

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
CONSTRUCCIONES METALICAS INDUSTRIALES LTDA

V.S

KIMEL DE COLOMBIA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Santiago de Cali, a los veinticuatro días del mes de junio de mil novecientos noventa y nueve (1.999)

Habiendo el tribunal evacuado las distintas etapas procesales que prevén las normas que regulan el procedimiento arbitral (Ley 446 de 1998 y decreto 1818 de 1998), procede en tiempo a resolver las peticiones sometidas a su consideración, tanto en el escrito de demanda, como en el de contestación, a través de decisión que pondrá fin al proceso iniciado por la sociedad Construcciones Metálicas industriales Ltda., C.M. I. Ltda.

1. ANTECEDENTES

1.1 EL PACTO ARBITRAL

Las partes pactaron la cláusula compromisoria, la cual determinó la competencia de este Tribunal de Arbitramento, cláusula incorporada en el contrato de ejecución de obra a precio global fijo sin reajuste, celebrado entre Kimel de Colombia S.A. y C.M.I LTDA, la primera como contratante y la segunda como contratista, contrato suscrito el 14 de octubre de 1997, siendo la cláusula sexta la cual se transcribe " CLAUSULA COMPROMISORIA: Toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, que no pueda ser arreglada amistosamente entre las partes dentro de los quince (15) días calendarios siguientes a la fecha en que se presentó la controversia o diferencia, se resolverá por un TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO designado por LA CAMARA DE COMERCIO DE CALI a solicitud de cualquiera de las partes, arbitramento que se sujetará a lo dispuesto en el Decreto Ley No. 2279 del 7 de octubre de 1989 y a la Ley 23 de 1991 de acuerdo con las siguientes reglas : a) El Tribunal estará integrado por tres árbitros b) La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACION MERCANTILES DE LA CAMARA DE COMERCIO DE CALI ; c) El Tribunal decidirá en derecho; d) EL Tribunal adelantará el proceso y emitirá su fallo en un término de noventa (90) días calendario contados a partir de la fecha de su instalación y e) el Tribunal

funcionará en Cali en el CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACION MERCANTILES DE LA CAMARA DE COMERCIO DE CALI de esta ciudad.”

1.2. CONSTITUCION DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

El ocho (8) de julio de 1998, la sociedad Construcciones Metálicas Industriales C.M.I. LTDA, presentó por intermedio de apoderado judicial, señor Humberto Bueno Cardona solicitud de integración de un Tribunal de Arbitramento, dirigida al señor director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, lo anterior con el fin de que este tribunal definiera las diferencias suscitadas entre su representada y la sociedad KIMEL de Colombia S.A. como consecuencia del contrato de ejecución de obra a precio global fijo sin reajuste, celebrado entre las partes como contratista y contratante respectivamente. La solicitud fue admitida por decisión del 16 de julio de 1998, la cual fue comunicada tanto a la parte convocante como convocada a través de telegrama fechado el 23 de julio de 1998, constancia de lo anterior obra a folios 45 a 47c del cuaderno No.1.

Notificadas las partes de la decisión, la sociedad convocada procedió a contestar oportunamente la demanda, proponiendo excepciones de mérito, de las cuales se le dio traslado a la convocante quien a su vez presentó escrito de réplica.

Integrada la relación jurídico procesal, el director del centro, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley 446 1998 procedió a citar a las partes a audiencia de conciliación, la cual se llevó a cabo el 25 de septiembre de 1998, audiencia que se declaró fracasada como consecuencia de la imposibilidad de acuerdo entre las partes.

Frente al no acuerdo, el director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, en virtud a lo dispuesto por las partes en el pacto arbitral, procedió a requerir a la Cámara de Comercio de Cali, para que a través de su Junta Directiva procediera a designar los árbitros que debían conocer del asunto, dicha comunicación obra a folios 164 y 165 del cuaderno No.1.

En respuesta a dicho requerimiento la Cámara de Comercio, designó como árbitros a los señores Simón Payan Moreno, Hernán Darío Mejía Alvarez y Jaime Valenzuela Cobo, quienes aceptaron dicha designación dentro del término establecido en la Ley para ello. Igualmente las partes fueron comunicadas del referido nombramiento sin que existiera ningún tipo de desacuerdo, pues no se propuso recusación alguna.

Una vez aceptaron como árbitros las personas designadas para desempeñar dicho encargo, el señor director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio procedió a través de decisión de fecha 22 de octubre de 1998 a fijar fecha para la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, la cual fue comunicada por oficio y telegrama, tanto a las partes por intermedio de sus apoderados, como a los árbitros designados. Las constancias obran a folios 175 a 175S del cuaderno No.1. Los señores apoderados conjuntamente presentaron el 29 de octubre de 1998, escrito dirigido al director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, solicitando aplazar por 25 días la fecha de la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral. Reunidos los árbitros en la fecha fijada por el director del Centro, se acordó aplazar la instalación del Tribunal Arbitral por 25 días frente a la solicitud presentada por las partes por

intermedio de sus apoderados, quedando como fecha para la audiencia de instalación el 10 de diciembre de 1998, lo anterior se encuentra consignado a folios 176 a 181D del cuaderno No. 1.

El 10 de diciembre de 1998, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, se fijaron la sumas de honorarios y gastos del Tribunal, se designó como presidente al árbitro doctor Simón Payán Moreno y como secretario al señor Luis Miguel Montalvo Pontón. En la misma audiencia se fijó el 8 de febrero de 1998 como fecha para la primera audiencia de trámite.

Habiendo consignado las partes las sumas correspondientes a honorarios y gastos del Tribunal, el día y hora fijados en auto No. 1 del 10 de diciembre de 1.998, se llevó a cabo la audiencia de trámite, audiencia en la que se dió posesión del cargo al señor secretario y el Tribunal entró a resolver sobre su competencia dando así cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998. Siendo el término establecido para el Tribunal Arbitral de 90 días calendario contados a partir del día de la audiencia de instalación, los señores apoderados de las partes presentaron poderes con facultad expresa de solicitar prórroga respecto del término pactado dentro de la cláusula compromisoria, así las cosas los señores apoderados en audiencia y de manera conjunta solicitaron prorrogar el término inicial del Tribunal Arbitral en "80 días hábiles a partir del vencimiento del término inicialmente pactado en el contrato..." dicha petición fue aceptada por el Tribunal y reconocida a través de auto No. 4 del 8 de febrero de 1998.

Del desarrollo del proceso así como de sus audiencias, y de la práctica de las pruebas decretadas da cuenta el libro segundo del expediente, referente al cuaderno de actas.

2. DE LAS PETICIONES DE LA DEMANDA

La sociedad convocante por intermedio de su apoderado judicial formuló las siguientes pretensiones:

- 1.- Que se **declare** la existencia de un contrato de obra a precio Global fijo sin reajuste, relativo a la fabricación y montaje de estructura metálica de la planta de secado de vinaza, celebrado entre KIMEL DE COLOMBIA S.A., como Contratante y CONSTRUCCIONES METALICAS LTDA.- C.M.I. LTDA.- como Contratista.
- 2.- Que se **declare** que fruto de la existencia de dicho contrato, hay una obligación a cargo de el Contratante de cancelar al Contratista a su terminación las sumas de dinero liquidadas que se desprendan del acta final de entrega de obras.
- 3.- Que en razón de lo anterior, **declárase** que el Contratante KIMEL DE COLOMBIA S.A., ha incumplido el mentado contrato de obra, al no cancelar en el tiempo estipulado, las cuentas surgidas en favor de C.M.I. Ltda., como contratista, respecto al acta final de obra, de fecha 13 de Abril de 1.998 en monto de \$30.309.935.00 m/cte (TREINTA MILLONES TRESCIENTOS NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS).

- 4.- Que como consecuencia de lo anterior KIMEL DE COLOMBIA S.A., como contratante es civilmente responsable de los perjuicios causados a C.M.I. Ltda., como contratista dentro del contrato No. 05 de obras civiles.
- 5.- Que en atención a tal declaratoria se condene a KIMEL DE COLOMBIA S.A. a, pagar a C.M.I., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo, el valor de los perjuicios causados, los cuales se tasan en la suma de \$25.153.800.00 m/cte. (VEINTICINCO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS PESOS).
- 6.- Que tales cantidades liquidadas de dinero a que se refieren los numerales 3o. y 5o. de estas peticiones, devengaran intereses comerciales según el artículo 884 del Código de Comercio, hasta el momento en que se produzca su cancelación.
- 7.- Que se condene finalmente a KIMEL DE COLOMBIA S.A., al pago de los costos del proceso Arbitral.

3. DE LOS HECHOS Y SU CONTESTACION

En relación con los hechos de la demanda y la contestación que de ellos hiciera el señor apoderado de la parte convocada se hace la siguiente transcripción:

Primero.- Que la empresa CONSTRUCCIONES METALICAS INDUSTRIALES LIMITADA, es una sociedad mercantil con domicilio en Cali, constituida por escritura pública No. 2887 del 28 de julio de 1992 ante la Notaría 13 del Círculo de Cali e inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Cali, con fecha 6 de agosto de 1992 bajo el No. 56157 en el libro IX.

Al hecho primero

No se pronunció.

Segundo.- Que la sociedad KIMEL DE COLOMBIA S.A., es una empresa con existencia legal y domicilio en Palmira-Valle, constituida mediante E.P. No. 1667 del 18 de septiembre de 1996, ante la Notaría 16 del Círculo de Cali, e inscrita en la Cámara de Comercio de Palmira, bajo el No. 00674 del libro IX con fecha 03 de octubre de 1.996.

Al hecho segundo

No se pronunció.

Tercero.- Que, con fecha 2 de septiembre de 1.997, la sociedad KIMEL DE COLOMBIA S.A., remitió la cotización denominada KIMEL 97-167 a C.M.I. Ltda., -Ingeniero Luis Jesús Moreno Roa-, para su participación como oferente en la obra civil llamada "**FABRICACION Y MONTAJE DE ESTRUCTURA METALICA; MONTAJE SPRAY DRYER PLANTA PARA SECADO DE**

VINAZA (CMS), en la planta de la destilería San Martín, Inspección Palmaseca, Km.2, Vía al Corregimiento de Rozo, Municipio de Palmira, Valle del Cauca.

Al hecho tercero

No se pronunció.

Cuarto.- Que, con fecha 1o. de Octubre de 1.997, la empresa KIMEL DE COLOMBIA S.A., a través del Ingeniero Jaime Suárez J. -Gerente de Proyectos- dirigió nota referenciada KIMEL 97-265, al Ingeniero Luis Jesús Moreno Roa, representante legal de C.M.I. Ltda., agradeciéndole su participación en la licitación abierta para la fabricación y montaje de estructura metálica en la planta de secado de vinaza, en la destilería San Martín, Km. 2, Vía a Rozo, Municipio de Palmira y le notificaba que el **contrato anotado le había sido adjudicado.**

Al hecho cuarto

No se pronunció.

Quinto.- Que, en razón de tal licitación para obra civil ya conocida, entre las empresas KIMEL DE COLOMBIA S.A. como **contratante** y CONSTRUCCIONES METALICAS INDUSTRIALES LIMITADA -C.M.I. Ltda.- como **contratista**, se suscribió un contrato de ejecución de obra a precio global fijo sin reajuste, con fecha 14 de octubre de 1.997, en la ciudad de Cali, cuyo objeto era: "... ejecutar la fabricación y montaje del edificio en estructura metálica para el Spray Dryer y montaje de equipos y componentes para el Spray Dryer de la planta para secado de Vinaza CMS, ubicada en la Inspección Palmaseca, Km2 de la vía de Cali al corregimiento de Rozo, municipio de Palmira y en general, todos los trabajos necesarios y complementarios para la correcta y completa terminación de la obra, todo de acuerdo con los planos emitidos para construcciones y órdenes de la INTERVENTORIA.

Al hecho quinto

No se pronunció.

Sexto.- Que en el contrato anteriormente destacado se pactó en la cláusula **TERCERA**, como valor del mismo, la suma de CIENTO UN MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA, más el IVA del 16% (\$101.500.000.00) + IVA. Se determinó igualmente por las partes contratantes que el valor final del contrato sería dicha suma más los nuevos precios que se fijaren para las obras adicionales o imprevistas que se pactaren entre EL CONTRATISTA y la INTERVENTORIA, precios que se obtendrían de multiplicar la cantidad de obra por el precio unitario que presente el CONTRATISTA y que harían parte del contrato.

Al hecho sexto

No se pronunció.

Séptimo.- Que en la cláusula **CUARTA** del mentado contrato se estableció entre las partes contratantes como forma de pago, la entrega al contratista como anticipo de la suma de CUARENTA MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$40.600.000.00) equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor estimado del contrato una vez se legalizara

el mismo y se constituyeran las pólizas o fianzas de rigor y el saldo, en forma mensual, según actas de cobro de acuerdo con el avance de la obra y aprobadas por la interventoría, durante el mismo período de tiempo.

Al hecho séptimo

No se pronunció.

Octavo.- Que igualmente en la cláusula **CUARTA**, literales d) y e) del contrato ya relatado, sobre las formas de pago, se determinó por las partes la presentación por el CONTRATISTA de actas mensuales de obra ejecutada para su revisión y aceptación por LA INTERVENTORIA, al igual que las actas de obras adicionales y cuyo valor se pagaría acorde al valor que se presentara por el CONTRATISTA.

Al hecho octavo

No se pronunció.

Noveno.- Que en la cláusula **CUARTA** del contrato, en el literal f) en lo relativo al **último pago**, se expresó, que "... el último pago correspondiente a la última acta de obra ejecutada, se hará a la liquidación final y definitiva del contrato y **cuando la totalidad de la obra haya sido recibida a entera satisfacción del CONTRATANTE y de la INTERVENTORIA mediante la firma del acta de recibo correspondiente.** Destacándose que el valor de las actas de entrega de acuerdo al cronograma de trabajo sería cancelado por el CONTRATANTE al CONTRATISTA **dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes** contados a partir de la fecha de aprobación de estas por la INTERVENTORIA.

Al hecho noveno

Se dijo lo siguiente:

Es cierto en cuanto al texto literal de la cláusula f). En lo demás, sería así si el Contratista hubiera cumplido dentro del término inicial y la prórroga pactada la entrega de la obra y los trabajos adicionales; pero por su culpa la prórroga se venció el día 31 de Enero de 1.998 y no cumplió pues solamente entregó la obra el día 13 de Abril del año antes citado, es decir, setenta y un días después.

Décimo.- Que el **plazo** de dicho contrato de obra civil se estableció en nueve (9) semanas contadas a partir de la fecha del acta de iniciación de la obra de calenda 14 de octubre de 1.997, o sea para terminarse la obra el día 16 de Diciembre de 1.997.

Pero sucede que el contratista C.M.I. Ltda., a través de su representante legal, Ing. Luis Jesús Moreno Roa, no suscribió inicialmente el ACTA DE INICIACION DE OBRA, por cuanto a ese momento -14 de octubre de 1.997- había atraso en la terminación de obras civiles por parte del contratante KIMEL DE COLOMBIA S.A., indispensables para las obras a ejecutar por el contratista y por tanto se debía postergar la fecha de terminación de obras objeto del contrato No. 05 ya conocido, hecho que hicieron saber en comunicación referenciada bajo el No. CMI-1629 de fecha Noviembre 18 de 1.997, y a la cual KIMEL DE COLOMBIA S.A., dió respuesta en nota referenciada KIMEL 97-313 de fecha Noviembre 18

de 1.997, en donde expresan literalmente que C.M.I. Ltda. como contratista puede iniciar **sus trabajos a partir del día 24 de Noviembre de 1.997**, es decir otorgándose por el mismo contratante un plazo posterior de inicio de obras del contrato anotado, en cuarenta y dos (42) días.

Décimo-primero.- Que esta posición del contratante, en relación a postergar la fecha de iniciación de obras y por ende la de finalización de las mismas, se reiteró en el curso del contrato en la comunicación referenciada KIMEL 97-314 de fecha Noviembre 20 de 1.997 en donde el contratante, reitera que C.M.I., "... **puede iniciar sus trabajos a partir del día 21 de Noviembre de 1.997**", y más adelante ratifica en la comunicación referenciada KIMEL 97-317 de fecha Noviembre 27 de 1.997, en donde el contratante le dice al contratista lo siguiente:

"Por otra parte le agradecemos fijar la fecha exacta de los trabajos para el montaje de la cámara de secado y demás equipos".

Para finalmente, comentar como el contratante KIMEL DE COLOMBIA S.A., reitera la postergación del plazo de culminación de obra al momento de la firma del contrato, en comunicación referenciada KIMEL 98-013 de fecha Enero 20 de 1.998 que dirige al contratista C.M.I. Ltda, en relación al contrato ya conocido para que actualice en el tiempo de vigencia, las pólizas exigidas con ocasión del desarrollo del anotado acuerdo.

En síntesis, el contratante KIMEL DE COLOMBIA S.A., en forma expresa acordó extender el plazo de iniciación de obras y consecuentemente la prórroga del plazo de culminación en el contrato No. 05 de calenda Octubre 14 de 1.997.

A los hechos décimo y décimo-primero

Se dijo lo siguiente:

La sociedad demandante que fue la contratista, empezó a desarrollar el contrato Nro. 05 el día 14 de Octubre de 1.997, pues iniciaron la fabricación de la Estructura Metálica pactada en el taller de propiedad de aquella, demostrando con ello que ésta labor no interfería con la obra civil que se efectuaba en la planta del contratante, de donde se infieren que no son sinceras las justificaciones del contratista. Prueba de ello, como se demostrará, es que la estructura metálica se estaba realizando mediante el correspondiente ensamble dentro de las instalaciones, luego entonces el óbice que plantea la sociedad contratista carece de fundamento.

Décimo-segundo.-Que en este orden de ideas, con fecha 13 de Abril de 1.998 se suscribió entre las partes contratantes y de conformidad a los términos del

contrato ya conocido, el ACTA DE ENTREGA DE OBRA, en donde en su tenor literal se expresa que: "... la obra fue ejecutada dentro de las especificaciones contractuales, por lo tanto la obra **es recibida a entera satisfacción por parte de KIMEL DE COLOMBIA S.A.**".

Al hecho décimo-segundo

Se dijo lo siguiente:

No es cierto tal como fue concebido. La obra no fue entregada dentro del término inicial ni del de la prórroga. **Kimel de Colombia S.A.**, como se probará en oportunidad, se vio obligada a requerir por varias veces a la sociedad contratista sobre la terminación de la obra, por escrito y verbalmente. Cumplida la entrega, tardíamente, se dijo que la obra se entregó "dentro de las especificaciones contractuales", locución que no desvirtúa la mora y por ende el incumplimiento del contrato.

Décimo-tercero.- Que la empresa C.M.I. Ltda., finalmente constituyó en favor de KIMEL DE COLOMBIA S.A., póliza de estabilidad de la obra ejecutada según los términos contractuales, con fecha 13 de Abril de 1.998 de la compañía Latinoamericana de Seguros S.A., por valor asegurado de \$30.450.000.00 M/cte., cumpliéndose con el último requisito exigido por el contratante.

Al hecho décimo-tercero

No se pronunció

Décimo-cuarto.- Que acorde a los lineamientos de la cláusula **CUARTA**, literal f) del contrato ya conocido y efectuada la liquidación final, C.M.I. Ltda., presentó las facturas de cobro conforme a la entrega final de obra, así:

- 1.- Factura No. 755 de fecha 08-04-98 relativa a "trabajos adicionales para la estructura de la planta de secado de vinaza, según comunicación de C.M.I. No. CC98216 de Marzo 12/98, con un valor total de \$10.270.570.00 m/cte., con plazo de vencimiento de contado".
- 2.- Factura No. 756 de fecha 08-04-98 relativa a "trabajos adicionales para los equipos de la planta de secado de vinaza según comunicación de Kimel CG-197 de abril 2/98, con un valor total de \$5.961.315.00 m/cte, con plazo de vencimiento de contado".
- 3.- Factura No. 760 de fecha 13-04-98 relativa a "fabricación y montaje del edificio en estructura metálica para el spray dryer y montaje de equipos y componentes para el spray dryer, de la planta para secado de vinaza CMS-CAP-70M3/ día, con un valor total de \$14.078.050.00 m/cte., con un plazo de vencimiento de contado".

Para un gran total de TREINTA MILLONES TRESCIENTOS NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$30.309.935.00 M/CTE).

Que sobre esta suma de dinero, a la fecha -Junio 30 de 1.998-, se han generado desde la fecha de vencimiento -abril 13 de 1.998-, intereses de mora

a la tasa del 4% mensual, en monto de TRES MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS (\$3.364.492.00 M/CTE).

Total facturas por pagar + intereses de mora: **\$33.674.427.00 m/cte.**

Al hecho décimo-cuarto

Se dijo lo siguiente:

Es cierto en cuanto se refiere a la presentación de las facturas; pero debido al incumplimiento del contratista, como se dijo al contestar al hecho noveno, el contratante dio aplicación a la cláusula novena del contrato 05.

Décimo-quinto.- Que a las referidas facturas de cobro presentadas por C.M.I. Ltda., la empresa KIMEL DE COLOMBIA S.A., hizo glosas consistentes en imponer como Contratante, multas por presunto incumplimiento de obligaciones por parte del Contratista, dentro del contrato No. 5 de obras civiles ya conocido, en una táctica de eludir el pago según refiere nota al respecto de abril 30 de 1.998.

Al hecho décimo-quinto

Se dijo lo siguiente:

Basta precisar que las multas se impusieron por incumplimiento del contrato y con fundamento en la CLAUSULA NOVENA del mismo.

Décimo-sexto.- Que el CONTRATISTA C.M.I. Ltda., replicó dichas multas en misiva de mayo 12 de 1.998 en el sentido de reiterar su cabal cumplimiento del contrato ya conocido, en los plazos de ejecución pactados y mostrándose sorprendido con el comportamiento torticero de KIMEL DE COLOMBIA S.A., quien en el inicio, desarrollo y culminación del contrato de obra No. 05 de fecha 14 de octubre de 1.997, no manifestó ni dejó constancia alguna por incumplimiento del contratista en sus obligaciones contractuales en las diferentes actas de entrega parciales y finales que se levantaron. Lo único cierto era que todos los aplazamientos y demoras dentro de la ejecución de las obras se dieron por culpa del Contratante, comportamiento que conoció la firma interventora "DISEÑOS Y PROCESOS SUAREZ", y de lo cual brinda certificación al respecto de fecha mayo 4 de 1.998.

Al hecho décimo-sexto

Se dijo lo siguiente:

Falta a la verdad la sociedad contratista cuando afirma que la sociedad contratante "No dejó constancia alguna por incumplimiento del y finales que se levantaron". En estas actas no se dejó constancia en el sentido indicado porque la obra, aunque tardíamente, fue entregada a satisfacción, y lo que importa para la imposición de las multas es lo relativo a que dicha obra no fue entregada dentro de los términos pactados, caracterizándose así el incumplimiento, incumplimiento que se evidencia incuestionablemente en las

cartas que se llevarán como prueba al proceso, dirigidas por el interventor de la obra a construcciones metálicas Industriales Limitada, C.M.I., en las que se recaba sobre el incumplimiento de la obra dentro de los plazos convenidos. La constancia de fecha 4 de Mayo de 1998, suscrita por el interventor de la obra, resulta desvirtuada con las cartas contentivas de los requerimientos, no siendo exacto que la demora en la culminación de la obra haya obedecido a la falta de entrega oportuna de los equipos a instalar por parte de **Kimel de Colombia S.A.**, porque los últimos equipos fueron entregados al contratista el día 15 de Enero de 1.998, tal como se demostrará en el curso del proceso.

La sociedad contratista, el 18 de Febrero de 1.998, se hizo al margen de la obra y no volvió a laborar, lo que constituye abandono injustificado de la misma; conducta que dio lugar a la carta de fecha 16 de Marzo de 1.998, distinguida con el No. CG-148, dirigida por **Kimel de Colombia S.A.**, al señor **LUIS JESUS MORENO**, Gerente de **C.M.I. Limitada**, en la que de manera perentoria se deja constancia expresa del incumplimiento y se requiere a la sociedad contratista para que termine la obra de acuerdo al contrato Nro. 05. Dicha carta se adjuntará como prueba.

Décimo-séptimo.- Que como corolario de lo anterior, es igualmente destacable, los perjuicios experimentados por el contratista C.M.I. Ltda., con ocasión de la ejecución del contrato de obras civiles No. 05 ya destacado, cuando desde Diciembre 8 de 1.997 a Enero 20 de 1.998, estuvo por culpa exclusiva del contratante KIMEL DE COLOMBIA S.A., parada sus actividades ante la no entrega de materiales de obra fundamentales y que derivó en pérdidas económicas que alcanzaron la suma de \$25.153.800.00 m/cte., a razón de \$4.192.300.00 m/cte., por semana que se canceló en nóminas, conservación de materiales y equipos, arrendamiento equipos etc. En síntesis se causaron adicionalmente por retrasos en el desarrollo de la obra por culpa del contratante en monto de **\$25.153.800.00 m/cte.**

Al hecho décimo-séptimo

Se dijo lo siguiente:

No es cierto; que se pruebe. El incumplimiento, tal como se ha reiterado, provino de la sociedad contratista; pero si de parte de la sociedad contratante hubo alguna demora en el suministro de la segunda parte de los equipos, por ello, de común acuerdo, advino la prórroga del contrato hasta el día 31 de Enero de 1.998, de la cual, maliciosamente, no hizo mención de la demandante. Pero sea lo que fuere, el contratista dispuso siempre de material para trabajar, lo que bien puede probarse con las fotografías que se acompañarán a este escrito. De donde se infiere que la sociedad contratante no le causó perjuicios a la sociedad demandante.

Décimo-octavo.- Que ante el no cumplimiento en el pago final de las obras concluidas en forma satisfactoria por parte del contratante, unido al no reconocimiento de perjuicios por demoras de parte del mentado contratante, se gestaron profundas diferencias entre las partes contratantes ya conocidas en el hecho primero y segundo de este escrito, lo cual lleva a acudir a la cláusula compromisoria pactada bajo el número DECIMA-SEXTA del contrato.

Al hecho décimo-octavo

Se dijo lo siguiente:

Este hecho queda refutado con la respuesta al hecho anterior.

Décimo-noveno.- Que en la cláusula DECIMA-SEXTA del aludido contrato, las partes contratantes pactaron **cláusula compromisoria para controversias relativas al contrato, a su ejecución y liquidación, cuando no puedan ser arregladas amistosamente, con la conformación de un Tribunal de Arbitramento**, bajo la dirección del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cali. Razón por la cual se acude a la presente solicitud.

Al hecho decimo-noveno

No se pronunció

4. DE LAS EXCEPCIONES DE MERITO Y SU CONTESTACION

En ejercicio del derecho de oposición al escrito de demanda, el señor apoderado de la parte convocada, propuso excepciones de mérito contra el derecho de acción ejercitado por la convocante, siendo estas las siguientes:

a) Excepción de insuficiencia de poder para actuar: Se funda el señor apoderado de la convocada en que el poder otorgado al señor apoderado de la parte convocante por su representada, fue otorgado "para petición de integración de un Tribunal Arbitramento", habiendo este rebasado las funciones mismas del encargo.

Frente a esta excepción el señor apoderado de la parte convocante respondió no aceptando dicha excepción, y manifestando "interpreto que el señor apoderado de la parte contraria esta desinformado y no ha leído el artículo 392 del C.P.C., ni el inciso 2º del artículo 33 de Decreto 2279 de 1989, ni el inciso 10 del artículo 40 de la Ley 446 de 1998 (julio 7) "

b) Excepción de contrato no cumplido por la sociedad demandante (Non adimpleti contractus) Fundamenta el señor apoderado de la parte convocada su excepción en lo dispuesto en el artículo 1.609 del Código Civil " Ninguna de las partes está en mora de cumplirlos cuando la otra parte ya los ha violado"

Al respecto el apoderado de la parte convocante se opuso a esta excepción e hizo una disquisición sobre las distintas obligaciones derivadas del contrato a cargo de cada una de las partes, concluyendo con la existencia de culpa de la sociedad convocada y con la no aplicación de la excepción traída por el señor apoderado de la parte convocada.

c) Excepción de carencia de causa para demandar. Como fundamento de la excepción el apoderado de la convocada escribe lo siguiente " Esta excepción se relaciona con el interés que justifique el ejercicio de la acción derivada de la cláusula compromisoria. Si la sociedad demandante se hizo acreedora a la aplicación de ésta cláusula, por incumplimiento de lo pactado, mal puede ahora pretender la restitución de suma alguna de dinero, consideración que explica la razón y el fundamento de la defensa propuesta".

Al respecto el señor apoderado de la convocante replicó oponiéndose a dicha excepción y estableciendo fundamentalmente que el origen de la petición de integración del Tribunal de Arbitramento tenía asidero "específicamente en las diferencias sobre liquidación del contrato de obra ya conocido las cuales, son el objeto primordial de la cláusula compromisoria estipulada en mentado acuerdo."

Sobre las excepciones se pronunciará el Tribunal en el análisis que de ellas lleve a cabo en la parte motiva de este laudo arbitral.

Se estableció por las partes los extremos del litigio en términos de que hubo incumplimiento recíproco de obligaciones a su cargo originadas en el Contrato No 05 consistentes en incumplimiento de CMI en el plazo fijado pactado para la entrega de los trabajos contratados e incumplimiento de KIMEL DE COLOMBIA en el pago del saldo del precio.

Para dictar el Laudo materia de este Tribunal, los Arbitros nos referiremos únicamente, a los aspectos fácticos y probatorios objeto de controversia, resultantes de la confrontación de los hechos y pretensiones de la demanda con la contestación de la misma y el acervo probatorio obrante en el proceso.

5. DE LAS PRUEBAS.

5.1 CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA.

A folio 11 del cuaderno principal obra el CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA A PRECIO GLOBAL FIJO SIN REAJUSTE ENTRE KIMEL DE COLOMBIA S.A Y C.M.I. LTDA, identificado con el No 05 que tuvo por objeto: Fabricación y Montaje de edificio en estructura metálica para el Spray Dryer y Montaje de Equipos y componentes para el Spray Dryer, de la planta para secado de vinaza CMS- AAP. 70 m3/día, suscrito el 14 de octubre de 1.997 por los representantes legales de las partes, documento sobre el cual no hubo controversia jurídica alguna sino sobre el incumplimiento o no de algunas obligaciones a cargo de los contratantes.

En la cláusula SEPTIMA fue acordado EL PLAZO PARA LA INICIACION Y ENTREGA DE LA OBRA en los siguientes términos: "EL CONTRATISTA se obliga a iniciar los trabajos el día 14 de octubre de 1997 debiéndose levantar la correspondiente acta de iniciación de la obra. Además, se obliga a entregar la obra totalmente terminada dentro de un plazo de nueve (9) semanas contadas a partir de la fecha del acta de iniciación."

5.2 ACTA DE INICIACION DE OBRA

A folio 63 ídem obra dentro de los documentos aportados al proceso el Acta de iniciación de obra suscrita por los Contratantes, referenciado KIMEL 97-304 de fecha 15 de octubre de 1.997 señalando como fecha de iniciación el 14 de octubre y como fecha de terminación el 16 de diciembre de 1.997.

5.3 ACTA DE PRORROGA DEL CONTRATO.

A folio. 63 del cuaderno. Principal obra un acta de prórroga del susodicho Contrato en comento en donde las partes, conjuntamente, prorrogaron el

Contrato hasta el día 31 de enero de 1.998, hechos sobre los cuales no existe controversia.

5.4 ACTA FINAL DE LIQUIDACION DE OBRA Y ENTREGA.

A folio 18 ídem aparece copia auténtica del Acta de entrega de la obra de fecha 13 de abril de 1.998, suscrita por las partes en donde consta que: "La obra fue ejecutada dentro de las especificaciones contractuales, por lo tanto la obra es recibida a entera satisfacción por parte de Kimel de Colombia S.A.

5.5 CONTROVERSIA JURIDICA.

La Controversia de los hechos sucedidos con ocasión del contrato al cual se contrae este Tribunal la hace consistir C.M.I, básicamente, en que KIMEL DE COLOMBIA S.A. incumplió el contrato al haberse negado a cancelar facturas por un valor total de Treinta Millones Trescientos Nueve Mil Novecientos Treinta y Cinco Pesos Mcte. \$30'309.935.00), en el término pactado contado a partir de la firma del Acta de liquidación y aceptación final del Contrato, causando daños y perjuicios a C.M.I.; y KIMEL DE COLOMBIA S.A. en que C.M.I. Ltda. incumplió en el plazo de entrega de la obra contratada que en su entender fue el mismo día en que se suscribió el Acta final, es decir, el 13 de abril de 1.998., debiendo haberla entregado el 31 de enero de 1.998, fecha de vencimiento de la única prórroga pactada.

5.6 PRUEBAS TESTIMONIALES DE LA PARTE CONVOCANTE

5.6.1 FUNCIONES DE LA INTERVENTORIA.

A folio 21 del cuaderno de transcripciones aparece la declaración del Ing. Jaime Suárez Joya , representante de la Sociedad DISEÑOS Y PROCESOS SUAREZ LTDA, empresa que desempeñó la INTERVENTORIA del Contrato No 05 suscrito entre las parte, quien manifestó: ".....la función nuestra era supervisar la prefabricación que se hizo en el taller de C.M.I., supervisar el montaje de la estructura y posteriormente supervisar el montaje del secador Spray Dryer, hacer también los avances de obra y básicamente hacer cumplir un cronograma de obra que era parte contractual del contrato, en resumidas cuentas hacer cumplir el contrato en toda su extensión."

5.6.2 FECHAS DE INICIACION Y TERMINACION DEL CONTRATO. LAS PRORROGAS.

A folio 22 ídem preguntado si recordaba dentro del aludido contrato número 05 de ejecución de obra a precio global fijo, qué fecha de iniciación tenía éste contrato y que fecha de vencimiento tenía, contesto: "El Contrato tenía fecha de iniciación según acta de Kimel 97365 del día 14 de octubre y tiene fecha de terminación el día 16 de diciembre de 1.997, después de una ampliación de fecha de terminación 31 de enero, esto se debe a que la compañía C.M.I. no dependía para la ejecución de este contrato de recursos solamente provenientes de C.M.I., sino dependía del suministro de Kimel de Colombia del equipo comprado en la Argentina, el último embarque se atrasó y por consiguiente desfasó el desarrollo del contrato o el desarrollo del proyecto de tiempos que en la fecha en que se firmó la ampliación 31 de enero fecha de finalización, se estimaba que el contenedor que iba a llegar a Buenaventura para ese 31 de diciembre se iba a nacionalizar en la primera semana del mes de enero, el contenedor si mal no recuerdo llegó a finales de diciembre, como

un 28 0 un 29 de diciembre y este contenedor no se pudo nacionalizar por problemas de fuera de control de Kimel de Colombia y el contenedor al no nacionalizarse el 31 de diciembre y este contenedor o este embarque que siendo parte o hacía parte de un financiamiento obtenido a través del plan Vallejo la licencia de importación se vencía el 31 de diciembre y fue necesario hacer nuevos trámites de la ampliación de la importación de este equipo y Kimel de Colombia se demoró en estos trámites y pudo nacionalizar el contenedor el día...”

5.6.3 PRORROGAS DEL CONTRATO.

A folio 27 ídem respondiendo a una pregunta del señor apoderado de la sociedad convocaste sobre los plazos pactados para la ejecución del contrato dijo:” La fecha inicial del 16 de diciembre no fue posible cumplirla en 1.997(se refiere al vencimiento inicial del plazo del contrato), por incumplimiento de Kimel de Colombia en la entrega del equipo importado, dado que los equipos llegaron posteriormente, se acordó una prórroga al 31 de enero en base a que se estimaba, al 31 de enero de 1.998, en base a que el equipo supuestamente de nacionalizaba la primera semana de enero de 1.998, no fue posible hacer esto y se convino que una vez que llegara el contenedor a obra, tendríamos 3 semanas, esa fue la fecha final para poder fijar plazos en cuanto una vez se tuviera el contenedor en obra, entonces ya era una fecha definida cuanto tendría o podría C.M.I. para cumplir con sus obligaciones y es así cuando se le entrega en contenedor el día 19 de enero de 1.998, se le entrega los equipos del contenedor que dividen el contenedor y se acuerda que son tres semanas para terminar el 7 de febrero.”

5.6.4 PLAZO DE LA SEGUNDA PRORROGA.

A folio 28 ídem dijo: “En esto quiero aclarar algo más, que hubo una serie de muchas discrepancias para fijar las 3 semanas, puesto que el alcance o como venían los equipos de Argentina no era lo que se pensaba, porque ellos decían que los equipos venían listos para montaje y C.M.I. tuvo que armar equipos como fueron los ventiladores para poderlos instalar, eso no estaba previsto, y eso fue aceptado en una reunión de adicionales a las cuales yo fui invitado, un adicional por el ensamblaje de este equipo, entonces hubo prórroga las cuales fueron comúnmente aceptadas por las partes como ya dije.”

5.6.5 FECHA DE LA ENTREGA DE LA OBRA.

A folio 34 ídem el mismo declarante manifestó ”La obra el contratista la entregó el día 7 de febrero de 1.998 y fecha en la cual se le hicieron unos adendos por responsabilidad externa del contratista, entregó la obra el día 7 de febrero de l año 1.998”.

5.6.6 OBRAS ADICIONALES

A folio. 41 ídem el mismo declarante refiriéndose a las obras adicionales ejecutadas por C.M.I. dijo: ”Las obras adicionales se solicitaron durante el transcurso del proyecto, se empezaron a solicitar en el mes de diciembre y en las tres últimas semanas del montaje fue cuando más se hicieron solicitudes por la razón de las necesidades que no fueron desarrolladas por el grupo Galaxie, yo particularmente después de terminar nuestra labor comercial o acuerdo comercial con Kimel de Colombia fui llamado para participar en una

reunión aclaratoria entre C.M.I., GALAXIE y KIMEL DE COLOMBIA para definir que son adicionales y quien las paga, entonces yo participé en la reunión para aclarar a las partes y se definiera, adicionales hubo hasta el final del proyecto, incluso después del 7 de febrero fecha en la cual C.M.I. entregó, hubo adicionales como consta en unas correspondencias en la cual se solicita a C.M.I. el desarrollo de esas actividades”.

5.6.7 CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO.

A folio 42 ídem Jaime Suárez Joya preguntado sobre el cumplimiento del contrato por la Convocante dijo: "La Compañía C.M.I. en opinión de la Interventoría cumplió a la fecha del 7 de febrero el alcance de su trabajo”.

5.6.8 PLAZO PARA LA EJECUCION DE OBRAS ADICIONALES.

Preguntado sobre las labores de C.M.I. ejecutadas después del 7 de febrero de 1.998 dijo (folio.42 ídem) dijo: ".....C.M.I. hizo una serie de obras adicionales que fueron requeridas por la interventoría y esto extendió un poco el plazo de su permanencia en la obra, hubo algo que estaba dentro del alcance y era la parte del cerramiento del edificio, parte del cerramiento, no todo por recomendación del grupo Galaxie y la lógica del montaje implicaba que para poder meter los equipos había que cerrar después, entonces se colocaron unas láminas de cerramiento que fue lo que se dejó sin terminar para poder hacer la instalación, es una obra que I, C.M.I. continuó haciendo después del 7 de febrero, después del 7 de febrero a raíz de que se requería dejar esos espacios para poder montar los equipos y terminar la parte del montaje solicitada por el grupo Galaxie y por la Interventoría, entonces en conclusión ellos hicieron obras adicionales después del 7 de febrero, perdón, C.M.I. hizo parte de las obras adicionales y una parte pequeña que estaba dentro del contrato que era terminar el cerramiento del edificio, parte del cerramiento del edificio objeto del contrato”.

5.6.9 DISCREPANCIA ENTRE LAS FECHA DE ENTREGA DE LA OBRA Y EL ACTA FINAL DE ENTREGA.

A folio 46 ídem preguntado por la inconsistencia entre la fecha de entrega de la obra del 7 de febrero y la fecha del acta final de entrega de la obra dijo: "Por experiencia que tengo con la Compañía que hizo el montaje eléctrico a la cual quisimos colaborar en la liquidación, la fecha de tantas discrepancias es porque en mi opinión Kimel de Colombia siempre quiso dilatar las entregas para justificar el cobro de las pólizas o aplicar penalizaciones a los contratistas, entonces cuando uno esta haciendo un proyecto o un contrato siempre hay pequeñas cosas que se pueden solicitar más no quiere decir que no haya terminado la obra, hay cosas minúsculas, retoques de pintura detallitos pequeños, si tu quieres aplicarla la puedes extender en el tiempo que tú quieras, este caso es el caso de Kimel de Colombia que ha extendido la finalización, en mi opinión, puesto que la planta no es posible que hubiera arrancado el 14 de febrero y ellos hubieran hecho una recepción de la obra en abril tanto tiempo después, si realmente hubieran incumplido con la obra, eso es inconcebible de que no se haya firmado el acta de una vez, ellos siempre dilataban, hagan esto, pásenme esto para acá, vuelva la otra semana, dilatando todo para hacer el finiquito con toda la intención de causar daño a la gente.”

5.6.10 PERSONAS QUE ACORDARON UN PLAZO DE TRES SEMANAS PARA LA SEGUNDA PRORROGA DEL CONTRATO.

A folio 60 ídem refiriéndose al convenio sobre la segunda prórroga del contrato dijo: "...esta determinación de la tres semanas fue definida entre el Sr. Luis Alberto Pinzón gerente de Kimel de Colombia, y Jaime Suárez y le fue notificada unilateralmente a C.M.I. la decisión o los requerimientos a los cuales estábamos dispuestos a aceptar para que C.M.I. terminara sus obras."

5.6.11 RETIRO DE LA OBRA DEL INTERVENTOR.

En referencia al retiro de la obra del Interventor dijo: "... nosotros hicimos presencia hasta el 21 de febrero de 1.998 en la obra, y para esa fecha ya C.M.I. había hecho todos sus trabajos y todo su alcance de acuerdo a los requerimientos tanto de Galaxie como de la compañía interventora del contrato."

5.7 INTERROGATORIO DEL ING LUIS JESUS MORENO GERENTE DE C.M.I. LTDA.

A folio. 1 del cuaderno de transcripciones aparece la declaración del Sr. Luis Jesús Moreno Roa, representante legal de la sociedad CONSTRUCCIONES METALICAS UNDUSTRIALES LTDA, quien manifestó:

5.7.1 PRORROGAS DEL CONTRATO

A folio 7 del cuaderno de transcripciones refiriéndose a las prórrogas del Contrato dijo : " Tenemos una prórroga firmada el 31 de diciembre de 1.997, que limitaba el contrato o que llevaba la terminación del contrato al 31 de enero de 1.998, sin embargo nosotros tácitamente habíamos prorrogado el contrato porque estábamos pendientes de la llegada de unos equipos, los cuales nos entregaron el diciembre 19 de 1.997, ese mismo día 19 de diciembre, recibimos una correspondencia de Kimel de Colombia con nuevo programa el cual se extendía tres semanas y llevaba la terminación del contrato hasta febrero 7, entonces aún cuando no se formalizó en ese momento una nueva acta, además porque estábamos prácticamente en la terminación , una prórroga diría yo, sobreentendida porque el programa de trabajo lo pasaron ellos con tres semanas haciendo una descripción de todas las actividades que se debían cumplir."

A folio 10 ídem dijo: "Bueno, entonces nosotros firmamos esa prórroga en el entendido de que nosotros íbamos a tener el material en la primera semana de enero de 1998, Kimel de Colombia tuvo problemas con la nacionalización de su contenedor y finalmente nos entregaron los equipos el 19 de enero de 1.998, ese mismo día nos entregaron el programa de terminación una carta que también figura en el expediente, donde ellos mismos nos marcaban las tres semanas que habíamos pactado, porque aún cuando teníamos derecho a cuatro semanas, ellos querían que lo hiciéramos en tres semanas....."

5.7.2 REQUERIMIENTOS DE KIMEL DE COLOMBIA A C.M.I.- OBRAS ADICIONALES.

A folio 10 ídem dijo: "Hay unas cartas de requerimientos que las vimos en el expediente fechadas 22 de enero, 23 de enero y 27 de enero de 1998 en donde se ve claramente que Kimel de Colombia estaba desesperada por

terminar el trabajo y por arrancar la planta en la fecha convenida, entonces en esos requerimientos nos decía primero: que teníamos que aumentar el personal, nosotros teníamos diez personas trabajando, pusimos doce personas, se nos requirió que abriéramos varios frentes de trabajo en la comunicación del 23, lo hicimos, en la última nos dicen bueno esta bien, ustedes han abierto otros frentes de trabajo y se ha notado el avance, pero todavía queremos que trabajen horas extras y nosotros hicimos horas extras, esas son tres cartas que nos envió Kimel de Colombia....”nosotros terminamos el montaje en febrero 7, como efectivamente ellos nos solicitaron, pero, en febrero 6 se produce la llegada de los técnicos argentinos que eran los que iban a arrancar la planta y ese mismo día nosotros recibimos el seis de febrero de 1998 una carta en donde se nos definían algunas cosas que no estaban definidas....” “... o aclaradas como se debían montar, recibimos una carta de 16 ítems...” “.. nosotros trabajamos el fin de semana haciendo las correcciones, haciendo las modificaciones solicitadas y la planta arrancó el día 14 de febrero de 1.998.”

5.7.3 OBRAS ADICIONALES.

A folio 11 ídem dijo“ Es también importante señalar que se nos ordenaron obras adicionales producto de algunas cosas que inicialmente no estaban, entonces por ejemplo el día 20 de enero de 1.998 tenemos una carta en donde nos solicitan una estructura, en febrero 17 tenemos una carta solicitándonos unas modificaciones y la última nos llegó solicitándonos pequeños...”

5.7.4 RETIRO DE LA OBRAS DE C.M.I.- OBRAS ADICIONALES.

A folio 11 ídem dijo:“.....nosotros permanecemos en la obra todavía en la obra hasta el 21 de febrero de 1.998.....haciendo todas estas obras adicionales que nos habían solicitado después de la llegada de los argentinos, sería una mala circunstancia de que nosotros terminamos el trabajo y la interventoría desapareció, la interventoría salió de la obra el 23 de febrero de 1.998, en ese momento nosotros entramos en un proceso de liquidación de la obra con un nuevo interventor, el Ingeniero Efraín Alegría, con él tuvimos varias discusiones de que era adicional, que no consideraba adicional, cómo se iba a facturar siempre tratando de cerrar el contrato y eso fue entre el 23 de marzo y el 12 de marzo...” “... el 12 de marzo nosotros mandamos la relación de todas las adicionales que habíamos discutido y el 16 de marzo de 1.998 nosotros recibimos una carta de Kimel de Colombia diciéndonos que faltaban todavía cosas.....”, “.....finalmente nos recibieron la obra el 13 de abril de 1.998, pasamos nuestras facturas pasamos ésta y recibimos la sorpresa que ustedes ya saben de que se nos imputaban unos atrasos, que nos imputaban unas multas.....”

5.8 TESTIMONIO DEL SR GABRIEL AURELIO ZARATE TESTIMONIO DE LA PARTE CONVOCADA.

FALLAS EN EL MONTAJE DE LOS EQUIPOS.- FECHA DE LA INICIACION DE OPERACIÓN DE LA PLANTA.

A folio. 14 y siguientes del cuaderno. de transcripciones aparece la declaración del señor Gabriel Aurelio Zarate Barreiros ingeniero de mantenimiento de Kimel de Colombia quien manifiesta haberse vinculado a Kimel de Colombia en el mes de junio de 1.998 y haber trabajado con

anterioridad como Contratista de Kimel desde el mes de enero de 1.998 y cifra su testimonio señalando la existencia de fallas mecánicas de la planta por el montaje y señala que la planta comenzó a operar en el mes de agosto de 1.998.

5.9 INTERROGATORIO DE PARTE DEL INGENIERO LUIS ALBERTO PINZON BAUTISTA. REPRESENTANTE LEGAL DE KIMEL DE COLOMBIA S.A.

5.9.1 ABANDONO DE LA OBRA POR PARTE DE C.M.I.

A Folio 164 del cuaderno de transcripciones aparece el interrogatorio de parte del señor Luis Alberto Pinzón Bautista representante legal de Kimel de Colombia S.A. , quien interrogado contestó refiriéndose a la firma Diseños y Procesos Suárez Ltda. "La firma Diseños y Procesos si fue la encargada del diseño y de la interventoría de la obra, tanto en las obras civiles, como las mecánicas, como eléctricas y ejerció esta función hasta el 23 de febrero de 1.998, en que se confirmó que habían abandonado la obra, me refiero a abandono porque levantaron todo lo de su oficina y se marcharon, entonces en ese momento entró a funcionar otra interventoría."

5.9.2 MOTIVOS DE LAS PRORROGAS DEL CONTRATO.

A folio 170 ídem refiriéndose a las prórrogas del contrato dijo: "El acta de ampliación de obra es en razón a que de común acuerdo entre el contratista Construcciones Metálicas Industriales Limitada, la interventoría Diseños y Procesos Suárez Ltda. y Kimel de Colombia se acordó ampliar la terminación de la obra hasta el 31 de enero de 1.998, porque digo de común acuerdo, porque desde el 27 de diciembre de 1.997 se sabía,, había llegado el contenedor a Buenaventura, pero no habían llegado los documentos necesarios para su nacionalización hubo un problema de courier, de mensajería, de manera que los documentos para la nacionalización en los primeros días del mes de enero y fue necesario ampliar el registro de importación que vencía el 31 de enero de 1.997, dicha ampliación tomó tiempo porque hace parte del plan Vallejo y por consiguiente en Cali no se comprometieron a prorrogarlo, fue necesario ir a Bogotá para que los ampliaran, entonces debido a ese hecho que conocía desde el 20, 22 de diciembre de 1.997, de común acuerdo entre las tres partes se decidió firmar esta acta de ampliación de prórroga que además C.M.I. manifestaba como muy conveniente para ellos ya que no debían incurrir en costos de mano de obra. en diciembre, feriados y durante el desarrollo de la feria de Cali....."

5.9.3 OBRAS ADICIONALES AL CONTRATO.

A folio . 170 ídem contestando a un interrogante sobre obras adicionales dijo: "En febrero de 1.998, los primeros días, no recuerdo se fue el 4, 5 o 6 de febrero, después de la revisión se acordó la ejecución de unos trabajos necesarios para la terminación de ciertos trabajos correspondientes a la obra en mención, porqué digo necesarios, porque el Contrato de ejecución de obra con C.M.I. Ltda., contempla tanto trabajos necesarios como trabajos complementarios y los trabajos acordados fueron necesarios, que estaban implícitos dentro de los términos de la obra, dentro del Contrato firmado con C.M.I."

En respuesta obrante a folio.170 ídem respondió:” La firma C.M.I. por concepto de obras adicionales no tuvo que permanecer en la obra durante los meses que usted menciona, febrero, marzo y abril.”

5.9.4 ABANDONO DE LA OBRA POR C.M.I.- OBRAS PENDIENTES.

A folio. 171 ídem respondió: ”En enero, febrero, marzo y abril, la firma C.M.I. Ltda. abandonó la ejecución de la obra, el 18 de febrero de 1.998, fue requerida para una reunión el día 12 de marzo de 1.998 a la cual asistió el Ingeniero Luis Jesús Moreno y Julio César Cely, se le envió una comunicación detallándole los pendientes para terminar los términos de la obra, o sea las obras pendientes por terminar, se le envió el 16 de marzo de 1.998, regresó con su personal el 19 de marzo de 1.998 y desde entonces hasta la firma del acta de culminación de la obra estuvo enviando personal a Kimel de Colombia tal y como consta en las pruebas entregadas para culminar los trabajos de Kimel de Colombia le había requerido para que le diera terminación a la obra.”

5.9.5 PRUEBAS DE ARRANQUE DE LA PLANTA.

A folio 175 ídem, en referencia a la fecha de arranque de la planta dijo:” No es cierto que la planta arrancó el 12 de febrero de 1.998, lo que si es cierto es que la empresa Kimel de Colombia S.A. y en la planta en mención se iniciaron las pruebas de arranque el día 12 de febrero de 1.998.”

5.9.6 PROCEDIMIENTO PARA CONTINUAR CON LA EJECUCION DEL CONTRATO VENCIDA LA PRIMERA PRORROGA.

Interrogado sobre cual había sido el procedimiento para continuar con la ejecución del contrato vencida la primera prórroga contestó a Folio. 176 del cuaderno de transcripciones y manifestó:”vencida la primera prórroga que se venció exactamente el 31 de enero de 1.998, no hubo un procedimiento escrito para prorrogar más ese tiempo, ya que el Contratista debía haber terminado la obra en esa fecha, lo que sí se presentó fue un abandono del Contratista de la obra llevándose a su gente el día 18 de febrero de 1.998.”

5.9.7 PLAZO PARA LA EJECUCION DE OBRAS ADICIONALES.

A folio.177 ídem preguntado sobre el plazo dado al Contratista para la ejecución de las obras adicionales manifestó:’ Para la ejecución de las obras adicionales no se dio ningún plazo entendiéndose que el desarrollo de las obras adicionales se dieron durante el tiempo de ejecución del contrato, en este caso desde el 14 de octubre de 1.997 hasta el 31 de enero de 1.998”

5.9.8 REQUERIMIENTO A C.M.I. PARA HACER OBRAS ADICIONALES.

A folio. 182 ídem interrogado si había requerido a C.M.I. para que hiciera obras adicionales dijo:” En ningún momento Kimel de Colombia por intermedio del representante legal y gerente que soy yo hizo requerimiento alguno de obras adicionales a C.M.I. Ltda, esas obras adicionales que se ejecutaron o que se llevaron a cabo por parte de C.M.I. Ltda. en la ejecución del contrato 05 en mención se llevaron a cabo durante el desarrollo de la misma obra entre el 14 de octubre de 1.997 y el 31 de enero de 1.998, se llevaron a cabo dentro de una autorización tácita que hizo el interventor de la obra, el representante legal

del interventor, el Sr. Jaime Suárez Joya al Contratista ingeniero Luis Jesús Moreno de C.M.I. Ltda., porqué digo tácita, porque como se podrá apreciar cuando se escuche el cassette de la misma voz del ingeniero Luis Jesús Moreno acepta que eran convenios verbales que hacía con el Señor Jaime Suárez Joya y de los cual no existe evidencia escrita, que fue necesario hacer para liquidar las obras adicionales, fue necesario comparar la obra física como tal vs. lo contratado y de ahí levantar actas de obras adicionales con la nueva interventoría, porque había sido un acuerdo tácito que también como lo dice el señor ingeniero Luis Jesús Moreno en la cinta fue un acuerdo entre amigos.”

5.10 TESTIMONIO DEL SEÑOR JULIO CESAR CELY. TESTIMONIO DE LA PARTE CONVOCANTE.

A folio 67 del cuaderno de transcripciones aparece la declaración del Ingeniero Julio Cesar Cely, testigo de C.M.I., quien interrogado manifestó

5.10.1 PERMANENCIA DE C.M.I. EN LA OBRA

“ A folio 73 del cuaderno de transcripciones dijo:” Estuvimos en la obra desde el 24 de noviembre de 1.997 hasta el 21 de febrero de 1.998, época en que digamos, retiramos los equipos y el personal debido a que la planta estaba funcionando.”

5.10.2 PLAZO DE EJECUCION DEL CONTRATO

A folio 74 ídem dijo:” Tuve conocimiento de que el contrato tenía una duración de nueve semanas a partir del 14 de octubre para estar terminada la obra el diciembre 16 de 1.997, nosotros arrancamos el montaje el 24 de noviembre de 1.997, llegamos a diciembre 7 de 1.997 y empezamos a estar en el sitio de trabajo sin poder realizar los montajes porque había demora en la llegada del embarque donde venían los equipos prefabricados por una firma de Argentina, esa demora o ese tiempo que se alargó hasta el 19 de enero de 1.998, fecha en que tuvimos los equipos allá en el sitio y reanudamos el montaje por tres semanas llegando a febrero 7, de eso tenemos digamos un cronograma elaborado por Kimel de Colombia en el cual nos daban una serie de actividades para desarrollar en esas tres semanas, nosotros terminamos ese 7 de febrero de 1.998 el montaje, en ese día llegó la gente de argentina de la firma Galaxie a iniciar pruebas para el arranque de la planta, también en ese momento ellos nos dieron unos trabajos adicionales, o sea detalles de montaje de última hora que nosotros no teníamos conocimiento, para digamos darle terminación al montaje completamente.”

5.10.3 TRABAJOS ADICIONALES

A folio 78 ídem dijo:” Esos trabajos se referían a la falta de nuevas plataformas o niveles en algunos pisos y corrección de algunos ductos y algunas cosas que se presentaban en esas pruebas, como decía anteriormente, tenemos solicitudes por fax por parte de Kimel.”

5.10.4 TERMINACION DE TRABAJOS ADICIONALES

A folio 78 ídem dijo:” Nosotros salimos de la obra en febrero 11 de 1.998 y dando por terminados todos los trabajos adicionales, la planta funcionando y en

febrero 23 estuve en la planta, pero no encontramos a la Interventoría, el Ingeniero Jaime Suárez Joya se había retirado del proyecto y nosotros tuvimos que esperar algunos días cuando nuevamente Kimel nombró a un Interventor el Ingeniero Efraín Alegría, con él nos reunimos para hacer la liquidación la obra y poner en conocimiento de Kimel el valor de las obras adicionales se presentaron dos relaciones, una como estructura metálica, solamente, y otra como adicionales para los equipos de proceso, la relación digamos de obras adicionales de estructura fue aceptada totalmente y hubo una objeción por las adicionales de equipos debido a eso nos reunimos en C.M.I., el Ingeniero Moreno Gerente de C.M.I., el Ingeniero Jaime Suárez, Interventor anterior, el Ingeniero Efraín Alegría, el Ingeniero, no recuerdo ahorita el nombre de la firma Galaxie y mi persona a discutir esas adicionales porque la firma Galaxie tendría que haber mandado los equipos en determinadas condiciones, esos equipos no vinieron así y nosotros hicimos esas obras adicionales...”

5.11 DILIGENCIA DE INSPECCION JUDICIAL.

La Diligencia de Inspección Judicial fue adelantada el 10 de marzo de 1.999 en la instalaciones de Kimel de Colombia S.A. ubicadas en la vía a Roza al lado de la Destilería San Martín en donde fueron practicadas las pruebas decretadas.

5.12 PRUEBAS DOCUMENTALES

5.12.1 PLAZO FINAL PARA LA EJECUCION DE LA OBRA

En el cuaderno de documentos a folio 17 aparece una carta enviada por Diseños y Procesos Suárez Ltda. a Kimel de Colombia de fecha 20 de enero de 1.998 que textualmente dice:”Siempre se había planteado y estaba muy claro entre las partes que la planta empezaría pruebas un mes después de llegado el último embarque, habiendo llegado éste último el día 16 de enero de 1.998, hemos logrado con los contratistas reducir a tres semanas la culminación de las obras..”

5.12.2 CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

A folio 22 del cuaderno principal aparece certificación suscrita por el Ingeniero Jaime Suarez Joya representante legal de la sociedad Diseños y Procesos Suarez Ltda en donde manifestó que C.M.I Ltda ejecutó el Contrato dentro de los tiempos estipulados.

5.12.3 TRABAJOS PENDIENTES DE CONCLUIR POR C.M.I.

A folio 61 del cuaderno principal aparece carta de fecha 16 de marzo de 1.998 enviada a C.M.I. por el Ingeniero Luis Alberto Pinzón B. en donde señala trabajos pendientes de concluir:

- 1- Retoque de pintura
- 2- Aplicación de pintóxido
- 3- Aseguramiento del Scrubber
- 4- Terminación del cerramiento

En el cuaderno de documentos aportados por Kimel de Colombia a folio 14 obra carta fechada el 2 de abril de 1.998 enviada por Kimel de Colombia S.A a C.M.I. en donde hacen una valoración de los trabajos adicionales:

- Labores de suministro y montaje
- Trabajos de Montaje de la Cámara de Secado
- Armado de ciclones
- Montaje del ciclón de transporte
- Montaje de hornos, quemador y ductos
- Lavador de gases
- Deshumudificador

5.12.4 FECHA DEL CULMINACION DE LAS OBRAS

A folio 29 ídem aparece carta enviada a C.M.I. por Jaime Suarez Joya de fecha enero 19 de 1.998 en donde solicita a C.M.I. fechas de culminación de las actividades faltantes de la obra únicamente en la construcción de la planta de secado.

5.12.5 ACTIVIDADES PENDIENTES DE DESARROLLAR POR C.M.I.

A folio 31 aparece misiva fechada el 6 de febrero de 1.998 enviada a C.M.I. por Jaime Suárez Joya en donde señala 16 actividades pendientes.

5.12.6 PLAZO PARA ENTREGA DE PINTURA ANTES DEL 9 DE FEBRERO DE 1.999

A folio 32 ídem aparece la carta fechada el 3 de febrero de 1.998 enviada por Kimel de Colombia a C.M.I. requiriéndola para que terminen la pintura antes del 9 de febrero para poder iniciar las pruebas de la planta.

5.12.7 DEFINICION DE COLOR DE LA PINTURA PARA EL TANQUE DE ALMACENAMIENTO

A folio 33 ídem obra carta enviada a C.M.I. por el Ingeniero de Kimel de Colombia, Henry Rovira, manifestándole que han definido el color del tanque de almacenamiento.

5.12.8 PLAZOS PARA LA ENTREGA DE LA PLANTA DE SECADO

A folio 35 ídem obra carta enviada a Kimel de Colombia por el Ingeniero Jaime Suárez Joya en donde señala los plazos de entrega de la planta de secado.: C.M.I. 24 de enero si Kimel entrega los elementos faltantes durante la semana del 5 al 9 de enero e indica:” En caso de que los elementos faltantes se entregaran en fecha posterior se requiere una semana adicional a partir del 24 de enero.”

5.12.9 OBRAS ADICIONALES EJECUTADAS POR C.M.I.

A folio 37 y 38 ídem aparecen cartas enviadas a Kimel de Colombia por el Ing. Jaime Suárez Joya, fechadas el 28 de enero de 1.998 en donde estima las posibles obras adicionales ejecutadas por C.M.I., señalando que el suministro de Galaxie no llegó como unidades completas y que fue requerido reforzar las estructuras de soporte donde están apoyados algunos equipos.

5.12.10 FECHAS DE ENSAYOS DE LA PLANTA

En el cuaderno de documentos de Kimel de Colombia, sin número aparecen las memorias de ensayos en donde se consignan pruebas de la planta a partir del 12, 13 y 14 de febrero de 1.998.

6. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El contrato suscrito entre las partes de fecha 14 de octubre de 1997 distinguido con el número 05 y denominado “contrato de ejecución de obra a precio global fijo sin reajuste entre kimel de Colombia S.A. y C.M.I. LTDA”, en el cual kimel de Colombia S.A. actuó como dueño de la obra o contratante y C.M.I. actuó como artífice o contratista, corresponde al contrato de obra o contrato para la confección de obra material regulado en los artículos 2053 a 2062 del Código Civil Colombiano, contrato que “consiste en el acto jurídico en virtud del cual una persona se obliga para con otra a realizar una obra material determinada, bajo una remuneración y sin mediar subordinación ni representación” (José Alejandro Bonivento Fernández - Los principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales, Décima Edición, pág. 465 y s.s.). LA doctrina y la jurisprudencia han encontrado los antecedentes del contrato de obra en la diferencia establecida desde el Derecho Romano entre la “locatio conductio operarum” en la cual el conductor o patrón quería el servicio mismo de parte del trabajador y la “locatio conductio operis”, en la cual el conductor deseaba el resultado; por lo tanto en ésta última forma de trabajo el elemento subordinación casi desaparecía. Con el correr de los tiempos estas formas de trabajo se conocieron con la denominación de arrendamiento de servicios y arrendamiento de obra, anotando que en el primero lo esencial es la subordinación y obediencia; y, en el segundo, la obra producida, quedando el artífice en entera libertad de escoger los medios a emplear para realizarla. (Cfr. Diario Jurídico, Vol.I, Pg 203).

El contrato de obra participa de las mismas características del arrendamiento, y por tanto es consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, principal y nominado. Dada su ya mencionada característica de contrato bilateral impone obligaciones recíprocas para los contratantes. Dichas obligaciones son, de una parte, para el dueño de la obra: a.) Pagar el precio de la obra, b.) Cooperar en la confección de la obra y c.) Recibir la obra; y, de otra parte, para el artífice: a.) La realización de la obra encomendada de acuerdo a las condiciones señaladas en el contrato y b.) La entrega de la obra en el plazo pactado.

Como la controversia contractual sometida al tribunal radica fundamentalmente en establecer el cumplimiento de las obligaciones recíprocas pactadas entre las partes en el mencionado contrato de obra, importa, desde un comienzo, definir si el artífice cumplió o no con la entrega de la obra en el plazo contractual pactado; como quiera que una vez definido este punto en concreto podrá el Tribunal pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la demandada y despachar las pretensiones de la demanda atinentes al incumplimiento contractual endilgado al dueño de la obra, en razón al no pago oportuno del precio pactado.

El plazo pactado entre las partes para la ejecución del mencionado contrato civil de obra se estipuló en nueve (9) semanas contadas a partir de la fecha del acta de iniciación de obra, esto es a partir del 14 de octubre de 1997. Sin embargo, aparece probado en autos que la fecha de iniciación debió postergarse, como quiera que existía atraso en las obras civiles. (carta de CMI de noviembre 18 de 1997 (folio 13 cuaderno de solicitud de convocatoria e integración, carta de Kimel al interventor de enero 19 de 1997, visible a folio 11 del cuaderno de actas, testimonio del interventor). Las partes fijaron de común acuerdo como fecha de iniciación del montaje el día 24 de noviembre de 1997, tal como consta en la comunicación Kimel 97-313 de noviembre 18 de 1997 y en la declaración rendida por el representante legal del interventor Sr. Jaime Suárez J, visible en la hoja número trece de la declaración rendida ante el Tribunal.

Observa el Tribunal que la labor del artífice o contratista se vio obstaculizada por el incumplimiento del dueño de la obra o contratante. En efecto, lo cierto es que Kimel no puso oportunamente a disposición de la contratista CMI las obras civiles necesarias para que ésta ejecutara su labor, dilatándose el inicio del montaje contratado.

Las partes firmaron un acta de ampliación en la cual establecieron un nuevo plazo para la conclusión de la obra contratada, hasta enero 31 de 1998. (Folio 63 del cuaderno de solicitud e integración del Tribunal). Además del precitado documento, éste hecho está acreditado en el plenario con las declaraciones de parte rendidas ante este Tribunal por los representantes legales de las contratantes.

Como igualmente obra en el plenario el Acta de entrega de Obra suscrita el 13 de abril de 1998 (folio 18 del cuaderno de solicitud de convocatoria de integración), corresponde al Tribunal sopesar y estimar si ésta situación acarrea necesariamente el incumplimiento del contratista de su obligación de entregar la obra en el plazo pactado.

Para dirimir esta inquietud, el Tribunal considera pertinente referirse primero a la conducta asumida por el dueño de la obra en lo que tiene que ver con la entrega oportuna de los equipos necesarios para que el artífice pudiera desarrollar su labor en los términos y condiciones pactados. Es decir, si la obra contratada consistía en la fabricación y montaje del edificio en estructura metálica y montaje de equipos y componentes para el Spray Dryer de la planta para secados de vinaza en la Destilería San Martín de la Industria de Licores del Valle, (Cláusula primera. Objeto del contrato) es de suma importancia dilucidar si el contratista contó en forma oportuna con los elementos y equipos que debían ser suministrados por el dueño de la obra, como quiera que el montaje de los mismos era parte sustancial del objeto principal del contrato. De suerte que si el montaje no fue concluido en el término pactado debido a que el dueño de la obra no suministró en forma oportuna los elementos y equipos a instalar, mal podría hablarse de incumplimiento contractual por parte del contratista en cuanto a la entrega de la obra en el plazo pactado.

Para el Tribunal tiene plena credibilidad lo dicho por el representante legal de la interventoría Dr. Jaime Suárez Joya, quien en su testimonio manifiesta claramente que el último contenedor con equipos, remitido por la firma Galaxie de la Argentina, llegó a la obra el 16 de enero de 1998, fue descargado y puesto a disposición de C.M.I. el 19 de enero de 1998, fecha a partir de la cual el contratista contaba con un plazo de tres semanas para concluir la labor de

montaje. Igualmente, obra en el expediente la comunicación de enero 16 de 1998 en la que Kimel hace entrega a la almacenadora Almadelco de un contenedor con los equipos a instalar. (Folio 55 del cuaderno de documentos de Kimel). Es más, la razón por la cual se firmó la prórroga antes mencionada hasta el 31 de enero de 1998 fue, precisamente, la demora en la entrega de los equipos a instalar.

Entonces, está probado en el proceso que los elementos y equipos que debían ser montados no fueron puestos oportunamente a disposición del contratista. En efecto, la carta del interventor Diseños y Procesos Suárez Limitada que obra a folio 17 del cuaderno de actas, es contundente. En ella, el interventor, quien de conformidad con la cláusula décima segunda del contrato lleva la representación de Kimel ante el contratista, manifiesta que los equipos no llegaron oportunamente en razón a que Kimel no previó la necesidad de prorrogar los documentos que permitieran la nacionalización de los equipos. Esta conducta no puede pasar inadvertida al Tribunal, ya que una de las obligaciones fundamentales del dueño de la obra es cooperar en la confección de la obra, cooperación que en el presente caso consistía fundamentalmente en entregar en forma oportuna los elementos y equipos necesarios para la ejecución de la obra, sin los cuales, obviamente, ésta no podía ser desarrollada toda vez que sin la presencia física en la obra de los equipos que debían ser instalados, ningún montaje se podía llevar a cabo.

Ahora bien, para el Tribunal no es exacto que el plazo para la entrega de la obra contratada venciera el 31 de enero de 1998. El interventor, la sociedad Diseños y Procesos Suárez Ltda., quien, se repite, conforme a voces de la cláusula décima segunda del contrato celebrado entre las partes llevará la representación de Kimel frente al contratista, manifestó que hubo una segunda prórroga por espacio de tres semanas contadas a partir de la fecha en que el contratista tuviera a su disposición los equipos a montar, segunda prórroga que vencía el 7 de febrero de 1998. (folio 19 de la declaración del Sr. Jaime Suárez). No de otra forma puede entenderse la comunicación Kimel 98-013de Enero 20 de 1998 en la que se requiere al contratista ampliar la vigencia de las póliza de seguros, en razón a que los plazos del contrato se han postergado. (Folio 17 del cuaderno de convocatoria e integración).

El Interventor, a juicio del Tribunal, fue veraz y responsivo en sus respuestas; a folio 27 del cuaderno de transcripciones afirmó que una vez llegado el último contenedor a la Obra y se entregara a C.M.I. , se acordó un plazo de tres semanas que venció el 7 de febrero de 1.998; a folio 60 del mismo cuaderno señala que el plazo de las tres semanas fue definido entre el Sr. Luis Alberto Pinzón, gerente de Kimel de Colombia S.A. y Jaime Suárez Joya, Interventor y representante del Contratante en la obra; coincide esta declaración con la rendida por el Ingeniero Luis Jesús Moreno, gerente de C.M.I. obrante a folio 7 del mismo cuaderno, cuando afirma que el plazo de las tres semanas se extendería hasta el día siete de febrero de 1.998.

Frente a las obras adicionales ejecutadas por C.M.I. existen diferencias entre las partes en referencia en cuanto a las fechas en que fueron ordenadas. Kimel de Colombia, a través de las pruebas aportadas con el testimonio de su representante legal, niega que hubiere acordado la ejecución de obras adicionales con posterioridad al 31 de enero de 1998. En su testimonio obrante a folio 177 del mismo cuaderno, hay afirmaciones de las cuales no existe suficiente evidencia probatoria, a juicio de este Tribunal; por el contrario, en el plenario abunda el acerbo probatorio que acredita un hecho distinto. El

ingeniero Luis Jesús Moreno, representante legal de C.M.I. en su interrogatorio de parte obrante a folios 10, 11 del cuaderno de transcripciones es reiterativo, coincidiendo con las declaraciones del Interventor Jaime Suárez Joya, obrantes a folios 41, y 42 ídem y con las declaraciones del Ingeniero Julio Cesar Cely, obrantes a folio 74 del mismo cuaderno.

Respecto a las obras ejecutadas por C.M.I. con posterioridad al 7 de febrero de 1998 el Tribunal entiende que algunas son adicionales, y otras la culminación de detalles complementarios de las obras ejecutadas en desarrollo del susodicho contrato, que por su entidad no deben tenerse como incumplimientos de C.M.I. al Contrato, como las relacionadas en el documento obrante a folio 61 del cuaderno principal donde Kimel de Colombia señala como trabajos pendientes: 1- retoque de pinturas, 2- Aplicar capa de pintóxido, 3- Colocar, tuercas y tornillos faltantes, 4- Asegurar el Scrubber, y 5- Terminar el cerramiento. Al respecto la jurisprudencia arbitral ha expresado: "Enunciadas, en términos generales, las obligaciones a cargo de las partes en el contrato de obras públicas, corresponde precisar los requisitos que deben concurrir para que se configure el incumplimiento de una u otra, a saber: A. la inejecución absoluta o el cumplimiento imperfecto, total la primera y parcial el segundo, pero ambos definitivos, en el sentido de que ya no sea posible el pago, en el evento de la inejecución absoluta, ni la corrección del defecto, en el evento del cumplimiento imperfecto o defectuoso: B. que dichos incumplimientos de las obligaciones sean totales o, cuando menos de una parte importante de las prestaciones objeto de ellas; y C. que el deudor haya sido constituido en mora, siguiendo los criterios que sobre el particular consignan los artículos 1608 y 1609 del Código Civil". (La Jurisprudencia Arbitral en Colombia Tomo II. Investigador: Hernán Fabio López Blanco. Universidad Externado de Colombia.

Pero, además, debe tenerse en cuenta que, inclusive antes de vencer la primera prórroga, hubo requerimientos de trabajos adicionales. Así lo prueba fehacientemente, no solamente el dicho del interventor en su testimonio, sino el documento que obra a folios 54 y 55 del cuaderno de actas del Tribunal, en el cual el interventor requiere al contratista la ejecución de obras adicionales en razón a que el último equipo embarcado por Galaxie no llegó como unidades completas. Y, el reconocimiento de la existencia de obras adicionales, proviene inclusive de documentos emanados de la propia contratante, como lo es la carta de Kimel de abril 2 de 1998 en la que se refiere a la necesidad de evaluar los trabajos adicionales definidos por la firma Galaxie. (Folio 14 del cuaderno de documentos Kimel).

La obra fue concluida el 7 de febrero de 1998. Así lo acredita el dicho del interventor en su testimonio (Folio 24 de la declaración del interventor), el documento emanado de la interventoría, en la que ésta hace constar que la obra fue ejecutada dentro de los tiempos pactados (Folio 24 del cuaderno de solicitud de convocatoria e integración), el acta de entrega de obra suscrita por las partes el 13 de abril de 1998 en la se expresa que "la obra fue ejecutada dentro de las especificaciones contractuales" y es recibida a entera satisfacción (Folio 18 del cuaderno de solicitud de convocatoria e integración). Inclusive, especial importancia reviste para el Tribunal la carta de Kimel de febrero 3 de 1998 (Folio 32 del cuaderno de documentos Kimel), en la que ésta le pide a C.M.I. terminar la pintura antes del 9 de febrero de 1998, con la finalidad de iniciar pruebas de arranque. Es decir, a febrero 3 de 1998 solo faltaba la pintura. Y, para concluir, efectivamente existe evidencia en el

expediente, carta de Diseños y Procesos Suárez Ltda. de febrero 23 de 1998, visible a folio 47 del cuaderno de Actas del Tribunal de pruebas de ensayo del montaje en febrero 12, 13, 14 de 1998, y obra además el acta de arranque de la planta de secado del 16 de febrero de 1998. Forzoso es concluir entonces la terminación de la obra en la fecha acordada entre las partes, no solo por todo lo dicho, sino porque ¿cómo, se pregunta el Tribunal, pudieron realizarse las pruebas y ensayos mencionados, si el montaje no estaba concluido?. Igualmente, las cartas de la interventoría de febrero 6 de 1998 (Folios 56 y 66 del cuaderno de Actas del tribunal) prueban la conclusión de la obra en el plazo acordado, febrero 7 de 1998, faltando detalles menores por parte del contratista, pues, como bien lo expresa la propia interventoría “nunca una obra es perfecta”. Esos detalles menores y las obras adicionales fueron concluidas a satisfacción por la contratista, sin que por este aspecto encuentre el Tribunal incumplimiento alguno de parte de la contratista.

El corolario necesario del recuento hecho por el Tribunal con base en el haz probatorio, es estimar cumplidas las obligaciones a cargo de la Contratista, e incumplidas las obligaciones a cargo de la contratante.

Dilucidado el punto atinente a la mora de la contratista en la entrega de la obra, conducta reprobable que el contratante endilga a la contratista y que el Tribunal no prohija, procede el Tribunal a pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la parte demandada.

7.- RESOLUCION DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

En el libelo de contestación de la demanda, el apoderado de la parte demandada propone tres excepciones, las cuales denomina excepción de insuficiencia de poder para actuar, excepción de contrato no cumplido por la sociedad demandante y excepción de carencia de causa para demandar.

Sobre la primera de las excepciones se pronunció el Tribunal en la audiencia de febrero 8 de 1999 acta No. 3, criterios que hoy se ratifican en un todo, por lo que, en consecuencia, el Tribunal no acoge la excepción planteada por la parte demandada.

En cuanto a la segunda excepción propuesta, se basa dicha excepción en la consideración que hace la parte convocada de que la sociedad contratista incumplió su obligación de entregar la obra contratada en el plazo estipulado por las partes, motivo por el cual, en opinión de la demandada, quedó habilitada para aplicar las multas previstas en el contrato.

No lo estima así el Tribunal. Para el mismo, y como ya quedó expuesto en precedentes consideraciones, la contratista entregó en la oportunidad contractual prevista, teniendo en cuenta las prórrogas del plazo inicialmente pactado, la obra contratada. Al respecto, expresan los Profesores Ospina Fernández y Ospina Acosta, refiriéndose a las condiciones de la excepción “Son estas condiciones o elementos axiológicos de la excepción los que surgen de su definición legal y de la doctrina, a saber: a) que haya reciprocidad de obligaciones entre las partes litigantes; b) que el actor no haya cumplido las suyas ni se allane a cumplirlas, siendo exigibles; c) que el demandado no esté en mora y, d) que el incumplimiento del actor sea grave.” (G. Ospina Fernández, E. Ospina Acosta, Teoría general del contrato y del negocio jurídico, quinta edición, Pg. 592).

Y, sobre el mismo tópico, el discurrir de los Chilenos Alessandri y Somarriva ofrece la siguiente tesis: **“Condiciones que se requieren para oponer esta excepción:**

- 1) Que uno de los contratantes haya cumplido, aunque sea en forma imperfecta.
 - 2) Que el que la opone haya cumplido o se allane a cumplir.
 - 3) Que la prueba la produzca en el juicio el que alega que no se ha cumplido el contrato.
- (A. Alessandri Rodríguez y M. Somarriva Undurraga, Derecho Civil, Tomo III, De Las Obligaciones, Pág 213, negrilla del texto original).

Pues bien, en el presente caso se echa de menos la condición consistente en el incumplimiento del actor y el cumplimiento de la demandada, razón por la cual el Tribunal no acoge ésta excepción. No prohíja, entonces, el Tribunal la conducta unilateral de la demandada al imponer multas a la actora y, de esta manera, pretender no pagar las facturas adeudadas a la contratista. En primer lugar, para el tribunal es discutible la legalidad de las cláusulas contractuales en las que funda el contratante su actuación, como quiera que ellas conllevan la justicia por propia mano y la doble investidura de juez y parte. Empero, como ellas no fueron objeto de reproche por parte de la actora, el Tribunal en aras de la consonancia del laudo no se pronuncia sobre las mismas. Y, en segundo lugar, por cuanto en el expediente no hay prueba de pago alguno al segundo interventor, razón alegada por la contratante para la imposición de multas. (Folio 21 del cuaderno de convocatoria e integración, comunicación Kimel de abril 30 de 1998).

La tercera excepción la denomina la convocada “excepción de carencia de causa para demandar”, haciéndola consistir en que el actor “carece de interés que justifique el ejercicio de la acción derivada de la cláusula compromisoria”, pues, en sentir del demandado, el actor por incumplimiento del contrato, se hizo merecedor de las multas pactadas.

De nuevo, no lo estima así el Tribunal. Basta leer el texto de la cláusula compromisoria, mediante la cual las contratantes, en un todo de consuno, pactaron someter a la justicia arbitral “...toda controversia o diferencia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación, que no pueda ser arreglada amistosamente entre las partes...”. En consecuencia, mediante la presente demanda la parte actora está ejerciendo un derecho consignado en el pacto arbitral, derecho derivado de la prerrogativa constitucional otorgada a todos los habitantes del territorio de demandar pronta y cumplida justicia por los medios de ley, dentro de los cuales se encuentra, por supuesto, la justicia arbitral. Al respecto, el Art. 229 de la C.P. reza: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”. Y, por su parte, el cuarto inciso del artículo 116 de la C. P. autoriza la justicia arbitral, en los siguientes términos:” Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. Por tanto, el Tribunal tampoco acoge la excepción propuesta.

8.- LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Concluido el estudio y análisis sobre las excepciones propuestas por la parte demandada, procede el tribunal a exponer su criterio sobre las pretensiones de la demanda, manifestando que acoge las peticiones primera, segunda, tercera, cuarta. En consecuencia, niega las peticiones quinta, sexta en forma parcial y séptima en forma parcial.

Las razones para prohiar las pretensiones primera, segunda, tercera, sexta y séptima en forma parcial, no es otra que, como ha sido abundantemente expuesto en el laudo, el Tribunal ha encontrado cumplidas las obligaciones por parte de la contratista e incumplidas las obligaciones a cargo de la contratante, especialmente la obligación de pagar las facturas adeudadas y que la contratante compensó aplicando multas, medio extintivo de la obligación que el tribunal no encuentra aceptable. Desde luego que las sumas adeudadas a la contratista, y que ésta ha individualizado en la demanda en la suma de \$30.309.935 m/te (treinta millones trescientos nueve mil novecientos treinta y cinco pesos), devengarán intereses de mora desde el 13 de abril de 1998 a las tasas certificadas por el Banco de la República que obran a folio 121 del cuaderno de actas. Se condenará parcialmente en costas y agencias en derecho a la parte demandada, por cuanto no fueron acogidas todas las súplicas de la demanda.

Sobre el tema de los daños y perjuicios, como también se les conoce, el tribunal hará las siguientes consideraciones. Como lo expone el distinguido profesor Argentino Héctor Lafaille "El daño es la compensación a que tiene derecho el acreedor por el desmedro sufrido en sus bienes y por la utilidad dejada de percibir, a causa del incumplimiento de la obligación por el deudor. De la definición que antecede se desprenden las siguientes consecuencias: a) que el daño es un medio indirecto de cumplimiento de la obligación; y b) que comprende a la vez el perjuicio sufrido por el patrimonio del acreedor (daño emergente), y la utilidad que éste ha dejado de percibir por dicho incumplimiento (lucro cesante)." (Héctor Lafaille, Curso de Obligaciones - Conferencias dictadas en la Universidad Nacional de Buenos Aires- Pág. 117 y 118).

Los perjuicios reclamados los fundamenta el demandante en el hecho décimo séptimo del libelo introductorio de la demanda, al exponer que por culpa exclusiva de la contratante debió cancelar nóminas, arrendamientos, etc., al estar parada la obra entre el 8 de diciembre de 1997 y el 20 de enero de 1998, en razón a no haber llegado los equipos que debían ser montados. Sin embargo, la verdad es que en el plenario no obra prueba alguna de que tales pagos hayan sido efectivamente hechos por la contratista. Es más, no está probado que se haya causado un perjuicio imputable a la contratante, y mucho menos está acreditado en el plenario el monto de los perjuicios reclamados, circunstancia por la cual el Tribunal no accederá a la pretensión condenatoria de perjuicios, toda vez que la carga de su prueba incumbe al actor y ella no se produjo en el proceso.

En consecuencia, el Tribunal no puede aceptar como prueba de los perjuicios deprecados el experticio rendido por los peritos y que, con su aclaración y complementación obra en el cuaderno del dictamen pericial, en razón a que el mismo no es demostrativo de la existencia de perjuicio alguno y mucho menos del quantum de los mismos. Téngase en cuenta que los peritos no hicieron referencia alguna a cuántos trabajadores de la contratista estuvieron cesantes, durante cuánto tiempo, cuál era su salario, cuál fue la inversión hecha en conservación de materiales y equipos, cuál era la renta de los equipos

arrendados, etc., etc. En fin, reitera el Tribunal que la parte actora no cumplió con la carga procesal de acreditar la existencia de perjuicios, ni su monto, razón suficiente para que no se acceda a esta súplica.

9. LAUDO ARBITRAL

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte convocada.

SEGUNDO.- Declarar la existencia de un contrato de obra a precio global fijo sin reajuste, relativo a la fabricación y montaje de estructura metálica de la planta de secado de vinaza, el cual se celebró entre Kimel de Colombia S.A., como contratante y Construcciones Metálicas Industriales Ltda. (C.M.I. Ltda.), como contratista.

TERCERO.- Declarar que como consecuencia de la existencia del contrato de obra a que se refiere el ordinal primero de la parte resolutive del presente laudo, hay o existe una obligación a cargo de la contratante Kimel de Colombia S.A. de cancelar o pagar, a su terminación, a la sociedad contratista Construcciones Metálicas Industriales Ltda. (C.M.I. Ltda.). las sumas de dinero liquidadas que se desprendan del acta final de entrega de obras.

CUARTO.- Declarar que en virtud de las declaraciones segunda y tercera de la parte resolutive de este laudo, la sociedad Kimel de Colombia S.A. incumplió el precitado contrato de obra, al no pagar o cancelar a la sociedad Construcciones Metálicas Industriales Ltda. (C.M.I. Ltda.), en el tiempo estipulado, las cuentas surgidas a favor de esta última, por valor de TREINTA MILLONES TRESCIENTOS NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS MCTE. (\$30.309.935.00).

QUINTO.- Denegar la petición quinta del libelo introductorio de la demanda, por las razones expuestas en la parte expositiva de este mismo laudo.

SEXTO.- Condenar a pagar a la sociedad Kimel de Colombia S.A. a favor de Construcciones Metálicas Industriales Ltda. (C.M.I. Ltda.) dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo la suma de TRECE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS MCTE. (\$13.493.478.00) por concepto de intereses de mora, los cuales han sido liquidados conforme con las tasas certificadas por la Superintendencia Bancaria, así:

**Laudo Arbitral Construcciones Metálicas Industriales Ltda
V.S
Kimel de Colombia S.A**

Liquidación de intereses sobre \$30.309.935.00 en 433 días, de abril 13 del 98 a junio 24 del 99.

Base liquidación	Tasa Ints.		\$	
\$30.309.935.00	2.78%	030 Abr.13-98 a may.12-98	842.616.00	
	2.88%	030 May.13-98 a jun.12-98	872.926.00	
	2.94%	030 Jun.13-98 a jul.12-98	891.112.00	
	3.32%	030 Jul.13-98 a agos.12-98	1.006.290.00	
	3.42%	030 Agos.13-98 a sept.12-98	1.036.600.00	
	3.16%	030 Sept.13-98 a oct.12-98	957.794.00	
	3.28%	030 Oct.13-98 a nov.12-98	994.166.00	
	3.46%	030 Nov.13-98 a dic.12-98	1.048.724.00	
	3.37%	030 Dic.13-98 a ene.12-99	1.021.445.00	
	3.25%	030 Ene.13-98 a feb.12-99	985.073.00	
	3.11%	030 Feb.13-99 a mar.12-99	942.639.00	
	3.10%	030 Mar.13-99 a abr.12-99	939.608.00	
	2.65%	030 Abr.13-99 a may.12-99	803.213.00	
	2.65%	030 May.13-99 a Jun.12-99	803.213.00	
	2.65%	030 Jun.13-99 a Jun.24-99	348.059.00	
		-----		-----
		3.07%	433	\$13.493.478.00
	=====	====	=====	

26-06-99

13-04-98

13-02-01 = 433 días

=====

Parágrafo: La metodología utilizada por el Tribunal en la liquidación de la tasa de interés consistió en convertir la tasa de interés anual certificada por la Superbancaria para créditos ordinarios, a la tasa equivalente en la modalidad mes vencido.

SEPTIMO.- Condenar parcialmente a la parte convocada Kimel de Colombia S.A. al pago de las costas causadas en este proceso arbitral, así: a) por concepto de agencias en derecho a cargo de Kimel de Colombia S.A. y a favor de Construcciones Metálicas Industriales Ltda. (C.M.I. Ltda.), las cuales se fijan por el Tribunal en la suma de CUATRO MILLONES DE PESOS MCTE. (\$4'000.000.00); b) por concepto de costas materiales la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MCTE. (\$2'492.758.00).

OCTAVO.- Ordénase que por la Secretaría del Tribunal se expida copia auténtica del presente laudo con destino a cada una de las partes.

NOVENO.- Ordénase que por la Secretaría del Tribunal se expida copia auténtica del presente laudo con destino al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali.

DECIMO.- Ordénase que por el Presidente del Tribunal, con cargo a la cuenta de gastos, se protocolice el expediente en una Notaría del Círculo de Cali.

**Laudo Arbitral Construcciones Metálicas Industriales Ltda
V.S
Kimel de Colombia S.A**

El laudo anterior se notifica en la presente audiencia.

El Tribunal fija como fecha para la realización de la audiencia de adición, aclaración y corrección por error aritmético del laudo, caso de que se presenten, el viernes dos (2) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1.999) a las 2:30 p.m.

La anterior decisión queda asimismo notificada en audiencia.

El Presidente,

SIMON PAYAN MORENO

Los Arbitros,

HERNAN DARIO MEJIA ALVAREZ

JAIME VALENZUELA COBO

El Secretario,

SIMON PAYAN MORENO