**CONSEJO DE ESTADO - Recurso extraordinario de anulación - Competencia**

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por Refinería de Cartagena S.A., contra el laudo proferido el 4 de septiembre de 2014, corregido por el laudo complementario del 17 del mismo mes, por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias originadas con ocasión del contrato suscrito con Transportes Montejo Ltda. En efecto, conforme lo preceptúan el numeral 7º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo n.° 58 de 1999, modificado por el Acuerdo n.° 55 de 2003, de esta Corporación, corresponde a la Sección Tercera conocer en única instancia del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública. Para el caso concreto, entre la Refinería de Cartagena S.A. y Transportes Montejo Ltda.

**LAUDO ARBITRAL - Recurso extraordinario de anulación - causal octava - Alcance - Artículo 163 - Decreto 1818 de 1998**

Conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la causal invocada procede a condición de que el recurrente la hubiere alegado oportunamente ante el Tribunal de arbitramento, requisito que cumplió la Refinería de Cartagena S.A. pues, dentro de los cinco días siguientes a la expedición del laudo, solicitó que el Tribunal corrigiera las contradicciones advertidas entre la declaración de las excepciones de contrato no cumplido por la contratista, ausencia de responsabilidad de la contratante y la imputación de incumplimiento con condena al pago de perjuicios, en cuanto estas últimas disposiciones desdicen de las pruebas y el reconocimiento de las excepciones. (…) En estricto sentido, conforme con lo definido en el numeral 8º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la causal bajo estudio procede cuando el laudo i) contiene “disposiciones contradictorias”, ii) “siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella”. Ahora, desde la vigencia del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que limitaba esta causal a las disposiciones contradictorias contenidas en la parte resolutiva del laudo, la Sala ha sostenido que la falencia advertida amerita la anulación si tiene entidad suficiente para impedir la ejecución, por no poderse aplicar simultáneamente las disposiciones en conflicto. (…) Criterio de exclusión que se mantiene en la nueva disposición, en cuanto fundada en la contradicción de las disposiciones, bien sea que estén comprendidas en la parte resolutiva o que influyan en ella, empero, en todo caso, contenidas en el laudo. De donde no resulta posible que por la vía de esta causal se derive la contradicción entre las disposiciones del laudo con otras que influyan en ella, empero, no comprendidas en el laudo. Amén de los límites del recurso que atañen a la imposibilidad de que el juez de la anulación se ocupe de errores in judicando

Resulta evidente que de entenderse que la contradicción invocada debe hallarse a partir de la confrontación de las razones sobre las que se edifica la causal bajo estudio, mismas que fueron planteadas por la convocada a lo largo del proceso y las esgrimidas en el laudo para no acogerlas, se arriba al campo del error in judicando, ajeno al recurso de que se trata, en cuanto su estudio implica entrar sobre el fondo del asunto decidido por el laudo impugnado.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D.C., dos (02) de mayo (05) de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 11001-03-26-000-2015-00017-00(53053)**

**Actor: TRANSPORTES MONTEJO LIMITADA**

**Demandado: REFINERÍA DE CARTAGENA S.A.- REFICAR**

**Referencia: RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACIÓN**

Resuelve la Sala el recurso de anulación interpuesto por la convocada, Refinería de Cartagena-Reficar S.A., contra el laudo arbitral proferido el 4 de septiembre de 2014, por el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver sus diferencias, mediante el cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

***Primero:*** *Declarar probada la tacha de sospecha formulada por Transportes Montejo Limitada respecto del testigo Fabio Angarita.*

***Segundo:*** *Declarar no probada la excepción denominada “culpa exclusiva de la víctima”.*

***Tercero:*** *Declarar parcialmente probadas las excepciones denominadas “Contrato no cumplido” y “Ausencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual de Refinería de Cartagena S.A”.*

***Cuarto:*** *Declarar que entre Transportes Montejo Limitada y Refinería de Cartagena S.A. se celebró válidamente un contrato en el cual la primera se obligó a efectuar el descargue de dos Reactores Hitachi, un Fraccionador y un Tambor de Coque de encima de la cubierta del Buque M/W ORKAN en el Puerto de Mamonal a una(s) barcaza(s), el transporte marítimo al muelle Ro/Ro, el descargue de la(s) barcaza(s), el transporte de las piezas al lugar designado para su almacenamiento y dejarlos puestos sobre soportes de acuerdo con la oferta previamente presentada por Transportes Montejo Limitada y con la orden de servicios número 4.*

***Quinto:*** *Declarar que Refinería de Cartagena S.A. incumplió el anterior contrato.*

***Sexto:*** *Como**consecuencia de la declaratoria de incumplimiento del contrato, condenar a Refinería de Cartagena S.A.-REFICAR S.A.- a pagar a favor de Transportes Montejo Limitada la suma de Trescientos Nueve Millones Novecientos Treinta y Seis Mil Quinientos Cuarenta y Siete Pesos ($309.936.547) correspondiente al valor total de los perjuicios.*

***Séptimo:*** *Condenar a Refinería de Cartagena S.A.-REFICAR S.A.- a pagar a favor de Transportes Montejo Limitada la suma de Sesenta y Tres Millones Ochocientos Veintiocho Mil Ciento Noventa y Tres Pesos con Ochenta Centavos ($63.828.193,80) por concepto de intereses moratorios causados hasta la fecha de este laudo, de conformidad con lo solicitado en la pretensión cuarta de la demanda. Esos intereses moratorios se seguirán causando, a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, hasta cuando se realice el pago de las condenas contenidas en ese laudo.*

***Octavo:*** *Denegar la condena por lucro cesante contenida en el literal B de la pretensión tercera de la demanda.*

***Noveno:*** *Condenar a Transportes Montejo Limitada a pagar a Refinería de Cartagena S.A. la suma de Doscientos Catorce Millones Doscientos Treinta y Tres Mil Ochocientos Cincuenta Pesos ($214.233.850) en aplicación de las sanciones previstas en el artículo 206 del Código General del Proceso. Esta suma será compensada del valor total de las condenas proferidas a cargo de Refinería de Cartagena S.A.*

***Décimo:*** *Abstenerse de proferir condenas en costas.*

***Undécimo:*** *Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes.*

***Duodécimo:*** *Ordenar la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

 El 17 de septiembre siguiente, el Tribunal de Arbitramento profirió laudo complementario con el objeto de corregir las disposiciones de los numerales Quinto y Sexto, en el sentido de aclarar que el incumplimiento de la convocada es parcial.

Así se dispuso:

***Primero.*** *Corregir los numerales quinto y sexto de la parte resolutiva del laudo, los cuales quedarán así:*

***“Quinto:*** *Declarar que Refinería de Cartagena S.A. incumplió parcialmente el anterior contrato”.*

***“Sexto:*** *Como**consecuencia de la declaratoria de incumplimiento parcial del contrato, condenar a Refinería de Cartagena S.A.-REFICAR S.A.- a pagar a favor de Transportes Montejo Limitada la suma de Trescientos Nueve Millones Novecientos Treinta y Seis Mil Quinientos Cuarenta y Siete Pesos ($309.936.547) correspondiente al valor de los perjuicios atribuibles a la Refinería de Cartagena S.A. Reficar S.A”.*

**I. ANTECEDENTES**

1. **La demanda**
	1. **Pretensiones**

El 16 de noviembre de 2012, la sociedad Transportes Montejo Ltda., a través de apoderada, instauró demanda arbitral en contra de Refinería de Cartagena- Reficar S.A., procurando se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

***A) DECLARACIONES***

***Primera.-*** *Que se declare que entre Transportes Montejo Ltda. y Reficar S.A. se celebró válidamente un contrato en el cual la primera se obligó a efectuar el descargue de dos Reactores Hitachi, un Fraccionador y un Tambor de Coque de encima de la cubierta del Buque M/W Orkan en el Puerto de Mamonal a una(s) barcaza(s), el transporte marítimo al muelle Ro/Ro, el descargue de la(s) barcaza(s), el transporte de las piezas al lugar designado para su almacenamiento y dejarlos puestos sobre soportes de acuerdo con la oferta previamente presentada por Transportes Montejo Limitada y con la orden de servicios número 4.*

***Segunda.-*** *Que se declare que Reficar S.A. incumplió el anterior contrato, al pretermitir las obligaciones y deberes y/o desbordar facultades que le imponían el contrato y/o la misma ley, así como al no proceder con las precauciones y prudencia que requería el contrato. Especialmente, por falta de su deber de información al celebrar el contrato, imprudencia al contratar y por haber exigido a Transportes Montejo Ltda., sin justificación alguna, un cambio en los procedimientos técnicos que esta sociedad había previsto inicialmente para desarrollar y ejecutar el contrato haciendo incurrir en unos sobrecostos desbordados sin que hasta la fecha haya cumplido con sus obligaciones o deberes contractuales.*

***B) CONDENAS***

*Como consecuencia de las anteriores declaraciones, pretendo que se condene a la sociedad demandada, Refinería de Cartagena S.A.-REFICAR S.A.-, al momento de la ejecutoria del laudo arbitral, a lo siguiente:*

***Tercera.-*** *Como**consecuencia de la declaratoria de incumplimiento del contrato, que se condene a la Refinería de Cartagena S.A. -REFICAR S.A.- al pago de los perjuicios derivados de su incumplimiento, tanto por el daño emergente como por el lucro cesante, lo cual deberá realizarse al momento de ejecutoria del laudo, y que corresponde principalmente a las siguientes sumas, o la suma exacta mayor o menor que resultare probada en el proceso así:*

***A. Por concepto de daño emergente***

*Solicito la condena al pago de todas las pérdidas patrimoniales sufridas o que sufra la sociedad demandante y que provengan de no haberse cumplido el contrato por la sociedad demandada, por los siguientes conceptos:*

*(a) la suma de un millón ciento cuarenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US$ 1.145.000) por concepto de mayores costos en que incurrió Transportes Montejo Ltda. en desarrollo de la labor prestada y cuyo beneficiario fue Refinería de Cartagena-REFICAR S.A. Esta suma deberá ser pagada en moneda legal colombiana a la tasa representativa del mercado del día que se decrete el fallo correspondiente.*

***B. Por concepto de lucro cesante***

*Solicito la condena al pago de todas las utilidades o ganancias dejadas de percibir por la sociedad demandante y que provengan de no haberse cumplido el contrato por la sociedad demandada y que se estiman en la suma de Seis Cientos Mil Dólares moneda corriente –sic- (US$600.000) o la suma mayor o menor que sea probada en el presente proceso. Esta suma deberá ser pagada en moneda legal colombiana a la tasa representativa del mercado del día que se decrete el fallo correspondiente.*

***Cuarta.-*** *Ordenar en la condena que todas las sumas de dinero a que sea condenada la convocada a Reficar S.A. y en favor de Transportes Montejo Ltda., o que la primera tenga que restituir, transferir o pagar, o cuya compensación se reconociere en este proceso a favor de la convocante, serán actualizados hasta el día de su pago efectivo de acuerdo con los índices que correspondan legalmente o que indique el Tribunal. Y serán liquidadas con intereses moratorios, a partir de la fecha en que se incumplieron las obligaciones a que se refieren los hechos de la demanda y hasta que se realice el pago correspondiente.*

***Quinta.-*** *Que para los efectos sustanciales y procesales a que hubiere lugar y sin perjuicio de la mora en que hubiere incurrido Reficar S.A., convocada, y con anterioridad a la presentación de esta demandada, respecto de todas o algunas de las obligaciones a que se refieren las declaraciones anteriores, la notificación del auto admisorio de la demanda tendrá los efectos indicados en el inciso segundo del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil.*

***Sexta.-*** *Que se condene en costas a la parte demandada, incluidas las agencias en derecho.*

* 1. **Fundamentos**

Para apoyar sus pretensiones la parte convocante puso de presente estas razones:

* + 1. El 24 marzo de 2011, mediante la orden de servicios n.º 4 de esa fecha, Reficar S.A. aceptó la cotización presentada por Transportes Montejo Ltda. para que esta sociedad se encargara *“…del descargue de dos Reactores Hitachi, un Fraccionador y un Tambor de Coque de encima de la cubierta del Buque M/W Orkan en el Puerto de Mamonal a una(s) barcaza(s), el transporte marítimo al muelle Ro/Ro, el descargue de la(s) barcaza(s), el transporte de las piezas al lugar designado para su almacenamiento y dejarlos puestos sobre soportes, de acuerdo con la oferta OC-1821-0017*”, por 170.400 USD, suma que incluye un remolcador auxiliar y la renta de los soportes por seis meses.
		2. La convocante se allanó a cumplir y ejecutó el contrato, empero, la convocada no hizo lo propio, en cuanto omitió entregar la información necesaria sobre el objeto a cotizar e impuso cambios sustanciales en los procedimientos, maniobras, personal y equipos ofertados que la contratista aceptó de buena fe, con la confianza de que le serían reconocidos los mayores costos, sin éxito, toda vez que la convocada negó el reconocimiento de los sobrecostos impuestos con estas decisiones:

i) entre el 11 y 26 de marzo de 2011, después de haber convenido en el procedimiento de descargue y transporte sometido a consideración por el contratista, la convocada exigió sujetar el desembarque a las instrucciones del capitán de buque, el *marine surveyor* (perito marítimo) y la compañía aseguradora, entre otras, la utilización de rampas, láminas repartidoras de carga, líneas modulares de *Goldhofer* y el reforzamiento de las barcazas que recibirían los equipos reactores;

ii) pese a que el 24 de marzo de 2011 la contratista adelantó el reforzamiento de las barcazas AB-600 y H-007, las movilizó junto con dos remolcadores al puerto de Mamonal, el día 27 descargó el primer reactor a la barcaza AB-600 en el Muelle de Ro/Ro y dos días después adelantó lo necesario para iniciar la operación de descargue del segundo reactor, la contratante desestimó el procedimiento, dispuso la devolución de ese reactor al puerto de Mamonal sin permitir el descargue final y ordenó *“…detener toda la operación en curso, dejando atracados los dos reactores sobre las barcazas y el remolcador y detenidas las 24 líneas de equipos modulares”*;

iii) la convocada ordenó al contratista realizar un nuevo procedimiento, proveer información, cálculos y equipos adicionales para el descargue final, imponiéndole el *stand by* de los remolcadores, barcazas, accesorios y personal operario, desde el 29 de marzo hasta el 5 de mayo de 2011; los cálculos y estudios realizados por las sociedades Ingeniería Marítima y Portuaria, Diseño, Ingeniería y Control concluyeron que el procedimiento propuesto por Transportes Montejo Ltda. garantizaba el descargue seguro y eficiente;

iv) el 9 de abril de 2011, la convocada autorizó la operación de *roll off* (descargue por rodamiento a las líneas modulares y vigas) del reactor de la barcaza AB-600 y el 11 siguiente se desembarcó a esta un Coker Fractionator, un Recontac Drum, adelantándose ese mismo día el *roll off* de esos equipos y

v) la convocada se mantuvo renuente a descargar el reactor desembarcado en la barcaza H-07 con los equipos y procedimientos del contratista; el 11 de abril siguiente le informó que el descargue se haría con equipos provistos por la motonave de otro transportador que arribaría al puerto a mediados de mayo siguiente, lo que efectivamente ocurrió el 11 de ese mes.

1. **Intervención pasiva**

Instalado el Tribunal de Arbitramento, por auto del 12 de febrero de 2013 se admitió la demanda y trasladó a la convocada –fls. 175 a 181, c.p.1-.

Reficar S.A., a través de apoderado, se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y negó los demás.

En su defensa adujo que:

1. si bien al contratista le correspondía diseñar un esquema de operación (*Method Statement*), debía presentarlo después de la suscripción del contrato y sujetarse al plan de descargue y plano de los reactores incluidos en el alcance de los trabajos (*Scope of work*) definido en la invitación de contratar, aceptada por el oferente;
2. las únicas modificaciones introducidas a la invitación a contratar y la oferta presentada por la convocante tienen que ver con el descargue, transporte y entrega de dos equipos adicionales -un fraccionador de coque y un tambor de recontacto- cuyo precio se adicionó en la orden de servicios suscrita;
3. conforme con la invitación a contratar, *(a)* salvo los debidos a la autoridad portuaria que pagaría Reficar S.A., todos los costos fueron asumidos por el proponente, entre ellos, la mayor permanencia en el puerto de Mamonal, el tiempo de espera por correcciones y modificaciones del método de transporte propuesto por la contratista, las certificaciones del capitán, el equipo empleado para el transporte y, en general, los sobrecostos generados por causas imputables al oferente y *(b)* la planeación y ejecución de los trabajos se sujetaron a la dirección, instrucciones, consejos y sugerencias del consultor experto Eagle Maritime Consultants Inc., del *marine surveyor* de la aseguradora de carga, CSL Global y del interventor Foster Wheeler, representante de Reficar S.A.;
4. el 1º de marzo de 2011, el contratista entregó a la convocada un documento con la propuesta de procedimiento de recepción, movilización y entrega de los equipos que se requerían para descargar del navío, con la advertencia de que le faltaban algunos cálculos y la versión en inglés, además de que *“…no contaba con gran parte de los cálculos de ingeniería y dibujos para el descargue de los reactores, por lo que no suplía de forma alguna la obligación de… presentar un Method Statement”*;asimismo, el entregado el día 14 siguiente debía ser ajustado en lo relativo a la carga admisible, estabilidad de las barcazas y rampas; detalle de las operaciones de amarre; dimensiones de las vigas de apoyo, módulos de sección, cumplimiento de los estándares AISC y detalle del plan de descargue con secuencia de lastre; ajustes que, además de entregados tardíamente por el contratista, no tuvieron en cuenta los requerimientos técnicos de Eagle Maritime Consultants Inc., lo que obligó a Reficar S.A. a reiterar los requerimientos de información los días 14, 16, 25 y 27 de marzo de 2011, sin éxito, toda vez que el contratista no cumplió con esa obligación antes de la llegada del navío con los equipos al puerto de Mamonal, como era su deber;
5. el contratista finalmente *(a)* entregó información desactualizada, de equipos no relacionados con las operaciones debidas y cálculos errados; *(b)* destinó la barcaza H-007 *“…que no reunió la totalidad de los requerimientos técnicos para el roll-off del reactor Hitachi HZA-101”* y *(c)* omitió *“…la presentación de un método idóneo para adecuación del lastre de la barcaza (ballasting), la definición, exposición de las rampas que permitieran el roll-off del Reactor H-101 en el muelle RO/RO”* y la destinación de los equipos adecuados para esa operación;
6. el contratista inició las operaciones de descargue sin cumplir la obligación de entregar, corregir el *Method Statement,* sin la presencia de Reficar S.A y sus asesores, poniendo en riesgo la integridad de los equipos, al punto que *“…la falta de idoneidad y capacidad de la barcaza H007, seleccionada por Transportes Montejo para transportar el Reactor HZA-101, provocó que, al momento de ser cargado este equipo, aquella quedara aproximadamente a un pie (1 ft) por debajo del muelle RO/RO, lo que implicó que no se pudiera continuar desarrollando la operación de transporte porque el roll-off del equipo no se podía ejecutar sin poner en grave riesgo la integridad del Reactor HZA-101… que tenía un precio de US$7.637.435,oo, sin incluir el costo de transporte de Japón al puerto de Mamonal”*, razones por las que la convocada impartió la orden de suspender las operaciones de descargue;
7. el plan de mitigación de los riesgos que presentó el transportista, consistente en utilizar *“rampas y rampas en cuña no garantizaba las condiciones de seguridad e integridad física y funcional del Reactor ZHA-101”*, razón por la que fueron rechazados por Eagle Eagle Maritime Consultants Inc., CSL Global, CB&I, Reficar y
8. el desembarque del reactor ZHA-101 se llevó a cabo el 8 de mayo de 2011, con el navío de otro transportador que ofreció las condiciones adecuadas y seguras para el *roll-off* de ese equipo.

Propuso las excepciones de i) contrato no cumplido, en cuanto sostiene que la convocante entregó incompleto y tardíamente el *Method Statement*; descargó y transportó el fraccionador de coque y el tambor de recontacto sin aviso previo y la presencia de Reficar S.A., CB&I, Eagle Eagle Maritime Consultants Inc., CSL Global; entregó información desactualizada, de equipos no relacionados con las operaciones debidas y cálculos errados; destinó indebidamente la barcaza H-007, omitió disponer los equipos adecuados para el *roll-off* del reactor Hitachi HZA-101 y no ofreció una solución que minimizara el riesgo generado para el descargue; ii) *“ausencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual de Refinería de Cartagena S.A.”*, fundada en *(a)* inexistencia de incumplimiento, toda vez que entregó la información requerida para la presentación de la oferta, no incurrió en renuencia, abuso y *(b)* ausencia de nexo causal entre el incumplimiento y el daño invocados; iii) buena fe y iv) culpa exclusiva de la víctima, apoyada en que los sobrecostos y demoras invocados son consecuencia de las acciones de la convocante –fls. 199 a 240-.

**II. LAUDO ARBITRAL**

El Tribunal de Arbitramento, el 4 de septiembre de 2014, profirió el laudo impugnado –fls. 1 a 109 cdn. ppal-. Después de dar cuenta del trámite que precedió a la instalación del Tribunal, del desarrollo de la etapa probatoria, de la oportunidad para decidir, del objeto de la controversia, de que la relación procesal se constituyó entre las partes legitimadas, debidamente representadas y sobre asuntos enteramente gestionables en el ámbito de la autonomía de su voluntad privada, así como del trámite surtido, concluyó su competencia para resolver las controversias derivadas del objeto de la cláusula compromisoria convenida por las partes, a cuyo tenor:

*'Vl General Provisions (…)*

*d. Governing Law and Jurisdiction: This purchase order shall governed by the laws of the Republic of Colombia.*

*Any difference arising with respect to the execution, validity, performance, interpretation, termination or liquidation of this Purchase Order, shall be dealt with in first instance using the direct settlement mechanism between the parties hereunder. If after five (5) business days PURCHASER and VENDOR have not reached a settlement, then the matter shall be submitted to an institutional arbitration tribunal before the Arbitration and Conciliation Centre of the Chamber of Commerce of Bogotá.*

*The tribunal shall be composing for one (1) arbitrator. The arbitrator shall be designated by agreement between PURCHASER and VENDOR, and if the parties cannot reach an agreement within a term of five (5) business days from the date on party notifies to the other of the dispute, the arbitrator will be designated, by the Arbitration and Conciliation Centre of the Chamber of Commerce of Bogotá. Te arbitrator shall decide in law and shall be a Colombian citizen who shall be a lawyer.*

*The fees and rates for the arbitration proceedings shall be those established by the Arbitration and Conciliation Centre of the Chamber of Commerce of Bogotá. The arbitration shall be governed by the applicable rules and particularly by Decree 2279 0f 1989, law 23 of 1991, Decree 2651 of 1991, Law 446 of 1998, Decree 1818 of 1998, and the provisions that repeal of amend them.*

Seguidamente, el Tribunal despachó favorablemente la tacha de sospecha formulada por la convocante al testigo Fabio Angarita, apoyado en que en el testimonio relató detalladamente hechos ocurridos antes de su participación en las operaciones de descargue y emitió conceptos que contradicen las conclusiones del perito técnico en lo relativo a la imposibilidad de descargue del reactor.

Después de un pormenorizado recuento cronológico de los hechos ocurridos desde la etapa precontractual, pasando por la celebración y ejecución del contrato, hasta la finalización de la operación de descargue a la luz de los elementos probatorios, en el laudo se concluyó sobre el fondo del asunto:

i) los elementos probatorios, entre ellos, el dictamen pericial y la prueba documental, dan cuenta de que durante la ejecución se presentaron dificultades que impidieron finalizar la operación de descargue en el periodo razonable de tres días, previsto para ese tipo de maniobras, imponiendo una mayor permanencia, entre el 30 de marzo al 5 de mayo de 2011, que ocasionó sobrecostos al contratista por $444.766.496, suma que difiere sustancialmente de la valoración juramentada del monto del daño, además de que no se acreditó el lucro cesante invocado;

ii) en lo que toca con la pretensión relativa al incumplimiento de la convocada, consistente en la no entrega de información e imposición de condiciones inequitativas, el tribunal encontró que, si bien entregó la información sobre el objeto a contratar y cumplió los deberes que el artículo 1011 del Código de Comercio impone al remitente, en cuanto las partes convinieron en que la operación del transportador se sujetaría a las instrucciones del remitente y sus asesores se alteró la distribución de los riesgos que ordinariamente asume el experto en manejo de carga, al punto que la contratante, faltando a los deberes de lealtad, colaboración y de abstenerse de lesionar a la contraparte a los que sujeta la buena fe, se negó injustificadamente a aceptar los procedimientos de descargue propuestos por el contratista, varió permanente las condiciones de la operación imponiéndole mayores costos, fundada en su propio temor al riesgo antes que en estudios científicos que desvirtuaran los cálculos y métodos del transportador que, como dio cuenta de ello el dictamen del perito técnico Sol Marine Offshore S.A., garantizaban el descargue seguro del reactor desembarcado en la barcaza H007;

iii) en lo que tiene que ver con las excepciones de incumplimiento del contratista y ausencia de responsabilidad de la contratante, el tribunal las encontró parcialmente probadas, en cuanto consideró que, si bien se acreditó la mora en la entrega del *Method Statement* a cargo del transportador y su incidencia en la mayor permanencia y los sobrecostos, el incumplimiento del remitente concurrió con más intensidad (70%) en la causación del daño sufrido por aquel, en cuanto de manera reiterada se limitó a desconocer injustificadamente los estudios y procedimientos propuestos por el transportador, *“…generando inclusive un riesgo que podría haber sido mayor”* –fl. 457-. Por esas mismas razones el tribunal encontró infundadas las excepciones de culpa exclusiva de la víctima y buena fe, además de que puso de presente que las pretensiones no se apoyan en la mala fe;

vi) atendiendo a la concurrencia en el incumplimiento del contrato, se dispuso que la convocada pague el 70% del daño sufrido por el transportador ($309.936.547), junto con los intereses moratorios desde la notificación del auto admisorio ($63.826.193,80) y

v) en cuanto la cantidad estimada en la demanda para el daño emergente excede en un 50% la probada y no se acreditó el lucro cesante invocado, procede la aplicación del artículo 206 del Código General del Proceso, en el sentido de disponer que la parte convocante pague a la convocada el 10% del valor de la diferencia estimada para el daño emergente y el 5% del valor pretendido por el lucro cesante no acreditado.

**III. RECURSO DE ANULACIÓN**

El 4 de noviembre de 2014 la Refinería de Cartagena S.A., a través de apoderado, dentro de la oportunidad legal respectiva, interpuso el recurso extraordinario de anulación, fundado en que el laudo arbitral proferido el 4 de septiembre del mismo año contiene disposiciones contradictorias en la parte resolutiva o que influyen en ella, alegadas oportunamente ante el tribunal arbitral (num. 8, art. 41, L. 1563/12) –fls. 110 y 127 a 182, c.p-.

La recurrente afirma que la parte resolutiva del laudo que se debe anular contiene decisiones abiertamente contradictorias, porque al tiempo que declara probadas la *exceptio non adimpleti contractus* y ausencia de responsabilidad de Reficar S.A. (numeral Tercero, parte resolutiva), le endilga incumplimiento del contrato, la condena al pago de los perjuicios (numerales Quinto, Sexto y Séptimo) y niega la condena en costas (Décimo). Sin que esas contradicciones le hubieran ameritado al Tribunal las correcciones o aclaraciones que en este mismo sentido solicitó la convocada en sede arbitral.

La recurrente sostiene la contradicción invocada en los siguientes yerros que atribuye a la decisión:

i) *“[l]a falta de orden, coherencia y estructura del fallo llevaron al juez a cometer errores de razonabilidad en la parte resolutiva de la decisión”* porque *“…no acometió el análisis de la culpa contractual… la relación de causalidad”,* esto es, *“sin antes haber pasado por el análisis de los dos primeros elementos estructuradores de la responsabilidad contractual, pasó derechamente a examinar y cuantificar el daño”*, siendo que *“…necesariamente debió examinar los medios exceptivos y por este sendero hubiera concluido sin hesitación alguna que el incumplimiento previo de Transportes Montejo a una obligación esencial o toral para la ejecución del contrato, cual era entregar el Method Statement para que
Reficar pudiera establecer que el transporte de unos equipos cuantiosísimos se iba a ejecutar de manera segura, le restaba cualquier legitimación para reclamar a Reficar por supuestos incumplimientos acaecidos con posterioridad a su propio incumplimiento. Este error por contragolpe condujo al Tribunal a pronunciar las disposiciones contradictorias que son debate en vía de anulación”* –fls. 496 y 497-;

ii) *«[e]l fallador soslayó los principios fundamentales de la teoría de la “contrato no cumplido” (sic) o “exceptio non adimpleti contractus”, aspecto que lo condujo a pronunciar disposiciones contradictorias en la parte resolutiva”*, toda vez que dio por sentado el supuesto fáctico del artículo 1609 del Código Civil, en el sentido de que el transportador no entregó oportunamente el *Method Statement* *“…documento que constituye la columna vertebral del contrato”*, empero, *«le atribuyó a la citada disposición consecuencias no previstas en ella, pues en la parte resolutiva dispuso “declarar parcialmente probadas las excepciones denominadas contrato no cumplido”, cuando sabido es que el artículo 1609, por su naturaleza, no admite puntos medios…matices, como quiera que ella* [la norma] *siempre supone la concurrencia de dos incumplimientos (i) el incumplimiento injurídico y culpable de una parte y (ii) el “incumplimiento” de la otra parte, justificado en el cumplimiento de aquella. Entonces el legislador lo que hizo fue darle el privilegio al “deudor incumplido” de demostrar que su desatención estuvo antecedida de un incumplimiento del deudor que reclama»,* cuyo desconocimiento llevó al error, pues si el Tribunal *“…concluyó que hubo un incumplimiento del acreedor (sic), previo y esencial, la consecuencia no era otra que declarar probada la excepción que se oponía frontalmente a las pretensiones y rechazar totalmente las pretensiones”,* como lo exigen las disposiciones del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia y, en particular, el sostenido por esta Corporación en el sentido de que *“…resultaría inadmisible que frente a una obligación esencial se pueda asumir una defensa con la alegación de un deber intrascendente”* –fls. 498 a 502- y

iii) en cuanto la *exceptio non adimpleti contractus* no admite *“puntos intermedios”*, resulta contradictorio que al tiempo que se declara fundada en el hecho de que la convocante no cumplió la obligación principal de entregar el *Mhetod Statement*, además de la ausencia de responsabilidad también declarada, se endilgue a la convocada que *“incumplió el contrato no por quebrantar la ley, sino por supuestamente haber inobservado un deber secundario de colaboración”*, esto es intrascendente, por accesorio y posterior, frente a la obligación medular del contrato, asumida enteramente por el contratista –fls. 503 a 507-.

El traslado del recurso transcurrió en silencio.

**IV. CONSIDERACIONES**

1. **Competencia**

Esta Sala es competente para conocer del recurso extraordinario de anulación interpuesto por Refinería de Cartagena S.A., contra el laudo proferido el 4 de septiembre de 2014, corregido por el laudo complementario del 17 del mismo mes, por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir las controversias originadas con ocasión del contrato suscrito con Transportes Montejo Ltda.

En efecto, conforme lo preceptúan el numeral 7º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo n.° 58 de 1999, modificado por el Acuerdo n.° 55 de 2003, de esta Corporación, corresponde a la Sección Tercera conocer en única instancia del recurso de anulación contra laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública. Para el caso concreto, entre la Refinería de Cartagena S.A.[[1]](#footnote-1) y Transportes Montejo Ltda.

1. **La controversia arbitral**
	1. El 24 de marzo de 2011, mediante la orden de servicios n.° 4 de esa fecha, la Refinería de Cartagena S.A. aceptó la oferta de Transportes Montejo S.A., invitada a cotizar, con el objeto de que este transportador se encargara del i) desembarque de dos reactores, un fraccionador y un tambor de coque del navío M/W Orkan a barcazas en el Puerto de Mamonal; ii) transporte marítimo al muelle Ro/Ro, iii) descargue de las barcazas y iv) transporte de las piezas al lugar designado para su almacenamiento sobre soportes, por un precio 170.400 USD, sujeto a un plazo tácito.
	2. Las partes convinieron en que i) las operaciones se sujetarían al alcance de los trabajos (*Scope of work*) enviado por la convocada con la solicitud de oferta; ii) el transportador presentaría al remitente el plan, cálculos y procedimientos técnicos detallados (*Method Statement*) para adelantar las operaciones de manera segura, antes de la llegada del navío al puerto de Mamonal y, iii) asimismo, sujetaría las operaciones a las instrucciones, conceptos, sugerencias y recomendaciones del remitente y sus asesores.
	3. El transportador aduce que aunque se allanó a cumplir el objeto con las modificaciones sustanciales a los procedimientos que la remitente le impuso, no se le permitió el descargue del reactor desembarcado en una de sus barcazas, porque impartió injustificadamente las órdenes de suspender la operación, mantener en *stand by* los equipos, elementos y personal hasta que finalmente fue realizada por otro transportador, imponiéndole mayores costos no reconocidos; responsabilidad que la convocada niega, con apoyo en el incumplimiento y culpa exclusiva de la convocante.
2. **Análisis del cargo**

A juicio de la recurrente, no le resultaba posible al Tribunal declarar las excepciones de contrato no cumplido por el contratista, ausencia de responsabilidad de la contratante y al tiempo endilgarle a esta última el incumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios, porque esas decisiones se contradicen, a la luz de i) las conclusiones que afloran de la estructura lógica que debían seguir los árbitros, en el sentido de que, debiéndose analizar en primer lugar las excepciones, se imponía concluir que el incumplimiento de la obligación principal del contratista deslegitima el interés para demandar y el análisis sobre el daño; ii) las consecuencias que el artículo 1609 del Código Civil atribuye al incumplimiento del contrato, a cuyo tenor no cabe que, acreditada la mora en la obligación principal a cargo del demandante, se atribuya responsabilidad a la demandada por el ejercicio de la correlativa facultad de no cumplir los deberes accesorios o secundarios a su cargo y iii) la eficacia de la *exceptio non adimpleti contractus* y ausencia de responsabilidad declaradas, en cuanto el incumplimiento de la obligación principal de la convocante impide que se declaren parcialmente los efectos de esos medios exceptivos para endilgarle a la convocada el incumplimiento de deberes intrascendentes o secundarios.

Conforme lo dispone el numeral 8º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la causal invocada procede a condición de que el recurrente la hubiere alegado oportunamente ante el Tribunal de arbitramento, requisito que cumplió la Refinería de Cartagena S.A. pues, dentro de los cinco días siguientes a la expedición del laudo, solicitó que el Tribunal corrigiera las contradicciones advertidas entre la declaración de las excepciones de contrato no cumplido por la contratista, ausencia de responsabilidad de la contratante y la imputación de incumplimiento con condena al pago de perjuicios, en cuanto estas últimas disposiciones desdicen de las pruebas y el reconocimiento de las excepciones.

En respuesta, en el laudo complementario del 17 de septiembre de 2014, el juez arbitral señaló:

*(…) Teniendo en cuenta los anteriores parámetros, procede el Tribunal a analizar la solicitud de corrección presentada por la parte convocada quien en síntesis sostiene que el laudo contiene decisiones contradictorias que no pueden coexistir entre sí.*

*En efecto manifiesta la demandada que la decisión de declarar probadas las excepciones de contrato no cumplido y la ausencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil de Reficar, no es congruente con aquella consistente en declarar el incumplimiento contractual de esa sociedad.*

*El primer error de la convocada en este punto consistió en no tener en cuenta que el Tribunal declaró* ***parcialmente*** *probadas tales excepciones. En el primer caso por cuanto si bien se encontró demostrado que existió un incumplimiento por parte de Transporte Montejo, también lo fue que ese incumplimiento no facultaba a Reficar para desatender las obligaciones y deberes que en este caso dejó de cumplir. Recordemos que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema –pero especialmente con la filosofía de la excepción de contrato no cumplido- el incumplimiento por parte de uno de los contratistas faculta al otro para no cumplir cuando el incumplimiento de la totalidad de las obligaciones de este último, depende o queda sujeto a la satisfacción de las prestaciones a cargo del primero. Pero si las obligaciones que el segundo incumple no tienen como requisito previo la verificación de aquellas a cargo de la otra parte, es evidente que en esos casos no se encuentra legitimado el segundo para incumplir, circunstancia que fue la que ocurrió en este caso. En efecto, si bien el Tribunal concluyó que el Method Statement no fue entregado de manera completa, lo cierto es que a pesar de ello Reficar decidió hacer la operación, y a partir de ahí los deberes secundarios de colaboración y lealtad debían ser cumplidos a cabalidad. Desde otra perspectiva, en el momento en que la convocada decidió ejecutar la operación a pesar de no contar con el documento referido, la falta de este no la legitimaba para incumplir estos deberes secundarios de conducta, pues ellos no derivan de que el Method Statement se hubiera entregado sino de la buena fe en la ejecución contractual. Por esta razón es que el Tribunal declaró parcialmente probada la excepción de contrato no cumplido, en la medida en que Reficar demostró el incumplimiento a cargo de Transporte Montejo, pero ello no la legitima para incumplir obligaciones o deberes cuyo acatamiento no dependía de la entrega del mencionado estudio.*

*En lo que respecta a la segunda excepción, se demostró, de un lado, que no todos los daños cuya reparación solicitó Transportes Montejo efectivamente acaecieron o se probaron, y del otro, que la conducta de la actora concurrió parcialmente en la causación de los perjuicios sufridos por ella, en ese sentido el Tribunal consideró que tal medio de defensa había sido probado parcialmente.*

*En síntesis, las excepciones estaban llamadas a prosperar parcialmente como en efecto se declaró, toda vez que en lo que toca con la de contrato no cumplido, se demostró el incumplimiento de Transportes Montejo más no la legitimación de Reficar para incumplir, y en lo referente a la ausencia de los elementos de la responsabilidad, se probó que no todos los daños reclamados existieron y que el nexo causal no era atribuible exclusivamente a la convocada.*

*Lo anterior implica que Reficar al no estar legitimada para incumplir, y al haber desatendido algunas de sus obligaciones, le generó daños a Transportes Montejo como se explicó en extenso en el laudo, y por ende incurrió en un cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, el cual fundamenta una indemnización de perjuicios en los términos de lo previsto en el artículo 1613 del Código Civil, y constituye técnicamente un incumplimiento del contrato, tal como se recogió en la declaración quinta de la parte resolutiva del laudo.*

*Y si bien es cierto el incumplimiento parcial constituye, de hecho, un incumplimiento del contrato, el Tribunal considera admisible, para hacer mayor claridad a la parte convocada, corregir el numeral quinto de la parte resolutiva del laudo en el sentido de precisar que Reficar incumplió parcialmente el contrato, lo cual no conlleva ninguna modificación adicional –fls. 475 a 481-.*

Al respecto es de notar que, al tenor del artículo 42 de la Ley 1563 de 2012, corresponde al juez del recurso de anulación corregir las disposiciones contradictorias comprendidas en el laudo.

En estricto sentido, conforme con lo definido en el numeral 8º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, la causal bajo estudio procede cuando el laudo i) contiene *“disposiciones contradictorias”*, ii) *“siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella”.*

Ahora, desde la vigencia del artículo 163 del Decreto 1818 de 1998 que limitaba esta causal a las disposiciones contradictorias contenidas en la parte resolutiva del laudo, la Sala ha sostenido que la falencia advertida amerita la anulación si tiene entidad suficiente para impedir la ejecución, por no poderse aplicar simultáneamente las disposiciones en conflicto[[2]](#footnote-2):

*Frente a las contradicciones en que puede incurrir el laudo arbitral, la sala ha precisado que “la incongruencia se predica respecto de disposiciones contradictorias de la parte resolutiva y se justifica, en tales casos la reforma del laudo, porque de mantenerse no se podrían aplicar simultáneamente las varias decisiones antagónicas. Se ha dicho que en principio la contradicción del laudo para que sea anulable por la vía de la causal séptima, ha de buscarse entre disposiciones contenidas en la parte resolutiva y no entre ésta y la motiva, salvo en condiciones muy particulares en que se torne imposible prescindir de la parte motiva.”[[3]](#footnote-3)*

*La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho respecto de esta causal, que es similar a la tercera de casación prevista en el art. 368 del C. de P.C., que procede “cuando no sólo aparezca en la parte resolutiva de la sentencia sino que además “la contradicción reinante en dicho acápite, haga imposible la ejecución simultánea o concomitante de sus disposiciones, como cuando “una afirma y otra niega, o si una decreta la resolución del contrato y otra su cumplimiento, o una ordena la reivindicación y la otra reconoce la prescripción adquisitiva, o una reconoce la obligación y la otra el pago”[[4]](#footnote-4).*

*Dicho de otra manera, esta causal procede en la medida en que la contradicción sea de tal magnitud que imposibilite la ejecución de la sentencia porque como consecuencia de la contradicción, a pesar de que ha alcanzado en sentido formal la categoría de cosa juzgada “no tiene aptitud para llevar la certeza sobre la relación sustancial controvertida (cosa juzgada en sentido sustancial)”[[5]](#footnote-5).*

Criterio de exclusión que se mantiene en la nueva disposición, en cuanto fundada en la contradicción de las disposiciones, bien sea que estén comprendidas en la parte resolutiva o que influyan en ella, empero, en todo caso, contenidas en el laudo. De donde no resulta posible que por la vía de esta causal se derive la contradicción entre las disposiciones del laudo con otras que influyan en ella, empero, no comprendidas en el laudo. Amén de los límites del recurso que atañen a la imposibilidad de que el juez de la anulación se ocupe de errores *in judicando*.

De esa claridad meridiana es la norma –se destaca-:

*Artículo**41. Causales del recurso de anulación.* *Son causales del recurso de anulación: (…)*

*8.* ***Contener el laudo*** *disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutiva o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral.*

Empero, la recurrente, si bien dirige el recurso contra disposiciones comprendidas en la parte resolutoria, sostiene la contradicción a partir de su confrontación con disposiciones relativas a la i) falta de legitimación del contratista incumplido para demandar, ii) inexistencia del daño, iii) efectos absolutos de la *exceptio non adimpleti contractus* y iv) ausencia total de responsabilidad de la contratante, con apoyo en que, conforme con la causal invocada y los criterios jurisprudenciales, la contradicción puede edificarse entre las decisiones y la *ratio decidendi*.

Siendo así, habrá de ocuparse la Sala del análisis de las disposiciones del laudo invocadas, la *ratio decidendi* en las que se apoyan y las razones sobre las que la recurrente edifica la contradicción, con el fin de determinar si i) las invocadas están contenidas en el laudo y ii) si entre estas existe contradicción que impida su ejecución, por no poderse aplicar simultáneamente esas disposiciones en conflicto.

En los puntos invocados en el recurso, el laudo del 4 de septiembre, corregido por el laudo complementario, dispone:

***Tercero:*** *Declarar parcialmente probadas las excepciones denominadas “Contrato no cumplido” y “Ausencia de los elementos que configuran la responsabilidad civil contractual de Refinería de Cartagena S.A”.*

***Quinto:*** *Declarar que Refinería de Cartagena S.A. incumplió parcialmente el anterior contrato.*

***Sexto:*** *Como**consecuencia de la declaratoria de incumplimiento parcial del contrato, condenar a Refinería de Cartagena S.A.-REFICAR S.A.- a pagar a favor de Transportes Montejo Limitada la suma de Trescientos Nueve Millones Novecientos Treinta y Seis Mil Quinientos Cuarenta y Siete Pesos ($309.936.547) correspondiente al valor de los perjuicios atribuibles a la Refinería de Cartagena S.A. Reficar S.A.*

***Séptimo:*** *Condenar a Refinería de Cartagena S.A.-REFICAR S.A.- a pagar a favor de Transportes Montejo Limitada la suma de Sesenta y Tres Millones Ochocientos Veintiocho Mil Ciento Noventa y Tres Pesos con Ochenta Centavos ($63.828.193,80) por concepto de intereses moratorios causados hasta la fecha de este laudo, de conformidad con lo solicitado en la pretensión cuarta de la demanda. Esos intereses moratorios se seguirán causando, a la tasa máxima legal permitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, hasta cuando se realice el pago de las condenas contenidas en ese laudo.*

***Décimo:*** *Abstenerse de proferir condenas en costas.*

Las pretensiones de incumplimiento del contrato las sostuvo la convocante en que la convocada no atendió los deberes de información y desbordó las facultades conferidas en el contrato, en cuanto faltando a la prudencia que le es exigible, sin justificación impuso cambios en los procedimientos propuestos por el transportador para adelantar la operación de descargue, al punto que le ocasionó sobrecostos que debe reconocerle, como se obligó en el contrato.

La excepción de contrato no cumplido la fundó la convocada, en síntesis, en que la convocante i) incurrió en mora y cumplimiento defectuoso de la entrega del *Method Statement* y demás información requerida sobre los equipos y cálculos; ii) en el descargue y transporte del fraccionador de coque y tambor de recontacto no se sujetó a los deberes de información y coordinación debidos; iii) destinó la barcaza H007 que no cumplía las condiciones técnicas para el desembarque del reactor, iii) dispuso equipos inadecuados para el *roll-off* del reactor Hitachi HZA-101 y iv) se negó a ofrecer soluciones para minimizar el riesgo generado para el descargue, todo lo cual, a juicio de la demandada, *“…le resta cualquier legitimación para que la convocante pueda demandar el incumplimiento de Reficar”* –fl. 220, c.1-.

Asimismo, la defensa relativa a la ausencia de responsabilidad la apoyó la convocada, en síntesis, en que i) entregó la información requerida para la presentación de la oferta, ii) no incurrió en renuencia, abuso y iii) no hay relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento invocados.

Planteada la litis dentro de esos extremos, le correspondía al Tribunal abordar lo relativo al estudio del daño, el incumplimiento y la relación de causalidad, en cuanto sobre ellos recaen precisamente los asuntos planteados en las excepciones, como en efecto lo hizo.

El laudo da cuenta de que al entrar al fondo del asunto el Tribunal i) abordó el estudio del daño y encontró que la mayor permanencia en la ejecución del objeto le impuso sobrecostos a la contratista; ii) seguidamente, acometió el análisis del incumplimiento, dando cuenta de que Reficar S.A. incurrió en conductas desleales y contrarias al deber de colaboración que impusieron mayores costos al contratista, constitutivas de incumplimiento contractual y, iii) finalmente, abordó el *“nexo de causalidad entre el daño reclamado y el incumplimiento de Reficar*”, en cuanto esta última sostiene que los sobrecostos reclamados son enteramente imputables al incumplimiento y culpa exclusiva de la convocante. Defensa que descartó el Tribunal, en tanto encontró acreditado que, si bien el contratista no prestó oportunamente el *Method Statement,* el entregado permitió iniciar el descargue, el que vino a ser frustrado por la oposición infundada de la contratante que ordenó suspender la operación, apoyada exclusivamente en su miedo al riesgo antes que en justificaciones técnicas o científicas que desvirtuaran el método y procedimientos propuestos por el contratista.

En efecto, así se concluyó en el laudo sobre el daño:

*Las consideraciones que anteceden permiten al Tribunal concluir (i) que efectivamente se ocasionaron a Transporte Montejo unos daños por la problemática presentada en desarrollo del contrato y (ii) que esos daños solo los sufrió a título de daño emergente en las cuantías y rubros que a continuación se señalan y que aparecen acreditadas con el dictamen pericial* –fl. 443 cd. C. de E.-*.*

En lo relativo al incumplimiento de Reficar S.A., se concluyó en el laudo:

*No puede pasar por alto el Tribunal una circunstancia que resulta de gran importancia en la resolución de ese interrogante y que consiste en que Reficar, por conducto de CB&I, optó por impartir las instrucciones, asesorar, hacer sugerencias y dar órdenes en relación con la ejecución del contrato. En otras palabras, Reficar, pese a haber contratado a un experto para la ejecución de las labores, decidió voluntariamente, y por expresa estipulación contractual, intervenir en las decisiones, que por regla general, corresponderían al profesional contratado. No se trata ello de una estipulación o actuación reprochable jurídicamente, pero sí implica una variación del régimen de riesgos y obligaciones del contrato, pues no puede tener igual tratamiento el análisis de la conducta del profesional que autónomamente decide actuar con fundamento en sus conocimientos y en su entender, que aquella del profesional que ejercita las labores para las cuales es contratado, con la instrucción y sugerencia de su contratante (…).*

*De esta manera ocurrió en la ejecución del contrato que el experto contratado por Reficar ejecutó sus labores en los términos y conforme a las instrucciones dadas por su contratante, los cuales sin embargo y de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, adolecieron siempre de una ausencia de fundamento técnico, lo cual constituye una conducta desleal con la convocada y una desatención del deber secundario de colaboración pues lo que resultaba a todas luces innegable es que las permanentes variaciones de la operación, implicaban necesariamente unos mayores costos para Transporte Montejo. A pesar de ello y sobre la base de decisiones, -se insiste- fundamentadas en el temor y no en la ciencia, Reficar extendió en el tiempo unas operaciones que normalmente debían ejecutarse en un tiempo mucho más breve y se limitó a impartir cambios reiterados en las instrucciones desconociendo la posición de la otra parte y los efectos que para ella implicaban (…).*

*Los principios contenidos en los artículos 1603 y 873 antes citados, se extienden precisamente a que todos esos deberes de manera implícita deben cumplir las partes para lograr la finalidad del negocio –entre ellos el deber de lealtad y de colaboración- exigen el abstenerse dentro de lo posible, de adelantar injustificadamente actuaciones que puedan ser lesivas a la otra parte.*

*En este punto específico encuentra probado el Tribunal que Reficar desatendió ese deber al exigir sin un fundamento técnico serio, conductas de Transportes Montejo que a la postre terminaron extendiendo el contrato en un número importante de días y por ello, encuentra probado el segundo elemento de la responsabilidad y accederá a la prosperidad de la pretensión segunda de la demanda* –fls. 445 a 452-*.*

Asimismo, en lo relativo al nexo de causalidad en el laudo se expuso:

*La prueba documental, la prueba testimonial y en especial la prueba pericial, ponen en evidencia que Transportes Montejo no entregó adecuada y completamente el Method Statement, documento que constituye la columna vertebral del contrato y que tiene directa relación con la claridad y seguridad de los procesos a desarrollar para el descargue del barco a la barcaza, para el transporte de la carga por la bahía y para el descargue a tierra y el consecuente arrastre en el muelle.*

*Los procedimientos y la corrección de ese Method Statement fueron entregados extemporáneamente y en especial aquellos relativos a la barcaza H007 lo cual implicó que Reficar tuvo que adoptar medidas no previstas como colocar láminas de acero sobre la cubierta, como abortar la maniobra sin los criterios técnicos e incrementar en el tiempo y en el espacio el riesgo marítimo al obligar al contratista a devolver la barcaza al barco y posteriormente trasladarlo nuevamente al muelle.*

*El tiempo de demora de la barcaza cargada se fue disminuyendo en la medida en que fueron entregados los estudios y análisis efectuados por Transportes Montejo y su asesor Marítima Naval Portuaria, lo cual demuestra sin duda que las falencias del Method Statement inicialmente entregado tuvieron incidencia en los retrasos y demoras de la operación, por lo cual resulta innegable que la actuación de la demandante contribuyó a la causación de los daños que ella menciona.*

*Sin embargo para el Tribunal también resulta claro que la actuación de Reficar no solamente fue en contravía de los deberes de lealtad y de colaboración que debía cumplir para con su contratista, sino que adicionalmente fue negligente en la medida en que, si como hoy lo invoca, el Method Statement no estaba completo, permitió iniciar la operación sin la totalidad de ese documento lo cual implicó para ella igualmente la adopción de medidas sin sustento técnico. Esas decisiones de alguna manera improvisada, así como la negativa a efectuar el descargue a pesar de los conceptos técnicos aportados por la demandante, se unieron a la conducta de la convocante para ser causas eficientes del daño y por ello el Tribunal habrá de concluir que en lo que se refiere a este tercer elemento de la responsabilidad, tanto la conducta de la demandante como la conducta de la demandada, concurrieron para generar los daños cuya indemnización se solicita en este proceso.*

*Ahora bien, corresponde finalmente determinar el grado de causalidad que tuvo cada uno de los incumplimientos de las partes en relación con la causación de los daños y para ese efecto el Tribunal considera que si bien la obligación de suministrar de manera oportuna y completa el Method Statement tuvo incidencia en los perjuicios, las decisiones poco fundamentadas de Reficar y sus permanentes dudas en la conclusión de la operación tuvieron una mayor entidad en la causación de los daños. En efecto, no se explica cómo Reficar se limitó a desconocer sin justificación y de manera reiterada los soportes técnicos que día a día iba allegando la transportadora ni tampoco se explica cómo, a pesar de que respecto de la operación con la barcaza AB600 no se presentaron los mismos problemas que con la H007, se haya mantenido el reactor sobre ella durante varios días generando inclusive un riesgo que podría haber sido mayor. Por ello y atendiendo a la concurrencia de los incumplimientos de las partes en la causación del daño, el Tribunal procederá a atribuir un 30% de los mismos a Transporte Montejo y un 70% a Reficar –fls. 452 a 458, cd. C. de E-.*

De donde resulta claro, a todas luces, que las conclusiones relativas a i) falta de legitimación, ii) inexistencia del daño; iii) facultad de la contratante de incumplir lo pactado, iv) efectos absolutos de la *exceptio non adimpleti contractus*, iii) carácter principal de la obligación del deudor incumplido, accesorio e intrascendente de la asumida por la otra parte e v) improcedencia del incumplimiento contractual por omisión de deberes legales, en los que se funda el cargo de contradicción, son ajenas al laudo, en cuanto la *ratio decidendi* se sostiene, precisamente, en razonamientos en sentido contrario al señalado por la recurrente, esto es, en i) que el incumplimiento de la convocante no deslegitima la demanda; ii) el daño sufrido por el contratista; iii) la carencia de la facultad de incumplir, invocada por la convocada; iv) la autonomía en la exigibilidad de los deberes de lealtad y colaboración a cargo de la acreedora y v) el incumplimiento contractual que se deriva de la omisión injustificada de esos deberes.

Siendo así, huelga concluir que es infunda la contradicción en la que se apoya la causal que la recurrente edifica a partir de la confrontación entre las disposiciones invocadas, analizadas a la luz de la *ratio decidendi*.

Aunado a lo anterior, resulta evidente que de entenderse que la contradicción invocada debe hallarse a partir de la confrontación de las razones sobre las que se edifica la causal bajo estudio, mismas que fueron planteadas por la convocada a lo largo del proceso y las esgrimidas en el laudo para no acogerlas, se arriba al campo del *error in judicando*, ajeno al recurso de que se trata, en cuanto su estudio implica entrar sobre el fondo del asunto decidido por el laudo impugnado.

Ahora, en cuanto i) las declaraciones de contrato no cumplido parcialmente por la convocante y ausencia parcial de responsabilidad de la convocada se fundan en la conclusión del laudo en el sentido de que el incumplimiento de la contratista concurrió en un 30% en la causación del daño y ii) la declaración de incumplimiento con indemnización de perjuicios se sostiene en que el incumplimiento de la contratante ocasionó el 70% restante del daño por el que se demanda, huelga concluir que entre estas disposiciones no se evidencia la contradicción que, conforme con la causal invocada, amerita la modificación o corrección del laudo.

Siendo así, se impone declarar infundado el recurso.

1. **Costas**

Al tenor de las disposiciones de los artículos 42 y 43 de la Ley 1563 de 2012, cuando se declare infundado el recurso de anulación se condenará al recurrente al pago de las costas, que serán liquidadas en la misma sentencia.

Atendiendo a la intervención de la entidad convocante, la duración del trámite del recurso de que se trata y las disposiciones de los artículos 5º y 6º del Acuerdo n.° 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, que autorizan fijar las agencias en derecho hasta en el 10% del valor de las pretensiones en el caso de los recursos extraordinarios ante esta jurisdicción, se fijan en dos millones de pesos ($2.000.000,00) las agencias en derecho, que la convocante deberá pagar a la convocada a título de costas, por no aparecer causadas otras.

**IV. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO** el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la convocada, Refinería de Cartagena-Reficar S.A., contra el laudo arbitral proferido el 4 de septiembre de 2014, corregido por el laudo complementario del 17 del mismo mes, por el Tribunal de Arbitramento convocado a instancias de la contratista.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la parte recurrente, esto es, a Refinería de Cartagena-Reficar S.A. a pagar las costas a Transportes Montejo Ltda. que se fijan en la suma de dos millones de pesos ($2.000.000).

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de Arbitramento a través de su Secretaría.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Presidenta

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

Magistrado

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

Magistrado

1. Sociedad del grupo empresarial controlado por la matriz Ecopetrol S.A., entidad de carácter estatal que ostenta una participación en Reficar S.A. superior al 50%, según el Certificado de Existencia y Representación que obra en folios 47 a 55, cd. 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sección Tercera, sentencia del 22 de agosto de 2002, radicación 11001-03-26-000-2002-0010-01(22193). [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia del 15 de mayo de 1992, Exp. 5326. Carbones de Colombia S.A. vs. Consorcio Dromi Prodeco Auxini. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia del 16 de agosto de 1973, reiterada en la sentencia del 18 de agosto de 1998, exp. C-4851 (S-070-98). [↑](#footnote-ref-4)
5. Piero CALAMANDREI. L*a casación civil*. 1961, T. II. pag. 345. [↑](#footnote-ref-5)