justifique, o lo que es igual, que la relación patrimonial no encuentre fundamento en la ley o en la autonomía privada; que el afectado no cuente con una acción diversa para remediar el desequilibrio; y, que, con el ejercicio de la acción no se pretenda soslayar una disposición legal imperativa”⁹⁶.

En el caso que nos ocupa, la demandada TENARIS no demostró en manera alguna la configuración de los aludidos requisitos, por lo cual la excepción así planteada no se encuentra demostrada.

3.9.1.8. “B&V NO PUEDE IR CONTRA SUS ACTOS PROPIOS (Venire contra factum proprium non valet)”

Esta excepción se plantea como sigue:

“B&V, pudiendo haber hecho, no pacto en el contrato ni en ninguna de sus modificaciones, otrosí, o actas de entendimiento, que TUCA había ampliado el plazo contractual o que le debía dinero por cualquier circunstancia conexas a la ejecución del contrato.

“En consecuencia, B&V no puede desconocer sus propios actos, menos aun cuando es la parte de (sic) se comprometió a entregar la obra totalmente terminada para el día 7 de abril de 2014.”

A este respecto, el Tribunal al analizar la pretensión primera de la demanda principal encontró demostrado, contrario a lo que se expone como fundamento de esta excepción, el

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, sent. cas. civ. de 19 de septiembre de 1936, G.J. 1918, p. 435, citada en sentencia del 4 de abril de 2013, M.P. Ruth Marina Díaz, exp. 11001-3103-013-2008-00348-01

entendimiento de las partes en el sentido de que el término de ejecución del contrato se había extendido con posterioridad al 7 de abril de 2014.

Por lo anterior, la excepción así planteada no tiene la virtualidad de enervar la pretensión referida a la prórroga tácita del término del contrato.

3.9.1.9. “TODA EXCEPCIÓN DERIVADA DE CUALQUIER OPOSICIÓN, REPLICA, CONTRAREPLICA Y EN GENERAL DE CUALQUIER MEDIO DE DEFENSA DE LA DEMANDADA”.

El Tribunal no encontró demostrada ninguna excepción que enervara la prosperidad de las pretensiones despachadas favorablemente para la parte demandante.

3.9.2. Excepciones formuladas por Exiros

EXIROS, en la contestación a la demanda reformada expresó que en punto de las excepciones, se remitía a las propuestas en la contestación a la demanda inicial, las cuales formuló bajo las siguientes denominaciones: como excepción previa, la de *“falta de jurisdicción-ausencia de pacto arbitral”* y como excepciones de fondo, *“carencia de supuestos fácticos y de derecho para pedir indemnizaciones y condenas”*; *“buena fe”*; *“falta de legitimación por pasiva en la causa”*; *“falta de competencia. Defecto orgánico en materia de arbitramento”*; *“falta al debido proceso”*; y *“excepción genérica.”*

**3.9.2.1. “FALTA DE JURISDICCIÓN-AUSENCIA DE PACTO ARBITRAL”
“FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA EN LA CAUSA”; “FALTA DE COMPETENCIA. DEFECTO ORGÁNICO EN MATERIA DE ARBITRAMENTO”; “FALTA AL DEBIDO PROCESO”**

De acuerdo con lo previsto en el inciso segundo del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, en el proceso arbitral no es procedente formular excepciones previas, con todo, el Tribunal analizó la excepción propuesta como previa bajo la denominación de *“falta de jurisdicción-ausencia de pacto arbitral”* habida consideración de que resulta coincidente con las que, formuladas como *“de fondo”* se enunciaron como *“falta de legitimación por pasiva en la causa”*; *“falta de competencia. Defecto orgánico en materia de arbitramento”* y *“falta al debido proceso.”*

En la parte inicial de este laudo, se estudiaron de manera profunda y detallada los argumentos con base en los cuales la demandada se opuso a la competencia del Tribunal para conocer de las pretensiones formuladas en su contra.

En ese acápite inicial se confirmó la conclusión a la que el Tribunal había arribado en la primera audiencia de trámite, en el sentido de confirmar su competencia, pues los supuestos de hecho en los que se fundó la excepción, coincidentes con la sustentación de las que bajo otras denominaciones pretendían el mismo efecto, no se encontraron demostrados, por lo cual tales excepciones serán desestimadas.

3.9.2.2. "CARENCIA DE SUPUESTOS FÁCTICOS Y DE DERECHO PARA PEDIR INDEMNIZACIONES Y CONDENAS"

El fundamento de esta excepción simplemente se enunció así: "*... no hay ninguna razón apoyada en hechos y en disposiciones legales que apoyen el pedido del libelista.*"

Al analizar la pretensión sexta de la demanda principal el Tribunal, encontró demostrado que hay lugar a condenar a la parte demandada a pagar a la parte demandante el valor señalado en ese acápite.

Por los motivos y argumentos expresados en dicho análisis, esta excepción será desestimada.

3.9.2.3. "BUENA FE"

Las manifestaciones de la demandada EXIROS, en el sentido de haber procedido de buena fe, no tienen la naturaleza de una excepción, en cuanto no están dirigidas a enervar una o varias de las pretensiones formuladas por la demandante en su contra, por lo cual se desestima.

3.9.2.4. "EXCEPCIÓN GENÉRICA"

El Tribunal no encontró probada ninguna excepción fundada en argumentos diferentes a los analizados al decidir las pretensiones de la demanda principal, por lo cual no hay lugar a declarar probado ningún medio exceptivo adicional.

4. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.

4.1. Pretensión primera: Declaratoria de incumplimiento contractual por parte de la demandante reconvenida B&V.

La pretensión primera del texto de la demanda de reconvencción reformada establece lo siguiente:

"1. Que se declare que la parte demandada, sociedad B&V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA EN REORGANIZACIÓN, incumplió el Contrato No. 6600758473 con TENARIS TUBOCARIBE LTDA. De fecha agosto 26 de 2013, conforme a las consideraciones expuestas en la presente demanda."

4.1.1. Posiciones de las partes

4.1.1.1. El incumplimiento alegado por Tenaris

Como se advierte del texto antes transcrito, TENARIS no incluyó de manera expresa en su pretensión las obligaciones que estimó incumplidas por B&V, sino que simplemente se remitió a las "consideraciones" de la demanda.

Así entre los incumplimientos a los que se hace referencia en los hechos de la demanda, se mencionan los siguientes: (i) incumplimiento del cronograma propuesto (hecho sexto de la demanda) (ii) abstenerse de informar sobre las dificultades para conseguir la materia prima necesaria para adelantar el proyecto y abstenerse de solicitar desde el inicio del proyecto ampliación del plazo (hecho duodécimo) (iii) utilización el anticipo para fines diferentes al contrato (hecho vigésimo cuarto) (iv) no prever los tiempos de adquisición de materia prima (hechos trigésimo tercero y trigésimo sexto) (v) no contar con una herramienta efectiva para controlar la ejecución del proyecto, por lo cual no suministró información necesaria y oportuna sobre el avance de la obra (hecho cuadragésimo sexto) (vi) no contar con personal suficiente para ejecutar la obra (vii) falta de cuidado en la inspección de las labores de pintura y soldadura (hecho sexagésimo segundo) (viii) no contar con suficiente personal experto en HSE. (ix) interferir con las labores de otros contratistas. (x) retraso en los pagos de la seguridad social de los trabajadores.

En el alegato de conclusión, el apoderado de las demandadas manifestó:

“Se aprecia que las obligaciones de construir los módulos en los plazos parciales que aparecen en el cronograma contractual y, la obra completa, en el plazo que inicialmente vencía el 9 de marzo de 2014 y que en el otrosí de fecha 20 de diciembre de 2013 se amplió hasta el 7 de abril de dicho año, eran de resultado.”

Y luego agregó:

“Finalmente está plenamente acreditado que, para el 16 de junio de 2014, B&V NO había completado ningún módulo.”

Adicionalmente, también en el alegato expresó:

“Claramente, los supuestos incumplimientos de FERRASA, contratista de B&V, y por lo mismo, incumplimientos atribuibles a B&V, le impedían a B&V fabricar correas, aireadores, arriostramientos, vigas carrileras y columnas principales.”(Subrayado propio del texto)

“B&V presentó una notable falta de organización en su proceso de fabricación e instalación de productos, los cuales generaban desórdenes en la obra y retrasos tanto para B&V, como para TENARIS y los demás subcontratistas.”

4.1.1.2. Oposición de la Convocante Reconvenida B&V Estructuras Metálicas frente a la pretensión

En su alegato de conclusión el apoderado de la demandante expresó que *“...no existían anomalías o inconvenientes distintos a los normales de un CONTRATO de esta magnitud, que se solucionaban dentro de un espíritu de colaboración. ...”*

4.1.2. Consideraciones del Tribunal

4.1.2.1. En cuanto al incumplimiento del plazo de ejecución del contrato

Como se ha señalado al despachar la pretensión primera de la demanda principal, el contrato celebrado entre las partes fue objeto de prórrogas, la primera de ellas convenida formalmente a través del otrosí suscrito el 20 de diciembre de 2013, al que las partes atribuyeron efectos de transacción y posteriormente derivadas de los acuerdos tácitos sobre nuevos cronogramas en los que se establecían otras fechas para adelantar las actividades a cargo de B&V hasta el mes de agosto de 2014.

En tales condiciones, al haber prorrogado el plazo para la ejecución del contrato no se encuentra configurado un incumplimiento de B&V por no haber concluido el proyecto para el 7 de abril de 2014.

El Tribunal encuentra que B&V entendió válidamente prorrogado el contrato, de acuerdo con la conducta seguida por su contratante, quien continuó ejecutándolo con posterioridad a esa fecha, habiéndole enviado un “*layout*” con nuevas fechas para la ejecución de las actividades pendientes.

Es pertinente en este punto mencionar que bajo la teoría de los actos propios, B&V podía confiar legítimamente en que el término de ejecución del contrato había sido prorrogado, por lo cual le resultó sorpresiva la súbita decisión de la contratante de finalizar de manera unilateral e inmediata el contrato que se venía cumpliendo, aunque ciertamente no sin tropiezos.

En tales condiciones, el Tribunal encuentra configurados los presupuestos que la jurisprudencia ha estimado como requisitos para que se produzca el efecto anotado, en los siguientes términos:

“... oportuno resulta asentar que si bien jurisprudencia y la doctrina no son concordantes en cuanto a los requisitos establecidos para considerar si, en estrictez, procede la teoría de los actos propios, la mayoría converge en señalar los siguientes como tales: i) una conducta relevante que genere en la otra persona un grado de confianza legítima sobre la realización o concreción, en el futuro, de unas consecuencias en particular, ii) que, con posterioridad, emerja otra conducta (quizás una pretensión) que contradiga con evidente y objetiva incoherencia, los antecedentes plantados; iii) que la nueva situación presentada tenga trascendencia en lo jurídico y la virtualidad para afectar lo existente, y vi) que haya identidad entre quienes resultaron involucrados en uno u otro episodio.”⁹⁷

De acuerdo con lo expresado antes, se reitera, no se configuró incumplimiento de B&V por no haber terminado la obra para el 7 de abril de 2014, ni para la fecha en la que unilateralmente se terminó el contrato.

En cuanto a los demás incumplimientos que se atribuyen a B&V:

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 24 de enero de 2011. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

4.1.2.2. En relación con la obtención oportuna de los insumos o materia prima requerida para cumplir con el objeto del contrato

En acápite anterior de este laudo se ha hecho referencia a que el riesgo de la obtención de los materiales necesarios para ejecutar el contrato, al no haberse pactado en contrario, corría por cuenta de la sociedad contratista. La obtención de los insumos requeridos para desarrollar la obra es una obligación que se deriva de la naturaleza del contrato celebrado entre las partes y debía ser cumplida por B&V, quien ciertamente la incumplió al no haber asegurado, con anterioridad a la presentación de su propuesta, el suministro de los insumos requeridos dentro de los tiempos de entrega correspondían al término ofertado.

Con todo, llama la atención del Tribunal que la contratante hubiera adjudicado el contrato a quien proponía un término de ejecución considerablemente inferior al de los otros oferentes, sin haber verificado las razones de la diferencia, circunstancia que parece oponerse a su pretensión resarcitoria pues de alguna manera se traduce en alegar a su favor su propia culpa.

De otra parte, el Tribunal concluye del acervo probatorio que obra en el expediente que la contratante estuvo constantemente informada de los problemas para obtener la materia prima por parte de FERRASA, de su mismo grupo empresarial y a quien ella misma solicitó los insumos que se comprometió a proporcionar para la ejecución del contrato, lo cual no desvirtúa el incumplimiento de B&V de su obligación en los términos mencionados.

Es evidente que buena parte del corazón de este proceso gira alrededor del incumplimiento en la obligación de B&V de conseguir, de manera oportuna, los materiales necesarios para adelantar los aspectos críticos de la obra.

TENARIS aduce al respecto desde falta al deber de buena fe, hasta falta de diligencia en el cumplimiento de esta obligación, y señala ésta como la causa principal de lo acontecido, la que, recalca, no ha debido ocurrir, tratándose de un conocedor y experto en la materia objeto de esta obra y, por ende, del mercado de materiales tanto en el país como en otros países suministradores alternos del mismo.

Una primera observación, en la que el Tribunal coincide con el apoderado de B&V, frente al reclamo y, en particular, de haber "*ocultado a TUCA*" la tardanza en el suministro por parte de FERRASA, es que ciertamente, al analizar las compañías partes dentro del negocio que se trata, es claro que si hay una parte experta en el tema, no solo por ser fabricante de materiales del sector sino por tener una organización internacional para compra de los mismos, es TENARIS, de manera directa o con las compañías que hacen parte del grupo societario al que pertenece y, en particular, de Exiros, compañía que como lo ha dicho la

demandante en reconvención es su “*Agente de Compras*” y la matriz de ella no solo lo hace a nivel nacional sino internacional y sus varias asociadas al grupo son fabricantes y comercializadoras de los mismos, como lo es el tan nombrado caso de FERRASA. Así pues la alegada falta de información a TENARIS por B&V no se ve cómo podía de alguna manera generar desinformación en TENARIS quien, bajo ese contexto, conocía mejor que TENARIS el punto y bien ha podido llamar la atención desde el inicio mismo del contrato.

Lo anterior y quiere el Tribunal dejarlo en claro, no implica que FERRASA sea parte del contrato ni deba asumir condena alguna dentro de este proceso por los incumplimientos incurridos que derivaron en las demoras y complejidades surgidas dentro de aquel pero, ciertamente, dentro del deber de colaboración, como ya lo mencionó el Tribunal, podría TENARIS O EXIROS haber incidido de manera más contundente para un debido cumplimiento de parte de aquella sociedad, en beneficio mutuo.

4.1.2.3. La destinación del anticipo

Con el dictamen pericial elaborado por el contador Jaime Hernández quedó acreditado que la sociedad demandante invirtió debidamente el anticipo, por lo cual no se advierte un incumplimiento a este respecto.

4.1.2.4. Los demás incumplimientos que se atribuyen a B&V

El Tribunal encuentra acreditado que B&V fue objeto de repetidos requerimientos por parte de la contratante por no suministrar oportunamente información sobre el desarrollo del proyecto, lo cual hace evidente que ciertamente no contaba con un sistema o programa adecuado para tal efecto, lo cual configura un incumplimiento a su cargo.

Igualmente fue objeto de repetidas llamadas de atención en lo concerniente al personal requerido y a las condiciones necesarias para dar cumplimiento a las normas de HSE (salud, seguridad y medio ambiente, por su sigla en inglés: Health, Safety and Environment), lo cual permite deducir una infracción de las exigencias del contrato a este respecto.

Sin embargo, es pertinente mencionar que la deficiencia de B&V en este aspecto –HSE- fue evidente para la contratante, aún antes de la adjudicación del contrato, según se advierte en la prueba documental que obra en el expediente, a pesar de lo cual se le adjudicó el contrato, circunstancia que nuevamente pone en entredicho su diligencia y compromete la viabilidad de su reclamo.

Desde otro punto de vista, tiene particular relevancia el hecho de que frente a las infracciones, más o menos graves en las que incurrió B&V durante la ejecución del contrato, la contratante no aplicó las medidas o las sanciones contempladas en el mismo, sino que entre las partes fueron dándoles solución para lograr terminar el objeto contratado, algunas veces a través de acuerdos vertidos en actas formales, con el carácter de “*transacción*” con el efecto de impedir reclamaciones posteriores por los incumplimientos presentados al momento de suscribirlas.

Así por ejemplo, en la demanda de reconvención se plantea que luego de surtida la etapa formal y en ejecución del contrato se dio inicio y fue recurrente la solicitud de modificaciones a lo acordado y contenido en el contrato, lo que, en el entendimiento de TENARIS, constituye parte del incumplimiento de los deberes adquiridos, derivados de falta de planeación, cuidado y/o desconocimiento o impericia.

Evidentemente, ello se encuentra soportado en abundantes comunicaciones que son mencionadas para ejemplificar las fallas endilgadas a B&V.

No obstante, y sin salvedades de clase alguna, más allá de expresar su contrariedad y reiterar a B&V el debido y oportuno cumplimiento de lo originalmente pactado, también existe, como conclusión de dichos incidentes, la aquiescencia, sin comentarios o, “*como ánimo de colaboración*” para acordar fórmulas sustitutivas a las originalmente pactadas, lo que, no estando prohibido y moviéndose dentro de la discrecionalidad de las partes, constituyen modificaciones al contrato, en pro de lograr los objetivos perseguidos y para la mejor y más pronta suerte del mismo. Mal podría ahora, se reitera, luego de superados esos incidentes y solventados con capacidad suficiente para hacerlo, pretender convertirlos en fuente de incumplimiento de la que se desprenda indemnización de perjuicios a favor de TENARIS.

Es así que en los eventos en que “*de común acuerdo*” se hacen sustituciones en elementos que, o bien no se logra conseguir, o su consecución podría demorarse e impactar la obra, como es por ejemplo el caso de los perfiles, se trata, como se ha dicho, de cambios acordados por las partes con tal objetivo y no resulta ahora propicio el momento para aplicar indemnizaciones sobre hechos que son parte de la dinámica de un proyecto donde no necesariamente todo se termina llevando a cabo milimétricamente, en la forma que originalmente se acordó.

De otra parte, en cuanto al incumplimiento que se atribuye a B&V referente a pintura y calidad de los bienes entregados, se evidencian diversos reclamos, sin que sean exagerados en su número. Como resultado de los mismos se acordó reprocesar las piezas, separar los talleres de pintura con manufactura para llevarlas al nivel de calidad y características acordadas. Entiende el Tribunal, que tales acciones fueron llevadas a cabo a satisfacción en

cuanto no aparecen pruebas de segundos reprocesos o rechazos repetidos por defectos de fabricación. No obstante, no se trata aquí, como en casos anteriores, de ajustes o modificaciones a lo acordado, sino de faltas debidas e imputables a B&V que constituyen violación del contrato.

Adicionalmente, a raíz de la demora en la ejecución del proyecto contratado en la forma y términos a que se ha hecho referencia, se reclama el haber ocupado más allá de lo acordado, espacios dentro de la obra, obstaculizando el cumplimiento de otros contratistas encargados de labores tendientes a la construcción de la planta de TENARIS. Al respecto, tal como ya reiteradamente se ha señalado, los plazos originales así como las labores a ejecutar fueron modificados por acuerdos entre las partes que, hasta la fecha en que se produjo la terminación unilateral del contrato estaban vigentes. Así las cosas, no puede imputarse a B&V el ocupar áreas e impedir que otros contratistas ocuparan parte del área de edificación en cuanto esas modificaciones fueron fruto del acuerdo de B&V y TENARIS, sin que ninguna salvedad se hubiera hecho al respecto y ahora se pretenda endilgar a B&V exclusivamente, demandando indemnizaciones por tal concepto.

Adicionalmente, se expresa en la demanda de reconvención, que en algunos eventos, luego de haber reconvenido a B&V para atender a la fabricación o suministro de algunos elementos a cargo de esta, fue necesario "*sacar del alcance*" de B&V tales actividades, tal es el caso de la labor relacionada con los rieles y los clips, como se indica en el numeral octogésimo cuarto de los hechos de dicha demanda, así como en el octogésimo séptimo, en el que se hace referencia a que las partes acuerdan que TENARIS, le brinde apoyo en el cumplimiento de algunas cargas contractuales relacionadas con el armado de 40 correas especiales faltantes y los 15 aireadores faltantes.

A este respecto, en cuanto medió el consentimiento de TENARIS para introducir tales modificaciones al contrato, no se configura incumplimiento por este concepto y no hay lugar ahora a formular reclamaciones diferentes a los descuentos por tales rubros, los cuales B&V reconoció y se han restado del valor correspondiente a obra ejecutada, según quedó analizado al pronunciarse sobre las pretensiones cuarta y quinta de la demanda principal.

En síntesis, el Tribunal encontró demostrados algunos incumplimientos por parte de B&V al ejecutar el contrato, que si bien generaron retrasos en la ejecución del contrato, fueron subsanados por el acuerdo de las partes para dar solución a los problemas derivados de tales incumplimientos, a fin de culminar el proyecto, en este sentido la pretensión primera de la demanda de reconvención prospera.

4.2. Pretensión segunda: Resolución del contrato

La pretensión segunda del texto de la demanda de reconvención reformada establece lo siguiente:

"2. Como consecuencia de lo anterior, declarar resuelto el Contrato No. 6600758473 de fecha 26 de agosto de 2013 entre B&V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA EN REORGANIZACIÓN y TENARIS TUBOCARIBE LTDA."

4.2.1. Posiciones de las partes

4.2.1.1. Oposición de la convocante reconvendida B&V Estructuras Metálicas frente a la pretensión

En su alegato de conclusión, el apoderado de B&V sostuvo que los retrasos en las obras fueron ocasionados por los manifiestos incumplimientos en que incurrieron las convocadas Tenaris y Exiros.

4.2.2. Consideraciones del Tribunal

En primer lugar, el Tribunal estima pertinente destacar que el contrato celebrado entre las partes se encuentra terminado por vencimiento de su término de vigencia, circunstancia que excluye cualquier pronunciamiento sobre la resolución solicitada pues no es procedente declarar la resolución de un contrato que ya se encuentra terminado.

En cualquier caso, la jurisprudencia ha entendido en forma reiterada, que la facultad de solicitar la resolución por incumplimiento a la que hace referencia el artículo 1546 del Código Civil le asiste al contratante cumplido, condición que en este caso no se predica de las contratantes, pues tal como se constató al decidir las pretensiones de la demanda principal, ellas incumplieron algunas de sus obligaciones a lo largo de la ejecución del contrato.

Finalmente, no sobra resaltar la contradicción que entraña la posición asumida por la parte demandante en reconvención, al solicitar la declaratoria de resolución del contrato, con indemnización de perjuicios, con base, según se afirma, en el incumplimiento de B&V y, por otra parte, como lo ha hecho con énfasis y energía, alegar, frente a la demanda principal, que el contrato no fue prorrogado debidamente, por lo cual su plazo terminó el

día 7 de abril de 2.014 y a la par defender la legalidad de la liquidación unilateral que efectuó el 16 de junio de 2.014⁹⁸

De acuerdo con los razonamientos antes expuestos, la pretensión segunda de la demanda de reconvencción reformada, no prospera.

4.3. Pretensiones tercera, cuarta y quinta: Indemnización de perjuicios derivados del incumplimiento por parte de la demandante reconvenida B&V, actualización de sumas e intereses moratorios.

El texto de las pretensiones tercera, cuarta y quinta de la demanda de reconvencción reformada es el siguiente:

“3. Como consecuencia de lo anterior, condenar a la parte demandada B&V ESTRUCTURAS METALICAS LTDA EN REORGANIZACIÓN a pagarle a la parte demandante en reconvencción, TENARIS TUBOCARIBE LTDA., la suma de NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIESCISEIS MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS (\$9.416.560.276) por concepto de indemnización de perjuicios causados por incumplimiento del contrato resuelto conforme a estimación contenida en el juramento estimatorio que fuere subsanado en su momento oportuno.

4. Que se condene a la demandada al pago de las anteriores sumas debidamente actualizadas a la fecha en que se profiera el laudo arbitral.

5. Que se condene a la demandada al pago de los respectivos intereses moratorios causados hasta la fecha en que se realice el pago.”

4.3.1. Oposición de la Convocante Reconvenida B&V Estructuras Metálicas frente a las pretensiones indemnizatorias

En la contestación de la reforma a la demanda de reconvencción, la convocante reconvenida B&V, simplemente insiste en que cumplió las obligaciones a su cargo y que fueron las contratantes quienes incumplieron y deben pagarle las sumas correspondientes a obra ejecutada y a los perjuicios derivados de sus incumplimientos.

4.3.2. Consideraciones del Tribunal

Si bien como ha quedado dicho al decidir la pretensión primera de la demanda de reconvencción, el Tribunal encontró acreditado el incumplimiento por parte de B&V de algunas de las obligaciones a su cargo, echa de menos la prueba de que el valor reclamado corresponde al perjuicio derivado directamente de tales incumplimientos.

A este respecto, la jurisprudencia ha reiterado en varias sentencias, que *“en lo atinente a la cuantificación del daño, se tiene definido que el mismo debe ser cierto, real y no eventual o hipotético.”* Y agrega en la misma providencia: *“Al respecto, esta Corporación ha expuesto que “[e]n cuanto al perjuicio que se le causa a una persona este debe ser cierto y no puramente conjetural. Naturalmente que el daño no basta afirmarlo, puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario.”*⁹⁹

Ya se ha mencionado en este laudo que la terminación unilateral por parte de la contratante no fue adoptada en los términos pactados en el contrato, ni dentro del cauce que permite la ley, de manera que si los costos reclamados corresponden al valor que debió pagar para terminar la obra, es claro que en ellos incurrió por su decisión y al no ser posible establecer cuáles de tales costos se derivan específicamente de las conductas adoptadas por la contratista durante la ejecución del contrato, no hay lugar a reconocer ninguna indemnización a su favor por este concepto.

En tales condiciones, al no prosperar la pretensión indemnizatoria, están igualmente llamadas al fracaso las pretensiones sobre actualización e intereses reclamados sobre las sumas reclamadas que han sido denegadas.

4.4. Excepciones formuladas por B&V

4.4.1. “AUSENCIA DE CAUSALIDAD PARA RECLAMAR LOS PERJUICIOS POR PARTE DE TUBOCARIBE – EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO”

Se hace consistir, en términos generales en que B&V no incurrió en incumplimientos del contrato si bien, en alguna medida, existió una ejecución de sus obligaciones de manera diferente, obligado por TENARIS por haber ella incumplido con sus obligaciones.

⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia del 8 de agosto de 2013. M.P. Ruth Marina Díaz.

A pesar de que el Tribunal ha establecido el incumplimiento por parte de B&V de algunas de las obligaciones a su cargo, también ha encontrado acreditado el incumplimiento por parte de Tenaris de algunas de las obligaciones a su cargo, en tal sentido se tiene por demostrada esta excepción.

4.4.2. “INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE TUBOCARIBE”

Se hace consistir en el hecho de haber incumplido TENARIS con varias de sus obligaciones tales como el no suministro de los materiales que estaba obligado a entregar a B&V, no suministro oportuno de los planos de ingeniería o entregarlos de forma inconsistente.

Tal como lo ha encontrado acreditado el Tribunal, TENARIS incumplió con varias de las obligaciones a su cargo, tal como en el laudo se ha analizado y concluido en detalle, motivo por el cual, el Tribunal encuentra configurada esta excepción, lo que habrá de declarar.

4.4.3. “AUSENCIA O CAUSA EXTRAÑA”

Se hace consistir en el hecho de la incidencia del incumplimiento de FERRASA sin que ello pueda ser imputable a B&V. Igualmente en que la circunstancia de haberla elegido como proveedora fue debida a una adecuada información y conocimiento del mercado por B&V y en consecuencia esa causa extraña lleva a la imposibilidad de cumplir sin que pueda serle achacada a falta de diligencia o información inadecuada.

Sobre el particular, ha tenido el Tribunal oportunidad de pronunciarse en cuanto no es FERRASA parte del contrato ni tampoco, aún bajo el supuesto de ser parte del mismo Grupo Empresarial de TENARIS y EXIROS. No obstante, ha expresado que estos últimos, de igual o mejor manera que B&V contaban con elementos para conocer el mercado, máxime estando de por medio EXIROS, amplio conocedor del mismo por vía directa, dado su papel en el contrato, y también por ser su sociedad matriz la encargada, para el grupo, del manejo de las compras de insumos como los que se ha discutido en el curso del proceso.

De igual manera, si bien ha señalado los incumplimientos de B&V de algunas obligaciones a su cargo en los términos del contrato, también ha señalado el retraso y reticencia en el suministro de materias primas por TENARIS y el incumplimiento de algunas de sus obligaciones, como el conjunto de causas que no permitieron el debido y

oportuno desarrollo del contrato. Así las cosas, no está llamada a prosperar la excepción propuesta que busca que sea el mero incumplimiento de FERRASA como la “causa extraña” que determinó la falta de cumplimiento por B&V, por lo cual se habrá de rechazar la excepción, en los términos en que ha sido planteada.

4.4.4. “PRORROGA DEL CONTRATO”

Se hace consistir en que el contrato, para la fecha en que fue terminado unilateralmente por TENARIS se encontraba vigente en virtud de las prórrogas que, de común acuerdo se habían acordado entre las partes, motivo por el cual el haber finiquitado el contrato en la forma en que se hizo, resulta un acto arbitrario y un incumplimiento de TENARIS.

Sobre el particular, ha señalado el Tribunal su criterio al respecto, conforme al cual el contrato, a la fecha de la declaratoria de terminación unilateral se encontraba vigente, dando valor a las prórrogas acordadas por las partes, a los efectos transaccionales de tales acuerdos y a la incidencia de la no novación que en los mismos se hizo constar.

Así las cosas y en concordancia con lo ya dicho al respecto, el Tribunal declara la prosperidad de la excepción de prórroga del contrato propuesta por B&V.

4.4.5. “LAS DEMÁS EXCEPCIONES QUE SE ACREDITEN DENTRO DEL TRANCURSO DEL PROCESO”

No encuentra el Tribunal, diferentes a las que se han propuesto y analizado en el transcurso del proceso por lo cual no habrá de reconocerse ninguna adicional a ellas.

5. EL JURAMENTO ESTIMATORIO

En cuanto al juramento estimatorio, B&V ha objetado el mismo, por las razones que, en síntesis, el Tribunal resume, así:

Que, como lo señala el contrato, la planilla de cotización forma parte integral del contrato y al igual que de la oferta presentada, lo que no podía ser desconocido por TENARIS al asumir algunas obligaciones derivadas del contrato.

Que los precios para estimar perjuicios no pueden ser diferentes a los utilizados para la liquidación que efectuó TENARIS.

Que no pueden reclamarse por concepto de pagos a proveedores valores diferentes a los pagados por B&V dentro de la ejecución del contrato.

Que hay un incremento desproporcionado entre los perjuicios a los que se hace referencia en el Acta de Liquidación por 1.494 millones para reclamar luego en la demanda de reconvención 9.400 millones presentando facturas respecto de las cuales no aparece explicación del nexo con el contrato.

5.1. Consideraciones el Tribunal

De conformidad con lo propuesto por el apoderado de B&V ha de rechazarse la estimación de los perjuicios contenida en el juramento estimatorio incluido en la demanda de reconvención reformada, debido a la incongruencia entre lo solicitado y lo probado dentro del proceso que hace evidente que la estimación carece de soporte.

El artículo 206 del CGP establece que el juramento constituye prueba en cuanto no sea objetada y da valor a dicha objeción, en cuanto se especifique de manera razonada la inexactitud que se le atribuya a la objeción.

De igual forma establece en el inciso 4 una sanción cuando la suma estimada, confrontada con la debidamente probada supere en un 50%, caso en el cual habrá de condenarse a quien hizo la estimación en una suma equivalente al 10% de la diferencia.

Así mismo extiende la condena a los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios, caso en el cual la sanción equivaldrá al 5% del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

La Corte Constitucional, ha señalado que la finalidad del juramento consiste en agilizar la justicia y disuadir la interposición de demandas temerarias y fabulosas, lo cual se ajusta los fines de la administración de justicia y a hacer prevalecer la buena fe y la lealtad procesal sobre las formas procesales otorgando un valor especial a lo señalado por las partes. (Sentencia C- 279 del 15 de mayo de 2.013)

En el presente caso no será tenida en cuenta la estimación efectuada por TENARIS en su demanda de reconvención, por las razones por las cuales han sido desestimadas sus pretensiones, sin que ello comporte la imposición de sanción alguna, en cuanto no

encuentra el Tribunal que al haber hecho el juramento, lo hubiera hecho por fuera de la buena fe y la lealtad procesal debidas, ni se trata de una estimación temeraria.

No obstante lo anterior, debe anotarse que la parte demandada en reconvención presentó una objeción general y no explícita y detallada por lo cual no cumple con los requisitos que al respecto exige la ley procesal.

6. LAS COSTAS DEL PROCESO

En el artículo 365 del Código General del Proceso, en su parte pertinente se dispone:

"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, ...*

(...)

5. *En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión."*

En el presente caso, tanto la demanda principal como la demanda de reconvención han prosperado parcialmente por lo cual el Tribunal, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso antes transcrito, se abstendrá de proferir condena en costas.

III. CAPÍTULO

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir las controversias suscitadas entre **B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA EN REORGANIZACIÓN**, parte Demandante, y **TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA. y EXIROS DE COLOMBIA LTDA.**, parte Demandada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y habilitación de las Partes,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probadas, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva de este laudo, las excepciones formuladas por **TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA.** como “inexistencia de la obligación” y “cobro de lo no debido” y desestimar las demás excepciones formuladas por dicha sociedad y por **EXIROS DE COLOMBIA LTDA.** frente a las pretensiones de la demanda principal reformada.

SEGUNDO: Declarar probadas, en los términos y por las razones indicadas en la parte motiva de este laudo, las excepciones de “Ausencia de causalidad para reclamar los perjuicios por parte de Tubocaribe – Excepción de contrato no cumplido”; “Incumplimiento contractual de Tubocaribe” y “Prórroga del Contrato” formuladas por **B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA. EN REORGANIZACIÓN** frente a las pretensiones de la demanda de reconvención reformada y desestimar las demás excepciones propuestas por esta sociedad. .

TERCERO: Declarar que el 16 de junio de 2014, el contrato celebrado entre **B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA. EN REORGANIZACIÓN** de una parte y de la otra, **TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA.**, y **EXIROS DE COLOMBIA LTDA.**, se encontraba prorrogado, en los términos y por las razones anotadas en la parte motiva de este laudo.

CUARTO: Declarar que como consecuencia de la terminación unilateral del contrato celebrado entre **B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA. EN REORGANIZACIÓN** de una parte y de la otra, **TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA.**, y **EXIROS DE COLOMBIA LTDA.** incumplieron sus obligaciones contractuales, en los términos y por las razones anotadas en la parte motiva de este laudo.

QUINTO: Declarar que TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA. y EXIROS DE COLOMBIA LTDA, incumplieron el contrato celebrado con B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA. EN REORGANIZACIÓN al no entregar la tubería a que estaban obligados; al no suministrar los detalles de ingeniería de manera oportuna; al no disponer de un sitio para la acumulación y acopio de materiales de obra y al no entregar de manera oportuna las áreas para que se pudiera efectuar la instalación y montaje de la estructura, en los términos y por las razones anotadas en la parte motiva de este laudo.

SEXTO: Declarar que como consecuencia de la prórroga del contrato celebrado con B & V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA. EN REORGANIZACIÓN y de los incumplimientos en que incurrieron, TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA y EXIROS DE COLOMBIA LTDA. no estaban facultadas para retener, ni compensar, ni imponer multas a B & V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA. EN REORGANIZACIÓN de la manera en que la que aparece en la comunicación del 24 de julio de 2014, en los términos y por las razones anotadas en la parte motiva de este laudo.

SÉPTIMO: Condenar a TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA. y EXIROS DE COLOMBIA LTDA. solidariamente a pagar a B & V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA. EN REORGANIZACIÓN la suma de cinco mil setecientos setenta y siete millones novecientos setenta y cinco mil novecientos setenta y cuatro pesos (\$5.777.975.974.00), dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de este laudo, por las razones anotadas en la parte motiva de este laudo.

OCTAVO: Denegar las demás pretensiones de la demanda principal, por las razones anotadas en la parte motiva de este laudo.

NOVENO: Declarar que B&V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA. EN REORGANIZACIÓN incumplió el contrato celebrado con TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA. y EXIROS DE COLOMBIA LTDA. en los términos y por las razones anotadas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO: Denegar las demás pretensiones de la demanda de reconvención presentada por TENARIS TUBOS DEL CARIBE LTDA. contra B & V ESTRUCTURAS METÁLICAS LTDA.

DÉCIMO PRIMERO: Abstenerse de proferir condena en costas derivadas de la demanda principal y de la demanda de reconvención.

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y del Secretario, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1563 de 2012 y teniendo en cuenta la contribución

especial arbitral establecida en el artículo 22 de la Ley 1743 de 2014 –modificado por el artículo 362 de la Ley 1819 de 2016-. La parte Convocante expedirá los certificados de retención correspondientes. En la oportunidad legal, el Presidente hará la liquidación final de gastos y, con la correspondiente cuenta razonada, devolverá, si a ello hubiere lugar, el saldo a las partes.

DÉCIMO TERCERO: Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las Partes.

DÉCIMO CUARTO: Disponer que el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena.

El presente laudo queda notificado en audiencia.

RAFAEL BERNAL GUTIÉRREZ
Presidente

ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS
Árbitro

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Árbitro

JUAN DAVID POSADA GUTIÉRREZ
Secretario