

Señor

JUEZ TRECE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

E. S. D.

Referencia: Proceso verbal de *Acero Estructural de Colombia S.A.S.* contra *DEDINI S/A Industrias de Base, Proterra LTDA.* y *Ecodiesel Colombia S.A.*

Radicado: 2016-0457

Asunto: Contestación a la demanda

Alberto Zuleta Londoño, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en condición de apoderado judicial de *Ecodiesel Colombia S.A.* ("Ecodiesel"), por medio de la presente, reasumo el poder que me fue conferido y, encontrándome dentro de la oportunidad procesal establecida en el artículo 369 del Código General del Proceso (el "CGP"), doy CONTESTACIÓN A LA DEMANDA formulada por *Acero Estructural de Colombia S.A.S.* ("Aceral" o la "Demandante"), en los siguientes términos:

I. Pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda

Por carecer de sustento fáctico y jurídico, conforme será demostrado a lo largo del presente escrito, me opongo a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda.

II. Pronunciamiento sobre los hechos en que se fundamenta la demanda

Al hecho 1: No es cierto en la forma planteada en la demanda. DEDINI S/A Industrias de Base ("DEDINI") remitió a Ecodiesel una oferta mercantil (la "Oferta Mercantil") para la construcción de una planta de producción de biodiesel en la ciudad de Barrancabermeja, Santander (la "Planta") el día 19 de diciembre de 2007. Dicha Oferta Mercantil fue aceptada por Ecodiesel el día 21 de diciembre de 2007, perfeccionándose así entre las partes un contrato para la construcción de la referida planta de biodiesel (el "Contrato entre Ecodiesel y DEDINI"). Aceral no participó ni es parte en el Contrato entre Ecodiesel y DEDINI.

Al hecho 2: Es cierto. El hecho se limita a transcribir un aparte de la Oferta Mercantil.

Al hecho 3: Es cierto. El hecho se limita a transcribir un aparte de la Oferta Mercantil.

Al hecho 4: Es cierto. El hecho se limita a transcribir un aparte de la Oferta Mercantil.

Al hecho 5: Es cierto. El hecho se limita a transcribir parcialmente un aparte de la Oferta Mercantil.

Al hecho 6: Es cierto. Los artículos 30 y 31 de la Oferta Mercantil regulan lo relativo al precio de la misma y su forma de pago, en los siguientes términos:

Artículo 30 - Precio

*El Precio Total de la Oferta es la suma de **VEINTIUN MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (USD\$ 21,250,000)**, que será pagadera de la siguiente forma: (i) en Dólares de los Estados Unidos de América, la suma **SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL DOLARES (USD\$ 7,450,000)**; y (ii) en Pesos Colombianos, la suma de **VEINTIOCHO MIL DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES DE PESOS (COP\$ 28,290,000,000)**, equivalentes a Trece Millones Ochocientos Mil Dólares (USD\$ 13,800,000) convertidos a una tasa de Dos Mil Cincuenta Pesos (COP\$2,050) pesos por dólar. La porción en pesos colombianos (COP\$ 28,290,000,000) es fija y no tendrá ningún ajuste por efectos de la variación en la tasa de cambio peso - dólar. El Precio Total de la Oferta no incluye ningún tipo de impuestos en Colombia. Las condiciones de pago de las anteriores sumas se*

establecen en el artículo siguiente. El Precio Total de la Oferta corresponde a la suma total pagadera por ECODIESEL por las labores bajo la presente Oferta y no se encuentra sujeta a revisión o modificación de ninguna clase.

Dicho precio se discrimina de la siguiente forma:

Suministro de Equipos ISBL DEDINI y Equipos OSBL y demás relacionados	US \$ 3,630,000
Suministro de repuestos incluidos dentro del precio por un período de dos (2) años para los Equipos ISBL DEDINI y Equipos OSBL	US \$ 230,000
Procesos, Diseño de la Planta, servicios de ingeniería y licencias	US \$ 3,450,000
Terminación Construcción de la Planta (Utilitarios, obras civiles, edificaciones, estructuras, etc).	US \$ 6,440,000
Montaje de la Planta	US \$ 3,500,000
Supervisión + Pre-commissioning + Commissioning + Revisión + Entrenamiento + Servicios Técnicos	US \$ 4,000,000
TOTAL	US \$ 21,250,000

Artículo 31-Condición de Pago

31.1. Cronograma de Pagos

Los pagos se realizarán en las cantidades y condiciones especificadas de acuerdo con el siguiente cronograma:

EVENTO DE PAGOS	FECHA ESTIMADA DE PAGO	%SOBRE CONTRATO	US\$ (X1000)	PESOS (x1000)
Previo Kick Off Meeting	30/01/2008	10%	2125	0
Colocación ordenes de compra Equipos/Materiales de largo plazo entrega	11/02/2008	20%	1137,5	6.534.375
Inicio de Obras Civiles	14/03/2008	20%	1062,5	6.534.375
Completamiento Emisión documentos Ingeniería de detalle	23/05/2008	15%	1312,5	3.824.597
Entrega de los últimos equipos del OSBL	25/07/2008	20%	1062,5	6.534.375
Certificación de las certificaciones del Montaje del ISBL y del OSBL	29/10/2008	10%	500	3.215.805
Entrega Final del OSBL	15/12/2008	5%	250	1.646.473
TOTALES		100%	7.450,00	28.290.000

31.2 Términos de Pago

Todos los pagos serán realizados por ECODIESEL a DEDINI, a través de transferencia electrónica de fondos, en la(s) cuenta(s) bancaria(s) designadas previamente por DEDINI por escrito y dentro de los quince (15) días siguiente a la recepción de la factura respectiva por parte de DEDINI. Los gastos bancarios incurridos fuera de Colombia serán a cargo de DEDINI, mientras que los gastos bancarios incurridos en Colombia serán a cargo de ECODIESEL. Se entenderá que ECODIESEL ha cumplido con sus obligaciones de pago cuando suministre a DEDINI evidencia de la orden de giro, incluyendo número swift y demás información necesaria para transferencias electrónicas de fondos.

Sujeto al procedimiento previsto en el Anexo 27 de esta Oferta, las Partes acuerdan que en lo que respecta a la provisión de servicios o equipos por parte de proveedores o subcontratistas nacionales de DEDINI para la ejecución de las labores contratadas, las sumas debidas a estos por DEDINI, previa aprobación e instrucción de DEDINI, podrán ser pagadas directamente por ECODIESEL y descontadas o con cargo a las sumas pagaderas en Pesos Colombianos a DEDINI de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30. Sin perjuicio de lo anterior, se deja expresa constancia que el pago por parte de ECODIESEL de las sumas debidas por DEDINI

a cualquier proveedor o subcontratista, no libera a DEDINI de su responsabilidad por las labores de dichos proveedores o subcontratistas en los términos de la presente Oferta.
(Resaltado fuera del texto).

El aparte resaltado da expresa cuenta del acuerdo existente entre Ecodiesel y DEDINI, en virtud del cual Ecodiesel, actuando como un tercero, podía efectuar ciertos pagos directamente a los proveedores o subcontratistas de DEDINI, previa aprobación e instrucción de DEDINI para luego descontar la suma pagada de lo que adeudara a DEDINI.

En la práctica, el acuerdo contenido en el artículo 31.2 de la Oferta Mercantil se materializó en la apertura de una cuenta corriente cuya administración fue compartida entre Ecodiesel y DEDINI la ("Cuenta Corriente"). Los términos de administración y manejo de la Cuenta Corriente fueron acordados entre Ecodiesel y DEDINI en el documento denominado Memorando de Entendimiento, firmado el 3 de marzo de 2008, y que en sus apartes más relevantes para el esclarecimiento de los hechos que dan lugar a esta controversia establece:

El objeto del presente Memorando es establecer entendimientos, condiciones y compromisos de los Contratantes con relación a la apertura y movimentación (sic) de una cuenta-corriente bancada (en adelante denominada simplemente "cuenta-corriente") a ser abierta por ECODIESEL en Colombia, en el menor plazo posible, junto al Banco Citibank en Colombia.

La cuenta-corriente a ser abierta tendrá como propósito único y exclusivo, acoger los recibimientos y pagos de valores para los sub-proveedores de DEDINI contratados para la realización de parte del escopo (sic) contractual firmado con ECODIESEL en Colombia.

Los valores serán depositados por ECODIESEL, de acuerdo con cronograma financiero elaborado entre los Contratantes, debiendo ECODIESEL comunicar con anticipación mínima plausible para DEDINI, de cualquier eventual alteración de fechas de depósitos, para que no sea discontinuado el programa de movimentación (sic) de la cuenta-corriente.

La cuenta-corriente a ser abierta per ECODIESEL, tendrá como personas físicas autorizadas, el Sr. Oscar Iván Urrea, gerente general de Ecodiesel, el Sr. Paulo Cesar Teixeira, ingeniero de Dedini y el Sr. João Airton Zorzenoni, gerente corporativo de finanzas de Dedini (en adelante denominados simplemente "autorizados"), siendo cierto que todo y cualquier acto de gerencia y movimentación (sic) siempre será hecho en conjunto de dos de las personas arriba indicadas.

No será permitido, en ninguna hipótesis, el saque en dinero de la cuenta-corriente, la cual será utilizada, solamente, para el pago de los valores de créditos a sub-proveedores de DEDINI, que emitirán sus facturas directamente contra ECODIESEL. También no será permitido el saque a descubierto de la cuenta-corriente.

La movimentación (sic) de la cuenta-corriente, será efectuada por medio electrónico y/o a través de cartas de autorización de pago, debiendo los autorizados recibiren (sic) del Banco sus respectivas señas electrónicas individuales. (Resaltado fuera del texto).

Al hecho 7: No me consta en tanto, para la época, Ecodiesel no tenía relación comercial o contractual alguna con la Demandante. El subcontrato de obra No. DED-ECO-02-08 suscrito entre DEDINI, Proterra LTDA. ("Proterra") y Aceral (el "Subcontrato") fue celebrado exclusivamente entre dichas partes, sin intervención de Ecodiesel. Las cotizaciones y demás documentos preparatorios del Subcontrato fueron conocidos exclusivamente por los intervinientes en el mismo. En ese entendido, me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el hecho y aclaro y reitero que Ecodiesel fue ajena a dicha relación contractual como se desprende, entre otros, del punto 11.2 del subcontrato, que dice que el mismo regula la relación entre el contratante (DEDINI) y el subcontratista (Aceral).

Al hecho 8: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta al hecho anterior. Por esas mismas razones, me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el presente hecho.

Al hecho 9: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta al hecho 7. Por esas mismas razones, me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el presente hecho.

Al hecho 10: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta al hecho 7. Por esas mismas razones, me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el presente hecho.

Al hecho 11: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta al hecho 7. Por esas mismas razones, me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el presente hecho.

Al hecho 12: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta al hecho 7. Por esas mismas razones, me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el presente hecho.

Al hecho 13: Es cierto. Tal como afirma la Demandante, el Subcontrato fue suscrito por Proterra y Aceral, sin intervención alguna de Ecodiesel, que no es parte del mismo.

Al hecho 14: Es cierto. El hecho se limita a transcribir parcialmente un aparte del Subcontrato en el que las personas que intervinieron en su formación dejaron expresa constancia de que las partes del mismo son DEDINI, Proterra y Aceral. Como se concluye con la sola lectura del aparte transcrito por la Demandante, Ecodiesel no es parte del Subcontrato, razón por la cual no se encuentra vinculada a las obligaciones emanadas del mismo y no puede ser responsable por su incumplimiento.

El aparte transcrito, además, da cuenta del conocimiento previo, por parte de Aceral, de que su relación contractual iba a desarrollarse exclusivamente con sus contratantes, DEDINI y Proterra, y que la misma estaría regulada por el Subcontrato. Igualmente, es claro que Aceral conocía que Ecodiesel era el cliente final de DEDINI y que dicha relación contractual se regía exclusivamente por los términos de la Oferta Mercantil o, según la nomenclatura del Subcontrato, el Contrato Principal, del cual Aceral, como bien lo sabe, no es parte. Igualmente, el texto del Subcontrato es prueba suficiente de que Aceral conocía que DEDINI era la única titular y responsable exclusiva del contrato principal de construcción de la Planta para Ecodiesel.

Al hecho 15: Es cierto. El hecho se limita a transcribir un aparte del Subcontrato.

Al hecho 16: Es parcialmente cierto. El hecho contiene una transcripción incompleta del Subcontrato. En primer lugar, vale la pena anotar que el aparte resaltado de la transcripción únicamente da cuenta, y se constituye en prueba de que, para efectos del pago de las facturas emitidas por Aceral, Ecodiesel actuaba como un tercero autorizado por DEDINI, sin comprometer su responsabilidad personal.

En segundo lugar resalto que la Demandante, convenientemente, omitió transcribir en su totalidad el párrafo de la cláusula décima del Subcontrato. Para efectos de claridad, pongo en conocimiento del Despacho el texto completo del párrafo en mención:

*PARÁGRAFO: Queda determinado que la emisión de la factura para el pago, deberá ser hecha mediante las respectivas actas de avance firmadas y aprobadas por el CONTRATANTE, y en nombre de ECODIESEL COLOMBIA S.A. Los pagos serán hechos por **ECODIESEL en nombre del CONTRATANTE** sin que esto exima al CONTRATANTE de su obligación de pagar al SUBCONTRATISTA en las condiciones y términos convenidos.* (Resaltado fuera del texto).

El aparte resaltado y subrayado demuestra claramente que Aceral aceptó que Ecodiesel hiciera pagos en nombre de DEDINI y no a nombre propio. Intentar derivar de ello una supuesta relación contractual con Ecodiesel es simple y llana mala fe.

Igualmente, el aparte subrayado, omitido por la Demandante, da clara cuenta de que la responsabilidad por el pago de las sumas de dinero a que Aceral tuviera derecho bajo el Subcontrato era exclusivamente de su contratante, DEDINI. Lo anterior, refuerza la conclusión expuesta anteriormente, de acuerdo con la cual Ecodiesel actuó únicamente como diputado de DEDINI para el pago de las facturas que ésta aprobara y mediando su previa instrucción, sin que esa circunstancia comprometiera su responsabilidad y, mucho menos, sin que la misma resulte suficiente para vincular a Ecodiesel a una relación contractual que le resulta absolutamente ajena.

Al hecho 17: Es cierto. El hecho se limita a transcribir un aparte del Subcontrato.

Al hecho 18: No me consta. Ecodiesel no es parte del Subcontrato. No tiene conocimiento de las negociaciones que llevaron a la formación del mismo y, como consecuencia, no está al tanto de la identidad de las personas que, representando a las partes en el mismo, debían acudir a su firma.

Al hecho 19: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta a los hechos 7 y 18. Por esas mismas razones, me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el hecho.

Al hecho 20: No es cierto. Ecodiesel efectuó el pago mencionado por la Demandante en este hecho, actuando en su exclusiva condición de diputado para el efecto por DEDINI, en desarrollo del acuerdo contenido en el artículo 31.2 de la Oferta Mercantil y el parágrafo de la cláusula décima del Subcontrato, previa instrucción y aprobación de DEDINI.

Al hecho 21: No es cierto. Ecodiesel no intervino en el desarrollo del Subcontrato. Es normal que en un proyecto de la magnitud de la construcción de la Planta, y en desarrollo y ejecución del Contrato entre Ecodiesel y DEDINI, funcionarios de Ecodiesel se relacionaran con funcionarios o delegados de cualquiera de los subcontratistas que DEDINI vinculó para que la asistieran en su labor. Esa circunstancia, sin embargo, no constituye un evento de responsabilidad por parte del contratante respecto de los subcontratistas ni lo convierte en parte del Subcontrato.

Al hecho 22: No es cierto. Ecodiesel únicamente actuó como una diputada de DEDINI para el pago de ciertas obligaciones puntuales a favor de los subcontratistas y proveedores de ésta, a la luz de lo dispuesto en el parágrafo de la cláusula décima del Subcontrato.

De otro lado es importante resaltar que, no obstante ser expedidas a nombre de Ecodiesel, las facturas a que se refiere la Demandante no fueron, en su totalidad, entregadas o radicadas en oficinas de ésta. De conformidad con la práctica contractual, las mismas eran entregadas directamente en las oficinas de DEDINI, quien actuando de acuerdo con los términos de la Oferta Mercantil y el Memorando de Entendimiento, podía instruir a Ecodiesel para que pagara a sus subcontratistas, desde la Cuenta Corriente.

Al hecho 23: Es cierto y además constituye una confesión, de parte de la Demandante, del hecho de conocer que la relación jurídica que establecía con DEDINI y Proterra era distinta e independiente de aquella existente entre DEDINI y Ecodiesel, resultando claro que Ecodiesel no es parte del Subcontrato, ni se ha obligado directamente con ella.

Al hecho 24: Es cierto, pero en el entendido que, como claramente lo dice la cláusula, lo haría a nombre de DEDINI y no a nombre propio.

Al hecho 25º: Es parcialmente cierto. Ecodiesel autorizó la liberación de los fondos necesarios para el pago reclamado por Aceral en la cuenta de cobro que describe en su hecho, únicamente una vez cumplidos los requisitos establecidos en el Contrato entre Ecodiesel y DEDINI, y previa autorización e instrucción de parte de DEDINI. Entonces, en realidad, y como se ha venido sosteniendo, el pago lo efectuó DEDINI, por intermedio de Ecodiesel, que actuó como diputada para el efecto.

Al hechos 26: No me consta. Ecodiesel no es parte del Subcontrato, ni participó en su formación o ejecución. Ecodiesel nunca conoció la documentación producida por las partes del Subcontrato en ejecución del mismo. En ese entendido, me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el presente hecho.

Al hecho 27: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta a los hechos 7, 18 y 26. Por esas mismas razones, me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el presente hecho.

En cualquier caso, resalto que el hecho de que DEDINI hubiera pactado directamente con Aceral la posibilidad de que esta solicitara que los pagos debidos por aquella fueran efectuados en la forma de abonos directos a terceras personas, no es otra cosa que el desarrollo del pacto contenido en el artículo 31.2 de la Oferta Mercantil, sin que pueda ser interpretado como que Ecodiesel es parte del Subcontrato, o deudor solidario de las obligaciones allí contenidas.

Al hecho 28: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta a los hechos 7, 18 y 26. Ecodiesel nunca recibió la factura a que se refiere el hecho, en tanto ésta fue radicada por Aceral directamente en las oficinas de DEDINI. Así, me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el hecho.

Al hecho 29: No es cierto. Los pagos recibidos por Aceral como contraprestación de sus obligaciones bajo el Subcontrato fueron efectuados por DEDINI, no por Ecodiesel. La participación de Ecodiesel en el proceso de pago de dichas acreencias se limitó a actuar como diputado de DEDINI para el efecto, autorizando la transferencia, desde la Cuenta Corriente, de las sumas de dinero indicadas por DEDINI, y previa instrucción expresa de ésta.

Al hecho 30: No es cierto. Ecodiesel no debe suma de dinero alguna a Aceral. El deudor es DEDINI. No existe entre Ecodiesel y Aceral un vínculo obligacional en virtud del cual pueda predicarse la existencia de una obligación pendiente de solución. Es más, Ecodiesel ni siquiera recibió la totalidad de las facturas que la Demandante denuncia como pendientes de pago, en tanto las mismas fueron dirigidas a las oficinas de DEDINI, como era la práctica contractual. Así, no existen elementos de juicio que permitan al Despacho concluir que Ecodiesel contrajo una deuda con Aceral, como impropiamente manifiesta la Demandante.

Igualmente, no hay razón alguna que permita inferir que Ecodiesel tenía la intención de celebrar un contrato con Aceral o vincularse directamente con ella. De haber sido ese el caso, nada le impedía haber celebrado un contrato directamente con la misma. Por el contrario, Ecodiesel celebró el Contrato entre Ecodiesel y DEDINI con el objeto de que fuera esta última sociedad la que se encargara de proveer la ingeniería, las compras, la construcción y, además, administrara el proyecto de construcción de la Planta, siendo su obligación entregar a Ecodiesel la Planta terminada y operando. Para información del Despacho, DEDINI incumplió estas obligaciones, no obstante haber recibido de parte de Ecodiesel el pago de la totalidad de la obra ejecutada.

Al hecho 31: Me atengo a lo que resulte probado. En cualquier caso, resalto que el hecho de que Ecodiesel se preocupara por el buen desarrollo de la obra, y la oportuna terminación de la Planta, no es más que la consecuencia lógica y normal de ser la dueña de obra que, de ninguna manera, puede interpretarse como un evento de asunción de obligaciones frente a Aceral, en su calidad de subcontratista de DEDINI.

Al hecho 32: Me atengo a lo que resulte probado, con las aclaraciones contenidas en la respuesta al hecho anterior.

Al hecho 33: Me atengo a lo que resulte probado, con las aclaraciones contenidas en la respuesta al hecho 31.

Al hecho 34: Es cierto. Tal como consta en los considerandos de dicho documento, DEDINI incurrió en un incumplimiento contractual derivado de los errores de cálculo verificados en los diseños de las estructuras de los edificios principales de refino y biodiesel, generando graves retrasos en la construcción de la Planta. Por lo anterior, firmaron el documento denominado otrosí No. 1, con el objetivo de ampliar el plazo de ejecución del Contrato entre Ecodiesel y DEDINI hasta el 14 de abril de 2009. Este plazo fue prorrogado posteriormente hasta el 31 de enero de 2010.

Al hecho 35: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta a los hechos 7, 18 y 26. Ecodiesel no es parte del Subcontrato, ni participó en su formación, ejecución o liquidación. La documentación aportada por la Demandante refuerza la anterior conclusión. Nótese que Ecodiesel no participó ni en el intercambio de correspondencia ni en las reuniones que tuvieron lugar en preparación de

la liquidación del Subcontrato. Para efectos de lograr la liquidación del Subcontrato, Aceral se dirigió única y exclusivamente a DEDINI, su contratista, en un claro reconocimiento de que Ecodiesel es un tercero ajeno a la relación que, a su juicio, le da derecho a exigir los pagos que reclama en la demanda.

De la misma manera, los documentos denominados "Acta de Terminación" y "Acta de Liquidación por Mutuo Acuerdo entre las Partes", son plena prueba del acuerdo existente entre Aceral y DEDINI, respecto de la existencia de una obligación insoluta de carácter dinerario cuya única deudora es DEDINI. La Demandante es tan consciente de lo anterior, que en el hecho mismo confiesa que DEDINI actuó en condición de titular y responsable del Subcontrato y que, en esa calidad, reconoció deber a Aceral la suma de dinero contenida en la cláusula sexta del acta de liquidación.

Al hecho 36: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta a los hechos 7, 18, 26 y 35. Ecodiesel, en tanto tercero ajeno a la relación entre Aceral, DEDINI y Proterra, no participó en el proceso de liquidación del Subcontrato. Así, me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el presente hecho.

Al hecho 37: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta a los hechos 7, 18, 26 y 35. Ecodiesel, en tanto tercero ajeno a la relación entre Aceral, DEDINI y Proterra, no participó en el proceso de liquidación del Subcontrato. Así, me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el hecho.

Al hecho 38: Es parcialmente cierto. Ecodiesel suscribió con DEDINI el documento denominado "Otrosí No. 2", en virtud del cual se amplió nuevamente el plazo del Contrato entre Ecodiesel y DEDINI, teniendo el 30 de abril de 2009 como la nueva fecha de vencimiento del mismo. **No es cierto** que Ecodiesel hubiera efectuado reconocimiento económico alguno en favor de DEDINI en este documento, el texto del mismo da cuenta de lo desacertado de la afirmación de la Demandante.

Al hecho 39: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta a los hechos 7, 18, 26 y 35. Ecodiesel, en tanto tercero ajeno a la relación entre Aceral, DEDINI y Proterra, no participó en el proceso de liquidación del Subcontrato. Así, me atengo a lo que resulte probado en el proceso respecto de la celebración y temas tratados en la reunión a que se refiere el hecho.

Al hecho 40: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta a los hechos 7, 18, 26 y 35. Ecodiesel, en tanto tercero ajeno a la relación entre Aceral, DEDINI y Proterra, no participó en el proceso de liquidación del Subcontrato. Me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el presente hecho.

Al hecho 41: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta a los hechos 7, 18, 26 y 35. Ecodiesel, en tanto tercero ajeno a la relación entre Aceral, DEDINI y Proterra, no participó en el proceso de liquidación del Subcontrato. Así, me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el presente hecho.

Al hecho 42: No me consta. Tal como reconoce la Demandante en este hecho, la factura No. 651 fue entregada a DEDINI y no a Ecodiesel. Ecodiesel no conoció el contenido de la misma.

No obstante lo anterior, **no es cierto** que Ecodiesel deba suma de dinero alguna a Aceral con ocasión de la factura No. 651. Reitero al Despacho que el hecho de que las facturas fueran emitidas con cargo a Ecodiesel no es más que la materialización del acuerdo contenido en el artículo 31.2 de la Oferta Mercantil y el parágrafo de la cláusula décima del Subcontrato, en virtud de los cuales Ecodiesel podía actuar como diputada para el pago de las obligaciones pendientes entre DEDINI y sus subcontratistas y proveedores. Esta circunstancia, de ninguna manera implica un cambio en el deudor de la obligación principal, o una asunción de solidaridad en beneficio de Aceral. Ecodiesel no debe suma de dinero alguna a la Demandante. Adicionalmente, teniendo en cuenta que las facturas referidas tenían fechas de vencimiento para los años 2008 y 2009, es claro que los derechos en ellas incorporados se encuentran prescritos.

Al hecho 43: No me consta, de conformidad con lo expuesto en la respuesta a los hechos 7, 18, 26 y 35. Ecodiesel, en tanto tercero ajeno a la relación entre Aceral, DEDINI y Proterra, no participó en el proceso de liquidación del Subcontrato. Así, me atengo a lo que resulte probado del texto del documento a que se refiere el presente hecho. Sin embargo, resalto que el mismo da clara cuenta de la existencia de un vínculo obligacional entre Aceral y DEDINI, en virtud del cual ésta se comprometió a pagar a aquella las sumas de dinero que son objeto de cobro en este asunto. Dicha circunstancia es suficiente para afirmar que Ecodiesel no está obligada con Aceral al pago de suma de dinero alguna.

Al hecho 47: Me atengo a lo que resulte probado. De todas maneras, reitero que el hecho de que las facturas fueran dirigidas a nombre de mi representada de ninguna manera implica que ésta fuera la deudora de las mismas. Se trató de la ejecución de los acuerdos contenidos tanto en el Contrato entre Ecodiesel y DEDINI, el Subcontrato, y el Memorando de Entendimiento, en virtud del cual ciertos pagos debidos a subcontratistas y proveedores debidos por DEDINI podían ser efectuados por Ecodiesel, a nombre de DEDINI, desde la Cuenta Corriente. En este esquema, Ecodiesel actuó a nombre de DEDINI como diputada para el pago, el cual era efectuado únicamente previa aprobación e instrucciones de parte de DEDINI, en su condición de deudora. Jurídicamente, al efectuar los pagos a los subcontratistas y proveedores, Ecodiesel se subrogaba en los derechos de los mismos, constituyéndose en acreedora de DEDINI, con el efecto de reducir, por vía de compensación, las sumas pendientes de pago del precio del Contrato entre Ecodiesel y DEDINI.

Al hecho 48: Me atengo a lo que resulte probado, con las aclaraciones contenidas en la respuesta al hecho anterior.

Al hecho 49: Es parcialmente cierto. La sociedad HR Auditores LTDA. remitió la comunicación a que se refiere este hecho a Aceral. Sin embargo, dicha comunicación no fue remitida a nombre de Ecodiesel sino, como el texto de la misma claramente expone, a nombre propio, en desarrollo de obligaciones contractuales asumidas con Ecodiesel. Tampoco es cierto que el objeto de la referida comunicación fuera solicitar un estado de cuenta a Aceral. Lo que se solicitó fue toda la información relativa a los contratos celebrados por Aceral en que participaron las sociedades Proterra o Prodeing LTDA.

Al hecho 50: Es parcialmente cierto. El objeto de la referida comunicación, enviada por HR Auditores LTDA. era solicitar información relativa a posibles obligaciones entre las destinatarias de la comunicación y Ecodiesel, con el ánimo de establecer las existencia de créditos a cargo o a favor de mi representada. El hecho de que Aceral hubiera contestado la comunicación alegando la existencia de las obligaciones objeto de este proceso no significa que las mismas en efecto existan o sean exigibles, lo cual **no es cierto**.

Al hecho 51: Es cierto. En efecto, el 30 de octubre de 2008 Aceral contestó la comunicación a que se refiere el hecho en lo que constituye una clara prueba de su convencimiento respecto de que Ecodiesel no es parte en el Subcontrato, ni es responsable solidariamente de las obligaciones derivadas del mismo. Lo anterior, como quiera que en lugar de contestar a la solicitud de información remitida por HR Auditores LTDA., invocó como excusa la existencia de una cláusula de confidencialidad en el Subcontrato, que le impedía atender el requerimiento.

Al hecho 52: Es parcialmente cierto en los mismos términos de la respuesta al hecho 50.

Al hecho 53: No es cierto en los términos planteados por la Demandante. El hecho de ser Ecodiesel el “encargado de realizar los pagos”, “el dueño de la obra”, y el “beneficiario final del proyecto” no constituye causa suficiente para considerarla obligada al pago de las sumas de dinero debidas por DEDINI. En cuanto al extracto de la respuesta copiado en el hecho, **es cierto**, en tanto se trata de una transcripción de la comunicación allí referida.

Al hecho 54: No cierto en lo que se refiere a la obligación de Ecodiesel de pagar suma de dinero alguna a Aceral. En los mismos términos en que ha venido exponiéndose, Ecodiesel es un tercero ajeno a la relación contractual que daría lugar al derecho reclamado por Aceral, que no tiene ningún vínculo directo con ésta. En cuanto a la eventual responsabilidad de DEDINI y Proterra por el no pago de las sumas de

dinero objeto de la demanda, manifiesto que **no me consta** lo afirmado por la Demandante y que se trata de una situación que deberá ser definida en la sentencia correspondiente.

Al hecho 55: No cierto. La calidad de ser dueño o beneficiario de una obra, o actuar como diputado para el pago de ciertas obligaciones, no constituyen, en el derecho colombiano, una fuente de obligación solidaria alguna a favor del subcontratista. Ecodiesel no debe a Aceral las sumas de dinero objeto de la demanda.

Al hecho 56: No cierto. En primer lugar, es necesario aclarar al Despacho que el único contrato celebrado por Ecodiesel para la construcción de la Planta es el Contrato entre Ecodiesel y DEDINI, el cual fue íntegramente cumplido por Ecodiesel. Ecodiesel no tuvo, con ocasión de la construcción de la Planta, vínculo contractual alguno con Proterra. La relación entre DEDINI y Proterra incumbe únicamente a aquellas.

En segundo lugar, y como quedará plenamente demostrado en el expediente, DEDINI tenía la obligación de entregar la Planta en las condiciones contractuales pactadas (es decir, en pleno funcionamiento), el día 31 de enero del año 2010. No obstante haber recibido todos los pagos correspondientes al porcentaje adelantado de la obra, DEDINI incumplió esta obligación. Así lo declaró el Tribunal Arbitral compuesto por los Doctores Nicolás Gamboa Morales, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Ernesto Rengifo García, en el laudo arbitral cuya copia aportó como prueba al expediente. En razón de lo anterior, no fue posible llevar a cabo la etapa de liquidación del Contrato entre Ecodiesel y DEDINI y los supuestos requisitos de diligencia echados de menos por la Demandante resultan inoponibles a mi representada.

Así las cosas, reitero, Ecodiesel no debe suma de dinero alguna a Aceral.

Al hecho 57: No cierto en los términos expuestos en la respuesta al hecho anterior.

Al hecho 58: Es cierto en los términos contenidos en la comunicación a que se refiere el hecho.

Al hecho 59: Es cierto en los términos contenidos en la comunicación a que se refiere el hecho, que además encuentran asidero en el ordenamiento jurídico colombiano. **Es cierto** también que Ecodiesel pagó el 100% de la obra ejecutada a DEDINI.

Al hecho 60: Es cierto en los términos contenidos en la comunicación a que se refiere el hecho.

Al hecho 61: Es cierto en los términos contenidos en la comunicación a que se refiere el hecho.

Al hecho 62: Es cierto en lo que se refiere a la fecha de expedición de la certificación. El contenido de la misma, sin embargo, **no es cierto**, en tanto parte equivocadamente de la base de la existencia de una obligación en cabeza de mi representada, frente a Aceral, la cual carece de fuente contractual que la soporte. Es de notar que la certificación a que nos referimos fue expedida por la propia Demandante, firmada por una persona sin los conocimientos técnico-jurídicos ni la autoridad suficientes para declarar la existencia de las obligaciones que dice certificar, las cuales Ecodiesel desconoce expresamente. Así, la certificación en mención no es más que un alegato adicional de la Demandante, sin valor probatorio para esta controversia.

Al hecho 63: Me atengo a lo que resulte probado del texto de la comunicación a que se refiere el hecho. En todo caso, reitero que los pagos efectuados por Ecodiesel a Aceral lo fueron en su calidad de diputada para el pago por DEDINI de conformidad con lo establecido en el artículo 31.2 de la Oferta Mercantil y el Memorando de Entendimiento.

Al hecho 64: Me atengo a lo que resulte probado del texto de la comunicación a que se refiere el hecho en los mismos términos expuestos en la respuesta al hecho anterior.

Al hecho 65: No es cierto, en los mismos términos de las respuestas que vienen dándose según las cuales Ecodiesel no ha asumido ni voluntariamente, ni por virtud de la ley, obligación alguna, accesoria o

principal, directa, solidaria o subsidiaria con Acelal. Igualmente, reitero los argumentos expuestos en la respuesta al hecho 62 respecto del carácter de la certificación expedida por la señora revisora fiscal de Acelal.

Al hecho 66: Es cierto.

Al hecho 67: Es cierto. Los efectos de la cláusula arbitral a que se refiere la Demandante fueron extinguidos por falta de pago de los honorarios y gastos de dicho tribunal.

III. Excepciones de mérito

a. Inexistencia de vínculo contractual entre Ecodiesel y Acelal

Conforme se afirmó en el acápite anterior, Acelal falla a la hora de caracterizar apropiadamente las relaciones jurídico negociales, relevantes para este asunto, que tuvieron lugar con ocasión del proyecto de construcción de la Planta. En efecto, con causa en la necesidad de construir la Planta para llevar a cabo el desarrollo de su objeto social, Ecodiesel, al aceptar la Oferta Mercantil, celebró con DEDINI, y únicamente con ésta, un contrato de obra a precio fijo global, en la modalidad de EPCM (ingeniería, compras, construcción y administración, por sus siglas en inglés), en virtud del cual DEDINI se hizo responsable de la efectiva construcción de la Planta, incluyendo entre otras la realización de las actividades relativas al diseño básico y de detalle, suministro, construcción y montaje de la Planta, entrega de equipos a su cargo, y gerencia integral del proyecto. Tal como reconoce la Demandante, dentro de las obligaciones de DEDINI se encontraban las contenidas en el artículo 4.2 de la Oferta Mercantil, dentro de las cuales destacan:

“Servicios de Ingeniera y Procesos: El diseño de los procesos y la ingeniera básica y detallada del OSBL de la Planta como se especifica en el Anexo 1. (...)

Gerencia Técnica Integral del Proyecto: DEDINI ejercerá la gerencia de todo el proyecto (tanto en ISBL como en OSBL), sujeto a lo previsto en el Anexo 7 de la presente Oferta. (...)

Construcción de la Planta: DEDINI será el responsable y encargado de la realización de todas las labores de construcción de la planta, incluidos el ISBL y el OSBL de la misma, labores que deben incluir la preparación del área en donde se construirá la totalidad de la Planta (incluidos estudios de suelos y topográficos para diseño, permisos o licencias ambientales y de construcción), obras civiles estructurales y arquitectónicas, fundaciones, excavaciones, etc., edificios, estructuras, plataformas, edificaciones, zonas de almacenamiento, de descargue de materias primas y de cargue de productos, etc.”

En suma, DEDINI se obligó con Ecodiesel, a cambio de un precio fijo pactado en la Oferta Mercantil, a entregarle la Planta, tal como dicha acción se define en la misma Oferta Mercantil, en los siguientes términos: “Es el momento en que ECODIESEL considera que la Planta cumple a satisfacción la Verificación de Desempeño. La aceptación de ECODIESEL deberá ser expresa y por escrito en el Certificado de Entrega de la Planta”.

Ahora bien, en atención a la naturaleza y complejidad del proyecto, Ecodiesel autorizó a DEDINI a celebrar subcontratos, con el objeto de delegar o recibir asistencia en el cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato entre Ecodiesel y DEDINI. Dicha facultad fue expresamente aceptada por DEDINI, en los siguientes términos:

6.2 Subcontratistas y Proveedores.

*DEDINI tiene el derecho a subcontratar con contratistas o proveedores cualquier servicio, equipo o parte, pero no la totalidad de las labores bajo la presente Oferta. En todo caso: **(i) DEDINI permanecerá responsable frente a ECODIESEL por cualquier servicio o trabajo subcontratado o equipo provisto por terceros;** y (ii) DEDINI tendrá autonomía para contratar cualquier subcontratista; de todas maneras, DEDINI se compromete a informar a ECODIESEL sobre cualquier contratación que realice y ECODIESEL podrá en su momento, realizar cualquier comentario sobre el particular.*

DEDINI deberá obtener de los subcontratistas un documento en forma aceptable para ECODIESEL en donde renuncien expresamente a presentar cualquier reclamación, acción o demanda contra ECODIESEL.

En todos los casos DEDINI deberá obtener de los subcontratistas una póliza otorgada por un Banco y/o Compañía de Seguros Aceptable que ampare el pago de salarios, indemnizaciones, prestaciones sociales y cualesquiera otras obligaciones laborales del subcontratista con sus trabajadores. Los beneficiarios bajo esta póliza serán DEDINI y ECODIESEL. La cuantía será acordada por los Representantes del Proyecto y el Interventor del Proyecto teniendo en cuenta el valor de la nómina correspondiente y estará en vigor durante la vigencia del subcontrato respectivo y tres (3) años más. Adicionalmente, DEDINI deberá obtener de los subcontratistas, ya sea en el respectivo contrato o en un documento, una declaración en la cual éstos se obliguen a cumplir todas las obligaciones laborales, prestacionales y de seguridad social respecto de sus propios empleados de conformidad con la Ley Colombiana y a indemnizar a ECODIESEL y DEDINI por cualquier gasto, daño o perjuicio que pueda sufrir por el incumplimiento de esta obligación. (Resaltado fuera del texto).

En desarrollo de la facultad contenida en el aparte contractual en cita, DEDINI, actuando por intermedio de Proterra, celebró el Subcontrato con Acelar. Así quedó reconocido en el texto del Subcontrato, en el que las partes del mismo expresamente reconocieron conocer, y aceptaron que entre Ecodiesel y DEDINI existía un contrato principal, y que las relaciones entre DEDINI y Acelar se regularían exclusivamente por lo pactado en el Subcontrato.¹

Ahora bien, no obstante carecer de un régimen legal especial para su regulación, la naturaleza jurídica y los efectos de los subcontratos han sido analizados por la jurisprudencia nacional en los siguientes términos:

Es cierto que el Código Civil Colombiano, no regula de manera general, esta institución, pero no por ello puede dejar de reconocerse su acentuada importancia y utilidad en la contratación moderna y su validez en el derecho colombiano.

Es así como el subcontrato, denominado también contrato derivado o contrato-hijo, presupone la existencia de otro -contrato base, contrato-padre o contrato inicial- y tiene por objeto el cumplimiento de prestaciones similares, en todo o en parte, a las contenidas en éste.

Es, entonces, en puridad, un nuevo negocio jurídico, dependiente del que le da origen en virtud del cual una persona -tercero en la relación primigenia-, se obliga cumplir a favor de otra, en todo o en parte las obligaciones que surgen para ésta en el contrato base.²
(Resaltado fuera del texto).

Así, de la lectura del aparte resaltado es claro que el Subcontrato es un contrato independiente, que en atención al principio de relatividad de los contratos condensado en la máxima *res inter alios acta*, genera vínculos únicamente entre sus partes. Así lo tiene establecido también la jurisprudencia, en los siguientes términos:

*Desde luego que si el negocio jurídico es, según la metáfora jurídica más vigorosa que campea en el derecho privado, ley para sus autores (pacta sunt servanda), queriéndose con ello significar que de ordinario son soberanos para dictar las reglas que los regirá, asimismo es natural que esa "ley" no pueda ponerse en hombros de personas que no han manifestado su consentimiento en dicho contrato, si todo ello es así, repítese, al pronto se desgaja el corolario obvio de que los contratos no pueden ensanchar sus lindes para ir más allá de sus propios contornos, postulado que universalmente es reconocido con el aforismo romano *res inter alios acta tertio neque nocet neque prodest*. Aun así en los ordenamientos jurídicos que como el nuestro no tienen norma expresa que lo diga, pero que clara y tácitamente efunde de lo dispuesto en el artículo 1602 del código civil, pues al equiparar el contrato a la ley, pone de manifiesto que esa vigorosa expresión de la fuerza del convenio lo es para las partes que han dado en consentirlo. Y por exclusión, no lo puede ser para los demás. **El contrato, pues, es asunto de contratantes, y no podrá alcanzar intereses ajenos. Grave ofensa para libertad contractual y la autonomía de la voluntad fuera de otro***

¹ Capítulo "II. Relación entre la Partes" del Subcontrato.

² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 1 de octubre de 2004. M.P., Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp.: 7560

modo. El principio de la relatividad del contrato significa entonces que a los extraños ni afecta ni perjudica; lo que es decir, el contrato no los toca, ni para bien ni para mal.³

De la misma manera, la doctrina ha expuesto:

Como quiera que **el subcontrato es un contrato distinto al contrato principal**, el mismo debe reunir las condiciones de existencia y validez requeridas por la ley para todo contrato y para el tipo al que corresponde; su régimen legal será el que le corresponda, tomando en cuenta tanto el objeto el mismo como las partes que lo celebran. Así, un subarriendo debe reunir los requisitos de un arriendo.

Como **el subcontrato es un contrato distinto al principal y no lo modifica, el mismo no disminuye ni y altera el contenido obligacional de la relación principal**, por ello el subcontratante responderá ante el contratante principal por la inexecución del contrato principal en los términos pactados, así haya subcontratado. Lo anterior determina que el contratista principal responda por el incumplimiento de la obligación principal, aunque ello haya sido originado por el subcontratista.⁴

Los apartes resaltados confirman todo lo que se ha venido exponiendo en esta contestación, y que reitero ahora: entre Ecodiesel y Aceral no existe vínculo jurídico que justifique la comparecencia de Ecodiesel a este asunto.

La anterior conclusión, además, se ve reforzada con el contenido del material probatorio aportado por la Demandante, que no contiene siquiera un principio de prueba por escrito de la existencia de una relación contractual entre Ecodiesel y Aceral. Esta circunstancia, da lugar a la aplicación de la presunción contenida en el artículo 225 del Código General del Proceso, en los siguientes términos:

*Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, **la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto**, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión. (Resaltado fuera del texto).*

Finalmente, respecto de la supuesta existencia de un contrato entre Ecodiesel y Aceral por la emisión de facturas a nombre de mi representada, pongo de presente al Despacho que no se trata de otra cosa sino de la ejecución misma de los pactos contractuales entre las partes de este proceso, contenidos en cada uno de los contratos que regulan las relaciones entre ellas. En efecto, en el Contrato entre Ecodiesel y DEDINI, dichas sociedades pactaron:

31.2 Términos de Pago

Todos los pagos serán realizados por ECODIESEL a DEDINI, a través de transferencia electrónica de fondos, en la(s) cuenta(s) bancaria(s) designadas previamente por DEDINI por escrito y dentro de los quince (15) días siguiente a la recepción de la factura respectiva por parte de DEDINI. Los gastos bancarios incurridos fuera de Colombia serán a cargo de DEDINI, mientras que los gastos bancarios incurridos en Colombia serán a cargo de ECODIESEL. Se entenderá que ECODIESEL ha cumplido con sus obligaciones de pago cuando suministre a DEDINI evidencia de la orden de giro, incluyendo número swift y demás información necesaria para transferencias electrónicas de fondos.

*Sujeto al procedimiento previsto en el Anexo 27 de esta Oferta, las Partes acuerdan que **en lo que respecta a la provisión de servicios o equipos por parte de proveedores o subcontratistas nacionales de DEDINI para la ejecución de las labores contratadas, las sumas debidas a estos por DEDINI, previa aprobación e instrucción de DEDINI, podrán ser pagadas directamente por ECODIESEL y descontadas o con cargo a las sumas pagaderas en Pesos Colombianos a DEDINI** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30. Sin perjuicio de lo anterior, se deja expresa constancia que el pago por parte de ECODIESEL de las sumas debidas*

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 28 de julio de 2005. M.P., Dr. Manuel Isidro Ardila Velásquez. Exp.: 1999-00449-01.

⁴ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *El Subcontrato*. En: CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo; MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y VENEGAS FRANCO, Alejandro (coord.). *Estudios de Derecho Privado: Liber Amicorum en homenaje a César Gomez Estrada*. Tomo I, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá (2009), pp. 216-217.

por DEDINI a cualquier proveedor o subcontratista, no libera a DEDINI de su responsabilidad por las labores de dichos proveedores o subcontratistas en los términos de la presente Oferta.

En virtud de esta estipulación, desarrollada después en el Memorando de Entendimiento, DEDINI autorizó de manera general a Ecodiesel a actuar como su diputada para el pago de ciertas obligaciones a sus subcontratistas. Esta autorización, desde el punto de vista contable, no podía ponerse en práctica sino a través de la expedición de facturas directamente a nombre de Ecodiesel, pues de lo contrario el pago no podría contabilizarse ni efectuarse debidamente. Por esta razón, DEDINI instruyó a su subcontratista a emitir las facturas a nombre de Ecodiesel, en los términos plasmados en el Subcontrato.

Como consecuencia del pago efectuado por Ecodiesel, en su calidad de tercero diputado para el efecto, mi representada se subrogó en los derechos de Aceral frente a DEDINI, en los términos del numeral 5 del artículo 1668 del Código Civil, para imputar luego el importe de los mismos como parte de pago del precio del Contrato entre Ecodiesel y DEDINI.

Respecto del pago por un tercero, mediando el consentimiento del deudor, la doctrina ha afirmado:

*Se trata de un tercero que satisface la obligación con la clara autorización del deudor, sea que la exprese o que se trate de hechos inequívocos que permitan deducirla. El hecho jurídico que **desencadena la subrogación automática** es la conducta de un tercero espontáneo o diputado por el deudor, pero siempre con el asentimiento de este; no se trata, entonces, de la ratificación a posteriori de un hecho sin autorización previa, pues esta es la situación del agente oficioso que no goza del beneficio de la subrogación.⁵*

Así las cosas, la subrogación en favor de Ecodiesel con ocasión de los pagos efectuados a los subcontratistas de DEDINI, previa instrucción de ésta, incumben únicamente a Ecodiesel y a DEDINI y, de ninguna manera, pueden interpretarse como una modificación de los términos del Subcontrato, en virtud del cual:

*Los pagos serán hechos por ECODIESEL en nombre del CONTRATANTE **sin que esto exima al CONTRATANTE de su obligación de pagar al SUBCONTRATISTA en las condiciones y términos convenidos.** (Resaltado fuera del texto).*

En este entendido, la diputación a Ecodiesel para efectuar pagos a los subcontratistas de DEDINI debe ser interpretada a la luz de lo establecido en el Contrato entre Ecodiesel y DEDINI, estando limitada, en todo caso, al pago total del precio establecido en dicho negocio jurídico como contraprestación en favor de DEDINI. Corolario de lo anterior, una vez verificado el pago del precio del Contrato entre Ecodiesel y DEDINI, la autorización para el pago directo a los subcontratistas de DEDINI perdió su causa y razón de ser y, en ese entendido, dejó de producir los efectos previstos por las partes.

Finalmente, Ecodiesel pagó a DEDINI la totalidad del precio estipulado en favor de ésta. Así lo reconoció el Tribunal Arbitral compuesto por los Doctores Nicolás Gamboa Morales, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Ernesto Rengifo García, en el laudo arbitral de 28 de septiembre de 2015, que con efectos de cosa juzgada declaró:

[Q]ue Ecodiesel Colombia S.A. le pagó a Dedini S/A Industrias de Base las cantidades de (i) US\$ 7.200.000; y (ii) S 24.912.368.750, correspondientes a la porción del Contrato efectivamente ejecutada por Dedini S/A Industrias de Base.

Así las cosas, ha quedado plenamente acreditado que entre Ecodiesel y Aceral no existe, ni ha existido nunca, un contrato en virtud del cual ésta esté facultada para elevar las pretensiones contenidas en la demanda. La realidad da cuenta de que, en efecto, entre las partes de este proceso existieron dos relaciones jurídicas distintas y claramente diferenciables entre sí. Por una parte, el contrato entre Ecodiesel y DEDINI, que vincula únicamente a dichas sociedades y, por otra, el Subcontrato, que produce efectos únicamente entre la Demandante, DEDINI y Proterra. Sobre las relaciones existentes entre las distintas partes en un contrato y un subcontrato derivado del mismo, la doctrina tiene dicho:

⁵ CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *La subrogación (Pago por un Tercero)*. En: CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (Coord.). *Derecho de las obligaciones*. Tomo II, Volumen 2. Ed. Uniandes – Ed. Temis. Bogotá (2010), p. 91.

*El hecho de que el subcontrato sea un contrato distinto al contrato principal implica que en principio el subcontratista no es parte en el contrato principal. Por ello, en el análisis clásico, **en el subcontrato no surgen en principio relaciones contractuales entre el contratante que ha encomendado la obra al contratista principal y el subcontratista.***

*Por consiguiente, como regla general, **el subcontratista no podrá exigir al contratante principal la ejecución de sus obligaciones** y este último no lo podrá hacer al subcontratista, así como tampoco ninguno de ellos podría ejercer una acción para pedir la terminación del contrato celebrado por el otro, pues **el contratante principal no es parte del subcontrato ni el contratista lo es del contrato principal.**⁶ (Resaltado fuera del texto).*

b. Ausencia de responsabilidad civil contractual

Consecuencia de las averiguaciones efectuadas en el punto anterior, es claro que en este asunto no puede tener lugar una declaración de responsabilidad civil en cabeza de Ecodiesel, por falta de uno de los requisitos para la configuración de dicha fuente de obligaciones. Recuérdese que la ley⁷, la jurisprudencia y la doctrina han identificado de manera inequívoca ciertos elementos como constitutivos de esta clase de responsabilidad, a saber: i) la existencia de un contrato válidamente celebrado, ii) el incumplimiento de una o más obligaciones contractuales, imputable al deudor por dolo o culpa, iii) un perjuicio, y iv) un vínculo de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio⁸. Al respecto, el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá ha afirmado:

Jurisprudencialmente se ha establecido que los presupuestos axiológicos para la viabilidad de la acción indemnizatoria de perjuicios causados por responsabilidad contractual son:

a) Existencia de una obligación que goce de plena eficacia jurídica y que por lo mismo esté protegida por la ley y deba ser cumplida por el deudor.

b) Incumplimiento culposo del deudor, esto es, que el obligado falte a la ejecución de lo debido y que tal incumplimiento le sea imputable, entendiéndose que lo es, cuando se produce por un hecho dependiente de su voluntad y no por fuerza mayor o caso fortuito, correspondiéndole al deudor acreditar que el incumplimiento no le es imputable.

c) El perjuicio que el incumplimiento del deudor le causó; entendiéndose por tal la lesión o menoscabo que sufre el patrimonio del acreedor a consecuencia inmediata o directa del incumplimiento, debiendo ser cierto y no simplemente eventual o hipotético, comprendiendo tanto el daño emergente como el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento (Art. 1613 C.C.), y su cuantía debe ser igual a la pérdida o perjuicio que el acreedor experimenta, debiendo existir entre éste y el incumplimiento una relación de causa y efecto.⁹

Habiendo demostrado que entre Ecodiesel y Aceral no existe contrato alguno, es claro que las pretensiones indemnizatorias de la Demandante, basadas en un supuesto incumplimiento contractual, están llamadas al fracaso.

c. Inexistencia de solidaridad entre Ecodiesel y DEDINI

El segundo argumento expuesto por la Demandante para justificar sus pretensiones consiste en la existencia de una supuesta relación de solidaridad entre Ecodiesel y DEDINI, respecto de las obligaciones de ésta última bajo el Subcontrato.

Refiriéndonos a la institución de la solidaridad, tenemos que, de conformidad con el texto del artículo 1568 del Código Civil, ésta únicamente surge “en virtud de la convención, del testamento o de la ley”, y tiene

⁶ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Op. Cit.*, p. 225.

⁷ Código Civil, artículos 1604 a 1617

⁸ CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. *El hecho ilícito. Nociones fundamentales: el sistema de responsabilidad civil*. En: CASTRO DE CIFUENTES, Marcela (Coord.). *Derecho de las Obligaciones*. Tomo II, Volumen 1, Ed. Uniandes - Ed. Temis, Bogotá (2010), p.22.

⁹ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, sentencia de 25 de junio de 2010. M.P., Dra. Nancy Esther Angulo Quiroz.

como efecto que pueda “exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda”.

Tal como viene de exponerse, en este caso es claro que Ecodiesel no comparte la posición contractual de deudor de las obligaciones objeto de las pretensiones de la demanda, pues no es parte del Subcontrato. También puede concluirse con facilidad que no ha pactado solidaridad con DEDINI respecto de las obligaciones de ésta frente a sus subcontratistas. Ninguna disposición del Contrato entre Ecodiesel y DEDINI puede ser interpretada en ese sentido. Todo lo contrario, la ausencia de solidaridad entre Ecodiesel y DEDINI ha sido expresamente reconocida por las demás partes en este asunto al firmar el Subcontrato, en el que claramente se estableció que, en todo caso, DEDINI es la responsable por el pago del precio del mismo.

De otro lado, no existe en el ordenamiento jurídico colombiano una disposición de orden normativo en virtud de la cual surja responsabilidad solidaria entre el contratante principal y su contratista-subcontratante respecto del pago de obligaciones distintas a aquellas reguladas por el derecho laboral debidas a los subcontratistas de éste.

Por lo anterior, se concluye con facilidad que entre Ecodiesel y DEDINI no existe una relación de solidaridad en virtud de la cual Aceral pueda reclamar a Ecodiesel el pago de las obligaciones objeto del litigio.

d. Falta de legitimación en la causa de Ecodiesel

Como consecuencia de todo lo que ha venido exponiéndose, es claro que en este asunto no concurre uno de los presupuestos procesales indispensables para proferir una sentencia respecto de mi representada, cual es la legitimación en la causa.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia tiene establecido:

*Acoger la pretensión en la sentencia depende de, entre otros requisitos, que «se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y **frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado (...). Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor» (CSJ SC, 14 Ago. 1995, Rad. 4628, reiterado en CSJ SC, 26 Jul. 2013, Rad. 2004-00263-01).¹⁰ (Resaltado fuera del texto).***

De esta manera, habiendo establecido que entre Aceral y Ecodiesel no existe contrato alguno, y que entre Ecodiesel y DEDINI no existe una relación de solidaridad, en virtud de los cuales mi representada esté en posición de atender las pretensiones de la demanda, es claro que ésta carece de la legitimación necesaria para comparecer a este proceso como demandada, razón por la cual, las pretensiones de Aceral habrán de ser despachadas desfavorablemente.

e. Imposibilidad de aplicar a este asunto la regla contenida en el numeral 5 del artículo 2060 del Código Civil

Sin perjuicio de todo lo anterior, es necesario aclarar al Despacho que en este asunto no puede darse aplicación a la excepción contenida en el numeral 5 del artículo 2060 del Código Civil, en virtud de la cual:

“5. Si los artífices u obreros empleados en la construcción del edificio han contratado con el dueño directamente por sus respectivas pagas, se mirarán como contratistas independientes, y tendrán acción directa contra el dueño; pero si han contratado con el empresario, no tendrán acción contra el dueño sino subsidiariamente y hasta concurrencia de lo que éste debía al empresario.”

Lo anterior, como quiera que, en primer lugar, se trata de una acción ejecutable únicamente de manera subsidiaria. En este caso, es claro que DEDINI y Proterra han sido llamadas también como demandadas

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 8 de febrero de 2016. M.P., Dr. Ariel Salazar Ramírez. Exp.: 54001-31-03-003-2008-00064-01

y, en caso de acogerse las pretensiones de la demanda, las mismas sólo podrán serlo respecto de éstas, en su calidad de subcontratantes, sin que pueda configurarse el evento de subsidiariedad a que se refiere la norma en cita.

En segundo lugar, y más importante aún, porque Ecodiesel no debe suma de dinero alguna a DEDINI. Recuérdese que así ya lo declaró con fuerza de cosa juzgada el tribunal arbitral integrado por los doctores Nicolás Gamboa Morales, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Ernesto Rengifo García, al considerar: "que no halla el Tribunal incumplimiento por parte de Ecodiesel", conclusión que lo llevo a declarar que Ecodiesel pagó a DEDINI todas las sumas de dinero correspondientes a la porción del Contrato entre Ecodiesel y DEDINI, debidamente ejecutada por esta última.

f. Caducidad de la acción

De conformidad con lo expuesto en el escrito de excepción previa, el presente asunto es competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón por la cual resultan aplicables las disposiciones del artículo 164 de la ley 1437 de 2011, que en su aparte relevante dispone:

La demanda deberá ser presentada:

(...)

*j) **En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años** que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.*

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

*iii) **En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;***

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga... (Resaltado fuera del texto).

De conformidad con lo anterior, encontramos que la cláusula quinta del Subcontrato establece la obligación de las partes de liquidar el mismo a su terminación. Dicha obligación fue cumplida el día 27 de febrero de 2009, según consta en la copia del acta aportada por la Demandante. Así las cosas, el plazo para interponer la demanda venció el día 28 de febrero de 2009, oportunidad dentro de la cual Aceral no inició acción judicial alguna.

Por lo anterior, el claro que la acción impetrada se encuentra caducada.

g. Subsidiaria – Prescripción del derecho incorporado en las facturas No. 27383, 651 y 737

Las pretensiones de la demanda son claras al establecer que, lo que en realidad persigue la Demandante, es la satisfacción del derecho de contenido crediticio incorporado, entre otros, en las facturas No. 27383, 651 y 737 giradas a nombre de Ecodiesel. Pasa por alto la Demandante, sin embargo, que los derechos en ellas contenidos están prescritos.

No puede perderse de vista que, en tanto títulos valores, las facturas cambiarias de compraventa gozan de los atributos y se rigen por las normas contenidas en el Código de Comercio, dentro de los cuales destacan, por una parte, el conocido principio de la incorporación,¹¹ en virtud del cual el derecho de crédito y el documento que lo contiene son un todo inescindible, de manera que uno no sobrevive sin el otro y, por la otra, la prescripción de corto tiempo establecida para el ejercicio de la acción cambiaria, de solo tres (3) años.

De esta manera, y toda vez que las facturas aportadas por la Demandante tienen fechas de vencimiento que acaecieron en los años 2008 y 2009, está claro que los derechos incorporados en la misma se encuentran extintos por prescripción.

h. Subsidiaria – Novación de las obligaciones objeto del proceso

En la misma línea de la excepción anterior, en caso de considerar el Despacho que Ecodiesel tenía para con Aceral la obligación de atender el pago de las sumas de dinero objeto de la demanda, debe tenerse en cuenta que dicha obligación estaría extinta por la novación efectuada por la propia Demandante, instrumentada en los documentos denominados “Acta de Liquidación de Mutuo Acuerdo entre las Partes” y “Acta de Terminación”, aportados por Aceral junto con su demanda, en virtud de los cuales, y no obstante la existencia de las facturas y la cuenta de cobro a que se refiere la demanda, la deudora de las obligaciones objeto de este proceso no es otra que la DEDINI.

Los documentos mencionados contendrían entonces una novación subjetiva, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 1690 del Código Civil, por tratarse de la sustitución de un deudor por otro.

i. Improcedencia de las pretensiones subsidiarias – Inexistencia de enriquecimiento sin causa

De manera subsidiaria, Aceral ha solicitado al Despacho que declare “que con ocasión del Subcontrato (...) los demandados incurrieron en un Enriquecimiento sin Justa Causa, al recibir y no pagar de ACERAL, la ejecución de prestaciones contractuales...” La sola formulación de esta pretensión determina su vocación al fracaso, pues parte de la base de la existencia del Subcontrato para fundamentar la declaratoria de un supuesto enriquecimiento sin causa.

Sobre la naturaleza y requisitos de prosperidad de la acción de enriquecimiento sin casusa, la jurisprudencia ha afirmado:

Más recientemente, iterase, la Corte apuntaló: “sobre la acción de enriquecimiento sin causa o actio in rem verso, de antaño la jurisprudencia de esta Corporación ha precisado los requisitos que la estructuran, e invariablemente los ha considerado bajo la idea de que son acumulativos o concurrentes, y por lo tanto todos deben estar presentes para que esa acción pueda resultar exitosa. Tales son:

“1) Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

¹¹ Código de Comercio, artículos 619 a 621.

2) Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento. Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél.

Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación hecha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

3) Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, **se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica.** (...).

4) Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, **se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos.**

Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. Él debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

5) La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley" (G. J. T. XLIV, págs. 474 y 474.).

Dicha jurisprudencia ha sido reiterada en múltiples oportunidades como dan cuenta, entre otras, la Gacetas Judiciales XLVIII Pág. 130, L Pág. 40 y LXXXI Pág. 731; y en el mismo sentido pero especialmente en torno al carácter subsidiario de la acción, más recientemente en la sentencia No. 124 de 10 de diciembre de 1999 y en la sentencia de 28 de agosto de 2001, expediente 6673" (Sent. de Cas. de 7 de Junio de 2002, Exp. No. 7360).

2.2 Todo para hacer hincapié en que, desde el año de 1935, esta Corporación en forma coincidente ha sostenido, y lo ha seguido haciendo, que los requisitos estructurales de la actio in rem verso son acumulativos, debiendo concurrir todos para su éxito, entre ellos, se advierte una vez más, están el relativo a la ausencia de causa, que no fue lo que ocurrió en el sub lite, porque el enriquecimiento pretendido devino de la ejecución de los contratos objeto del litigio.¹² (Resaltado fuera del texto).

No cabe duda entonces que, como su mismo nombre indica, la prosperidad de una pretensión de enriquecimiento sin causa depende de manera fundamental de la inexistencia de una causa jurídica que ocasione el desbalance entre el patrimonio del empobrecido y el enriquecido.

En este caso concreto, resulta claro con la sola lectura de la demanda, que el supuesto empobrecimiento sufrido por Averal, cuya carga probatoria, además, le corresponde, tendría su causa en la ejecución del Subcontrato, circunstancia que, de entrada, torna improcedentes también las pretensiones subsidiarias.

IV. Solicitud

En atención a todo lo expuesto hasta ahora, respetuosamente solicito al Despacho:

PRIMERO. DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES propuestas y, en consecuencia:

SEGUNDO. NEGAR LAS PRETENSIONES de la demanda;

TERCERO. DAR POR TERMINADO el proceso, con las constancias y anotaciones del caso; y

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 31 de julio de 2014. M.P., Dra. Margarita Cabello Blanco. Exp.: 68001 31 03 005 2003 00366 01.

CUARTO. CONDENAR EN COSTAS a la Demandante.

V. Objeción al Juramento Estimatorio

En los términos del artículo 206 del C.G.P., objeto la estimación de la cuantía de la demanda, toda vez que la misma incluye una capitalización de intereses que resulta ilegal de conformidad con el derecho colombiano. Nótese que la Demandante, para cada mes, capitaliza los intereses del periodo anterior y sobre esa cifra calcula nuevamente los intereses. Semejante operación no solo no está permitida a la luz de los requisitos del artículo 886 del Código de Comercio para que intereses pendientes produzcan intereses, si no que constituye usura, sancionada por la ley.

VI. Pruebas

a. Documentales

Ruego al Despacho tener como pruebas documentales en este asunto, con el valor probatorio asignado por los artículos 245 y 246 del CGP, advirtiendo que, en el caso de las copias aportadas, el original de las mismas no se encuentra en poder de Ecodiesel, las siguientes:

- Memorando de Entendimiento suscrito entre Ecodiesel y DEDINI el día 3 de marzo de 2008. El original de este documento se encuentra en las oficinas de DEDINI
- Laudo arbitral de 28 de septiembre de 2015, dictado por el Tribunal Arbitral compuesto por los Doctores Nicolás Gamboa Morales, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Ernesto Rengifo García, para resolver las controversias existentes entre Ecodiesel y DEDINI respecto del incumplimiento de esta última de sus obligaciones contractuales.

b. Interrogatorio de parte

Solicito al Despacho fijar fecha y hora para la práctica del interrogatorio de parte que formularé al representante legal de Acelal.

c. Testimonios

Respetuosamente solicito que se cite a declarar al ingeniero Oscar Iván Urrea Riveros, quien fungió como gerente de Ecodiesel y ya no es funcionario de la misma. El ingeniero Urrea está domiciliado en Bogotá y puede ser notificado en la Carrera 7 No. 37-69, y en la dirección electrónica oscar.urrea@telmex.net.co. El ingeniero Urrea declarará sobre la forma en que se implementó el mecanismo de pago a los Subcontratistas de DEDINI y, en general, sobre los hechos en que se basan las excepciones propuestas.

d. Oposición a las pruebas de inspección judicial con apoyo de peritos y exhibición de documentos

Respetuosamente, me opongo al decreto de las pruebas de inspección judicial solicitadas por la Demandante, toda vez que las mismas no son procedentes a la luz de lo establecido en el artículo 236 del C.G.P., que dispone que la prueba de inspección judicial es residual y subsidiaria, solo cuando los hechos objeto de la misma no pueden ser probados por otros medios, así:

Salvo disposición en contrario, solo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videgrabación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba.

De la misma manera, pongo de presente al Despacho que la solicitud de documentos efectuada por la Demandante no cumple con la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 266 del C.G.P. para el efecto, pues en la misma no se expresaron los hechos que se pretenden probar con la práctica de este medio probatorio.

Finalmente, me opongo a la solicitud de la Demandante atinente a que el Despacho designe un perito técnico que rinda su dictamen en este asunto, pues era un deber y una carga de la Demandante haber aportado, junto con la demanda, los dictámenes que pretenda hacer valer. Así lo establece el artículo 227 del C.G.P., en los siguientes términos:

*La parte que pretenda valerse de un dictamen pericial **deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas...***

VII. Notificaciones

Ecodiesel recibe notificaciones en la Carrera 31 # 51 - 74, Oficina 1201, Edificio Torre Mardel, de la ciudad de Bucaramanga.

Yo recibiré notificaciones en la Carrera 7 # 71-52, Torre B, Piso 9, de la ciudad de Bogotá D.C. y en los correos electrónicos alberto.zuleta@dentons.com y juan.fandino@dentons.com.

Atentamente,



Alberto Zuleta Londoño
C.C. 80.419.425 de Bogotá
T.P. 78.181 del C.S.J.

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO

Por el presente instrumento particular, las partes, de un lado:

DEDINI S/A INDÚSTRIAS DE BASE, persona jurídica de derecho privado, con sede en Piracicaba, Estado de São Paulo, en la Rodovia Rio Claro - Piracicaba, Km 26,3, Bairro Cruz Caiada, inscrita en el CNPJ/MF bajo el nº 50.109.271/0001-58, en este acto representada en la forma de su Estatuto Social, en adelante denominada simplemente DEDINI, y del otro,

ECODIESEL COLOMBIA S/A, con sede en la ciudad de Barrancabermeja, Colombia, en adelante denominada simplemente **ECODIESEL**, representada por sus representantes legales al final firmados,

Denominados, conjuntamente de **CONTRATANTES**:

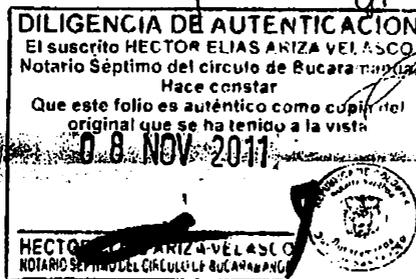
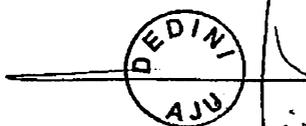
Considerando que:

I- DEDINI y ECODIESEL firmaron en la fecha de 19/12/2007, un contrato de suministro, teniendo por objeto la entrega de una planta para producción de biodiesel en Colombia;

II - en razón del cumplimiento contractual, será necesario la contratación de sub-proveedores en Colombia para la realización de parte del escopo;

III - los valores contractuales a ser disponibilizados por ECODIESEL para DEDINI, serán en plazos distintos de aquellos valores que DEDINI tendrá que negociar con sub-proveedores que efectúen sus facturaciones directamente contra ECODIESEL;

IV - los CONTRATANTES están de acuerdo que sea abierta por ECODIESEL una cuenta-corriente bancaria en Colombia, para que sean movimentados valores para el pago de sub-proveedores de DEDINI en Colombia, cuyas facturaciones serán efectuadas directamente contra ECODIESEL;

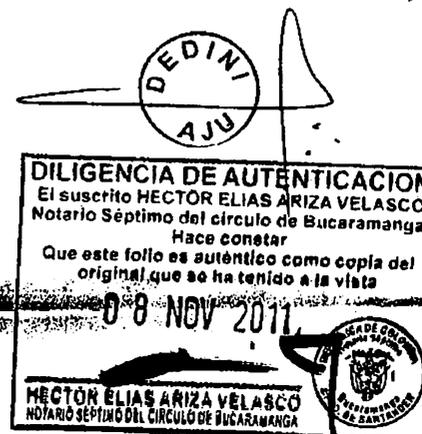


Resuelven las partes firmar el presente Memorando de Entendimiento, en adelante designado simplemente "Memorando", mediante las siguientes cláusulas y condiciones:

1. Objeto

- 1.1. El objeto del presente Memorando es establecer entendimientos, condiciones y compromisos de los Contratantes con relación a la apertura y movimentación de una cuenta-corriente bancaria (en adelante denominada simplemente "cuenta-corriente") a ser abierta por ECODIESEL en Colombia, en el menor plazo posible, junto al Banco Citibank en Colombia.
- 1.2. La cuenta-corriente a ser abierta tendrá como propósito único y exclusivo, acoger los recibimientos y pagos de valores para los sub-proveedores de DEDINI contratados para la realización de parte del escopo contractual firmado con ECODIESEL en Colombia.
- 1.3. Los valores serán depositados por ECODIESEL, de acuerdo con cronograma financiero elaborado entre los Contratantes, debiendo ECODIESEL comunicar con anticipación mínima plausible para DEDINI, de cualquier eventual alteración de fechas de depósitos, para que no sea descontinuado el programa de movimentación de la cuenta-corriente.
- 1.4. La cuenta-corriente a ser abierta por ECODIESEL, tendrá como personas físicas autorizadas, el Sr. Oscar Iván Urrea, gerente general de Ecodiesel, el Sr. Paulo Cesar Teixeira, ingeniero de Dedini y el Sr. João Airton Zorzenoni, gerente corporativo de finanzas de Dedini (en adelante denominados simplemente "autorizados"), siendo cierto que todo y cualquier acto de gerencia y movimentación siempre será hecho en conjunto de dos de las personas arriba indicadas.
- 1.5. No será permitido, en ninguna hipótesis, el saque en dinero de la cuenta-corriente, la cual será utilizada, solamente, para el pago de los valores de créditos a sub-proveedores de DEDINI, que emitirán sus facturas directamente contra ECODIESEL. También no será permitido el saque a descubierto de la cuenta-corriente.
- 1.6. La movimentación de la cuenta-corriente, será efectuada por medio electrónico y/o a través de cartas de autorización de pago, debiendo los autorizados recibir del Banco sus respectivas señas electrónicas individuales.

2. Vigencia y Rescisión



- 2.1. El presente memorando permanecerá válido y vigente desde la fecha de su firma, hasta la fecha del encerramiento de la cuenta-corriente, que deberá ser hecho en conjunto por dos de los autorizados.
- 2.2. En la ocasión del encerramiento de la cuenta-corriente, caso exista saldo de numerario, el mismo será transferido para Dedini.

3. Confidencialidad

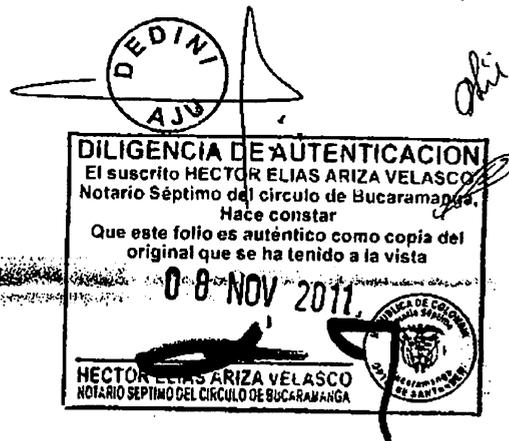
- 3.1. Cada una de las partes Contratantes se obliga, por sí y por sus autorizados, a mantener bajo sigilo todas las informaciones que le fueren transmitidas directa o indirectamente, o por sus demás sub-contratadas, buscando la negociación y ejecución de este memorando, bien como de todas aquellas obligaciones que se originen de la presente contratación, independientemente de ser privilegiables o no.
- 3.2. La obligación de confidencialidad aquí prevista no será aplicable cuando las informaciones (a) fueren de conocimiento público, o (b) fueren reveladas por orden judicial o de autoridad competente.
- 3.3. Si alguna de las partes fuera obligada a presentar informaciones de naturaleza confidencial en decurrencia de la hipótesis (b) de la sub-cláusula 3.2 arriba, deberá, dentro de 48 (cuarenta y ocho) horas, notificar a la otra parte sobre tal solicitud, la cual analizará la razonabilidad de la exigencia y, a sus costos, estará facultada a defenderse contra la divulgación de cualquier de las informaciones confidenciales.

4. Resolución de Controversias

- 4.1. Cualesquiera disputas decurrentes de este memorando serán resueltas de acuerdo con las reglas de resolución de controversias definidas en las leyes colombianas.

5. Disposiciones Generales

- 5.1. Las partes reconocen y concuerdan que este memorando y sus eventuales anexos constituyen un compromiso firme e irrevocable.



Y por estaren, así, justas y acordadas las partes, firman el presente instrumento en 2 (dos) vías de igual tenor, en la presencia de 2 (dos) testigos.

Colombia, 03 de Marzo de 2.008.

DEDINI S/A INDÚSTRIAS DE BASE

3° Tabelião de Notas

Sergio Leme dos Santos
Director VP. Administrativo y Financiero

Jose Cassio Daltrini
José Cassio Daltrini
Director Presidente

3° Tabelião de Notas

ECODIESEL COLOMBIA S/A.

TESTIGOS:

1) _____
Nombre:
ID:

2)
Nombre:
ID:

3.º TABELIÃO DE NOTAS DE PIRACICABA
Rua Santo Antônio, 657 Térreo do Ed. Sital Center - CEP 13.400-160 - Piracicaba/SP - e-mail: tabe003@pic.terra.com.br
Tel: (19) 2105-4400 / FAX: (19) 2105-0811

Reconheço por semelhança 2. firma(s) de: SERGIO LEME DOS SANTOS(49152), JOSE CASSIO DALTRINI(1902). Dou fe: Piracicaba - SP, 22/04/2008. Em test. da verdade.

ASSINATURA: FERNANDO VIEIRA - ESTRELENTE
CPF: 020.045.3049483-4 / 5485565055 * VALZÃO SUMENTE COM O SELLO DE AUTENTICIDADE *

3.º Tabelião de Piracicaba
Fernando Vieira
Proprietário

751A/028680

DEDINI
AJU

DILIGENCIA DE AUTENTICACION
El suscrito HECTOR ELIAS ARIZA VELASCO
Notario Séptimo del circulo de Bucaramanga.
Hace constar
Que este folio es auténtico como copia del
original que se ha tenido a la vista

08 NOV 2011

HECTOR ELIAS ARIZA VELASCO
NOTARIO SEPTIMO DEL CIRCULO DE BUCARAMANGA

PRIMERO TERMINO ADITIVO AL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO, FIRMADO EN 03/03/2008, ENTRE DEDINI S/A INDUSTRIAS DE BASE Y ECODIESEL COLOMBIA S/A.

Por el presente instrumento, las partes arriba denominadas, resuelven, de común acuerdo, aditar el contrato en epígrafe, mediante los siguientes términos:

1. Queda de común acuerdo acordado entre los **CONTRATANTES**, que sea agregado a los representantes de DEDINI indicados en el ítem 1.4 del Memorando ahora aditado, y nombrado también como representante, el Ingeniero **Carlos Augusto Mascarín**, brasilero, casado, portador del ID nº 12.203.388-7 y CPF/MF nº 051.899.658-13, con oficina en la misma dirección que DEDINI, el cual ejercerá, a partir de esta fecha hasta la entrega final, las mismas funciones ejercidas por el Sr. Paulo Cesar Teixeira.
2. Permanecen inalteradas y quedan ratificadas, todas las cláusulas y condiciones del Contrato ahora aditado.

Estando, así justas y contratadas, las partes firman el presente instrumento en 02 (dos) vías de igual tenor y forma para todos los efectos legales, en la presencia de 02 (dos) testigos abajo, que también firman.

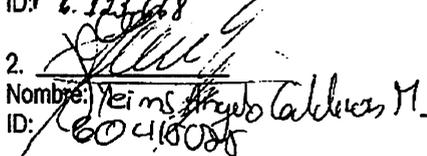
Piracicaba, 12 de Agosto de 2.008.


Paulo Cesar Teixeira
DEDINI S/A INDUSTRIAS DE BASE


Carlos Augusto Mascarín
ECODIESEL COLOMBIA S/A

TESTIGOS:

1. 
Nombre: JOAO ARTUR ZORZONI
ID: 6.123.668

2. 
Nombre: Heims Augusto Caldeira M.
ID: 60410085



LA SUBDIRECTORA DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA
DE COMERCIO DE BOGOTÁ

HACE CONSTAR QUE:

1. El día 10 de marzo de 2014, se radicó solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento para dar inicio al trámite arbitral internacional entre **ECODIESEL COLOMBIA S.A.** como parte convocante, y **DEDINI S.A INDUSTRIAS DE BASE** como parte convocada.
2. El 28 de septiembre de 2015 el tribunal arbitral integrado por los doctores NICOLÁS GAMBOA MORALES como Presidente, junto con los doctores JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA y ERNESTO RENGIFO GARCÍA, en su calidad de Árbitros, profirió "laudo arbitral". (visible a folio 119 del cuaderno principal no.2).
3. Vencidos los términos legales para la interposición de los recursos contra el laudo, el 15 de diciembre de 2015, la doctora **VERÓNICA ROMERO CHACIN** en su calidad de secretaria del Tribunal Arbitral, realizó la entrega formal del expediente del proceso y solicitó su archivo.

Se expide la presente certificación hoy primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis 2016.

Cordialmente,


LILIANA ORBEGOZO CONVERS
Subdirectora

A.M.H.

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

ECODIESEL COLOMBIA S.A.

VS.

DEDINI S/A INDUSTRIAS DE BASE

LAUDO FINAL

EXPEDIDO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR:

NICOLÁS GAMBOA MORALES – PRESIDENTE

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA – ARBITRO

ERNESTO RENGIFO GARCÍA – ARBITRO

INDICE

	PÁGINA
I. PARTES. DIRECCIONES.....	4
II. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA	7
III. CLÁUSULA COMPROMISORIA. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL. REBELDÍA DE DEDINI. TRÁMITE DEL PROCESO	12
A. Cláusula Compromisoria. Constitución del Tribunal Arbitral	12
B. Rebeldía de Dedini	15
C. Trámite del Proceso	20
IV. SOLICITUDES DE ECODIESEL	28
V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL	33
A. Aspectos Procesales	33
B. Evaluación de las Pretensiones	37
<i>B.1 Existencia de un contrato entre las Partes.....</i>	<i>37</i>
<i>B.2 Cumplimiento contractual de Ecodiesel.....</i>	<i>45</i>
<i>B.3 Incumplimiento contractual de Dedini. Pretensiones declarativas al efecto</i>	<i>48</i>
<i>B.4 Obligaciones dinerarias relacionadas con el incumplimiento del Contrato</i>	<i>95</i>
C. Costas.....	106







VI.	DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL	110
A.	Sobre las Pretensiones de Ecodiesel:	110
B.	Sobre pagos de las condenas:	113
C.	Sobre costas del Proceso y su pago:	113
D.	Sobre honorarios de los Arbitros y su pago:	113
E.	Sobre notificación y depósito del Laudo:	114

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN
LAUDO FINAL

Bogotá, 28 de septiembre de 2015

Cumplido en su totalidad el trámite procesal correspondiente, el tribunal arbitral ("Tribunal" o "Tribunal Arbitral")¹ a cargo de este arbitraje ("Arbitraje" o "Proceso"), expide el laudo ("Laudo") que se consigna a continuación.

I. PARTES. DIRECCIONES

1. En el presente Arbitraje son partes ("Partes") las siguientes personas jurídicas:

a. **Demandante:**

Ecodiesel Colombia S.A. ("Demandante" o "Convocante" o "Ecodiesel"), sociedad anónima de economía mixta indirecta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Minas y Energía de la República de Colombia ("Colombia"), domiciliada en Bucaramanga, Departamento de Santander, Colombia y constituida mediante escritura pública No. 1766 del 19 de abril de 2007 de la Notaría 7ª de Bucaramanga.

¹ **A lo largo del Laudo se indicarán (y emplearán) los términos definidos que se mencionan en el curso del mismo, con excepción de la parte resolutive, donde las Partes serán identificadas por su denominación completa.**

Los términos definidos incluyen, donde el contexto lo requiera, el correspondiente número, plural o singular, y el correspondiente género, masculino o femenino.

Ecodiesel está representada legalmente por su Gerente General, Adriana Posada y su apoderado en este Proceso ("Apoderado") fue el abogado colombiano, doctor Alberto Zuleta Londoño, miembro de la firma Cárdenas & Cárdenas de Bogotá, Colombia.

b. **Demandada:**

Dedini S/A Industrias de Base ("Demandada" o "Convocada" o "Dedini"), sociedad constituida bajo las leyes de la República Federativa del Brasil ("Brasil"), domiciliada en la ciudad de Piracicaba, Estado de Sao Paulo, Brasil.

Según información de Ecodiesel, Dedini está "*representada legalmente por Sergio Leme Dos Santos.... o quien haga sus veces*".²

Como se señala más adelante, Dedini no compareció a este Proceso y, por ende, no fue representada por el correspondiente Apoderado.

2. En materia de **direcciones** de las Partes:

a. Ecodiesel informó que la suya era:

Carrera 31 No. 51-74, Oficina 1201
Edificio Torre Mardel
Bucaramanga - Colombia

b. También informó la Demandante que, para fines de notificaciones,³ Dedini contaba con las siguientes dos (2) direcciones:

Rod Rio Claro Piracicaba, SN-KM 26.3
Bairro Cruz Caiada

² Escrito de Ecodiesel del 10 de marzo de 2014 ("Solicitud de Convocatoria") – Página 2.

³ Ibíd. – Página 25.

CEP 13414-970
Caiza Postal 1249
Piracicaba / SP
República Federativa de Brasil

y

Rod. Piracicaba / Rio Claro, Km 27.5
Bairro Capim Fino CEP 13 412-900
Piracicaba – SP
República Federativa de Brasil

- c. Posteriormente, según se explica más adelante, el Apoderado de Eco-diesel puso en conocimiento del Tribunal un correo electrónico que señalaba "*los datos de contacto del Asesor Jurídico de Dedini, Vitor Montebello*",⁴ así:

Vitor Fillet Montebello
Asesor Jurídico
Dedini S/A Industrias de Base

Piracicaba – SP, Brasil

Teléfono: 55 19 3403-3916 / 3604-1215

Fax: + 55 19 3403-3169

Correo electrónico: [vitor.montebello@dedini.com.br](mailto: ritor.montebello@dedini.com.br)

⁴ Escrito de Ecodiesel del 1o de octubre de 2014.

II. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIAS

1. La controversia que ha dado lugar a este Proceso proviene del negocio jurídico resultante de la aceptación por parte de Ecodiesel de la oferta comercial que le había sido enviada por Dedini el 19 de diciembre de 2007 ("Oferta" u "Oferta Comercial") bajo la siguiente referencia:

"Oferta Comercial para adelantar el EPCM de la planta de Biodiesel que ECODIESEL COLOMBIA S.A. construirá en la ciudad de Barrancabermeja. El alcance de los trabajos comprenden la construcción de la planta, incluidas las obras civiles, edificaciones, zonas de almacenamiento, de descargue de materias primas e insumos y de cargue de productos, montaje de los equipos de proceso suministrados por Desmet Ballestra y por DEDINI, suministro de los equipos y trabajos no incluidos por Desmet Ballestra en cuanto al ISBL, y la prestación de servicios técnicos asociados al trabajo."

2. En la § 12.1 de la Oferta se contempló un plazo de 14 meses para llevar a cabo las labores materia de la misma, los cuales se contarían a partir de la "*Fecha de Inicio*", término que fue definido en la § 1.1 *ibidem* como "*la fecha en la que se emite la Orden de Compra por ECODIESEL como aceptación de la presente Oferta.*"
3. El 3 de marzo de 2008, las Partes suscribieron un Memorando de Entendimiento ("Memorando de Entendimiento"), cuyo propósito era regular la apertura, fondeo y utilización de una cuenta corriente en el "*Banco Citibank en Colombia*" para que a través de ella Dedini le hiciera pagos a proveedores contratados para fines de la ejecución del Contrato.⁵

⁵ La § 4.1 del Memorando de Entendimiento señala que "[c]ualesquiera disputas decurrentes [sic] de este memorando serán resueltas de acuerdo con las reglas de resolución de controversias definidas en las leyes colombianas."

4. El Memorando de Entendimiento fue adicionado el 12 de agosto de 2008 para incluir un funcionario de Dedini (Carlos Augusto Mascarin) como otra de las personas autorizadas para el manejo de la cuenta corriente en mención.⁶
5. Mediante el Otrosí No. 1, suscrito por las Partes el 20 de febrero de 2009 –y entre otras disposiciones– se amplió hasta el 14 de abril de 2009 el plazo para culminar la ejecución de los trabajos contemplados en la Oferta.
6. A su turno, mediante el Otrosí No. 2, firmado por las Partes el 13 de abril de 2009, se amplió nuevamente el plazo para culminar la ejecución de las labores hasta el siguiente 30 de abril.
7. El 17 de abril de 2009, Dedini emitió la llamada “Oferta Mercantil Modificatoria” (“Oferta Modificatoria”), donde, entre otras disposiciones, se fijó “como fecha límite para llevar a cabo la Entrega de la Planta”⁷ el 16 de noviembre de 2009.
8. Finalmente, mediante la llamada “Oferta Mercantil Modificatoria No. 2” suscrita el 15 de octubre de 2009 (“Oferta Modificatoria No. 2”), y también entre otros aspectos, se fijó “como nueva fecha límite para llevar a cabo la Entrega de la Planta” el 31 de enero de 2010.

⁶ Las personas inicial autorizadas eran Oscar Iván Urrea, de Ecodiesel, y Paulo César Texeira y Joao Airton Zorzenoni, de Dedini.

⁷ “Entrega de la Planta” se define en la § 1.1 del Contrato como “el momento en que ECODIESEL considera que la Planta cumple a satisfacción la Verificación de Desempeño. La aceptación de ECODIESEL deberá ser expresa y por escrito en el Certificado de Entrega de la Planta.”

Por su parte:

“Planta” está definida como “Las unidades de proceso que en su conjunto conforman una planta de biodiesel operativa y confiable y de los más altos estándares de calidad y que se compone, de manera general del ISBL [*Inside Battery Limits*] y del OSBL [*Outside Battery Limits*].”

“Verificación de Desempeño”, alude a la correcta puesta en operación del ISBL y el OSBL.

“Certificado de Entrega de la Planta”, alude a la consideración de lista para entrega por haber alcanzado –tanto el ISBL como el OSBL– el desempeño para la que fue contratada.

En cuanto corresponda, las definiciones anteriores se emplearán en el texto de este Laudo.

9. A lo largo de la ejecución de los trabajos contratados se presentaron una serie de inconvenientes, que incluso conllevaron una serie de notificaciones de incumplimiento cursadas por Ecodiesel en febrero 13, julio 15 y 23, todos de 2009.⁸
10. Con posterioridad a la suscripción de la Oferta Modificatoria No. 2 también se presentaron divergencias entre las Partes, e incluso nuevas notificaciones de incumplimiento emitidas por Ecodiesel en diciembre 2 y 18 de 2009 y enero 15 y 25 de 2010.
11. El 28 de enero de 2010 Dedini formuló una oferta denominada "*Oferta Mercantil Modificatoria No. 3*", que fue rechazada por Ecodiesel el siguiente 30 de enero, recordándole a la Convocada su obligación contractual de entregar la Planta el 31 de enero de 2010.
12. El 31 de enero de 2010, cuando venció el plazo establecido para la entrega de la Planta en la Oferta Modificatoria No. 2, esta no fue entregada por Dedini, pues no estaba completa. En consecuencia, Ecodiesel asumió su terminación.
13. El 3 de febrero de 2010 Ecodiesel le comunicó a Dedini la existencia de una disputa citando al efecto la § 50.1 de la Oferta Comercial.⁹ Dedini, a su turno,

⁸ La § 40.1 de la Oferta Comercial, titulada "Preaviso del Incumplimiento", dispone:

"Ante la ocurrencia de un evento de incumplimiento de conformidad con lo dispuesto en la cláusula anterior, la parte cumplida procederá a notificar por escrito a la parte incumplida la ocurrencia del evento de incumplimiento, para ello deberá manifestar expresamente: (i) la obligación que alega como incumplida; (ii) las razones por las cuales se ha incumplido la obligación; y (iii) el término perentorio del cual dispone para remediar dicho evento de incumplimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 40.2 siguiente."

Dicha § 4.2, por su parte, establece plazos de 15 o 30 días para subsanar incumplimientos específicos.

⁹ "Todas las disputas que surjan entre las Partes (las 'Disputas') serán resueltas en primera instancia por los Representantes del Proyecto de las Partes. Para tales efectos, se entenderá que existe una Disputa cuando cualquiera de los Representantes del Proyecto de las Partes notifique al otro formalmente de la respectiva Disputa que no haya podido ser solucionada anteriormente. Tales representantes de las Partes tendrán un término de cinco (5) días contados a partir del día de la notificación de la Disputa para tratar de resolver el asunto de manera directa. En caso de que, al cabo de dicho término, los Representantes del Proyecto no hubieran podido resolver la Disputa, el asunto será sometido a la consideración de los representantes legales de las Partes, quienes tendrán un término que quince (15) días contados a partir del vencimiento del término anterior para

y mediante nota del siguiente 12 de febrero manifestó su desacuerdo con la comunicación de Ecodiesel.

14. El 2 de julio de 2010, Ecodiesel le manifestó a Dedini que pese a las conversaciones adelantadas no se había logrado un acuerdo pleno sobre las divergencias existentes, por lo que consideraba fracasada la etapa de arreglo directo de controversias y anunciaba el inicio de la fase de "*amigable composición*" prevista en la § 50.2,¹⁰ puntualizando que de fracasar procedería a convocar un tribunal arbitral.

tratar de resolverla. Si al cabo de dicho término la Disputa aún no es resuelta, se aplicará lo dispuesto en el siguiente artículo."

¹⁰ "En el evento en que los representantes legales de las Partes no se pronuncien sobre la Disputa en el período de los quince (15) días mencionado anteriormente no se hubieren puesto de acuerdo en relación con la misma, entonces las Partes, de buena fe, buscarán llegar a un acuerdo acerca de la naturaleza de la Disputa (contable, contable/financiera o legal) por un término de cinco (5) Días Hábiles siguientes al vencimiento del término anterior. Si no hay acuerdo sobre la naturaleza de la Disputa, bastará que alguna de las partes declare que la Disputa es de naturaleza legal para que la misma deba ser discutida y resuelta según lo dispuesto en la Sección siguiente.

En caso de que las Partes hubieren acordado de manera expresa que la naturaleza de la Disputa es técnica, el asunto será remitido por cualquiera de las Partes a la opinión de la primera de las firmas especializadas que se listan en el Anexo 25. En caso de que la firma especializada no aceptare el encargo o se encuentre inhabilitada, se nombrará a la segunda firma en la lista y así sucesivamente. Si se agotaren las firmas especializadas y no hubiere acuerdo entre las Partes sobre el nombramiento de otra firma, el conflicto se tramitará conforme se dispone en la Sección siguiente.

En caso de que las Partes hubieren acordado de manera expresa que la naturaleza de la Disputa es contable/financiera, el asunto será remitido por cualquiera de las Partes a la opinión de la primera de las firmas especializadas que se listan en el Anexo 26. En el resto del procedimiento se aplicará lo dispuesto en el párrafo inmediatamente anterior.

La parte que contacte a la firma especializada en temas técnicos o en temas financieros o contables deberá remitir una copia de la presente Oferta, de sus anexos y modificaciones y de toda la información adicional que resulte relevante para resolver la Disputa. La firma especializada, una vez contratada, tendrá la obligación de requerir a la Otra [sic] Parte para que le presente su punto de vista y le remita los documentos e información que resulten relevantes.

La firma especializada de que se trate actuará como amigable componedora, en los términos establecidos en el artículo 223 del Decreto 1818 de 1998, en concordancia con la Ley 446 de 1998, o las normas que las deroguen, complementen o modifiquen, y su decisión producirá los efectos legales de una transacción. Los gastos y honorarios de la firma especializada serán asumidos por la Parte que hubiere resultado desfavorecida con la decisión del amigable componedor o según este último lo disponga.

De ser el caso, la firma especializada que actúe como amigable componedora deberá indicar las sumas que le debe una Parte a la otra como consecuencia de la Disputa."

15. El 2 de agosto de 2010 Dedini le respondió a Ecodiesel señalando que consideraba no agotada aun la fase de arreglo directo y solicitando una serie de documentos con miras a lograr un acuerdo final.
16. El 18 de agosto de 2010 Ecodiesel se dirigió nuevamente a Dedini, puntualizando, a los efectos de la precitada § 50.2, que la disputa existente era de naturaleza legal y que entendería fallido cualquier fase de arreglo directo si no se alcanzaba un acuerdo dentro de los 15 días siguientes.
17. El siguiente 9 de septiembre Dedini le respondió a Ecodiesel endilgándole no querer llevar a cabo *"la etapa de Solución Directa entre las Partes"*.
18. Esta, por su parte, contestó el 3 de noviembre de 2010 planteando comunicarse con Dedini a más tardar el 9 de noviembre para programar una conversación no más tarde del 16 de noviembre, añadiendo que de no ser ello posible, o resultar *"infructuosa, este será el fin de los esfuerzos de conciliación amigable que realice Ecodiesel y procederemos así a presentar las demandas correspondientes para obtener el pago de los dineros que se nos adeudan y la indemnización de los perjuicios que causó el incumplimiento de Dedini."*
19. Finalmente, con invocación de la parte pertinente de la § 50.3 de la oferta mercantil de 2007,¹¹ el 5 de septiembre de 2013, Ecodiesel invitó a Dedini a buscar la designación de árbitros por mutuo acuerdo, advirtiendo que de transcurrir el término estipulado (20 días) *"sin obtener respuesta de parte de DEDINI, procederá Ecodiesel a presentar la demanda arbitral correspondiente."*

¹¹ Correspondiente a la Cláusula Compromisoria.

III. CLÁUSULA COMPROMISORIA. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL. REBELDÍA DE DEDINI. TRÁMITE DEL PROCESO

A. Cláusula Compromisoria. Constitución del Tribunal Arbitral

1. La cláusula compromisoria ("Cláusula Compromisoria") afecta a este Proceso está contenida en la § 50.3 (*Arbitramento*) del Contrato, y tiene el siguiente texto:

“ En caso de que (i) se presente cualquier conflicto o diferencia entre las Partes respecto de la celebración, interpretación, ejecución o terminación de la presente Oferta (distinto de los relacionados con el cobro de las cláusulas penales y multas a las que se refiere la presente Oferta), que no fuere dirimido por las Partes directamente mediante el procedimiento previsto en el artículo 50.1 o mediante el mecanismo de amigable composición previsto en el artículo 51.2 [sic]; ó (ii) no se haya podido elegir a la firma especializada, conforme a los términos del artículo 50.2. anterior, dicho conflicto o diferencia será sometida al análisis y decisión de un tribunal de arbitramento constituido y gobernado conforme a las siguientes reglas:

La sede de arbitramento será la ciudad de Bogotá, D.C. Colombia.

El tribunal de arbitramento estará integrado por tres (3) abogados colombianos quienes se reunirán en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. Dicho tribunal fallará en derecho aplicando las leyes de la República de Colombia;

La Parte convocante, previamente a la presentación de la solicitud de convocatoria al tribunal de arbitramento, requerirá a la Parte convocada para que en el término de veinte (20) días calendario designen de común acuerdo los árbitros. Si las Par-

tes no llegaren a un acuerdo sobre la designación de los árbitros dentro dicho plazo, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá designará los árbitros en la oportunidad respectiva;

El tribunal de arbitramento se regirá por las disposiciones del presente artículo y por las disposiciones de la Ley 23 de 1991, del Decreto 2279 de 1989, la Ley 446 de 1998 y Decreto 1818 de 1998, incluida cualquier reforma o modificación que sufran dichas normas en un futuro.”

2. Con apoyo en la Cláusula Compromisoria y mediante escrito del 10 de marzo de 2014 dirigido al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá ("Centro de Arbitraje"), Ecodiesel presentó la Solicitud de Convocatoria, pidiendo, *inter alia*, la constitución de un tribunal arbitral con el fin de resolver la controversia existente con Dedini y atender las declaraciones y condenas allí planteadas.
3. Adicionalmente manifestó que:
 - a. Era procedente llevar a cabo el arbitraje, pues se habían agotado las etapas previas al mismo, sin que se hubiera solucionado la controversia de manera directa;
 - b. El arbitraje planteado era de naturaleza internacional, al tenor de lo dispuesto en el párrafo final de la Cláusula Compromisoria, en consonancia con el literal (a) del artículo 62 de la Ley 1563 de 2012 ("Ley 1563"); y
 - c. La designación de tribunal arbitral correspondía al Centro de Arbitraje, toda vez que Dedini ni siquiera había respondido la comunicación de Ecodiesel invitándola a designar los árbitros por mutuo acuerdo, como preveía la Cláusula Compromisoria.
4. El 26 de mayo de 2014, el Director del Centro de Arbitraje informó que, a través de sorteo llevado a cabo el anterior 20 de mayo, las siguientes personas habían

sido escogidas para conformar el tribunal arbitral a cargo del conflicto planteado por Ecodiesel:

Principales	Suplentes
Nicolás Gamboa Morales	Daniel Posse Velásquez
Ernesto Rengifo García	Néstor Humberto Martínez Neira
Marcel Tangarife Torres	Juan Pablo Cárdenas Mejía

5. Los doctores Gamboa Morales y Rengifo García aceptaron la designación pero, por distintos motivos, los doctores Tangarife Torres, Posse Velásquez y Martínez Neira declinaron la misma, motivo por el cual accedió el doctor Cárdenas Mejía, con lo cual el Tribunal Arbitral quedó compuesto por los abogados colombianos Juan Pablo Cárdenas Mejía, Nicolás Gamboa Morales y Ernesto Rengifo García.
6. Mediante comunicación del 24 de septiembre de 2014, el Director del Centro de Arbitraje informó que el doctor Nicolás Gamboa Morales había sido designado presidente ("Presidente") del Tribunal, el cual se entendía "*constituido el 23 de septiembre de 2014, día en que el Dr. Gamboa aceptó presidir el panel arbitral.*"¹²
7. De esta suerte, y al tenor de la Cláusula Compromisoria:
 - a. El Tribunal Arbitral debe proferir este Laudo en derecho aplicando las leyes de Colombia;¹³ y
 - b. La sede del Arbitraje es la ciudad de Bogotá, Colombia.

¹² Cabe anotar que en las oportunidades correspondientes los doctores Cárdenas Mejía, Gamboa Morales y Rengifo García habían atendido lo previsto en el artículo 75 de la Ley 1563 sobre la necesidad de revelar "todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia", sin que las Partes hubieran hecho manifestación alguna sobre la información suministrada.

¹³ Al tenor del artículo 101 de la Ley 1563, referente a "Normas aplicables al fondo del litigio", "La indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se entenderá referida, **a menos que se exprese lo contrario**, al derecho sustantivo de dicho Estado y no a sus normas de conflicto de leyes." (Énfasis añadido).

B. Rebeldía de Dedini

8. A partir de la Solicitud de Arbitraje se vino perfilando que Dedini no participaría en este Proceso, actitud que se confirmó en el desarrollo del mismo, como que la Demandada no hizo presencia de ningún tipo, pese a haber sido **explícitamente advertida de las consecuencias de tal conducta**.
9. En efecto, en fase tan temprana del trámite arbitral como la Orden Procesal No. 01 del 13 de octubre de 2014, el Tribunal señaló:

“De manera específica, y dada la hasta ahora ausencia de Dedini, **el Tribunal hace referencia y, de ser necesario, aplicará** lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 1563, cuyo texto es:

‘Rebeldía de una de las partes. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando:

1. El demandante, sin invocar causa suficiente, no presente su demanda con arreglo al inciso primero del artículo 96¹⁴ el tribunal dará por terminada la actuación.
2. El demandado no conteste la demanda con arreglo al inciso primero del artículo 96, el tribunal arbitral continuará la actuación, sin que aquella omisión se considere por sí misma como aceptación de las manifestaciones del demandante.

¹⁴ Este inciso, que hace parte del artículo denominado “Demanda y contestación”, dispone:

“Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá presentar su demanda, indicando los hechos en que se funda, los puntos controvertidos y el objeto de ella. El demandado, al responderla, deberá referirse a los distintos elementos de aquella, a menos que las partes hayan acordado otra cosa.”

3. Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones e incluso proferir laudo con base en las pruebas de que disponga.”¹⁵

10. Esta disposición de la Ley 1563 es sustancialmente igual al artículo 25 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Ley Modelo”),¹⁶ disposición a la que se refiere la “*Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006*” en los siguientes términos:

“37. Las actuaciones arbitrales pueden continuar en ausencia de una de las partes con tal de que se hayan hecho las notificaciones debidas. Esto se aplica, sobre todo, cuando el demandado no presenta su contestación (apartado b) del artículo 25). El tribunal arbitral también puede continuar las actuaciones cuando una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales sin invocar causa suficiente (apartado c) del artículo 25). En cambio cuando el demandante no presenta su demanda, el tribunal arbitral debe dar por terminadas las actuaciones (apartado a) del artículo 25).

¹⁵ Orden Procesal No. 01 – § I (14) (b).

¹⁶ Corresponde, desde luego al proyecto preparado en 1985 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI” o “UNCITRAL”, por su sigla en inglés), incluyendo las enmiendas introducidas en 2006.

El texto del artículo 25 de la Ley Modelo es:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente,

a) el demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones;

b) el demandado no presente su contestación con arreglo al párrafo 1 del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante;

c) una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.”

38. Revisten considerable importancia práctica las disposiciones que facultan al tribunal arbitral para desempeñar sus funciones incluso si una de las partes no participa. Como lo demuestra la experiencia, es bastante frecuente que una de las partes tenga escaso interés en cooperar o en agilizar las actuaciones. **Así pues, esas disposiciones brindan al arbitraje comercial internacional la eficacia necesaria, dentro de los límites que imponen los requisitos fundamentales de justicia procesal.**" (Énfasis añadido).

11. Esta explicación, a su turno, cuenta con respaldo generalizado en la doctrina sobre arbitraje internacional, como se refleja, por ejemplo, en la siguiente y muy autorizada expresión:

"[La] rebeldía de una parte no debe paralizar o aun hacer más lento el desarrollo del trámite arbitral. Los árbitros deben seguir adelante a pesar de la ausencia de la parte en rebeldía. Con el objeto de satisfacer los requisitos del debido proceso, todo lo que es necesario es que la parte en rebeldía sea notificada de la iniciación del trámite arbitral y de su progreso, y le sea dada la oportunidad de presentar su caso en cada etapa del mismo. Entonces, si el demandado falla en comparecer en cualquier etapa del proceso, o en la totalidad del mismo, un laudo en rebeldía puede ser emitido en su contra.... [Una] parte no puede sencillamente rehusar a participar en el proceso para obstruir el arbitraje.... Sobre la base de que a la parte en rebeldía se le haya dado la oportunidad de intervenir en cada una de las etapas del arbitraje, se habrán satisfecho los requisitos del debido proceso y de tratamiento igualitario de las partes."¹⁷

¹⁷ Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Part II, Emmanuel Gaillard y John Savage, Eds., La Haya, Kluwer Law, 1999, páginas 663 y 664. (T. del T.).

12. En consecuencia, la ausencia de Dedini en el trámite de este Arbitraje no significa que el mismo se paralice o detenga, pues, fuera de que su prosecución está permitida al tenor del precitado artículo 98 de la Ley 1563, el Tribunal **expresamente** manifestó que, de ser necesario, **aplicaría** la misma.
13. Así, entonces, resta dilucidar si Dedini fue notificado o no de las diversas actuaciones surtidas en este Proceso, interrogante que se despeja en el sentido de que fue enterada, y con creces, de todos y cada uno de los pasos y fases del trámite, como se corrobora a continuación:
- a. De acuerdo con la reseña y cita de guías aéreas que aparece en el Alegato Final de Ecodiesel,¹⁸ esta, con posterioridad a la fallida invitación para designar árbitros por mutuo acuerdo,¹⁹ llevó a cabo lo siguiente en materia de información a Dedini sobre los pasos que culminaron con la integración del Tribunal Arbitral:

Fecha (D-M-A)	Actuación	No. Guías
14-03-14	Informe presentación Solicitud de Arbitraje y cita reunión designación árbitros	7982 2608 9318 7982 2590 3696
23-04-14	Comunicación Centro de Arbitraje indicando que procederá a designar árbitros	7986 3961 6397 7986 3954 7062
07-05-14	Informe sobre lugar y hora para sorteo de árbitros	7987 7851 8950 7987 7861 3398 (devuelta)
09-06-14	Informe sobre árbitros designados	7702 4347 9649 7702 4350 0270
25-06-14	Aceptaciones de los árbitros designados	7704 2679 6263 7704 2685 1260
01-07-14	Informe sobre declinación del doctor Tangarife como árbitro y designación del doctor Posse como tal	7704 8224 5291 7704 8234 9657

¹⁸ Cf. Memorial del Demandante, páginas 4 y 5.

¹⁹ Memorial del Demandante – Anexo E-42.

Fecha (D-M-A)	Actuación	No. Guías
20-08-14	Informe sobre renuncia del doctor Posse como árbitro	7708 9107 4151 7708 9124 0994
26-08-14	Informe sobre declinación del doctor Martínez a su designación como árbitro	1500843654 1500283450
29-08-14	Informe sobre aceptación del doctor Cárdenas a su designación como árbitro	7709 9718 6322 7709 9723 6960
01-10-14	Comunicación sobre designación del Presidente del Tribunal y cita a audiencia inicial	7713 4958 4950 7713 4874 1699

- b. Asimismo, Ecodiesel le envió copia de sus comunicaciones (y anexos) cursadas al Tribunal, como se detalla en la siguiente tabla:

Fecha (D-M-A)	Actuación
19-11-14	Remisión vía correo electrónico solicitud extensión para presentar Memorial del Demandante
11-12-14	Remisión vía correo electrónico del Memorial del Demandante y sus anexos
10-06-15	Remisión vía correo electrónico del Alegato Final de Ecodiesel

- c. Por su parte, el Centro de Arbitraje notificó a Dedini de todas las actuaciones surtidas a partir de la integración del Tribunal Arbitral, como se detalla en la tabla que sigue:

Fecha (D-M-A)	Actuación
02-10-14	Remisión vía correo electrónico de la citación a la audiencia del 9 de octubre de 2014
10-10-14	Remisión vía correo electrónico del acta de la audiencia del 9 de octubre de 2014
17-10-14	Remisión vía correo electrónico de la Orden Procesal No. 01
14-11-14	Remisión vía correo electrónico de la Orden Procesal No. 02

Fecha (D-M-A)	Actuación
25-11-14	Remisión vía correo electrónico de la Orden Procesal No. 03
03-03-15	Remisión vía correo electrónico de la Orden Procesal No. 04
09-03-15	Remisión vía correo electrónico de la fijación de honorarios y gastos del Proceso hecha por el Centro de Arbitraje
14-05-15	Remisión vía correo electrónico de la Orden Procesal No. 05
21-06-15	Remisión vía correo electrónico de la Orden Procesal No. 06

14. Por ende, se encuentra satisfecho el requisito de haber realizado las “*notificaciones debidas*”, que se menciona en la explicación de UNCITRAL sobre la Ley Modelo, circunstancia que, en su momento, le permitió al Tribunal continuar con el trámite del Proceso y, ahora, proferir el presente Laudo.

C. Trámite del Proceso

15. Teniendo presente lo expuesto en el acápite anterior sobre información a Dedini de todo lo actuado y surtido a lo largo del Arbitraje, el trámite del mismo se desarrolló en la forma que se indica a continuación:

- a. Como se detalló en el acápite A *supra*:
- i. El 10 de marzo de 2014 se radicó la Solicitud de Arbitraje en el Centro de Arbitraje;
 - ii. El 20 de mayo de 2014 se llevó a cabo en el Centro de Arbitraje el sorteo para la integración del tribunal arbitral requerido en la Solicitud de Arbitraje;
 - iii. El siguiente 26 de mayo el Director del Centro de Arbitraje le informó a las Partes sobre los nombres (principales y suplentes) que habían resultado en el antedicho sorteo para integrar el panel arbitral;

- iv. Habida cuenta que el doctor Marcel Tangarife Torres (sorteado como árbitro principal) declinó su nombramiento, y que los dos primeros suplentes tomaron igual decisión, accedió al panel el doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía, quien en conjunto con los doctores Nicolás Gamboa Morales y Ernesto Rengifo García (principales que habían aceptado su designación) integró el Tribunal Arbitral;
 - v. El 24 de septiembre de 2014, el Director del Centro de Arbitraje le informó a las Partes que el doctor Gamboa Morales había sido designado como Presidente del Tribunal, añadiendo, como atrás se indicó, que este se entendía "*constituido el 23 de septiembre de 2014, día en que el Dr. Gamboa aceptó presidir el panel arbitral.*"
- b. En correo electrónico del 14 de agosto de 2014, dirigido al Apoderado de Ecodiesel, el doctor Luis Alfredo Barragán, fuera de acusar recibo de las comunicaciones que le había remitido tal Apoderado el 10 de junio, el 10 de julio y el 1º de agosto, todas de 2014,²⁰ señaló:

"[N]os permitimos confirmarle que Brigard & Urrutia, y particularmente el suscrito y las doctoras Irma Rivera Isabel Ramírez y Natalia Angel Vega, solo hemos sido facultadas por Dedini para representar a la compañía en el proceso ordinario iniciado por Ecodiesel contra Colseguros S.A. y Confianza S.A., en el cual Dedini ha sido llamada en garantía.

²⁰ Cf. § I (2) (c) *supra*.

De conformidad con lo indicado en el Alegato Final de Ecodiesel (páginas 4 y 5), Ecodiesel le remitió a la firma Brigard & Urrutia (doctor Luis Alfredo Barragán: (i) el 10 de junio de 2014, copia de todas las actuaciones surtidas hasta ese momento en relación con este Arbitraje; (ii) el 10 de julio de 2014, copia de todas las actuaciones posteriores a la comunicación anterior; y (iii) el 1º de agosto de 2014 la comunicación respecto de la designación del doctor Daniel Posse como árbitro.

Por lo anterior, desafortunadamente no estamos facultados para realizar actuación alguna en relación con el trámite arbitral antes mencionado [este Arbitraje], más allá de proveerle los datos de contacto del Asesor Jurídico de Dedini, Vitor Montebello, los cuales incluimos a continuación:

Vitor Fillet Montebello
Asesor Jurídico
DEDINI S/A Industrias de Base
Piracicaba – SP, Brasil
Teléfono: 55 19 3403-3916 / 3604-1215
Fax.: + 55 19 3403-3169
Correo electrónico: vitor.montebello@dedini.com.br”

- c. El 26 de septiembre de 2014, el Presidente del Tribunal, con la anuencia de los co-árbitros, expidió un Memorando convocando a las Partes para el 9 de octubre de 2014 a las 11:00 a.m. a una audiencia preliminar, que se llevaría a cabo en las instalaciones del Centro de Arbitraje, a fin de tratar los siguientes puntos:
- i. Revisión y determinación de aspectos procedimentales atinentes al desarrollo del Arbitraje; y
 - ii. Debate y fijación del calendario del Proceso.
- d. La anterior convocatoria fue transmitida por el Centro de Arbitraje a una y otra Parte -en el caso de Dedini, a la persona que específicamente había indicado como contacto el doctor Luis Alfredo Barragán en la comunicación citada en el literal (b) precedente-.
- e. El 1º de octubre de 2014, el Apoderado de Ecodiesel puso en conocimiento del Tribunal la atrás mencionada comunicación recibida del doctor Luis Alfredo Barragán, anexando, además, la transmisión al señor Montebello del Memorando convocando a las Partes a la audiencia del siguiente 9 de octubre.

- f. En la fecha señalada -sin asistencia de Dedini pese a todas las comunicaciones enviadas al respecto- se llevó a cabo la audiencia convocada el anterior 26 de septiembre, como se da cuenta en la correspondiente Acta (remitida a las Partes por el Centro de Arbitraje).
- g. El 13 de octubre de 2014, el Tribunal expidió la detallada Orden Procesal No. 01, que fue puesta en conocimiento de las Partes,²¹ y donde, *inter alia*:
- i. Se reseñaron todos los antecedentes y actuaciones surtidas hasta ese momento;
 - ii. Se expusieron las alegaciones de Ecodiesel en torno a:
 - El agotamiento de la etapa previa a la promoción de un arbitraje contemplada en la Cláusula Compromisoria; y
 - La naturaleza internacional de este Proceso;
 - iii. Se consignaron las diversas evaluaciones del Tribunal, en cuya virtud:
 - Se consideró debidamente agotada la etapa previa al Arbitraje;
 - Se determinó la naturaleza **internacional** del mismo y, por ende, la sustanciación de las actuaciones en consonancia con los artículos 91 y 92 de la Ley 1563;²²

²¹ Centro de Arbitraje - Correo electrónico certificado del 17 de octubre de 2014.

²² El respectivo texto de estos artículos es:

“Trato equitativo de las partes. El tribunal arbitral tratará a las partes con igualdad y dará a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.”

- Se establecieron las previsiones sobre posible rebeldía de De-dini y empleo de lo establecido en el artículo 98 de la Ley 1563;
- Se definieron aspectos tales como el idioma del Arbitraje (español); la forma de cursar las comunicaciones generadas en el curso del mismo; la forma de emisión de las Ordenes Proce-sales y su remisión a las Partes (a cargo del Centro de Ar-bitraje);
- Se indicaron las pautas para fijar los honorarios de los miem-bros del Tribunal y sus costos y gastos, así como los del Cen-tro de Arbitraje, todo en consonancia con el artículo 8.5 del Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Arbitraje ("Reglamento"),²³ añadiendo que su recaudo y administración estaría a cargo del Centro de Arbitraje;²⁴
- Se precisó la forma en que sería conducido el Arbitraje a los fines de su desarrollo eficiente, indicando que el Tribunal po-dría acudir –sin constituir obligación- al empleo de las Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional; y

"Determinación del procedimiento. Las partes, con sujeción a las disposiciones de la presente sección, podrán convenir el procedimiento, directamente o por referencia a un reglamento arbitral.

A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, con sujeción de lo dispuesto en la presente sección y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje. Esta facultad incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas."

²³ Reglamento vigente desde el 1º de julio de 2014, aprobado por el Ministerio de Justicia y del Derecho mediante Oficio No. 14-0014303-DMA del 24 de junio del mismo año.

El Reglamento está disponible en www.centroarbitrajeconciliacion.com

²⁴ Para fines de dicho recaudo y administración, se indicó que todos los árbitros eran responsables del Impuesto al Valor Agregado ("IVA").

- Se adoptó el calendario del Proceso ("Calendario"), precisando, de una parte, que podría ser modificado por el Tribunal, informando al respecto a las Partes, y que las diferentes fases del mismo podrían ser objeto de directrices establecidas por el Tribunal.
- h. Consecuente con lo anterior, y mediante la Orden Procesal No. 02 del 12 de noviembre de 2014, transmitida a las Partes por el Centro de Arbitraje,²⁵ el Tribunal fijó las pautas para el cumplimiento de las fases del Calendario previstas para el 28 de noviembre de 2014 y el 23 de enero de 2015, valga decir, la presentación de los Memoriales y sus anexos.²⁶
- i. El 19 de noviembre de 2014, Ecodiesel solicitó ampliar en dos (2) semanas el plazo para presentar el Memorial del Demandante, y el Tribunal, previo anuncio al efecto,²⁷ expidió la Orden Procesal No. 03 del siguiente 24 de noviembre, otorgando la extensión solicitada y modificando de conformidad el Calendario.²⁸ Tal Orden Procesal fue debidamente transmitida a las Partes por el Centro de Arbitraje.²⁹
- j. Toda vez que Dedini ni presentó el Memorial de la Demandada, ni hizo pronunciamiento alguno sobre el Memorial del Demandante (y sus anexos), el Tribunal, a través de la Orden Procesal No. 04 del 2 de marzo de 2015, debidamente transmitida a las Partes por el Centro de Arbitraje:³⁰

²⁵ Correo electrónico certificado del 14 de noviembre de 2014.

²⁶ En la Orden Procesal No. 01 se definió el término "Memoriales" como el "Memorial del Demandante", escrito referente a las pretensiones de Ecodiesel en el Arbitraje, y el "Memorial de la Demandada", escrito referente a la respuesta de Dedini al Memorial del Demandante, definiciones todas que se adoptan en este Laudo.

²⁷ Correo electrónico del 20 de noviembre de 2014 cursado a las Partes.

²⁸ En particular, se amplió hasta el 19 de febrero de 2015 el plazo para la presentación del Memorial de la Demandada.

²⁹ Correo electrónico certificado del 25 de noviembre de 2014.

³⁰ Correo electrónico certificado del 3 de marzo de 2015.

- i. Consideró que se había tipificado el evento previsto en el artículo 98 (2) de la Ley 1563 y, por ende, procedía continuar con el trámite del Proceso;
 - ii. Determinó que, por sustracción de materia, no había lugar al pronunciamiento sobre testigos que debían comparecer para ser contrainterrogados y, por tanto, que no había lugar a la celebración de la audiencia prevista para tal fin en el Calendario; y
 - iii. Anunció la próxima fijación de los montos de honorarios y gastos atinentes al Proceso, de conformidad con lo previsto sobre el particular en la Orden Procesal No. 01.
- k. El 9 de marzo de 2015, el Centro de Arbitraje fijó el monto de la provisión a cargo de las Partes para atender los honorarios y gastos relativos al Proceso y les otorgó plazo para su pago, junto con las instrucciones correspondientes.³¹
- Ecodiesel pago oportunamente su cuota, cosa que no hizo Dedini, por lo cual el Centro de Arbitraje le otorgó plazo a aquella hasta el 27 de abril de 2015 para que cubriera la cuota a cargo de esta.
- El Centro de Arbitraje, a su turno, le informó al Tribunal que Ecodiesel había cubierto la totalidad de la provisión requerida a ambas Partes.
- l. Con base en lo anterior, el Tribunal, a través de la Orden Procesal No. 05 del 13 de mayo de 2015 –debidamente transmitida a las Partes por el

³¹ Correo electrónico certificado del 9 de marzo de 2015.

Centro de Arbitraje³² estableció el 10 de junio de 2015 como fecha límite para la presentación de los Alegatos Finales;³³ fijó ciertas pautas para su presentación; y extendió hasta el **30 de noviembre de 2015** el plazo para el pronunciamiento del Laudo.³⁴

- m. La Orden Procesal No. 05 fue complementada con la No. 06 del 20 de mayo de 2015, desde luego transmitida a las Partes por el Centro de Arbitraje,³⁵ requiriendo que los Alegatos Finales incluyeran el monto de las costas incurridas por cada Parte con motivo de este Arbitraje.
 - n. En la fecha señalada, Ecodiesel presentó su Alegato Final (sin incluir información sobre las costas incurridas con motivo del Arbitraje). Dedini, por su parte, no presentó escrito alguno.
16. Consecuente con todo lo expuesto, es patente, de una parte, que el Proceso se tramitó de manera regular y ordenada y, de la otra, que el Laudo es expedido dentro del plazo previsto para tal efecto.

³² Correo electrónico certificado del 14 de mayo de 2015.

³³ En La Orden Procesal No. 01, específicamente en el Calendario, se definió el término "Alegatos Finales", como los escritos que podían presentar las Partes previo al cierre de la instrucción del Proceso.

³⁴ Los numerales 3 y 4 del artículo 3.31 del Reglamento establecen:

"3. El tribunal arbitral deberá dictar su laudo en el plazo de seis meses. Dicho plazo comenzará a correr desde la fecha de la contestación de la demanda o, de la fecha de la contestación de la demanda reconvenicional en su caso. En el evento que la parte demandada no presente su escrito de contestación de la demanda dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, el plazo de seis meses se contará desde el día siguiente al vencimiento del plazo en que debió haber sido presentada. El tribunal arbitral operará de igual manera en caso de que la demandada reconvenicional no presentare su contestación a la demanda de reconvenición respectiva.

4. El tribunal arbitral podrá de oficio y por una sola vez, prorrogar el plazo establecido en el número 3 anterior, mediante resolución fundada."

³⁵ Correo electrónico certificado del 21 de mayo de 2015.

IV. SOLICITUDES DE ECODIESEL

1. A partir de los fundamentos fácticos y jurídicos señalados en el Alegato del Demandante y apoyándose en los elementos probatorios listados y acompañados al mismo, la § III de tal escrito, denominado "*Pretensiones y forma de calcular los montos reclamados*", presenta las pretensiones de Ecodiesel ("Pre-tensiones"), distribuidas así:

"A. Pretensiones relativas a la terminación de la Planta por parte de Ecodiesel"

49. Que se declare que DEDINI incumplió la obligación de ejecutar la totalidad del objeto contractual y, en particular, la obligación de ejecutar la 'Entrega de la Planta', pactada en el contrato que se formó mediante la aceptación, por Ecodiesel, de la oferta mercantil enviada por DEDINI el 19 de diciembre de 2007, al llegar la ejecución de la Planta, a esa fecha, a un avance inferior en 8.93% al pactado o, en su defecto, el que encuentre probado el Tribunal.

50. Que se declare que Ecodiesel pagó a DEDINI, o a su orden, las sumas de siete millones doscientos mil dólares (USD 7.200.000), más veinticuatro mil novecientos doce millones cuatrocientos veintiséis mil ciento ochenta y seis pesos (COP 24.912.426.186) o la que resulte probada en el trámite arbitral correspondiente a la proporción efectivamente ejecutada por DEDINI del objeto del contrato que se formó mediante la aceptación, por Ecodiesel, de la oferta mercantil enviada por DEDINI a Ecodiesel el 19 de diciembre de 2007.

51. Que se declare que, con ocasión de incumplimiento de DEDINI, Ecodiesel asumió el costo de la terminación de la Planta.

52. Que se declare que DEDINI estaba obligada a pagar a Ecodiesel, y que se le condene a pagar las sumas que gastó Eco-

diesel en virtud de lo pactado en la Oferta Mercantil Modificatoria No. 2, o las que resulten probadas en el trámite arbitral de la siguiente manera:

a. La suma de mil treinta y nueve millones, setecientos sesenta mil cuarenta y dos pesos (COP 1.039.760.042) invertida por Ecodiesel en la Planta, en virtud de los mecanismos de financiación pactados en la cláusula tercera de la Oferta Mercantil Modificatoria No. 2., pagos que fueron efectuados entre el 31 de octubre de 2009 y el 31 de enero de 2010, según consta en el dictamen pericial contable y financiero aportado como anexo E-44, individualizados así:

[Aquí una tabla con los ítems 'Fecha', 'Valor COP' y 'Destinatario']

i. Los intereses sobre las sumas enumeradas en el punto anterior, liquidados a una tasa efectiva anual de [sic] equivalente a las tasa de depósito a término fijo (DTF) más 6.25% entre la fecha de cada desembolso y el 31 de enero de 2010, los cuales ascienden a la suma de tres millones quinientos veintiséis mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos (COP 3.526.445), los cuales se obtienen de restar del valor total de los intereses calculados por el perito Ing. Carlos Andrés Sanabria para los pagos realizados entre el 15 de octubre de 2009 y el 31 de enero de 2010 (COP 12.926.269), el valor de los intereses correspondientes al mes de octubre de 2009 (COP 9.399.824). Lo anterior, toda vez que sólo a partir del 31 de octubre de 2009 se empezaron a hacer pagos correspondientes a los mecanismos de financiación pactados en la Oferta Mercantil Modificatoria No. 2.

ii. Los intereses moratorios de cada una de las sumas enumeradas, liquidados a la tasa máxima permitida por la ley entre el 31 de enero de 2010 y el día del pago los cuales

ascienden a la suma de ochocientos veintidós millones quinientos setenta y un mil doscientos cinco pesos (COP 822.571.205) los cuales se obtienen los cuales se obtienen [sic] de restar del valor total los intereses calculados por el perito Ing. Carlos Andrés Sanabria para los pagos realizados entre el 15 de octubre de 2009 y el 31 de enero de 2010 (COP 1.263.891.681) el valor de los intereses correspondientes al mes de octubre de 2009 (COP 441.320.476). Lo anterior, en atención al mismo razonamiento presentado en el punto inmediatamente anterior.

53. Que se declare que ante el incumplimiento de DEDINI, Ecodiesel invirtió en la terminación de la Planta después del 31 de enero de 2010, la suma de siete mil doscientos treinta y tres millones setecientos cincuenta y tres mil doscientos noventa y seis pesos (COP 7.233.753.296), obtenida de restar la suma correspondiente a los pagos hechos en ejercicio de los mecanismos de financiación del total de los pagos efectuados después del 31 de octubre de 2009, en que se entiende pagada la suma adeudada a DEDINI por concepto de la porción ejecutada de sus obligaciones contractuales; o la suma que resulte probada en el trámite arbitral, de acuerdo con lo determinado por el dictamen contable y financiero aportado como anexo E-44, individualizados así:

[Aquí una tabla con fechas', valores y nombres]

54. Que se condene a DEDINI a pagar a Ecodiesel la suma de tres mil trescientos cuarenta y tres millones seiscientos veintidós mil cuarenta y seis pesos (COP 3.343.622.046), correspondiente al valor invertido por Ecodiesel en la terminación de la Planta después del 31 de enero de 2010 reducido en tres mil ochocientos noventa millones ciento treinta y un mil doscientos cincuenta pesos (COP 3.890.131.250), valor correspondiente a la porción del Contrato no ejecutado por DEDINI y no remunerado por Ecodiesel.

55. Que se condene a DEDINI a pagar a Ecodiesel los intereses de mora de las obligaciones expresadas en el literal anterior, calculados a la tasa máxima permitida por la ley colombiana desde la fecha de desembolso de cada pago, o la que el Tribunal considere procedente, y hasta la fecha efectiva de pago, los cuales ascienden a la suma de tres mil setecientos setenta y siete millones quinientos cincuenta y cuatro mil novecientos cincuenta y dos pesos (COP 3.777.554.952), correspondientes a los intereses acumulados de los pagos efectuados en los meses de febrero y marzo de 2010, de acuerdo a lo expuesto en el dictamen pericial aportado como anexo E-44.

B. Pretensiones relativas al pago pendiente

56. Que se declare que DEDINI incumplió la obligación contenida en la cláusula Tercera, literal 'd)' de la denominada 'Oferta Mercantil Modificatoria No. 2' suscrita con Ecodiesel el día quince (15) de octubre de dos mil nueve (2009), consistente en pagar a Ecodiesel la suma de quinientos veintinueve mil ochocientos cincuenta y seis dólares con cincuenta centavos (USD 529.856.50), o la que resulte probada en el proceso.

57. Que se declare que DEDINI incumplió la obligación contenida en la cláusula Tercera, literal 'd)' de la denominada 'Oferta Mercantil Modificatoria No. 2' suscrita con Ecodiesel el día 15 de octubre de dos mil nueve (2009), consistente en pagar a Ecodiesel intereses sobre la suma de quinientos veintinueve mil ochocientos cincuenta y seis dólares con cincuenta centavos (USD 529.856.50), equivalentes a la tasa PRIME más el 2%, calculados a partir del 1º de diciembre de 2009 hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago.

58. Que se condene a DEDINI a pagar a Ecodiesel la suma de quinientos veintinueve mil ochocientos cincuenta y seis dólares con cincuenta centavos (USD 529.856.50), o la que resulte probada en el proceso, más los intereses sobre dicha suma calculados a una tasa equivalente a la tasa PRIME más el 2%,

calculados a partir del 1º de diciembre de 2009 hasta la fecha en la que efectivamente se realice el pago, suma que a la fecha de presentación del Memorial equivale a la suma de ciento treinta y cinco mil ochocientos setenta y seis dólares de los Estados Unidos de América con doce centavos (USD 135.876.12).

C. Pretensiones relativas a multas y sanciones contractuales

59. Que se declare que DEDINI está obligada a pagar a Ecodiesel la suma de ochocientos setenta y cinco mil dólares (USD 875.000) por concepto de la sanción contractual establecida en la cláusula primera de la denominada 'Oferta Mercantil Modificatoria No. 2' suscrita entre DEDINI y Ecodiesel el quince (15) de octubre de dos mil nueve (2009).

60. Que se condene a DEDINI a pagar a Ecodiesel la suma de ochocientos setenta y cinco mil dólares (USD 875.000) por concepto de la sanción contractual establecida en el parágrafo 2 de la cláusula cuarta de la denominada 'Ofertas Mercantil Modificatoria', en el considerando No. 8 y en el literal e) de la cláusula quinta de la 'Oferta Mercantil Modificatoria No. 2' suscrita entre DEDINI y Ecodiesel el quince (15) de octubre de dos mil nueve (2009) junto con los intereses de mora liquidados a la tasa de PRIME más el 2%, desde la fecha del laudo y hasta la fecha de pago, o en la forma que estime aplicable el Tribunal.

D. Pretensión relativa a los gastos y costas del proceso

61 Que se condene a la demandada al pago de las costas y gastos causados en el presente trámite arbitral."³⁶

2. Como se ha mencionado repetidamente, Dedini no compareció a este Arbitraje y menos presentó escrito alguno.

³⁶ Memorial del Demandante – Páginas 21 a 35.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

A. Aspectos Procesales

1. Como aspecto inicial el Tribunal pone de presente que la Cláusula Compromisoria requiere como paso previo a la convocatoria de un tribunal arbitral:
 - a. El agotamiento de la fase de arreglo directo pactada en la precitada § 50.1 de la Oferta Comercial;
 - b. Fallida la anterior, la ausencia de acuerdo a través del mecanismo de amigable composición reglado en la § 50.2 *ibidem*.³⁷

2. Para el Tribunal –amen de la aseveración de Ecodiesel sobre agotamiento de las etapas previas a la promoción de un arbitraje–³⁸ se halla establecido que lo correspondiente a los intentos de arreglo directo, primero entre los “*Representantes del Proyecto de las Partes*” por cinco (5) días, y luego entre “*los representantes legales de las Partes*” por quince (15) días, fue agotado, pues, en efecto:
 - a. El 3 de febrero de 2010,³⁹ Ecodiesel, por intermedio de su Gerente General, le notificó a Dedini la existencia de una “*Disputa*”, añadiendo:

“En consecuencia, en mi condición de Representante del Proyecto designado por Ecodiesel, me pondré en contacto con el señor Adilson Spolidoro, Representante del Proyecto designado

³⁷ Asimismo la estipulación prevé como paso previo al arbitraje que ocurra la imposibilidad de elegir la “firma especializada” mencionada en la § 50.2.

Tal circunstancia, sin embargo, no es aplicable en este caso como se explica en el texto principal.

³⁸ Cf. § VI de la Solicitud de Convocatoria.

³⁹ Memorial del Demandante – Anexo E-34.

por DEDINI, con el fin de intentar llegar a un acuerdo que permita el resarcimiento por parte de DEDINI, de los perjuicios sufridos por Ecodiesel. De no lograrse un acuerdo entre las Partes en el lapso de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha, se seguirá la etapa prevista en el artículo 50.2 de la Oferta Mercantil.”

- b. Evidentemente Dedini tuvo conocimiento de esta comunicación, pues en la comunicación del 12 de febrero de 2010,⁴⁰ luego de varios comentarios sobre la misiva de Ecodiesel, señaló:

“[E]n atención a lo dispuesto en el Artículo 50.1 de la Oferta Mercantil, el señor Adilson Spolidoro, Representante del Proyecto designado por DEDINI, aguarda un contacto por parte del señor Oscar Iván Urrea Riveros, Representante del Proyecto designado por ECODIESEL para tratar de resolver el asunto de manera directa y coherente con los hechos pertinentes a la obra e [sic] la liquidación de La [sic] Oferta Mercantil que está en su termo [sic] final.”

- c. Los acercamientos entre los *Representantes del Proyecto* no tuvieron resultado positivo, por lo que se pasó a las conversaciones entre los *Representantes Legales*, como se da cuenta en la comunicación remitida por Ecodiesel a Dedini el 2 de julio de 2010,⁴¹ donde se indica:

“Dadas las circunstancias descritas en los párrafos anteriores y, especialmente, la manifestación de DEDINI consistente en que no pagará a Ecodiesel las sumas que le adeuda según la Oferta Mercantil, **Ecodiesel estima que la etapa de Solución Directa entre las Partes prevista en la cláusula 50.1 de la Oferta Mercantil ha fracasado. La diferencia será entonces sometida a partir de la fecha al señor Sergio**

⁴⁰ Ibíd. – Anexo E-35.

⁴¹ Ibíd. – Anexo E-37.

Leme, Presidente de DEDINI, a quien se copia la presente comunicación....". (Enfasis añadido).

- d. Lo anterior fue reiterado en la carta de Ecodiesel a Dedini del 18 de agosto de 2010,⁴² en respuesta a una de esta del 2 de agosto, donde se lee:

"ECODIESEL reitera que la etapa de entendimiento directo entre los representantes del proyecto, prevista en la cláusula 50.1 de la Oferta, llamada 'Solución Directa Entre las Partes', ha sido agotada. Ya transcurrieron los cinco días previstos en la cláusula para la negociación entre los representantes de las partes en el proyecto y esto es razón suficiente para entenderla cumplida. (...)

A pesar de que en la comunicación que dio lugar a la que ahora respondemos señala en forma inequívoca que las partes se encuentran a partir de ese momento, en la etapa de arreglo directo entre los representantes legales de las partes, lo reiteramos ahora, en el entendido de que si transcurridos 15 días, a partir de la fecha de recibo de la presente comunicación, no se ha llegado a un acuerdo, las partes entrarán en la etapa prevista en la cláusula 50.2 del Contrato. **Para este efecto, manifestamos desde ahora que la disputa es de naturaleza legal.**" (Enfasis añadido).

- e. Esta calificación del conflicto entre las Partes como de **índole legal** impacta la aceleración del arribo a la fase arbitral, pues, de conformidad con la parte final del primer párrafo de la § 50.2 *in fine* "... *bastará que alguna de las Partes declare que la Disputa es de naturaleza legal para que la misma deba ser discutida y resuelta según lo dispuesto en la*

⁴²

Ibíd. – Anexo E-39.

Sección siguiente [50.3]”, que corresponde, precisamente, a la instancia arbitral, obviando la fase de “Amigable Composición”.⁴³

3. Por ende, pues, fallidas las conversaciones entre los personeros de las Partes y no siendo preciso resolver la controversia por la vía de la amigable composición, debe reiterarse que se agotaron debidamente las fases previas a la promoción de este Arbitraje y, además, que fallida la invitación hecha por Ecodiesel a Dedini para intentar la designación de árbitros por mutuo acuerdo,⁴⁴ no cabe reparo sobre la presentación de la Solicitud de Arbitraje.
4. Dicho lo anterior, el Tribunal subraya que el atrás citado artículo 91 de la Ley 1563 establece como norma básica de la sustanciación del Proceso que “[e]/ *tribunal arbitral tratará a las partes con igualdad y dará a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.*”⁴⁵ (Enfasis añadido).
5. Como se observa en lo reseñado en la § B del Capítulo III de este Laudo, Dedini contó con plena información sobre las consecuencias de su falta de comparecencia a este Arbitraje y, además, fue permanente y debidamente informada de todos los trámites adelantados, de manera tal que, al tenor del varias veces

⁴³ De hecho, si se acude a la amigable composición no cabe un posterior arbitraje, pues aquella figura estaba definida en el artículo 130 de la Ley 446 de 1998, vigente para la época de las comunicaciones referidas en el texto principal, como:

“[U]n mecanismo de solución de conflictos, por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero, denominado amigable componedor, la facultad de precisar, **con fuerza vinculante para ellas**, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular....”. (Enfasis añadido)

Esta definición que el Consejo de Estado, en concepto rendido el 13 de agosto de 2009 por su Sala de Consulta y Servicio, estimó que excluía de su alcance a las entidades públicas, fue reemplazada –y ampliada– en la Ley 1563, cuyo artículo 59 (primer inciso), dispone:

“La amigable composición es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, por medio del cual, dos o más particulares, un particular y una o más entidades públicas, o varias entidades públicas, o quien desempeñe funciones administrativas, delegan en un tercero, denominado, amigable componedor, la facultad de definir, **con fuerza vinculante para las partes**, una controversia contractual de libre disposición.” (Enfasis añadido).

⁴⁴ Memorial del Demandante – Anexo E-42.

⁴⁵ El art. 3.21.1 del Reglamento es totalmente consistente con esta disposición.

citado artículo 98 de la Ley 1563, su rebeldía no impidió la continuación del trámite arbitral y tampoco previene la expedición de este Laudo.

6. Ecodiesel, por su parte, contó con plena oportunidad para exponer sus Pretensiones, allegar pruebas y exponer sus consideraciones en torno a éstas y al soporte jurídico de aquellas.
7. Por tanto, no advierte el Tribunal causal de nulidad que afecte la actuación, ni razón que le impida resolver de fondo los temas sometidos a su consideración, haciendo constar que el Laudo, cuya forma cumple con los requisitos aplicables establecidos en la normatividad arbitral colombiana en su condición de *lex arbitri*, se expide, previa motivación, por unanimidad, en Bogotá y, como atrás se consignó,⁴⁶ dentro del término existente para tal efecto.

B. Evaluación de las Pretensiones

8. Para fines del análisis de las Pretensiones, el Tribunal abordará a renglón seguido los tópicos detallados en los acápites que siguen.

B.1 Existencia de un contrato entre las Partes

9. Como se enunció en la § II (1) *supra*, la relación entre las Partes proviene de la Oferta Comercial cursada por Dediní bajo la referencia allí transcrita.⁴⁷
10. En las §§ 55 y 56 de la Oferta, tituladas, respectivamente, "*Vigencia de la Oferta*" y "*Aceptación Mediante Orden de Compra*", se indicó:

"Esta Oferta es irrevocable, pero solo obligará a DEDINI si estos [sic] reciben de ECODIESEL una Orden de Compra, durante la vigencia de la misma. Esta Oferta estará vigente hasta el día

⁴⁶ Cf. § III (C) (15) (I) *supra*.

⁴⁷ Memorial del Demandante – Anexo E-1.

En este documento aparece la firma de Oscar Iván Urrea como Gerente de Ecodiesel.

treintaiuno (31) de diciembre de 2007 a las 6:00 p.m. hora de la República de Colombia.”

“Si ECODIESEL decidiera aceptar esta Oferta, deberán [sic] remitir a DEDINI, durante el término de vigencia de la misma, una Orden de Compra. Dicha Orden de Compra deberá estar debidamente suscrita por el representante legal o apoderado de ECODIESEL y deberá adjuntar el o los documentos que acrediten su representación. Cualquier otra forma de aceptación, expresa o tácita, será considerada como un rechazo de esta Oferta.”

11. Sobre la aceptación en referencia, si bien no se allegó al Proceso la Orden de Compra, en el documento denominado “*Acta de Inicio de Obras*”⁴⁸ se señaló:

“... con el objeto de iniciar actividades de inicio de obra de conformidad con lo establecido en el artículo 31 – Condiciones de Pago de la oferta comercial de fecha diciembre 19 de 2007 de DEDINI S.A: Industrias de Base **y aceptada por Ecodiesel Colombia S.A. según Orden de Compra No. 2 de fecha diciembre 21 de 2007.**” (Enfasis añadido).

12. Por consiguiente el Tribunal concluye que, en punto a la aceptación, se tipificó lo que al respecto señala la doctrina:

“La aceptación es el acto mediante el cual el destinatario de la oferta manifiesta, expresa o tácitamente, su conformidad con ella, es decir, que la consiente **y hace suyos los efectos que le corresponden.**”⁴⁹ (Enfasis añadido).

⁴⁸ Ibíd. – Anexo E-5.

⁴⁹ Pedro Octavio Munar Cadena, Formación del contrato, *Derecho de las Obligaciones*, Tomo I, Marcela Castro de Cifuentes, Coord., Bogotá, Ediciones Uniandes y Editorial Temis S.A., 2009, página 397.

13. Y ello, por supuesto, y al tenor del artículo 864 del Código de Comercio ("C. Cio."),⁵⁰ determina la formación de un contrato, que en este caso revistió la connotación de *ECPM*⁵¹ y, por ende, *atípico*, encaminado al diseño, construcción, suministro de equipos y puesta en marcha de una planta de producción de biodiesel en la ciudad de Barrancabermeja, Colombia.
14. Sobre la interpretación de los contratos atípicos, el Tribunal quiere traer a colación lo que hubo de señalar la Corte Suprema de Justicia ("Corte Suprema" o "C.S.J."):

"Cuando un contrato no se encuentra descrito en un tipo legal y, subsecuentemente, no está especialmente regulado por el ordenamiento, se denomina atípico. Por consiguiente, dada esa peculiaridad, las dificultades que rodean los contratos atípicos son fundamentalmente dos: de un lado, la de precisar su admisión y validez, habida cuenta que es necesario establecer que su función económico-social se encuentra conforme con los principios ético-jurídicos rectores del ordenamiento; y, de otro, la de establecer las reglas jurídicas que los disciplinan.

En relación con este último aspecto, es decir, la disciplina normativa del contrato atípico, cabe destacar que **deben atenderse, preferentemente, dada su singular naturaleza, las cláusulas contractuales ajustadas por las partes contratantes**, siempre y cuando, claro está, ellas no sean contrarias a disposiciones de orden público. Así mismo, les son aplicables, tanto las normas generales previstas en el ordenamiento como

⁵⁰ "El contrato es un acuerdo entre dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial y, salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que este reciba la aceptación de la propuesta.

Se presumirá que el oferente ha recibido la aceptación cuando el destinatario pruebe la remisión de ella dentro de los términos fijados por los artículos 850 y 851."

⁵¹ Sigla en idioma inglés que significa "engineering, procurement, construction and management" que en español se aproximaría a un contrato atípico de ingeniería, aprovisionamiento y gerencia de un proyecto de construcción, propio de la industria del petróleo.

comunes para todas las obligaciones y contratos, como las originadas en los usos y prácticas sociales; y, finalmente, mediante un proceso de auto integración, los del contrato típico con el que guarde alguna semejanza relevante.”⁵² (Enfasis añadido).

15. A su turno –y como también se indicó anteriormente– las Partes suscribieron el 20 de febrero de 2009 el Otrosí No. 1 a la Oferta Comercial,⁵³ donde explícitamente se señala que como resultado de esta las Partes habían celebrado un contrato.
16. Ulteriormente, el 13 de abril de 2009, las Partes suscribieron el Otrosí No. 2 a la Oferta,⁵⁴ donde expresamente se consigna que, como resultado de la aceptación de esta por parte de Ecodiesel, las Partes habían celebrado un contrato.
17. El 17 de abril de 2009, Dedini le remitió a Ecodiesel la Oferta Modificatoria,⁵⁵ lo cual fue seguido por la remisión el 15 de octubre de 2009 –también por Dedini a Ecodiesel– de la Oferta Modificatoria No. 2.⁵⁶
18. En este último documento, Dedini aludió a los diferentes hitos contractuales, valga decir:
 - a. La Oferta Comercial y su aceptación por Ecodiesel;⁵⁷
 - b. La suscripción de los Otrosíes Nos. 1 y 2;⁵⁸ y

⁵² Corte Suprema – Sentencia del 22 de octubre de 2001.

⁵³ Memorial del Demandante – Anexo E-6.

⁵⁴ *Ibíd.* – Anexo E-7.

⁵⁵ *Ibíd.* – Anexo E-8.

⁵⁶ *Ibíd.* – Anexo E-9.

⁵⁷ Consideración No. 1.

⁵⁸ Consideración No. 3 (a) y (b).

c. El acuerdo convenido en la Oferta Modificatoria.⁵⁹

19. Al respecto, y si bien, contrario a los Otrosíes Nos. 1 y 2, en la Oferta Modificatoria y en la Oferta Modificatoria No. 2, no aparece la firma de Ecodiesel, para el Tribunal es evidente que se produjo la aceptación de estas por parte de Ecodiesel, no solo por la inequívoca referencia al vínculo contractual proveniente de la Oferta Comercial –que, como atrás se mencionó, aparece en los Otrosíes– sino al explícito reconocimiento hecho por una y otra Parte en el sentido de que la Oferta Modificatoria y la Oferta Modificatoria No. 2 hacen parte de su relación contractual.⁶⁰
20. Por consiguiente, el Tribunal concluye que el vínculo contractual entre las Partes (genéricamente, el “Contrato”), está conformado por la oferta comercial del 19 de diciembre de 2007, el Otrosí No. 1, el Otrosí No. 2, la Oferta Modificatoria y la Oferta Modificatoria No. 2,⁶¹ documentación a cuya luz se fijará el alcance de las obligaciones y derechos asumidos por una y otra Parte, debiendo destacarse

⁵⁹ Consideración No. 4.

⁶⁰ Cf., p. ej., comunicación de Dedini del 31 de octubre de 2009 (Memorial del Demandante, Anexo E-22) y comunicación de Ecodiesel del 2 de diciembre de 2009 (Memorial del Demandante, Anexo E-24).

Precisa el Tribunal que el consentimiento de Dedini al proponer las modificaciones de la Oferta no aparece viciado (error, fuerza o dolo), o que tales vehículos negociales atentaran contra el orden público o las buenas costumbres, o que faltara alguno de sus elementos esenciales para proceder a declarar de oficio su ineficacia, aspecto que, por demás, nunca fue siquiera esbozado por las Partes.

⁶¹ Para el Tribunal es importante precisar que, en el presente caso no ha operado el fenómeno de la coligación negocial, toda vez que los otrosíes y las ofertas modificatorias no constituyen o contienen programas contractuales diferentes al contrato sub examine o, en otras palabras, no se trata de un conjunto o de una pluralidad de contratos de la cual se pueda desprender o esperar algún ligamen o hilo conductor específico o complejo para orquestar una misma operación económica.

Sobre el requisito de la pluralidad de contratos para la configuración de un entrelazamiento contractual, Emilio Betti enseña:

“El problema, enunciado en términos rigurosamente jurídicos, radica en ver cuándo y por qué se deba reconocer un negocio único con pluralidad de declaraciones y cuando, en cambio, nos encontramos ante una multiplicidad de negocios, unidos en un supuesto de hecho complejo, por nexos que no excluyen el valor autónomo de cada uno.”

(Emilio Betti, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Granada, Editorial Comares, 2010, página 251).

En el presente caso, el Tribunal observa que los otrosíes y las ofertas modificatorias de la Oferta Comercial, son realmente un cúmulo de declaraciones que se expresan en un mismo universo contractual y no un grupo multidimensional de contratos.

como particularmente relevantes a los fines de este Arbitraje, las siguientes estipulaciones:

a. § 4.1 "Objeto":

"El objeto de la presente Oferta lo constituye la prestación de todos los servicios y la realización de todas las obras necesarias asociadas al diseño básico y de detalle, suministros y construcción y Montaje del OSBL la construcción y Montaje del ISBL, la entrega de los Equipos del OSBL, la entrega del OSBL de la Planta, la entrega de los Equipos ISBL DEDINI, Construcción de la Planta y construcción y entrega de Utilitarios, la Gerencia Técnica Integral del proyecto de manera que se asegure una adecuada integración del OSBL y del ISBL, así como las demás actividades previstas en la presente Oferta o sus anexos, incluyendo adicionalmente pero sin limitarse a las garantías de calidad y operación asociadas. Igualmente, hacen parte del objeto de esta Oferta los Servicios Técnicos."⁶²

b. § 12.1 "Plazo para Ejecución de las Labores Contratadas – Firma del Certificado de Entrega"

"Una vez expedida la Orden de Compra por ECODIESEL, DEDINI tendrá como máximo catorce (14) meses contados a partir de la Fecha de Inicio (dicha fecha incluida), para completar la totalidad de las labores objeto de la presente Oferta. Para efectos de claridad, la fecha contenida en el Certificado de Entrega OSBL y Certificado de Entrega de la Planta debidamente suscrito por ECODIESEL será la única prueba respecto del cumplimiento de esta obligación. Sólo en caso de que el Certificado de Entrega de la Planta no haya sido suscrito por ECODIESEL por causas de incumplimiento por parte de DESMET, y asegu-

⁶²

Para los términos definidos en esta cláusula, cf. lo señalado al efecto en la Oferta Comercial (§ 1).

rándose que la responsabilidad a cargo de DEDINI ha sido cumplida a cabalidad, podrá darse por cumplida esta obligación y así se hará constar en el Certificado de Entrega de la Planta.

El detalle del Cronograma del Proyecto será definido por DEDINI y ECODIESEL en la Reunión de Iniciación. No obstante lo anterior, dicho cronograma deberá cumplir con lo dispuesto anteriormente, el Cronograma de Actividades y el Programa de Entregas. A continuación se presentan las actividades e hitos que servirán como guía para la elaboración del Cronograma del Proyecto”⁶³

Como atrás se expuso, este plazo fue ampliado sucesivamente, así:

- i. Hasta el 14 de abril de 2009 (Otrosí No. 1);⁶⁴
- ii. Hasta el 30 de abril de 2009 (Otrosí No. 2);⁶⁵
- iii. Hasta el 16 de noviembre de 2009 (Oferta Modificatoria);⁶⁶ y
- iv. Hasta el 31 de enero de 2010 (Oferta Modificatoria No. 2).⁶⁷

c. § 30 “Precio”:

“El Precio Total de la Oferta es la suma de VEINTIÚN MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$ 21,250,000),⁶⁸ que será pagadera

⁶³ Igualmente, para los términos definidos en esta cláusula, cf. lo señalado al efecto en la Oferta Comercial (§ 1).

⁶⁴ Memorial del Demandante – Anexo E-6.

⁶⁵ *Ibíd.* – Anexo E-7.

⁶⁶ *Ibíd.* – Anexo E-8.

⁶⁷ *Ibíd.* – Anexo E-9.

⁶⁸ A lo largo de este Laudo se podrán identificar los dólares norteamericanos con la expresión “**US\$**”, **sigla que, además, será la utilizada para fines de establecer el monto de los cálculos y de las condenas expresadas en tal moneda.**

de la siguiente forma: (i) en Dólares de los Estados Unidos de América, la suma de SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL DÓLARES (USD\$ 7,450,000); y (ii) en Pesos Colombianos, la suma de VEINTIOCHO MIL DOSCIENTOS NOVENTA MILLONES DE PESOS (COP\$ 28,290,000,000), equivalentes a Trece Millones Ochocientos Mil Dólares (USD\$ 13,800,000) convertidos a una tasa de Dos Mil Cincuenta Pesos (COP\$ 2,050) pesos por dólar. La porción en pesos colombianos (COP\$ 28,290,000,000) es fija y no tendrá ningún ajuste por efectos de la variación en la tasa de cambio peso – dólar. El Precio Total de la Oferta no incluye ningún tipo de impuestos en Colombia. Las condiciones de pago de las anteriores sumas se establecen en el artículo siguiente. El Precio Total de la Oferta corresponde a la suma total pagadera por ECODIESEL por las labores bajo la presente Oferta y no se encuentra sujeta a revisión o modificación de ninguna clase. (....).”

d. § 31.2 “*Términos de Pago*”:

“Todos los pagos serán realizados por ECODIESEL a DEDINI, a través de transferencia electrónica de fondos, en la(s) cuenta(s) bancaria(s) designadas previamente por DEDINI por escrito y dentro de los quince (15) días siguiente a la recepción de la factura respectiva por parte de DEDINI. Los gastos bancarios incurridos fuera de Colombia serán a cargo de DEDINI, mientras que los gastos bancarios incurridos en Colombia serán a cargo de ECODIESEL. Se entenderá que ECODIESEL ha cumplido con sus obligaciones de pago cuando suministre a DEDINI evidencia de la orden de giro, incluyendo número swift y demás información necesaria para transferencias electrónicas de fondos.

Sujeto al procedimiento previsto en el Anexo 27 de esta Oferta, las Partes acuerdan que en lo que respecta a la provisión de servicios o equipos por parte de proveedores o subcontratistas

nacionales de DEDINI para la ejecución de las labores contratadas, las sumas debidas a estos por DEDINI, previa aprobación e instrucción de DEDINI, podrán ser pagadas directamente por ECODIESEL y descontadas o con cargo a las sumas pagaderas en Pesos Colombianos a DEDINI de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30. Sin perjuicio de lo anterior, se deja expresa constancia que el pago por parte de ECODIESEL de las sumas debidas por DEDINI a cualquier proveedor o subcontratista, no libera a DEDINI de su responsabilidad por las labores de dichos proveedores o subcontratistas en los términos de la presente Oferta.”

e. § 32 “Obligaciones de Resultado”:

“DEDINI expresamente reconoce y acuerda que todas y cada una de sus obligaciones bajo la presente Oferta y aceptadas mediante la Orden de Compra, son obligaciones con un propósito específico y que el debido y cabal cumplimiento de la operación de la Planta son obligaciones de la esencia de la presente Oferta. Teniendo en cuenta lo dispuesto anteriormente, las obligaciones de DEDINI serán de resultado y no de medio. DEDINI responderá hasta por culpa leve en el desarrollo de sus labores.”

B.2 Cumplimiento contractual de Ecodiesel

21. A los fines de la aplicación del artículo 1546 del Código Civil (“C.C.”),⁶⁹ y en prevención de un eventual recurso a la *excepción de contrato no cumplido*,

⁶⁹ “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”

consagrada en el artículo 1609 de la misma codificación,⁷⁰ Ecodiesel ha postulado que cumplió cabalmente el Contrato, particularmente las obligaciones de pago a su cargo.⁷¹

22. En vista de lo anterior y, máxime cuando una de las Pretensiones apunta a que se declare que Ecodiesel le pagó a Dedini el monto agregado de US\$7.200.000 mas \$ 24.912.426.186 "*correspondiente a la proporción efectivamente ejecutada por DEDINI del objeto del contrato...*",⁷² el Tribunal se ocupa de este tópico en los términos que siguen:
- a. De conformidad con el dictamen pericial rendido por el ingeniero Rafael Torres ("Dictamen Técnico" o "Peritaje Técnico"),⁷³ para la fecha de expiración de la última extensión acordada entre las Partes (31 de enero de 2010), la labor a cargo de Dedini tenía un faltante del 8.93%,⁷⁴ porcentaje que, como se indica más adelante, se considera acreditado.
 - b. A su turno, según el dictamen pericial rendido por la sociedad Integra Auditores y Consultores S.A. a través del ingeniero Carlos Andrés Sanabria ("Dictamen Contable" o "Peritaje Contable"),⁷⁵ se comprobaron pagos efectuados por Ecodiesel por valor de US\$ 7.200.000, directamente a Dedini, y por \$ 33.185.939.524 efectuados a terceros (proveedores y

⁷⁰ "En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos."

⁷¹ Cf. Alegato del Demandante, páginas 9 a 11.

⁷² El texto completo de esta Pretensión aparece en el Capítulo IV del Laudo, pero para facilidad se reproduce a continuación:

"50. Que se declare que Ecodiesel pagó a DEDINI, o a su orden, las sumas de siete millones doscientos mil dólares (USD 7.200.000), más veinticuatro mil novecientos doce millones cuatrocientos veintiséis mil ciento ochenta y seis pesos (COP 24.912.426.186) o la que resulte probada en el trámite arbitral correspondiente a la proporción efectiva-mente ejecutada por DEDINI del objeto del contrato que se formó mediante la aceptación, por Ecodiesel, de la oferta mercantil enviada por DEDINI a Ecodiesel el 19 de diciembre de 2007."

⁷³ Memorial del Demandante – Anexo E-43.

⁷⁴ Cf. Dictamen Técnico, página 4.

⁷⁵ Memorial del Demandante – Anexo E-44.

subcontratistas de Dedini),⁷⁶ hechos en virtud de lo previsto en el párrafo final de la atrás citada § 31.2 del Contrato.

- c. Este, por su parte, contemplaba un valor total de US\$ 21.250.000, distribuido en:
 - i. US\$ 7.450.000, pagaderos en moneda norteamericana; y
 - ii. El saldo, esto es US\$ 13.800.000, pagadero en moneda colombiana, utilizando la conversión de US\$1 = \$ 2.050, para un total de \$ 28.290.000.000.
- d. Respecto de la porción pagadera en dólares norteamericanos, Ecodiesel ha señalado –y no aparece en el Proceso documento que lo desvirtúe– que los US\$ 250.000 faltantes para cubrir los \$ 7.450.000, fueron cancelados en moneda colombiana y en forma directa a contratistas y proveedores de Dedini, lo cual explicaría un pago por \$ 512.500.000 (250.000 x 2.050).
- e. Si se convirtiera el valor total del Contrato a pesos colombianos, se tendría un monto total de \$ 43.562.500.000 (21.250.000 x 2.050) y, por ende, el 8.93% no ejecutado ascendería a \$ 3.890.131.250, lo cual se traduciría en un precio de **\$ 39.672.368.750** a cargo de Ecodiesel.
- f. Si este valor se disminuye en \$ 14.760.000.000, que es el equivalente en moneda nacional de los pagos hechos en moneda norteamericana (7.200 x 2.050), se llega a la cifra de \$ 24.912.368.750, como saldo a cargo de Ecodiesel por la parte del Contrato ejecutada por Dedini.

⁷⁶ Cf. Dictamen Contable, páginas 1 y 2.

Debe advertirse que, si bien el Dictamen Contable no indica de manera específica que tales pagos se hubieran realizado por razón de la ejecución de la Oferta Comercial (se tomó en cuenta "la fecha, el valor y el destinatario del pago"), de la correspondencia aportada al Proceso no aparece reparo por parte de Dedini en el sentido de que Ecodiesel le hubiera hecho pagos a terceros distintos de sus proveedores o contratistas, sino que no se pagara la cantidad suficiente.

g. Esta última cifra, a su turno, es ligeramente inferior a la que Ecodiesel solicita se declare como pagada en pesos colombianos "*correspondiente a la proporción efectivamente ejecutada por DEDINI del objeto del contrato...*", y, en todo caso, **inferior** a los \$ 33.185.939.524, de que da cuenta el Dictamen Contable, como monto de los pagos hechos por Ecodiesel en moneda nacional a proveedores y subcontratistas de la Convocada.

23. Corolario de lo expuesto con anterioridad es, entonces, que no halla el Tribunal incumplimiento por parte de Ecodiesel, circunstancia que, a su turno, conduce a la prosperidad de la Pretensión a que se ha hecho referencia.

B.3 Incumplimiento contractual de Dedini. Pretensiones declarativas al efecto

24. Como se indicó en el Capítulo IV *supra*, dentro del grupo de "*Pretensiones relativas a la Planta por parte de Ecodiesel*" figura la siguiente:

"49. Que se declare que DEDINI incumplió la obligación de ejecutar la totalidad del objeto contractual y, en particular, la obligación de ejecutar la 'Entrega de la Planta', pactada en el contrato que se formó mediante la aceptación, por Ecodiesel, de la oferta mercantil enviada por DEDINI el 19 de diciembre de 2007, al llegar la ejecución de la Planta, a esa fecha, a un avance inferior en 8,93% al pactado o, en su defecto, el que encuentre probado el Tribunal."

25. Para fundamentar esta Pretensión **declarativa** la Demandante expuso lo que a continuación se reseña:

a. Que el plazo para la ejecución de las obligaciones de Dedini, momento en el cual se esperaba que se llevara a cabo la Entrega de la Planta – según la definición contenida en el Contrato y atrás transcrita– era el 21

de febrero de 2009, de acuerdo con lo dispuesto en la precitada § 12.1, fecha en la cual Dedini no llevó a cabo tal entrega.

A tal efecto, el Demandante se refiere a los testimonios ("Testimonios") de los ingenieros Oscar Iván Urrea, Gerente General de Ecodiesel para el momento de la celebración y ejecución del Contrato,⁷⁷ y Carlos Alberto Rico, asesor de la Gerencia para esa misma época.⁷⁸ Así mismo señaló que el Dictamen Técnico específicamente da cuenta de que a noviembre de 2008 ya se presentaba un "*atraso notable en las obras, aproximadamente 14% por debajo de lo programado*".⁷⁹

- b. Que en el mismo mes de noviembre de 2008 se hicieron evidentes importantes falencias en el cálculo de las estructuras metálicas de los edificios de *Refino* y *Biodiesel*, que fueron explicados por el ingeniero Rafael Darío Villa en su Testimonio,⁸⁰ hecho que fue reconocido y aceptado por Dedini, al suscribir la Oferta Modificatoria y se refleja también en la comunicación del 29 de abril de 2009,⁸¹ suscrita por Sergio Leme dos Santos, representante legal de la Convocada. Señala que como alternativa, para enmendar su error y subsanar el incumplimiento contractual en que estaba incurso, Dedini resolvió desmontar las estructuras defectuosas y fabricarlas nuevamente en una planta de su propiedad en Brasil.
- c. Que el error en el cálculo de las estructuras impactó tan gravemente el cronograma contractual que fue necesario reprogramarlo en cuatro ocasiones, por medio del Otrosí No. 1, el Otrosí No. 2, la Oferta Modificatoria y la Oferta Modificatoria No. 2. Finalmente, el último plazo pactado para la Entrega de la Planta fue el 31 de enero de 2010, sin que en esa fecha

⁷⁷ Memorial del Demandante – Anexo E-47.

⁷⁸ Ibíd. – Anexo E-46.

⁷⁹ Dictamen Técnico – Página 2.

⁸⁰ Memorial del Demandante – Anexo E-45.

⁸¹ Ibíd. – Anexo E-17.

Dedini la hubiera llevado a cabo. A dicha fecha la Demandada había dejado de ejecutar el 8,93% del objeto contractual, según aparece en la conclusión No. 4 del Dictamen Técnico.⁸²

- d. Tratándose de obligaciones de resultado, corresponde al deudor incumplido demostrar que el incumplimiento ha tenido lugar como consecuencia de un hecho extraño a su conducta, advirtiendo que toda vez que a la luz de lo establecido en el artículo 1608 (1) del C.C.,⁸³ Dedini se encontraba en mora de cumplir sus obligaciones, en aplicación de lo establecido en los artículos 1604 y 1616 de esa misma codificación,⁸⁴ no podía excusarse de su incumplimiento sino mediante la demostración de

⁸² Dictamen Técnico – Página 4.

⁸³ El texto completo de este artículo es:

“El deudor está en mora:

1º) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora;

2º) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;

3º) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”

⁸⁴ “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.”

Y

“Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios.

Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.”

una causa extraña, circunstancia que no se ha producido o, siquiera, alegado.

- e. Respecto de la determinación del dolo o culpa del deudor, en relación con las obligaciones de resultado impera un régimen de culpa presunta, cuya contradicción corresponde a Dedini, que no podrá excusar su incumplimiento a menos que demuestre que el mismo tuvo lugar por una causa extraña a su conducta, lo cual, vistos los antecedentes fácticos de este asunto, no es el caso.
- f. Ni siquiera durante la ejecución del Contrato aparece, entre la copiosa correspondencia cruzada entre las Partes, una justificación razonada y soportada que pudiera exonerar a Dedini de asumir la responsabilidad que se le exige en este Arbitraje.
- g. En ausencia de prueba respecto de una causa extraña que libere a Dedini del cumplimiento de sus obligaciones, resulta claro que el incumplimiento objeto de este Proceso le es imputable, por haber tenido lugar con ocasión de su conducta culposa.

26. Visto lo anterior, el Tribunal pone de presente las consideraciones que siguen.

27. Como ya se dijo en otro aparte de este Laudo, en la § 4.1 de la Oferta ("*Objeto*") se pactó lo siguiente:

"El objeto de la presente Oferta lo constituye la prestación de todos los servicios y la realización de todas las obras necesarias asociadas al diseño básico y de detalle, suministros y construcción y Montaje del OSBL la construcción y el montaje del ISBL, la entrega de los equipos de OSBL, la Entrega del OSBL de la Planta, la entrega de los Equipos ISBL DEDINI, Construcción de la planta y construcción y entrega de Utilitarios, la Gerencia Técnica Integral del Proyecto de manera que se asegure una adecuada integración del OSBL y del ISBL, así como las demás

actividades previstas en la presente Oferta o sus anexos, incluyendo adicionalmente pero sin limitarse a las garantías de la calidad y operación asociadas. Igualmente hacen parte del objeto de esta Oferta los Servicios Técnicos.”

28. A su turno, dentro de la § 4.2 *ibidem* (“Alcance del trabajo de DEDINI”) se estipuló:

“El alcance de los trabajos de DEDINI serán los descritos en el Anexo 1 a la presente Oferta. Dichos trabajos incluyen todos los servicios, entre ellos la Gerencia Técnica Integral, el suministro de los Equipos ISBL DEDINI, EQUIPOS OSBL y trabajos que usual y necesariamente se relacionan con el cumplimiento y desarrollo de dichas actividades. No se aceptarán ni considerarán trabajos adicionales en los términos del artículo 5, aquellos que se encuentren estrictamente relacionados en el Anexo 1. Se entienden dentro del alcance del trabajo de DEDINI las siguientes actividades principales, se encuentren o no comprendidas dentro del Anexo 1: (...)

(x) Construcción de la Planta: DEDINI será el responsable y encargado de la realización de todas las labores de construcción de la planta, incluidos el ISBL y el OSBL de la misma, labores que deben incluir la preparación del área en donde se construirá la totalidad de la Planta (incluidos estudios de suelos y topográficos para diseño, permisos o licencias ambientales y de construcción), obras civiles, estructurales y arquitectónicas, fundaciones, excavaciones, etc., edificios, estructuras, plataformas, edificaciones, zonas de almacenamiento, de descargue de materias primas e insumos y de cargue de productos, etc.”

29. Por su parte, en la precitada § 12.1 de la Oferta (“Plazo para Ejecución de las Labores Contratadas – Firma del Certificado de Entrega”) se dispuso:

“Una vez expedida la Orden de Compra por ECODIESEL, DEDINI tendrá como máximo catorce (14) meses contados a

partir de la Fecha de Inicio (dicha fecha incluida),⁸⁵ para completar la totalidad de las labores objeto de la presente Oferta. Para efectos de claridad, la fecha contenida en el Certificado de Entrega OSBL y Certificado de Entrega de la Planta debidamente suscrito por ECODIESEL será la única prueba del cumplimiento de esta obligación.”.

30. De esta manera Dedini tenía catorce (14) meses para ejecutar las labores pactadas en el Contrato, las que incluían la Entrega de la Planta, plazo que se contaba a partir de la aceptación por parte de Ecodiesel de la Oferta mediante el envío de una Orden de Compra.
31. Sobre dicha Orden de Compra, el Tribunal se remite a lo atrás consignado al respecto (acápites B.1 *supra*), valga decir:

“[S]i bien no se allegó al Proceso la Orden de Compra, en el documento denominado “Acta de Inicio de Obras” se señaló:

“... con el objeto de iniciar actividades de inicio de obra de conformidad con lo establecido en el artículo 31 – Condiciones de Pago de la oferta comercial de fecha diciembre 19 de 2007 de DEDINI S.A: Industrias de Base **y aceptada por Ecodiesel Colombia S.A. según Orden de Compra No. 2 de fecha diciembre 21 de 2007.**” (Enfasis añadido).

32. Por ende, es consistente la mención y reconocimiento de las Partes de que el plazo contractual expiraba el 21 de febrero de 2009, como consta en el Considerando 5º del Otrosí No 1.⁸⁶

⁸⁵ Según las Definiciones contenidas en la § 1 de la Oferta Comercial “Fecha de Inicio’: Significa la fecha en que se emite la Orden de Compra por ECODIESEL como aceptación de la presente Oferta.”

⁸⁶ “Que el plazo contractual para la ejecución del Contrato vence el día veintiuno (21) de febrero de 2009 de acuerdo con el cronograma de trabajo que se encuentra actualmente vigente según Anexo No. 16 del Contrato (en adelante el ‘Cronograma Vigente’).”

33. Ahora bien, como se reseñó en el Capítulo II *supra*, dicho plazo fue ampliado en varias oportunidades, debiéndose destacar lo siguiente:
- a. La ampliación hasta el 14 de abril de 2009 de que da cuenta el Otrosí No. 1 se fundamentó, al tenor de sus Considerandos Nos. 2 y 3,⁸⁷ en demoras por causas ajenas a las Partes y en el incumplimiento de Dedini por razón de errores de cálculo en el diseño de las estructuras de los edificios de *Refino* y *Biodiesel*.
 - b. La extensión del plazo contractual hasta el 30 de abril de 2009, estipulada en el Otrosí No. 2, tenía, de conformidad con su Considerando No. 3, el "*único fin de extender el plazo del Contrato, establecido en el Otrosí No. 1, de tal manera que puedan terminarse las negociaciones adelantadas.*"
 - c. El fundamento de la extensión hasta el 16 de noviembre de 2009, consignada en la Oferta Modificatoria aludía a los errores de cálculo en el diseño de las estructuras de los edificios de *Refino* y *Biodiesel* imputables a Dedini, así como a retrasos presentados por causas no imputables a la Convocada.⁸⁸

⁸⁷ "2. Que durante el transcurso de los trabajos se han presentado demoras por causas ajenas a las Partes y otros incumplimientos atribuibles a DEDINI;

3. Que entre los incumplimientos y demoras atribuibles a DEDINI, se encuentra incumplimiento derivado de los errores de cálculo ocurridos en el diseño de las estructuras de los edificios de Refino y Biodiesel según le informó CODIESEL a DEDINI en comunicación 01-2009-050-01-04 del 6 de febrero de 2009."

⁸⁸ Las Consideraciones Nos. 2 y 3 de este documento señalaban:

"2. Durante la ejecución de la Oferta Mercantil las Partes han advertido la existencia de **errores de cálculo** en el diseño de las estructuras de los edificios de Refino y Biodiesel **imputables única y exclusivamente a DEDINI que han generado retrasos en la entrega del Proyecto.**

3. Que las Partes reconocen que, adicionalmente, durante la ejecución de la Oferta Mercantil, y hasta la fecha de suscripción de la presente Oferta Mercantil Modificatoria, se han presentado una serie de hechos que le han impedido a DEDINI cumplir con los plazos establecidos en la Oferta Mercantil, por lo que **se produjeron retrasos en el Cronograma del Proyecto por causas no imputables a DEDINI** y que dichos retrasos suman sesenta y ocho (68) días calendario." (Énfasis añadido).

- d. Finalmente, respecto de la extensión hasta el 31 de enero de 2010, acordada en la Oferta Modificatoria No. 2:
- i. Se indicó que incluía los días a que tenía derecho Dedini por razón de demoras que no le eran imputables y adicionalmente se previeron una serie de causas que darían lugar a la modificación del plazo, incluyendo una sanción para el caso en que no se entregara la Planta en el plazo pactado, salvo que ello ocurriera por una de las circunstancias indicadas;⁸⁹
 - ii. Como fundamento para prorrogar la fecha de entrega, las Partes nuevamente señalaron las demoras por los errores de cálculo en el diseño imputables a Dedini y la manifestación de esta acerca de que por causas que le eran imputables, así como por otras que no lo eran, no le era posible entregar la planta el 16 de noviembre de 2009;

89

Dispone tal texto:

“PRIMERA.- Fecha de entrega. DEDINI tendrá como nueva fecha límite para llevar a cabo la Entrega de la Planta, el día treinta y uno (31) de enero de dos mil diez (2010) de conformidad con el Cronograma del Proyecto que se incorpora a este documento como parte integral del mismo como Anexo No. 1; en tal sentido se modifica la fecha límite establecida en el Artículo 12.1 de la Oferta Mercantil, acorde con las nuevas fechas establecidas en el Anexo No. 1. Esta ampliación de plazo incluye los días a que tiene derecho DEDINI en razón de todas las demoras que hayan ocurrido hasta la fecha y que no le sean imputables y es el único reconocimiento que DEDINI recibirá por dichas demoras en la ejecución de la Oferta Mercantil y sus Modificaciones, Este nuevo plazo sólo podrá cambiar en función de las siguientes situaciones: (i) afectación de las obras por fuga de gases; y (ii) afectación de las obras por paro o huelga de la USO; (iii) situaciones no motivadas por culpa exclusiva de DEDINI y/o fuera de su control o voluntad; (iv) cualquier otra situación que de acuerdo con la ley colombiana otorgue a DEDINI ese derecho. Semanalmente las Partes se reunirán para revisar y formalizar mediante actas los posibles retrasos que tuviesen lugar. La reunión deberá realizarse el día viernes de cada semana. Si por algún motivo la reunión no se pudiese realizar el viernes, se adelantará al jueves de la misma semana. En la reunión deberá participar un representante de DEDINI y otro de ECODIESEL, formalmente designados por cada una de las partes”.

La Entrega de la Planta en una fecha posterior al día treinta y uno (31) de enero de dos mil diez (2010), generará para DEDINI la obligación de pagar a ECODIESEL la suma de ochocientos setenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$875.000) independientemente del régimen de multas y cláusula penal previsto en la Oferta Mercantil y sus Modificaciones. Esta obligación reemplaza la contenida en el parágrafo 2 de la cláusula CUARTA de la Oferta Mercantil Modificatoria, consistente en pagar esta suma en caso de que la entrega de la planta se produjera con posterioridad al dieciséis (16) de noviembre de dos mil nueve (2009). DEDINI no estará obligada a pagar esta suma si el incumplimiento del plazo está justificado en su totalidad por las situaciones descritas en los ítems '(i)', '(ii)'; '(iii)' y '(iv)' anteriores.”

- iii. Dedini reconoció que este hecho le imponía la obligación de pagar la suma de US \$ 875.000 a Ecodiesel;⁹⁰ y
 - iv. Se pactó un mecanismo de financiación de la obra por parte de Ecodiesel dados los problemas de liquidez de Dedini.
34. De esta manera es claro que durante la ejecución de la Oferta Comercial se presentaron diferentes dificultades que ocasionaron atrasos en la Entrega de la Planta: de una parte, errores de diseño por parte de Dedini y, de la otra, circunstancias no imputables a la Convocada, todo lo cual llevó a las Partes a modificar la fecha final de entrega y establecer, por último, y en la Oferta Modificatoria No 2 el 31 de enero de 2010.
35. También es claro para el Tribunal que en dicha fecha no se entregó la Planta, como se desprende:
- a. De la comunicación del 3 de febrero de 2010 donde Ecodiesel le notificó a Dedini que se había vencido el plazo sin la entrega acordada;⁹¹
 - b. De la comunicación de Dedini del 12 de febrero de 2010 en la que le expresó a Ecodiesel que no había como imputarle responsabilidad por la no entrega de la Planta el 31 de enero de 2010,⁹² reconociendo de este modo la no entrega en la fecha pactada; y

⁹⁰ La Consideración No. 8 de este documento dispone:

"8. Que DÉDINI reconoce que este hecho genera para ella la obligación de pagar a ECODIESEL la suma de ochocientos setenta y cinco mil dólares (US \$ 875,000), de acuerdo con la estipulación contenida en la cláusula CUARTA, párrafo segundo, de la Oferta Mercantil Modificatoria."

⁹¹ Memorial del Demandante –Anexo E-34, donde se indica:

"Por medio de la presente me dirijo a usted con el fin de notificarle que el día treinta y uno (31) de enero de dos mil diez (2010) terminó el plazo de ejecución de la Oferta Mercantil de la referencia, sin que DEDINI haya cumplido con la obligación de realizar, para esa fecha, la Entrega de la Planta....".

⁹² Memorial del Demandante – Anexo E-35, donde se expresa:

"Por la presente manifestamos nuestro absoluto desacuerdo a los términos de la notificación referida, puesto que como ya hemos dicho en correspondencia anterior, no hay como imputar de [sic] responsabilidad estricta a Dedini, las causas de los atrasos en la no entrega de la Planta de Biodiesel en fecha 31/01/10."

- c. Del Dictamen Técnico, en el cual, como atrás se dijo, se afirma que el 29 de enero de 2010 Dedini se encontraba 8,93% por debajo del avance programado.⁹³

Adicionalmente, no obra en el Proceso el Certificado de Entrega OSBL y Certificado de Entrega de la Planta suscrito por Ecodiesel, el cual de acuerdo con el Contrato era el documento que permitía acreditar dicha circunstancia.⁹⁴

36. Por consiguiente, está acreditado que la Planta no fue entregada en la fecha prevista en la Oferta Comercial, tal y como había sido reformada.
37. Visto lo anterior, y a la luz de la Pretensión que se examina, debe establecerse si existió o no incumplimiento de las obligaciones de Dedini al no entregar la Planta en la fecha pactada.
38. A este respecto lo primero que observa el Tribunal es que, de conformidad con la precitada § 32 de la Oferta Comercial, las obligaciones de Dedini eran de resultado.
39. A lo anterior se agrega que:

⁹³ "4. Al viernes 29 de enero de 2010, último día hábil del mes, DEDINI se encontraba 8,93% por debajo del avance programado, mayormente por causa del atraso de las pruebas y puesta en marcha de la planta. Para detalles de la distribución de avances en las diversas áreas, ver el Anexo D, "Detalles".

(Dictamen Técnico – Página 4).

⁹⁴ El artículo 12 de la Oferta Mercantil dispuso:

"...Para efectos de claridad, la fecha contenida en el Certificado de Entrega OSBL y Certificado de Entrega de la Planta debidamente suscrito por ECODIESEL será la única prueba respecto del cumplimiento de esta obligación. Sólo en caso de que el Certificado de Entrega de la Planta no haya sido suscrito por ECODIESEL por causas de incumplimiento por parte de DESMET, y asegurándose que la responsabilidad a cargo de DEDINI ha sido cumplida a cabalidad, podrá darse por cumplida esta obligación y así se hará constar en el Certificado de Entrega de la Planta."

- a. Independiente del pacto de las Partes, el carácter de resultado de la obligación corresponde a su naturaleza, pues las Partes previeron la terminación y entrega de la Planta como objeto de sus obligaciones y tal hecho no depende del alea.
- b. La obligación del artífice –en la especie Dedini– configura una típica obligación de resultado en donde la asunción de riesgos para obtener la remuneración de la obra, llega hasta el momento de la entrega a entera satisfacción del contratante.
- c. En el contrato de obra a precio único o global, la carga de conocimiento es mayor por las siguientes razones:
 - i. Es fuente de una obligación de resultado;
 - ii. El riesgo técnico, económico y financiero del proyecto lo asume por la naturaleza del negocio jurídico celebrado, el contratista;
 - iii. El derecho a la retribución del artífice se causa, no por el tiempo o los mayores esfuerzos que le ha implicado la entrega de la obra sino por su terminación; y
 - iv. El riesgo del precio lo asume el contratista ante el malogro de la obra por un defecto que por su profesión u oficio, el contratista estaba en la obligación de conocer.⁹⁵
- d. En el presente caso, la responsabilidad de Dedini era la de un profesional que se había comprometido no solo a terminar la obra sino además a entregarla en condiciones de operación y a entrenar al personal de Eco-diesel para que la pudiera operar.⁹⁶

⁹⁵ Cf. art. 2057 (3) del C.C.

⁹⁶ Dentro de las actividades a cargo de Dedini estipuladas en la § 4.2 de la Oferta Comercial se señala:
“(xix) Entrenamiento y capacitación: DEDINI proveerá servicios de capacitación y entrenamiento al personal de ECODIESEL mediante clases magistrales y entrenamiento en sitio respecto de, entre

40. Ahora bien, en materia de obligaciones de resultado la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado, reiterando pronunciamientos anteriores, que:

“[C]uando la obligación es de resultado, es suficiente la prueba del contrato.... porque prácticamente, en el momento de la valoración del material probatorio, queda demostrada la culpa del deudor ante la ausencia de toda prueba en contrario. La prueba de lo contrario en esta clase de obligaciones no libera al deudor si se refiere a la ausencia de culpa sino que debe versar sobre el caso fortuito, la fuerza mayor o la existencia de una causa extraña que no le sea imputable.”⁹⁷

41. Lo anterior indicaría que el hecho de que no se hubiera realizado dicha entrega acreditaría el incumplimiento de sus obligaciones por parte de Dedini y la responsabilidad consiguiente.
42. No obstante lo anterior, debe advertirse que la Oferta Modificatoria No 2, además de establecer la fecha límite para entregar la Planta, previó en su § Primera, una serie de circunstancias que permitían extender el plazo, así: “(i) *afectación de las obras por fuga de gases*; y (ii) *afectación de las obras por paro o huelga de la USO*; (iii) *situaciones no motivadas por culpa exclusiva de DEDINI y/o fuera de su control o voluntad*; (iv) *cualquier otra situación que de acuerdo con la ley colombiana otorgue a DEDINI ese derecho,*”.
43. Por consiguiente, si se presentó alguna de las circunstancias pactadas para extender el plazo, no podría concluirse que existió un incumplimiento por parte de Dedini por el hecho de no haberse entregado la Planta el día acordado, pues el propio Contrato preveía una ampliación del término para ello.

otros, los procesos, parámetros, procedimientos analíticos y de operación de la Planta. El alcance y demás detalles relacionados con la capacitación y entrenamiento serán definidos de mutuo acuerdo en la Reunión de Iniciación o cualquier otra que posteriormente decidan celebrar las Partes”.

⁹⁷ Corte Suprema – Sentencia del 5 de noviembre de 2013.

44. Se sigue, entonces, que como quiera que al acordar la Oferta Modificatoria No 2 las Partes fijaron nuevas reglas para regir su relación, en razón de los retrasos e incumplimientos que se habían presentado, e incluso condicionaron la aplicación de sanciones contractuales a que no se entregara la Planta el 31 de enero de 2010, para determinar si existió o no incumplimiento debe observarse la conducta de las Partes a partir de la firma de dicho documento.
45. A este respecto el Tribunal anota que de la correspondencia intercambiada entre las Partes durante la ejecución del Contrato se desprende que entre ellas existió una controversia acerca de la existencia de circunstancias imputables a Dedini o a Ecodiesel que afectaban la ejecución de las labores contratadas.
46. Así:
- a. En comunicación del 31 de octubre de 2009,⁹⁸ remitida por Dedini a Ecodiesel, aquella después de hacer referencia a la celebración de la Oferta Comercial y sus modificaciones expresó que habían existido una serie de dificultades en el desarrollo de la obra, varias de las cuales eran imputables a la Convocante. A tal efecto, Dedini:
- i. *Afirmó que "desde el 29 de septiembre de 2009 Ecodiesel bloqueó los recursos financieros necesarios para el desarrollo de la obra hecha por Dedini", impidiendo a ésta "desde entonces cumplir con sus obligaciones de los pagos de sus contratistas y proveedores."*
- ii. *Advirtió que después de firmado el documento modificadorio y a la fecha de la comunicación en referencia, "las planillas de solicitudes de pagos semanales no. [sic] 16, 17, 18, 19, 20 y 21 no han sido canceladas por Ecodiesel con sus propios recursos, lo cual está perjudicando directamente el avance de la obra."*

⁹⁸ Memorial del Demandante – Anexo E-22.

- iii. Señaló que los pagos de cada factura o cuenta de cobro se reconocían por Ecodiesel por medio de la firma de "*Acuerdo de Pago con Subrogación*" y "*Notificación de Subrogación*" por cada representante legal del contratista o proveedor y que por la falta de claridad y por no garantizar la aceptación de todos los involucrados, "*se impactó y se continúa impactando el cumplimiento de pagos e inevitablemente los avances de la obra.*"
- iv. Agregó que existían varias solicitudes de recursos no programados, pero que Ecodiesel no venía cumpliendo con tales solicitudes lo que perjudicaba las obras.
- v. Afirmó que Ecodiesel conocía "*los retrasos o pendientes de entrega de materiales eléctricos y mecánicos de responsabilidad de Desmet*",⁹⁹ añadiendo que los pendientes se justificaban "*por constantes revisiones de diseño por Desmet, debido a la optimización del proceso, ausencia de detalles, errores o por interferencias en el montaje, lo cual genera adicionales por mayores cantidades de obra y trabajos contratados por Dedini.*"
- vi. Indicó que "*Ecodiesel sabe que desde la fecha de vigencia de la Oferta Mercantil y sus Modificatorias se han presentado una serie de hechos imputables a ella, impidiendo a Dedini en [sic] cumplir sus obligaciones y plazos establecidos.*"
- vii. Advirtió que Ecodiesel no se había manifestado oficialmente respecto de las improductividades por "*constantes lluvias [y] paro por la USO*" impidiendo las labores "*y por paralizaciones parciales o evacuaciones completas de la planta por fuga de gases no identificados, conforme a lo establecido en la 2ª Oferta Mercantil Modificatoria.*"

⁹⁹

De acuerdo con el Testimonio de Oscar Iván Urrea, Desmet corresponde a la firma belga-italiana Desmet Ballestra, proveedora de la tecnología seleccionada por Ecodiesel para la Planta.

- viii. Señaló que Ecodiesel estaba al tanto de factores que ocasionaban *“improductividades como bloqueos en la portería, logística de acceso de grúas, equipos, vehículos y materiales, y limitaciones en los procesos internos y horarios de Ecopetrol.”*

Por lo anterior, en dicha comunicación Dedini solicita que se cumplan por parte de Ecodiesel las obligaciones adquiridas, con la *“liberación inmediata de los recursos por Ecodiesel”*; el *“reconocimiento por Ecodiesel de los impactos en la obra debido a las retenciones financieras”*; que una vez liberados *“los recursos financieros no sean más [sic] aplicados bloqueos por Ecodiesel”*; que Ecodiesel garantizara *“que los pagos pendientes de todas las solicitudes para contratistas y proveedores no sea vinculado [sic] con la aceptación y firma del documento legal de subrogación”, sin “crear impedimentos de pagos para aquellos que no aceptaren”*; que Ecodiesel garantizara *“el suministro de materiales mecánicos y eléctricos conforme a solicitudes de Dedini [de forma que] no afecten la dinámica de la obra y cumplimiento de lo cronograma [sic] de las [sic] contratistas”*; el reconocimiento de las improductividades *“por lluvias, fugas de gases y paro sindical presentados semanalmente”*; y el reconocimiento por Ecodiesel *“del reembolso de impuestos, retenciones y demás servicios de su responsabilidad pagos [sic] por Dedini.”*

- b. Por comunicación de noviembre 18 de 2009,¹⁰⁰ Ecodiesel:
- i. Notificó a Dedini que existía un nuevo incumplimiento que consistía en que el dinero que esta se había comprometido a invertir en la construcción de la Planta no llegó a Colombia el 13 de noviembre, como estaba previsto en la Oferta Modificatoria No. 2, sino que llegaría en el mes de diciembre.

¹⁰⁰

- ii. Agregó que poco tiempo después de firmada la Oferta Mercantil Modificatoria, Dedini advirtió que no cumpliría con el compromiso de obtener una carta de crédito *stand by* y luego informó que no podría importar divisas a Colombia desde Brasil para terminar la obra, porque regulaciones internas de ese país, ya existentes para el momento de la firma de la Oferta Mercantil Modificatoria, harían muy oneroso para Dedini este proceso.
 - iii. Señaló que tales circunstancias eran o debían ser conocidas cuando Dedini había adquirido cada uno de los compromisos y agregó que Ecodiesel había hecho todo lo que estaba a su alcance para ayudarle a Dedini en la terminación de la Planta.
 - iv. Señaló que como Dedini se había abstenido de traer a Colombia el dinero necesario para continuar con los trabajos, cuya importación se obligó a llevar a cabo para el 13 de noviembre de 2009, ello seguramente, le impediría terminar la construcción de la Planta para el 31 de enero 2010, como era su compromiso.
- c. El 8 de diciembre de 2009,¹⁰¹ Dedini le envió una comunicación a Ecodiesel, en la cual se refirió a su comunicación del pasado 31 de octubre, y:
- i. Señaló que Ecodiesel no se había pronunciado sobre ella después de 30 días.
 - ii. Anotó que Dedini había enviado a Ecodiesel el 20 de noviembre R\$ 200.000,¹⁰² a título de depósito de conformidad con la "*Cláusula Tercera, literal 'C', ítem 'a' de la Oferta Mercantil Modificatoria n° 2*", en la expectativa de que Ecodiesel cumpliera con sus obligaciones indicadas en tal documento, obligaciones que,

¹⁰¹ Ibíd. – Anexo E-25.

¹⁰² Corresponde a la moneda legal de Brasil.

afirmó, precedían la obligación de cumplir con lo dispuesto en la citada estipulación.

- iii. Señaló que Dedini venía reclamando a Ecodiesel el cumplimiento "*para posibilitar el término de la Planta*".
 - iv. Reconoció que la importación de divisas desde Brasil no era suficiente para terminar la Planta, pero agregó que ello no era suficiente para atribuir a Dedini la responsabilidad por la paralización de la obra.
 - v. Expresó que en caso de que no fueran cumplidas las obligaciones de Ecodiesel, el avance de la obra se perjudicaría por culpa de la propia Convocante, de Ecopetrol y de Desmet.
 - vi. Finalmente, señaló que si bien era cierto que la evolución de la obra en las condiciones actuales no permitía su terminación el 31 de enero de 2010, para la definición de un nuevo plazo de entrega y de los costos adicionales, requería una respuesta por parte de Ecodiesel.
- d. El 22 de diciembre de 2009,¹⁰³ Ecodiesel se refirió a la comunicación de Dedini y, fuera de no acceder a las peticiones allí formuladas, manifestó que:
- i. Era falso que hubiera bloqueado recursos financieros a Dedini, señalando que había cumplido con los términos de la Oferta Comercial.
 - ii. Dedini no señalaba en qué consistía el presunto incumplimiento de Ecodiesel, puntualizando que la responsabilidad por la financiación de la obra recaía en Dedini.

¹⁰³

- iii. Ecodiesel había anticipado desde junio de 2009, *"la totalidad de los pagos correspondientes al cumplimiento de hitos contractuales de DEDINI, con el fin de oxigenar financieramente la obra."*
- iv. Dedini había *"incumplido reiteradamente sus compromisos bajo los diferentes acuerdos que se han celebrado a lo largo del contrato."*
- v. En lo referente al pago con subrogación, Dedini estuvo de acuerdo con esta figura y firmó la Oferta Modificatoria No. 2, *"la cual permite, pero no obliga, a Ecodiesel a utilizarla."*
- vi. No era cierto que Ecodiesel hubiera incurrido en falta alguna al no contar con la aprobación previa de todos los contratistas y proveedores para la utilización del mecanismo de subrogación, puntualizando que *"es imposible obtener este tipo de aceptación de antemano y, por esa razón, la Oferta Mercantil No. 2 claramente dice sobre el particular que Ecodiesel utilizará este mecanismo o el que estime pertinente, pues ello dependerá de la voluntad de cada proveedor y contratista."*
- vii. Ecodiesel no solo había *"actuado en cumplimiento de todas las obligaciones contractuales que tiene, sino que se ha excedido en esfuerzos para suplir la desidia de DEDINI, quien dejó a la deriva una obra inundada de problemas técnicos y financieros"*.
- viii. Lo que Ecodiesel hizo en la Oferta Modificatoria No. 2 *"fue diseñar una herramienta que le permitiría ejercer el derecho, porque no tiene tal obligación, de financiar"* el Contrato cuando Dedini no lo hiciera, por lo que el único incumplimiento en esta materia correspondía a la Convocada.

- ix. En cuanto al alegado incumplimiento referente a la liberación de la nómina quincenal, seguridad social y aportes parafiscales, Ecodiesel no tenía la obligación de pagar las obligaciones de Dedini con terceros.
 - x. En cuanto a los retrasos y pendientes de entrega de materiales eléctricos y mecánicos, responsabilidad de Desmet, Dedini era el gerente del proyecto y por ello debía asegurar una adecuada administración del inventario de materiales provistos por Desmet a Ecodiesel y a su vez entregados a Dedini.
 - xi. En lo referente a las improductividades por hechos ajenos a Dedini, no había *“recibido una solicitud formal y debidamente sustentada por parte de DEDINI en esta materia.”*
- e. En comunicación del 24 de diciembre de 2009,¹⁰⁴ Ecodiesel se refirió a la comunicación de Dedini del anterior 8 de diciembre y expresó que:
- i. *“[E]l retraso principal de la obra obedecía a un error inexcusable por parte de DEDINI en el cálculo de las estructuras de los edificios de refino y biodiesel, que le vienen generando a ECODIESEL perjuicios irrecuperables.*
 - ii. *“DEDINI incumplió los compromisos adquiridos en la Oferta Mercantil Modificatoria”, destacando que “a los pocos días de la firma de la misma anunció que estaba en imposibilidad de constituir la carta de crédito stand by a la que se obligó en el parágrafo 3 de la Cláusula Cuarta de la misma”.*
 - iii. Dedini había manifestado que *“estaba en imposibilidad de financiar la obra, como era su deber contractual hacerlo.”*

¹⁰⁴

Ibíd. – Anexo E-28.

- iv. La proximidad de estos incumplimientos hacía suponer que la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones *“era clara para DEDINI aún antes de haberlas asumido [y] además había traído consigo la necesidad de suscribir la Oferta Mercantil Modificatoria número 2, la cual se encuentra, así mismo, incumplida”*.
 - v. Dedini no había importado las divisas necesarias para continuar los trabajos y se había abstenido de otorgar las fianzas que respaldarán sus obligaciones económicas.
 - vi. Todo esto había ocurrido sin que Dedini pudiera objetar en lo más mínimo la conducta contractual de Ecodiesel.
 - vii. Rechazaba el argumento según el cual Dedini tenía derecho a abstenerse de enviar el dinero a que le obligaba la Oferta Modificatoria No. 2 *“hasta tanto considere que Ecodiesel ha cumplido a cabalidad con sus propias obligaciones”*, toda vez que la incumplida era Dedini, y porque la obligación de *“importar el dinero para la obra no requiere de acción previa alguna por parte de Ecodiesel, luego mal pueden entenderse como obligaciones interdependientes.”*
 - viii. Funcionarios de Dedini habían manifestado que el dinero no se había traído a Colombia *“en razón de las dificultades de liquidez de DEDINI.”*
- f. En comunicación del 8 de enero de 2010,¹⁰⁵ Dedini le manifestó a Ecodiesel que:
- i. En reunión del pasado 5 de enero en Piracicaba, había presentado sus *“propuestas para las nuevas condiciones contractuales que*

¹⁰⁵

Ibíd. – Anexo E-29.

deberán ser consolidadas y aprobadas en común acuerdo que garanticen la terminación de la Planta de Biodiesel”.

- ii. A la fecha, la obra se encontraba en 93% de avance general.
- iii. El rendimiento se estaba perjudicando *“debido la indisponibilidad de recursos financieros por ECODIESEL, incumpliendo el flujo de caja necesario para [sic] obra y compromisos de pagos de materiales adquiridos y servicios contratados.”*
- iv. Ello se complementaba con los pendientes *“por materiales necesarios para ISBL de suministro de Desmet / ECODIESEL, constantes cambios en diseños [y] nuevos isométricos por Desmet que generan mayores cantidades de obra, dificultades en la logística de personal e ingreso de materiales”.*
- v. Por ello entendía que las nuevas fechas estimadas para culminar la obra, debían ser: *“A) OSBL - hasta 15/Febrero/10 - liberando para operación (....) B) ISBL -- B1. REFINO - hasta 31/Marzo/10- termino montaje electromecánica liberando para comisioning [sic] [y] B2. BIODIESEL - hasta 30/Abril/10- termino montaje electromecánica liberando para comisioning [sic]”.*¹⁰⁶
- vi. El pago de la multa de US\$ 2.125.000 era su responsabilidad, pero Ecodiesel renunciaría a cobrar cualquier otra penalidad contractual.
- vii. Dedini enviaría *“las fianzas empresariales”* por ese valor *“en la proporción en que Ecodiesel efectuar [sic] la liberación de los recursos financieros necesarios”.*

¹⁰⁶

El término inglés “commissioning” se traduce como “puesta en marcha” o “puesta en servicio”. (Cf. www.linguee.es/ingles-espanol).

- g. En comunicación del 22 de enero de 2010,¹⁰⁷ Ecodiesel se refirió a la carta de Dedini del anterior 8 de enero y expresó que:
- i. El avance de la obra no era el indicado por Dedini, pues al 11 de enero el avance general era del 87%.
 - ii. La responsabilidad de financiar los trabajos era en un 100% de Dedini y en la Oferta Modificatoria No. 2 se habían diseñado unos mecanismos de ayuda por parte de Ecodiesel sobre la base de que *"DEDINI ha manifestado no contar con la liquidez o la solvencia necesarias para continuar la ejecución de la Oferta Mercantil y sus Modificaciones"*, mecanismos se habían ejecutado cabalmente.
 - iii. En lo referente a los pagos anticipados Ecodiesel se había reservado el derecho, pero no había asumido la obligación de realizarlos según lo previsto *"en el Cronograma de Pagos del artículo 31.1 de la Oferta Mercantil y modificado por la cláusula SEGUNDA de la Oferta Mercantil Modificatoria."*
 - iv. En cuanto a la § 3 (b) de la Oferta Modificatoria No 2, relativa a la financiación por parte de Ecodiesel, lo que allí se previó fue que Ecodiesel invertiría \$ 3.605.024.313 para la ejecución de la Oferta, por la vía de pagarle a los proveedores o contratistas de Dedini que escogiera Ecodiesel a su discreción, sin que se fijara plazo para realizar esta financiación.
 - v. En cuanto a la § 3 (c) de la Oferta Modificatoria No. 2, Dedini había incumplido la obligación de importar las divisas indicadas pues solamente había traído la cantidad aproximada de \$ 216 millones y advirtió que Ecodiesel adquirió el derecho, pero no la obligación, de invertir ese dinero en la obra si Dedini no lo hacía,

¹⁰⁷

bajo el compromiso de esta de que lo devolvería el 31 de enero de 2010, puntualizando que a la fecha había invertido parte de este dinero en el proyecto.

- vi. En cuanto a los pendientes, si Dedini presentaba –cosa que no había hecho hasta la fecha– una reclamación sustentada con los soportes correspondientes, no tendría inconveniente en revisarla y dar una respuesta.
- vii. En la medida en que no había acuerdo para modificar las fechas previstas, las mismas seguían vigentes.
- viii. En cuanto a la solicitud de reconocimiento de US\$ 2.860.107, apoyado en una lista de gastos que Dedini anexaba a su carta, no existían los soportes conceptuales o probatorios usuales para cualquier reclamo y el precio del Contrato se había pagado en su totalidad, correspondiéndole a Dedini terminar los trabajos con esos recursos.
- ix. En cuanto al reconocimiento de US\$ 2.125.000 como único monto adeudado por multas, las disposiciones del Contrato sobre multas y la cláusula penal continuaban vigentes y Dedini debería pagarlas en su totalidad.
- x. Ecodiesel esperaba que Dedini le pagara los dineros que había invertido en la obra y que aquella se había comprometido a pagar el 31 de enero de 2010.
- xi. En cuanto a las garantías de pago, no era aceptable que Dedini pretendiera desconocer la obligación de enviar las fianzas empresariales, adquirida en la Oferta Modificatoria No. 2.

- h. En comunicación del 25 de enero de 2010,¹⁰⁸ Ecodiesel le notificó a Dedini que había habido un incumplimiento de esta en la ejecución del Cronograma de Actividades, en relación con varios de los hitos previstos en el mismo, pues en el cronograma enviado el 15 de enero de 2010, la entrega de la mayoría de los hitos se presentaba con posterioridad al 31 de enero de 2010 y añadió que Dedini disponía de 23 días para subsanar el incumplimiento, pero que en la medida en que restaban menos de 23 días para que venciera el plazo del Contrato, Dedini solo tenía hasta la fecha de expiración del Contrato para subsanar su incumplimiento.
- i. Por comunicación del 30 de enero de 2010,¹⁰⁹ Ecodiesel le manifestó a Dedini que rechazaba la oferta denominada *Oferta Mercantil Modificatoria No. 3*, fechada 28 de enero de 2010 y recibida vía correo electrónico el 30 de enero.

A tal efecto señaló que el texto enviado por Dedini difería sustancialmente de lo que las Partes habían discutido para efectos de firmar una posible prórroga. En particular, advirtió que Dedini había incluido en el documento borrador, de manera inconsulta, la referencia a un supuesto acuerdo logrado en Piracicaba el 5 de enero de 2010 y contenido en una comunicación de Dedini enviada el siguiente 8 de enero.

Expresó Ecodiesel que no solamente no existió acuerdo alguno entre las Partes en esta materia, sino que Ecodiesel protestó en la reunión sostenida, por los términos que Dedini planteaba.

Agregó que debía entregarse la Planta el 31 de enero de 2010.

- j. El 3 de febrero de 2010,¹¹⁰ Ecodiesel le envió una comunicación a Dedini en la que señaló que el 31 de enero de 2010 había terminado el plazo

¹⁰⁸ Ibíd. – Anexo E-32.

¹⁰⁹ Ibíd. – Anexo E-33.

¹¹⁰ Ibíd. – Anexo E-34.

de ejecución del Contrato, sin que Dedini hubiera cumplido con la obligación de realizar, para esa fecha, la Entrega de la Planta.

Agregó que tampoco se subsanaron los incumplimientos notificados a Dedini mediante las cartas Nos. 01-2009-665-01-04 de diciembre 2 de 2009; 03-2009-697-01-04 de diciembre 18 de 2009, 01-2010-770-01-04 de enero 15 de 2010; y 01-2010-794-01-04 de enero 25 de 2010.¹¹¹ Por lo anterior en cumplimiento de lo dispuesto en la § 50.1 de la Oferta Comercial, notificó la existencia de una Disputa entre las Partes, de acuerdo con lo dispuesto en el esquema de Resolución de Conflictos previsto en tal documento.

- k. El 12 de febrero de 2010,¹¹² Dedini se refirió a la anterior comunicación de Ecodiesel, expresó su desacuerdo y señaló que *"no hay como imputar de [sic] responsabilidad estricta a Dedini, las causas de los atrasos en la no entrega de la Planta de Biodiesel en fecha 31/01/10."*

Añadió que había habido diversos incumplimientos de Ecodiesel durante la realización de los trabajos, causándole perjuicios a Dedini que debían serle resarcidos.

Agregó *"que es la propia ECODIESEL en su correspondencia de la Oferta Mercantil Modificatoria n° 3, enviada adjunta a su email de 23/01/10, que menciona y concorda con [sic] prorrogar la fecha de entrega de la Planta debido a que Dedini ha sufrido retrasos por causas que no le son imputables"* y finalizó con la referencia al contacto por parte del Representante del Proyecto de Ecodiesel transcrita en el acápite A (2) (b) *supra*.

¹¹¹ Todas estas comunicaciones corresponden a las "notificaciones de incumplimiento" emitidas por Ecodiesel a Dedini a que antes se hizo referencia en el texto principal, las cuales están documentadas en los Anexos E-24, E-26, E-30 y E-32 del Memorial del Demandante.

¹¹² Memorial del Demandante – Anexo E-35.

- I. En comunicación del 17 de febrero de 2010,¹¹³ Ecodiesel:
- i. Le reiteró a Dedini lo manifestado respecto de sus incumplimientos “en las comunicaciones 01-2009-715-01-04 del 22 de diciembre de 2009, 01-2010-716-01-04 del 24 de diciembre de 2009 y 01-2010-771-01-04 del 22 de enero de 2010”.
 - ii. Señaló que no había incumplido obligación alguna bajo la Oferta Comercial, pues había pagado oportunamente el precio convenido (incluso anticipadamente), recordando que la obligación de financiar la obra era de Dedini.
 - iii. Expresó que el 5 de enero de 2010 tuvo lugar en Piracicaba una reunión entre las Partes en la cual ocurrió un gran desacuerdo entre ellas, “pues DEDINI decidió retractarse de los compromisos que había adquirido por escrito, exigió a Ecodiesel que financiara la obra, se negó a cumplir con las obligaciones contenidas en la Oferta Mercantil No. 2 y, luego de haber incumplido sistemáticamente la Oferta Mercantil y sus Modificaciones, solicitó una indemnización de... USD 2.860.107, sin siquiera especificar cuáles hechos imputables a Ecodiesel habían generado esos supuestos sobrecostos”, posición que fue rotundamente rechazada por Ecodiesel en la misma reunión.
 - iv. Expresó que el 8 de enero de 2010, “DEDINI envía una carta en la que resume la propuesta hecha por ella el... 5 de enero con el fin de que sean ‘aprobadas de común acuerdo’ las condiciones exigidas por DEDINI y con base en ellas se celebre una nueva Oferta Mercantil Modificatoria (punto sexto de la comunicación). En ese momento los funcionarios de ECODIESEL reiteraron a DEDINI que esas condiciones son [sic] inaceptables, y jamás se

propuso un texto de oferta mercantil modificatoria que refleje las condiciones de la carta del.... 8 de enero."

- v. Señaló que "***[I]o que se plantea en ese momento es, sencillamente, el posible reconocimiento de unos días adicionales para DEDINI, originados en causas que no le fueron imputables. Con base en esas conversaciones y a solicitud de DEDINI, ECODIESEL prepara un borrador de oferta mercantil modificatoria número tres, el cual envía el.... 23 de enero de.... 2010 y en el que se le concederían a DEDINI la cantidad de... 20 días adicionales para terminar la obra, a los cuales tendría derecho en virtud de causas que le son ajenas a las partes.***" (Énfasis añadido).
- vi. Señaló que "*[u]na vez enviado el texto de la oferta mercantil número tres.... DEDINI modifica el texto recibido de parte de Ecodiesel, incluye en él, en forma inconsulta, las disposiciones según las cuales las partes habían llegado a un acuerdo el día.... 5.... y lo envía a Ecodiesel el penúltimo día hábil de vigencia de la Oferta Mercantil, a sabiendas de que Ecodiesel no tendría alternativa diferente a la de aceptar lo que ya había rechazado, o exponerse a que DEDINI abandonara los trabajos por la vía de condicionar la prórroga de la Oferta Mercantil a unos términos que sabía que le eran inaceptables a Ecodiesel. Ecodiesel no aceptó esa presión indebida, el plazo de la Oferta Mercantil expiró, y DEDINI incumplió su obligación definitiva de entregar la planta el.... 31 de enero de.... 2010."*
- vii. Expresó en cuanto "*al argumento según el cual DEDINI no es responsable de la entrega tardía de la planta, por cuanto Ecodiesel misma reconocía que era viable una ampliación del plazo por causas ajenas a DEDINI. Este argumento sería aceptable si los días de demora por causas ajenas a DEDINI coincidie-*

*ran en número con los días de demora en realizar la Entrega de la Planta. En esa materia es importante señalar que la propuesta de Ecodiesel para efectos de suscribir una oferta mercantil modificatoria número tres preveía una aumento del plazo de.... 20 días, es decir, una fecha de Entrega de la Planta prevista para el día.... 20 de febrero de.... 2010.... Por su parte DEDINI, en la carta de.... 8 de enero de.... 2010, propone una fecha de entrega de la planta para commissioning, el.... 30 de abril de.... 2010. Esto significa que, en los cálculos de DEDINI, la Entrega de la Planta se haría aproximadamente el día [—] mayo, es decir, con casi tres (3) meses de demora respecto del plazo contractual, **aun teniendo en cuenta los días a que tendría derecho DEDINI por causas que no le fueron imputables**. De esta manera queda claro que, aunque DEDINI pudiera tener derecho a unos días adicionales de prórroga por causas ajenas a ella, esto en nada afecta el hecho de que aun la prórroga del plazo de la Oferta en esos días habría sido insuficiente, y por varios meses, para que DEDINI cumpliera con su obligación de realizar oportunamente la Entrega de la Planta.” (Énfasis añadido).*

- m. En la atrás mencionada comunicación cursada por Ecodiesel a Dedini el 2 de julio de 2010, aquella:
 - i. Expresó que “desde el inicio de las conversaciones. Ecodiesel ha manifestado a DEDINI en forma inequívoca que ésta última debe pagar a ECODIESEL las sumas debidas con base en la Oferta Mercantil. En particular DEDINI debe pagar a Ecodiesel los dineros que esta invirtió en la obra bajo la palabra de DEDINI en el sentido de que los pagaría al final de la ejecución contractual y respecto de los cuales otorgaría garantía suficiente de pago. Igualmente debe DEDINI reembolsar el precio pagado en exceso por Ecodiesel, dado que no terminó los trabajos contratados.”

- ii. Agregó que en reunión celebrada el 9 de junio en Bogotá, *"DEDINI manifestó que no está dispuesta a pagar el dinero adeudado a Ecodiesel [ni] pagaría el dinero adeudado a los subcontratistas con quienes celebró contratos para ejecutar los trabajos."*
 - iii. Señaló que Dedini *"no esgrimió argumento alguno para negar el pago de las sumas debidas y solamente dijo que, en su sentir, ECODIESEL era deudora suya y que, con ese dinero supuestamente adeudado, sencillamente 'cruzaría cuentas' con nuestra empresa."*
 - iv. Indicó que *"la liquidación de cuentas hecha de común acuerdo por la partes arroja como saldo varios miles de millones de pesos a favor de Ecodiesel y a cargo de DEDINI."*
 - v. Agregó que *"después de casi cinco meses de negociación, jamás ha planteado DEDINI a Ecodiesel un solo reclamo por supuestos perjuicios sufridos en la ejecución de la obra."*
 - vi. Puntualizó que la *"repentina y tardía invocación de supuestas sumas adeudadas por Ecodiesel a DEDINI no parece algo diferente de una maniobra análoga a la efectuada frente a los subcontratistas, diseñada y ejecutada para evadir una más de las muchas obligaciones que quedaron insolutas en Colombia luego de la partida de DEDINI."*
- n. En comunicación de agosto 2 de 2010,¹¹⁴ Dedini expresó su oposición a lo expuesto por Ecodiesel y, además,:

114

Ibíd. – Anexo E-38.

- i. Señaló que existían diferentes puntos pendientes de conciliación, a cuyo efecto era fundamental que Ecodiesel presentara *"una liquidación o valoración fundamentada en hechos y soportes, que permitan el análisis por parte de Dedini."*
 - ii. Señaló que *"la liquidación contractual debe ser considerada globalmente"*, para lo cual era necesario *"que Ecodiesel, según se comprometió en la reunión de junio 9 de 2010, presente el estado de cuentas del contrato."*
 - iii. Agregó que *"Ecodiesel asumió deliberadamente el control financiero de la ejecución de este contrato desde septiembre de 2009 y por una gestión equivocada de la obra culminó con una actitud también unilateral de Ecodiesel, que determinó la terminación y liquidación del contrato en enero 31 de 2010."*¹¹⁵
 - iv. Puntualizó que por ello no encontraba *"procedentes ni ajustadas a la verdad las afirmaciones realizadas por Ecodiesel en la comunicación de la referencia en relación con las intenciones y formas como Dedini se comporta comercialmente y como cumple sus compromisos originados en esta contratación en Colombia."*
47. De la correspondencia intercambiada entre las Partes que se ha reseñado anteriormente resulta claro que con posterioridad a la firma de la Oferta Modificatoria No. 2 se presentaron controversias entre estas acerca de la ejecución del Contrato.
48. Por parte de Dedini, se hizo referencia a diferentes aspectos que a su juicio afectaban el desarrollo del Contrato, algunos de los cuales eran imputables a

¹¹⁵ Sobre esta aseveración de Dedini, el Tribunal apunta que la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* vendría a ser aplicable, toda vez que Dedini no podría resultar beneficiada de su propia culpa o incumplimiento por no haber importado las divisas que en su momento consideró necesarias para la terminación de la Planta o, en otras palabras, no podría excusarse en el inadecuado manejo del mecanismo de financiación, por cuanto no cumplió con su compromiso de inyectarle recursos traídos del exterior al proyecto.

Ecodiesel, particularmente en lo referente a la ejecución financiera del mismo, el suministro por parte de otro contratista y de la propia Demandante de elementos necesarios para la obra y otras dificultades.

49. Por parte de Ecodiesel, se hizo referencia a los incumplimientos de DEDINI en la importación de los recursos a los que se había obligado, el no otorgamiento de las garantías pactadas y el retraso en el desarrollo de la obra.
50. Ahora bien, no obran en el Proceso elementos probatorios adicionales acerca de los reproches recíprocos de incumplimiento que se hacen en las comunicaciones reseñadas. No obstante, de la correspondencia en mención se desprende que durante la negociación de la que podría ser la *Oferta Mercantil Modificatoria No. 3*, Ecodiesel admitió la posibilidad de reconocer a Dedini veinte (20) días adicionales de plazo, por retrasos por causas no imputables a las Partes.
51. Así las cosas, si se tiene como ya se dijo, que la obligación de entregar la Planta en la fecha pactada era una obligación de resultado, pero que en todo caso las Partes reconocieron la posibilidad de que el plazo previsto se prorrogara por los eventos contemplados en el Contrato; y que, adicionalmente Ecodiesel reconoció la existencia de un retraso de veinte días no imputable a Dedini, se sigue que no cabe afirmar que existió un incumplimiento de la Convocada por no entregar la Planta el **31 de enero de 2010**.
52. No obstante, debe subrayarse que si se toma en cuenta el plazo adicional de veinte días, que Ecodiesel reconocía Dedini podía tener derecho y al que estaría obligada en virtud de la Oferta Modificatoria No 2, **en todo caso Dedini no hubiera podido cumplir el Contrato**, pues de hacerlo en las fechas que la misma había sugerido en su comunicación del 8 de enero de 2010, valga decir el **31 de marzo de 2010** para terminar el montaje electromecánico de *Refino* y su liberación para *commissioning* y el siguiente **30 de abril**, para terminar el montaje electromecánico de *Biodiesel* y su liberación para *commissioning*, **nesariamente habría excedido el plazo aplicable**.

53. Por consiguiente, es claro, y así lo concluye el Tribunal, que **Dedini no entregó la Planta de conformidad con el Contrato.**
54. Ahora bien, como quiera que no está establecido que Dedini haya ejecutado obras con posterioridad al 31 de enero de 2010, el Tribunal concluye que, como se indica en el Dictamen Técnico, la porción **no ejecutada** del Contrato por parte de la Convocada ascendía a **8.93%** y la parte ejecutada a 91.07%.
55. En este sentido se declarará que Dedini **incumplió** la obligación de ejecutar la totalidad del objeto contractual y, en particular, la obligación de llevar a cabo la Entrega de la Planta, toda vez que en la fecha límite para ello la ejecución pactada solo registraba un avance del 91.07%.
56. Consignado lo anterior, el Tribunal se ocupa de la Pretensión, marcada como No. 51, en cuya virtud Ecodiesel solicita que se **declare** que a raíz del incumplimiento de Dedini *"asumió el costo de la terminación de la Planta."*
57. Para pronunciarse sobre esta Pretensión, el Tribunal pone de presente que obran en el Proceso los siguientes elementos probatorios:
- a. El Testimonio del ingeniero Rafael Darío Villa,¹¹⁶ quien manifestó haberle prestado servicios de asistencia técnica a Ecodiesel entre 2007 y 2013, y, refiriéndose a la ejecución del Contrato, declaró:

"27. En respuesta a los requerimientos que se efectuaron a DEDINI para terminar a tiempo la construcción de la Planta, esta contestó que se encontraba en capacidad de cumplir con sus obligaciones, pues estaba prefabricando muchos de los elementos necesarios para terminar su construcción. Sin embargo, como quedó claro después, DEDINI no pudo cumplir con los plazos establecidos para entrega de la Planta.

¹¹⁶

28. DEDINI, además de lo mencionado, nunca realizó un esfuerzo considerable para cumplir con los plazos de construcción de la Planta. Por ejemplo, un aumento de la fuerza laboral. Nunca evidenció una acción contundente de DEDINI para terminar la obra a tiempo.

29. Finalmente, en atención a que Ecodiesel estaba convencida de que DEDINI no estaba dispuesta a realizar el esfuerzo necesario para terminar la obra a tiempo, **Ecodiesel decidió terminar por su cuenta la construcción de la Planta.**¹¹⁷ (Enfasis añadido).

- b. El Testimonio del ingeniero Carlos Rico,¹¹⁸ vinculado a Ecodiesel entre los años 2007 y 2012, quien señaló:

“31. Ecodiesel finalmente decidió asumir por su propia cuenta la terminación de la construcción de la Planta, para lo cual resolvió continuar, directamente, los contratos que DEDINI había suscrito con sus subcontratistas. **ECODIESEL asumió por su propia cuenta la terminación de la obra a partir del 31 de enero de 2010.**”¹¹⁹ (Enfasis añadido).

- c. El Testimonio del ingeniero Oscar Ivan Urrea,¹²⁰ quien ejerció la representación legal de Ecodiesel desde 2007 hasta el 31 de enero de 2011, y manifestó:

“19..... El nuevo plazo de financiación del proyecto fue.... enero de 2010 y DEDINI debía enviar dineros a Colombia para cubrir los mayores costos del proyecto y otros estipendios como operación de la empresa y se acordaron como garantías cartas de crédito que nunca llegaron. DEDINI continuó con una ejecución

¹¹⁷ Testimonio de Rafael Darío Villa – Páginas 5 y 6.

¹¹⁸ Memorial del Demandante – Anexo E-46.

¹¹⁹ Testimonio de Carlos Rico – Página 6.

¹²⁰ Memorial del Demandante – Anexo E-47.

muy forzada por falta de suficientes recursos, puesto que no cumplieron los compromisos adquiridos en el nuevo acuerdo. En este orden de ideas, Ecodiesel se mantuvo muy cercano a la obra, y con un equipo de supervisión grande, **se preparó para tomar el proyecto a partir de enero 31 de 2010**, toda vez que se terminaba el nuevo plazo acordado **y la obra no estaría lista por parte de DEDINI.**

20. **Ecodiesel recogió los subcontratistas de DEDINI y terminó el proyecto en mayo de 2010**, todo esto por efectos, de nuevo, de la mala gestión de DEDINI durante el 2009, y después de los acuerdos entre las dos partes.

21. **El proyecto entró en operación en junio de 2010** gracias a la gestión y trabajo directo de Ecodiesel y de sus socios. Todos los tiempos perdidos y mayores costos incurridos nunca fueron reconocidos ni pagados por DEDINI.¹²¹ (Énfasis añadido).

- d. Finalmente, el Dictamen Técnico, donde se señala entre *“los hechos más notables ocurridos en el transcurso de desarrollo del Contrato”*:

“26 de julio de 2010: Ecodiesel firma con Desmet la prueba de garantía y aceptación de la planta.”¹²²

58. De estas pruebas resulta establecido que Ecodiesel asumió la terminación de la Planta y que la misma fue finalmente aceptada el 26 de julio de 2010, lo cual se traduce en la prosperidad de la Pretensión formulada al respecto.
59. Como parte de las Pretensiones objeto de esta parte del Laudo también se encuentra la marcada con el No. 53, donde se pide la **declaratoria** de que, **como resultado del incumplimiento de Dedini**, Ecodiesel invirtió la cantidad de \$

¹²¹ Testimonio de Oscar Iván Urrea – Página 6.

¹²² Dictamen Técnico – Página 3.

7.233.753.296 en la terminación de la Planta, tarea que asumió a partir del 30 de enero de 2010.

60. Sobre esta Pretensión, el Tribunal anota, en primer término, que Ecodiesel justifica la anterior cifra como *"obtenida de restar la suma correspondiente a los pagos hechos en ejercicio de los mecanismos de financiación del total de los pagos efectuados después del 31 de octubre de 2009, en que se entiende pagada la suma adeudada a DEDINI por concepto de la porción ejecutada de sus obligaciones contractuales; o la suma que resulte probada en el trámite arbitral, de acuerdo con lo determinado por el dictamen contable y financiero aportado como anexo E-44"*, y anexa una extensa tabla al efecto.
61. Al respecto se observa lo siguiente:
- a. A la luz del único elemento de prueba sobre esta materia aportado al Proceso, valga decir, el Dictamen Contable, y específicamente de la tabla integrante del mismo cuyos datos se inician con la fecha "31/10/2009", el valor (pesos) de "31.800.000" y el destinatario "Copower Ltda." y finaliza con la fecha "02/08/2010", el valor (pesos) de "46.403.375" y el destinatario "Tuberías y Soldaduras Montajes Ltda.", efectivamente se llega a un monto total de \$ 8.273.513.338; y
 - b. Al sustraer de esa cifra de la cantidad de \$ 1.039.760.042, se llega a la suma mencionada por Ecodiesel, valga decir, \$ 7.233.753.296.
62. No obstante, el Tribunal **no encuentra acreditado** que lo invertido por Ecodiesel para terminar la Planta sea una **consecuencia directa** del incumplimiento de Ecodiesel y, de hecho, la suma en mención cubre un monto, reconocido por el propio Ecodiesel como necesario para atender la construcción.
63. Lo anterior significa, entonces, que la Pretensión en comentario, **meramente declarativa**, no será acogida.

64. Evacuado lo referente a la Pretensión marcada como No. 53, prosigue el Tribunal la evaluación de las Pretensiones declarativas, a cuyo efecto se ocupa de las marcadas con los Nos. 56 y 57, que atrás se transcribieron, pero que para facilidad se reproducen aquí:

“56. Que se declare que DEDINI incumplió la obligación contenida en la cláusula Tercera, literal ‘d)’ de la denominada ‘Oferta Mercantil Modificatoria No. 2’ suscrita con Ecodiesel el día quince (15) de octubre de dos mil nueve (2009), consistente en pagar a Ecodiesel la suma de quinientos veintinueve mil ochocientos cincuenta y seis dólares con cincuenta centavos (USD 529.856.50), o la que resulte probada en el proceso.”

“57. Que se declare que DEDINI incumplió la obligación contenida en la cláusula Tercera, literal ‘d)’ de la denominada ‘Oferta Mercantil Modificatoria No. 2’ suscrita con Ecodiesel el día 15 de octubre de dos mil nueve (2009), consistente en pagar a Ecodiesel intereses sobre la suma de quinientos veintinueve mil ochocientos cincuenta y seis dólares con cincuenta centavos (USD 529.856.50), equivalentes a la tasa PRIME más el 2%, calculados a partir del 1º de diciembre de 2009 hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago.”

65. En torno a estas Pretensiones expone la Demandante que Dedini está obligada a pagar el valor resultante de la compensación realizada entre el valor de las obras adicionales (\$3.605.204.313 o US\$ 1.595.143.50) y la ampliación del plazo y los perjuicios que le fueron causados a Ecodiesel a la fecha de suscripción de la Oferta Modificatoria (US\$ 2.125.000), esto es, la suma de US\$529.856,50.

66. Señala además que a dicho valor se le deben agregar intereses remuneratorios a la tasa *Prime* más 2%,¹²³ desde el 1º de diciembre de 2009 hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago.

¹²³ La tasa “Prime” corresponde al tipo de interés que los bancos de los Estados Unidos cobran a sus mejores clientes. (Cf. www.economia48.com).

67. El Tribunal procede, a resolver las susodichas Pretensiones que, en esencia, están dirigidas a obtener el reconocimiento de la obligación de Dedini de pagarle a su contraparte US\$ 529.856,50 más sus respectivos intereses remuneratorios, en razón a la configuración de una compensación entre el valor de las obras adicionales ejecutadas por esta y el valor de los perjuicios causados a aquella por la no entrega de la obra en el plazo inicialmente estipulado en la Oferta Comercial.

68. En la obra de Planiol y Ripert la compensación se define como:

“[U]n modo de extinción, propio de las obligaciones recíprocas, por el cual dos obligaciones existentes en sentido inverso entre unas mismas personas, quedan extinguidas por hasta el importe de la menor de ellas. El deudor que resulta al propio tiempo acreedor de su acreedor le paga utilizando el crédito que contra él tiene. La reciprocidad de obligaciones entre las mismas partes justifica la afectación de ese elemento particular del activo de cada deudor al pago del otro.”¹²⁴

69. El mencionado modo de extinción se instrumentalizó en el segundo inciso de la § 3 de la Oferta Modificatoria, en donde se señala:

“Las Partes acuerdan que esta suma [US\$ 3.605.024.313] se compensará parcialmente por la que DEDINI se obliga a pagar a ECODIESEL, de acuerdo con lo establecido en la cláusula CUARTA de la presente Oferta Mercantil Modificatoria. Para efectos de determinar el monto pagado a través de la compensación de las obligaciones, así como el saldo restante a pagar a DEDINI, las Partes acuerdan que la compensación de obligaciones establecida en la presente cláusula se hace a una tasa de cambio de dos mil doscientos sesenta pesos (COL \$ 2.260),

¹²⁴

Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo VII, Trad. Mario Díaz Cruz, La Habana, Editorial Cultural S.A., 1946, página. 612.

por dólar. En consecuencia, el valor compensado es de un millón quinientos noventa y cinco mil trescientos cuarenta y tres dólares con cincuenta centavos de los Estados Unidos de América (USD\$ 1'595.143,50) de los Estados Unidos de América. La compensación de obligaciones se hace efectiva con fecha de diecisiete (17) de abril de dos mil nueve (2009)."

70. En la § 4 de la mencionada Oferta Modificatoria, Dedini se comprometió a pagar de manera incondicional a Ecodiesel el 30 de noviembre de 2009, la suma de US\$ 529.856,50. Sin embargo, en el literal (d) de la § 3 de la Oferta Modificatoria No. 2, se amplió dicho plazo al 31 de enero de 2010, con la causación de un interés a la tasa *Prime* más 2%, desde el 1º de diciembre de 2009 y "***hasta el treinta y uno (31) de enero de dos mil diez (2010), o hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago.***" (Énfasis añadido).
71. En las obligaciones dinerarias, es importante recordar el principio de la no causación de intereses remuneratorios mientras no se haga exigible la prestación, salvo estipulación en contrario que así los disponga.¹²⁵
72. Es por ello por lo que, en principio, no se presumen ni causan *per se e in se* durante el plazo inicialmente acordado. En el presente caso, sin embargo, el Tribunal encontró en el literal antes referido de la Oferta Modificatoria No. 2, la previsión de intereses a partir de una fecha específica (1º de diciembre de 2009).
73. La Corte Suprema ha definido los intereses, así:

"Por interés, se entiende, la contraprestación por el uso o disfrute de cosa de género y la retribución, rédito, ganancia, rendimiento, provecho o porción equivalente prorratea temporis en dinero del valor del bien cuya restitución o pago se debe a futuro (intereses remuneratorios) y la indemnización o sanción

¹²⁵

Cf. arts. 513, 1367, 1546, 1746, 2182, 2231, 2395 del C.C.

impuesta en virtud del incumplimiento de la prestación (intereses moratorios), esto es, la 'utilidad o beneficio renovable que rinde un capital', 'provecho, utilidad, ganancia', 'valor que en sí tiene una cosa' (Diccionario de la Real Academia Española), 'precio por el uso del dinero' (T. P, FITCH, Dictionary Of Banking Terms, Barron's, New York, 1990, p. 317), 'la renta, utilidad o beneficio que rinde algún dinero, en virtud del contrato o por disposición legal', 'el beneficio o la cantidad que el acreedor percibe del deudor además del importe de la deuda' (J. ESCRICHE, Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia, Librería de la Ciudad de Ch. Bouret, París, 1931), los frutos civiles (art. 717 Código Civil), la sanción, pena, reparación o indemnización por la mora (art. 1608 Código Civil). En las obligaciones dinerarias, cuyo objeto in obligatione e in solutione, es el pago de una cantidad de dinero, interés, es el precio por el uso del dinero durante todo el término de su disfrute o, la pena por la mora, expresado siempre en una parte de su valor, ya por disposición legal, ora negocial hasta el límite normativo tarifado....".¹²⁶

74. El Tribunal no encontró probado dentro del Proceso el pago de los US\$529.856,50 que Dedini se comprometió a pagar por virtud de la compensación que operó entre las obligaciones para ese entonces pendientes entre los extremos del litigio (obra adicional y perjuicio), razón por la cual accederá a las Pretensiones en comentario, relativas al incumplimiento de Dedini en este aspecto de su relación contractual con Ecodiesel.

75. Consecuencia obligada de lo anterior será, entonces, la prosperidad de la Pretensión marcada con el No. 58, tal como se consignará en el siguiente acápite de este Capítulo del Laudo, referente a las Pretensiones de condena.

¹²⁶ Corte Suprema - Sentencia del 27 de agosto de 2008 - Expediente11001-3103-022-1997-14171-01.

76. Evaluadas las dos Pretensiones anteriores, el Tribunal se ocupa de la petición marcada con el No. 59, donde se pide declarar que Dedini debe pagarle a Ecodiesel US\$ 875.000 por concepto de sanción contractual al tenor del párrafo final de la § 1 de la Oferta Modificatoria No. 2 ("*Fecha de Entrega*").¹²⁷
77. Ecodiesel apoya esta Pretensión en la siguiente argumentación:
- a. En el Parágrafo 2 de la § 4 de la Oferta Modificatoria, las Partes, acordaron que Dedini, con ocasión de sus incumplimientos contractuales, pagaría a Ecodiesel la suma obtenida de compensar una penalidad de US\$ 3.000.000 con el monto de las obligaciones dinerarias que existieran a cargo de Ecodiesel.
 - b. Posteriormente, en el Considerando No. 8 de la Oferta Modificatoria No. 2, Dedini reconoció que sus incumplimientos contractuales generaron la obligación de pagar US\$ 875.000, correspondiente a la obligación contenida en el Parágrafo 2 de la § 4 de la Oferta Mercantil

127

La totalidad de esta estipulación señala:

"DEDINI tendrá como nueva fecha límite para llevar a cabo la Entrega de la Planta, el día treinta y uno (31) de enero de dos mil diez (2010) de conformidad con el Cronograma del Proyecto que se incorpora a este documento como parte integral del mismo como Anexo No. 1; en tal sentido se modifica la fecha límite establecida en el Artículo 12.1 de la Oferta Mercantil, acorde con las nuevas fechas establecidas en el Anexo No. 1. Esta ampliación de plazo incluye los días a que tiene derecho DEDINI en razón de todas las demoras que hayan ocurrido hasta la fecha y que no le sean imputables y es el único reconocimiento que DEDINI recibirá por dichas demoras en la ejecución de la Oferta Mercantil y sus Modificaciones. Este nuevo plazo sólo podrá cambiar en función de las siguientes situaciones: (i) afectación de las obras por fuga de gases; (ii) afectación de las obras por paro o huelga de la USO; (iii) situaciones no motivadas por culpa exclusiva de DEDINI y/o fuera de su control o voluntad; (iv) cualquier otra situación que de acuerdo con la ley colombiana otorgue a DEDINI ese derecho. Semanalmente las Partes se reunirán para revisar y formalizar mediante actas los posibles retrasos que tuviesen lugar. La reunión deberá realizarse el día viernes de cada semana. Si por algún motivo la reunión no se pudiese realizar el viernes, se adelantará al jueves de la misma semana. En esta reunión deberá participar un representante de DEDINI y otro de ECODIESEL, formalmente designados por cada una de las partes.

La Entrega de la Planta en una fecha posterior al día treinta y uno (31) de enero de dos mil diez (2010), generará para DEDINI la obligación de pagar a ECODIESEL la suma de ochocientos setenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 875.000), independientemente del régimen de multas y cláusula penal previsto en la Oferta Mercantil y sus Modificaciones. Esta obligación reemplaza la contenida en el parágrafo 2 de la cláusula CUARTA de la Oferta Mercantil Modificatoria, consistente en pagar esta suma en caso de que la entrega de la planta se produjera con posterioridad al dieciséis (16) de noviembre de dos mil nueve (2009). DEDINI no estará obligada a pagar esta suma si el incumplimiento del plazo está justificado en su totalidad por las situaciones descritas en los ítems '(i)', '(ii)'; '(iii)' y '(iv)' anteriores.

Modificatoria, precisando que, de acuerdo con la § 5 (e) de la Oferta Mercantil Modificatoria No. 2, este pago debía ocurrir el 1º de febrero de 2010, en caso de no haber hecho la Entrega de la Planta el 31 de enero de ese año.

- c. Como quiera que Dedini incumplió su obligación de entregar la Planta en la fecha acordada, nació en su contra la obligación de pagarle a Ecodiesel, el 1º de febrero de 2010, la suma de US\$ 875.000, más los intereses correspondientes, la cual, hasta el momento, no ha ocurrido.

78. Para efectos de resolver, el Tribunal considera procedente precisar, en primer lugar, si a la luz de la Cláusula Compromisoria tiene competencia para pronunciarse sobre esta Pretensión.

79. Al respecto se aprecia que el primer párrafo de la Cláusula Compromisoria expresa:

“En caso de que (i) se presente cualquier conflicto o diferencia entre las Partes respecto de la celebración, interpretación, ejecución o terminación de la presente Oferta (**distinto de los relacionados con el cobro de las cláusulas penales y multas a las que se refiere la presente Oferta**), que no fuere dirimido por las Partes directamente mediante el procedimiento previsto en el artículo 50.1 o mediante el mecanismo de amigable composición previsto en el artículo 51.2; ó (ii) no se haya podido elegir a la firma especializada, conforme a los términos del artículo 50.2. anterior, dicho conflicto o diferencia será sometida al análisis y decisión de un tribunal de arbitramento constituido y gobernado conforme a las siguientes reglas: (...). (Enfasis añadido).

80. Como se puede observar, el pacto arbitral excluye de las materias que se someten a arbitraje los conflictos “*relacionados con el cobro de las cláusulas penales y multas a las que se refiere la presente Oferta*”. Ahora bien, para precisar si dicha expresión excluye la Pretensión que se analiza, es importante destacar

que de acuerdo con su texto, la cláusula no excluye cualquier conflicto relacionado con las cláusulas penales y las multas, sino los conflictos relacionados con "**el cobro**" de las mismas, lo cual indica que aquello que se excluye es el **cobro mismo** de dichas cláusulas penales y multas, pero no la declaración acerca de si por razón del Contrato nace el derecho a exigir las.

81. Sostener que el conflicto relativo a la existencia del derecho al pago de las cláusulas penales y las multas no es competencia del Tribunal Arbitral, equivaldría a privar de efectos la expresión "*el cobro*", alterando, por consiguiente, la estipulación, y ello sin prueba alguna de que la voluntad real de las Partes sea distinta a aquella que resulta de su texto.
82. Si bien es claro, a la luz del Código Civil y de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que el juez no tiene que circunscribirse al texto del contrato para determinar la voluntad de los contratantes,¹²⁸ es claro que en principio hay que acudir al mismo para establecer lo que pactaron los estipulantes, sin perjuicio de que pueda acreditarse por los diversos medios de prueba que la real voluntad de las partes no corresponde al tenor literal del texto contractual, caso en el cual a ella habrá de atenerse el juez por razón del mandato del artículo 1618 del C.C.¹²⁹
83. A su turno, la prueba de una intención común distinta al texto contractual debe ser clara, circunstancia que no ocurre en el presente caso, pues no existe ninguna prueba que haga referencia a una voluntad diferente a lo consignado en la estipulación.
84. Por lo anterior considera el Tribunal que, a la luz de la Cláusula Compromisoria, tiene competencia para pronunciarse sobre la existencia de la sanción contractual reclamada por Ecodiesel.

¹²⁸ Cf., p. ej., la Sentencia de la C.S.J. del del 7 de febrero de 2008, Expediente No. 2001-06915-01.

¹²⁹ "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras."

85. Despejado lo anterior, se observa que en la § 40.3 de la Oferta ("*Multas de Apremio y Penalidades e Intereses de Mora*") se había previsto la posibilidad de que se causaran multas en caso de incumplimiento.¹³⁰
86. Posteriormente, en el atrás mencionado Parágrafo 2 de la § 4 de la Oferta Modificatoria se previó el pago de US\$ 3.000.000, de los cuales, de conformidad con la misma estipulación, se debían deducir US\$ 1.595.143,50, como resultado de la compensación dispuesta en la § 3 de dicho documento, para llegar a un monto de US\$ 1.404.856,50, que se pagaría si la Entrega de la Planta se producía con posterioridad al 16 de noviembre de 2009.¹³¹
87. En los Considerandos Nos. 7 y 8 de la Oferta Modificatoria No 2 se expresó que Dedini había manifestado que por causas que le eran imputables y otras que no lo eran, le era imposible entregar la Planta el 16 de noviembre de 2009. Así mismo se señaló que Dedini reconocía que ello generaba la obligación de pagar US\$ 875.000.¹³²
88. Por su parte, en el párrafo final de la § 1 de la Oferta Modificatoria No. 2 ("*Fecha de Entrega*") –donde se estipuló como tal el 31 de enero de 2010- se dijo:

¹³⁰ "Excepto para el caso del evento de incumplimiento previsto en el artículo 39.7, a partir de la notificación de la ocurrencia de un evento de incumplimiento y hasta tanto el mismo sea subsanado por la parte incumplida, se causarán las multas de apremio y penalidades previstas para cada evento en particular en el Anexo 24. (....)".

¹³¹ "Si la Entrega de la Planta se produce con posterioridad al dieciséis (16) de noviembre de dos mil nueve (2009) por causas exclusivamente imputables a DEDINI, independientemente del tiempo de mora, la suma a pagarse será de tres millones de dólares (US \$ 3'000,000) en lugar de la suma de dos millones ciento veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 2'125,000), deduciéndole la cantidad de un millón quinientos noventa y cinco mil trescientos cuarenta y tres dólares con cincuenta centavos de los Estados Unidos de América (USD\$ 1'595.143,50), compensada de acuerdo con lo establecido en la cláusula TERCERA de la presente Oferta Mercantil Modificatoria, para un único valor pendiente de pago por parte de DEDINI de un millón cuatrocientos cuatro mil ochocientos cincuenta y seis dólares con cincuenta centavos de los Estados Unidos de América (USD \$ 1'404.856,50) por dicho concepto."

¹³² "7. Que DEDINI ha manifestado que, tanto por causas que le son imputables a DEDINI, como por otras que no le son imputables le será imposible realizar la Entrega de la Planta el día dieciséis (16) de noviembre de dos mil nueve (2009), fecha a la que se había obligado en la Oferta Mercantil Modificatoria."

"8. Que DEDINI reconoce que este hecho genera para ella la obligación de pagar a ECODIESEL la suma de ochocientos setenta y cinco mil dólares (US \$ 875,000), de acuerdo con la estipulación contenida en la cláusula CUARTA, parágrafo segundo, de la Oferta Mercantil Modificatoria"

“La Entrega de la Planta en una fecha posterior al día treinta y uno (31) de enero de dos mil diez (2010), generará para DEDINI la obligación de pagar a ECODIESEL la suma de ochocientos setenta y cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (US \$875.000), independientemente del régimen de multas y cláusula penal previsto en la Oferta Mercantil y sus Modificaciones. Esta obligación reemplaza la contenida en el párrafo 2 de la cláusula CUARTA de la Oferta Mercantil Modificatoria, consistente en pagar esta suma en caso de que la entrega de la planta se produjera con posterioridad al dieciséis (16) de noviembre de dos mil nueve (2009), DEDINI no estará obligada a pagar esta suma si el incumplimiento del plazo está justificado en su totalidad por las situaciones descritas en los ítems '(i)', '(ii)', '(iii)' y '(iv)' anteriores.”

89. Esta regla contractual implica que la multa se causa cuando la Entrega de la Planta se realiza en una fecha posterior al 31 de enero de 2010, siendo claro que en el presente caso no se produjo dicha entrega con anterioridad al 31 de enero de 2010, ni en fecha posterior.
90. Lo anterior plantea la duda de si la obligación consagrada en el párrafo citado puede causarse cuando no hay un retraso en la entrega, sino **falta de entrega**.
91. Por ende, se trata de establecer si en este caso es aplicable el criterio de que por haberse incluido en un precepto como hecho que da lugar a la multa el caso **menos grave**, que es la **entrega tardía**, igualmente debe entenderse incluido como supuesto que tiene tal consecuencia, el caso **más grave**, esto es, la **no entrega**.
92. A este respecto debe recordarse que como una forma de argumento *a fortiori* en el razonamiento jurídico existe el argumento *a minore ad maius*, esto es, del menor al mayor, por el cual cuando se prohíbe causar un mal, claramente está prohibido causar un mal mayor. Si se prohíbe causar heridas es claro que se prohíbe matar.

93. De igual manera el Consejo de Estado ha considerado que la prohibición del artículo 126 de la Constitución Política de Colombia,¹³³ que le impide al servidor público designar ciertos parientes de las personas que intervienen en su designación, igualmente debe entenderse que comprende, no sólo a dichos parientes, sino a la persona misma que intervino en su designación.¹³⁴
94. Teniendo en cuenta la razón expuesta es claro para el Tribunal que la sanción prevista por la **demora** en la Entrega de la Planta, igualmente debe cobijar la **falta** de Entrega.
95. En todo caso debe advertirse que de conformidad con la estipulación transcrita la sanción habría de causarse si la Entrega de la Planta se verificaba con **posterioridad** al 31 de enero de 2010, pero se agrega que "*DEDINI no estará obligada a pagar esta suma si el incumplimiento del plazo está justificado en su totalidad por las situaciones descritas en los ítems '(i)', '(ii)', '(iii)' y '(iv)' anteriores.*"
96. Ahora bien, como se expresó en otro aparte de este Laudo, de la correspondencia intercambiada por las Partes durante la negociación de la que podría ser la *Oferta Mercantil Modificatoria No. 3*, se desprende que Ecodiesel admitió la posibilidad de reconocerle a Dedini 20 días adicionales de plazo por retrasos por causas no imputables a las Partes.
97. Ello implica que el incumplimiento del plazo fijado en el 31 de enero de 2010 podría estar justificado por las situaciones descritas en el texto contractual. Sin embargo, ha de observarse que de conformidad con este, para que Dedini se

¹³³ "Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o por unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos."

¹³⁴ Cf. Sentencia de la Sala Plena del 15 de julio de 2014. No. 110001-0328-000-2013-0006-00.

exonerara de pagar la suma pactada, **era necesario que el incumplimiento estuviera justificado en su totalidad por tales hechos.**

98. Al respecto, y como también se expresó en otro aparte de este Laudo, el atraso que presentaba la obra al 31 de enero de 2010 era tal que, aún si se hubieran concedido los 20 días adicionales, la fecha en que Dedini podía entregar la Planta era muy posterior, como que en su comunicación del 8 de enero de 2010 ella misma había indicado como fechas de entrega el 31 de marzo de 2010, para terminar el montaje electromecánico de *Refino* y su liberación para *commissioning*, y el siguiente 30 de abril para terminar el montaje electromecánico de *Biodiesel* y su liberación para *commissioning*.
99. Por lo anterior concluye el Tribunal que la Pretensión de Ecodiesel habrá de prosperar, y, por ende, se **declarará** que Dedini está obligada a pagarle la cantidad de US\$ 875.000 por concepto de la sanción contractual establecida en la § 1 de Oferta Modificatoria No. 2. Ello, por supuesto, apareja la **condena** al pago de la suma en referencia, como pide Ecodiesel en la siguiente Pretensión (No. 60).
100. Dicho lo anterior, y si bien es de índole condenatoria –y en el presente acápiteme tratan las Pretensiones declarativas- el Tribunal considera procedente referirse en este momento a la solicitud del Demandante –asimismo contenida en la Pretensión marcada como No. 60- de que también se condene a Dedini a pagar intereses sobre los US\$ 875.000, calculados a la tasa *Prime* más el 2% desde la fecha del Laudo y hasta la fecha de pago.
101. Sobre el particular debe observarse que en el texto de la Oferta (y sus modificaciones), las Partes no acordaron el pago de intereses por el no pago de la suma a la que se hace referencia. Sin embargo, de conformidad con la ley colombiana, que es la aplicable de conformidad con la § 49 de la Oferta Comercial, las obligaciones dinerarias generan intereses de mora desde que el deudor está en mora, lo que ocurre en los eventos previstos en el artículo 1608 del C.C.¹³⁵

135

"El deudor está en mora:

Desde esta perspectiva, el deudor habrá de pagar intereses moratorios si no satisface la obligación dentro del plazo que señale el Tribunal.

102. A su turno, para determinar la tasa aplicable debe observarse que el artículo 884 del C. Cio.¹³⁶ regula los intereses en las obligaciones mercantiles, y a tal efecto se refiere al interés bancario corriente, para el caso en que deban pagarse intereses remuneratorios pero no haya pacto sobre la tasa, y en el caso de mora, a una y media veces este. Dichas tasa debe ser certificada por la Superintendencia Financiera, que a tal efecto se refiere a la tasa de interés para obligaciones en moneda legal colombiana.
103. De esta manera, y dado que existe un vacío en esta materia sobre la tasa que debe aplicarse en obligaciones en moneda extranjera, considerando que las Partes pactaron para otras obligaciones en moneda extranjera la tasa *Prime* más el 2%,¹³⁷ considera el Tribunal que esta es la tasa que debe aplicarse para el caso de mora en el pago de la obligación a que se refiere la Pretensión relativa al pago de los US\$ 875.000 aquí tratada.
104. Por ende, también se condenará a Dedini a pagarle a Ecodiesel intereses de mora sobre US\$ 875.000 a la tasa de *Prime* más el 2%, los cuales correrán desde la fecha que se indica en la parte resolutive del Laudo y hasta el momento del pago total del monto principal.

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.”

¹³⁶ “Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.”

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria.”

¹³⁷ Cf., p. ej., la § 3 (d) de la Oferta Modificatoria No. 2.

B.4 Obligaciones dinerarias relacionadas con el incumplimiento del Contrato

105. Evaluadas las Pretensiones de índole declarativa –con excepción de la marcada con el No. 52, que contiene la petición tanto de una declaración como la de una condena– pasa el Tribunal a evaluar las Pretensiones de **condena**, para lo cual procede como sigue.
106. Como atrás se transcribió, la Pretensión marcada con el No. 52 (que solicita una declaración y varias condenas), es del siguiente tenor:

“52. Que se declare que DEDINI estaba obligada a pagar a ECODIESEL, y que se le condene a pagar las sumas que gastó ECODIESEL en virtud de lo pactado en la Oferta Mercantil Modificatoria No. 2, o las que resulten probadas en el trámite arbitral, de la siguiente manera:

a. La suma de mil treinta y nueve millones, setecientos sesenta mil cuarenta y dos pesos (COP 1.039.760.042) invertida por ECODIESEL en la Planta, en virtud de los mecanismos de financiación pactados en la cláusula tercera de la Oferta Mercantil Modificatoria No. 2., pagos que fueron efectuados entre el 31 de octubre de 2009 y el 31 de enero de 2010, según consta en el dictamen pericial contable y financiero aportado como anexo E-44, individualizados así:

[Aquí una tabla con los ítems ‘Fecha’, ‘Valor COP’ y ‘Destinatario’]

i. Los intereses sobre las sumas enumeradas en el punto anterior, liquidados a una tasa efectiva anual de equivalente a las tasa de depósito a término fijo (DTF) más 6,25% entre la fecha de cada desembolso y el 31 de enero de 2010, los cuales ascienden a la suma de tres millones quinientos veintiséis mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos (COP 3.526.445), los cuales se obtienen de restar del valor total de los intereses calculados por el perito Ing. Carlos Andrés

Sanabria para los pagos realizados entre el 15 de octubre de 2009 y el 31 de enero de 2010 (COP 12.926.269), el valor de los intereses correspondientes al mes de octubre de 2009 (COP 9.399.824). Lo anterior, toda vez que sólo a partir del 31 de octubre de 2009 se empezaron a hacer pagos correspondientes a los mecanismos de financiación pactados en la Oferta Mercantil Modificatoria No. 2.

ii. Los intereses moratorios de cada una de las sumas enumeradas, liquidados a la tasa máxima permitida por la ley entre el 31 de enero de 2010 y el día del pago los cuales ascienden a la suma de ochocientos veintidós millones quinientos setenta y un mil doscientos cinco pesos (COP 822.571.205) los cuales se obtienen los cuales se obtienen de restar del valor total de los intereses calculados por el perito Ing. Carlos Andrés Sanabria para los pagos realizados entre el 15 de octubre de 2009 y el 31 de enero de 2010 (COP 1.263.891.681), el valor de los intereses correspondientes al mes de octubre de 2009 (COP 441.320.476). Lo anterior, en atención al mismo razonamiento presentado en el punto inmediatamente anterior.”

107. Señala Ecodiesel que:

- a. Ha sufrido un perjuicio patrimonial, a cuya reparación tiene derecho, sea a título de indemnización o a través del reconocimiento de la existencia de la obligación y la orden de que la misma sea cumplida, según sea el caso.
- b. A tal efecto, el menoscabo patrimonial sufrido se discrimina de la siguiente manera:
 - i. De una parte los desembolsos hechos por Ecodiesel en virtud de los mecanismos de financiación del Contrato pactados en la § 3 de la Oferta Modificatoria No. 2, los cuales ascienden, por concepto de capital, a \$ 1.039.760.042, que debiendo haber sido

reembolsados el 31 de enero de 2010, no han sido restituidos por Dedini.

Ésta suma fue certificada en el Dictamen Contable y corresponde a los desembolsos efectuados por Ecodiesel entre el 31 de octubre de 2009, fecha en que se pagó la totalidad del porcentaje ejecutado por Dedini y el 31 de enero de 2010, en que terminó el Contrato.

- ii. Los intereses remuneratorios y moratorios sobre la suma anterior, liquidados a una tasa de interés equivalente a la tasa de depósito a término fijo ("DTF") más 6,25%, entre la fecha de cada desembolso y el 31 de enero de 2010, esto es, \$ 3.526.445, los cuales, según Ecodiesel, *"se obtienen de restar del valor total de los intereses calculados por el perito Ing. Carlos Andrés Sanabria para los pagos realizados entre el 15 de octubre de 2009 y el 31 de enero de 2010 (COP 12.926.269), el valor de los intereses correspondientes al mes de octubre de 2009 (COP 9.399.824)."*
 - iii. Los intereses moratorios, liquidados a la tasa máxima legalmente permitida, desde la fecha de cada desembolso y hasta la fecha en que se realice efectivamente su pago.
- c. Existe certeza del daño, pues, como se desprende de la sola lectura de las conclusiones presentadas en el Dictamen Contable (sustentadas en la contabilidad de la Convocante), es claro que Ecodiesel afectó negativamente su patrimonio en las sumas allí contenidas.
 - d. La afectación patrimonial negativa la sufrió Ecodiesel personalmente, y el perjuicio sufrido es directo, en el entendido que el mismo se produjo de manera inmediata como consecuencia de los incumplimientos comprobados.

- e. En todo caso, el vínculo de causalidad entre el incumplimiento acreditado y el perjuicio sufrido es evidente, pues de haberse entregado la Planta en la oportunidad pactada, y de haberse cancelado las sumas debidas en las fechas en que se hicieron exigibles, el patrimonio de Ecodiesel no se habría afectado.
- f. Frente al argumento de que no ha sido debidamente acreditado que todos y cada uno de los pagos relacionados en el Dictamen Contable tuvieron lugar con ocasión de la financiación del Contrato por parte de Ecodiesel, o con ocasión de la terminación, por su cuenta, de la Planta, pone de presente que, como manifestó Oscar Iván Urrea en los numerales 6 y 8 de su Testimonio, Ecodiesel fue constituida con el propósito exclusivo de construir y operar la Planta. Así, dejando de lado los gastos laborales e impositivos, que no fueron incluidos en el Dictamen Contable, todos los gastos para el periodo de enero de 2008 a julio de 2010 son imputables a los gastos de construcción de la Planta, ya sea a título de pago del precio del Contrato, financiación del mismo, o terminación por cuenta de Ecodiesel.
108. Frente a lo anterior, procede el Tribunal a ocuparse del costo de la financiación asumida por Ecodiesel en desarrollo de la Oferta Comercial.
109. A este respecto debe recordarse que en la § 3 de Oferta Modificatoria No 2 (*"Financiación para la ejecución de la Oferta Mercantil y sus Modificaciones"*) se previó lo siguiente:
- "Con el fin de suplir la iliquidez de DEDINI, la financiación de lo que resta de la ejecución de la Oferta Mercantil y sus Modificaciones se llevará a cabo mediante las actividades que se enumeran a continuación;
- a) Pagos anticipados. ECODIESEL podrá, a su discreción, realizar anticipadamente los pagos previstos en el Cronograma de Pagos establecido en el artículo 31.1 de la Oferta Mercantil y

modificado por la cláusula SEGUNDA deja Oferta Mercantil Modificatoria. Estos pagos se harán directamente a los proveedores o contratistas de DEDINI que ECODIESEL determine, con el fin de agilizar el avance de la ejecución de la Oferta Mercantil y sus Modificaciones. ECODIESEL entregará a DEDINI una planilla en la que aparezcan los pagos realizados de acuerdo con esta cláusula.

Parágrafo- DEDINI se obliga a pagar a ECODIESEL, el treinta y uno (31) de enero de dos mil diez (2010), el costo que haya tenido para Ecodiesel el retiro anticipado de estos dineros del patrimonio autónomo administrado por la sociedad fiduciaria FIDUBOGOTA (en adelante el "Patrimonio Autónomo"), Para este efecto, DEDINI pagará a ECODIESEL los rendimientos que habría tenido el dinero anticipado si hubiera permanecido en el fideicomiso durante el tiempo transcurrido entre la fecha en que se retiró del mismo y la fecha que, según la ejecución de la Oferta Mercantil, DEDINI habría tenido derecho a recibir el pago. La tasa de rendimiento será la que FIDUBOGOTA certifique para el período correspondiente.

b) Financiación por parte de ECODIESEL. ECODIESEL invertirá la cantidad de tres mil seiscientos cinco millones, veinticuatro mil trescientos trece pesos m/cte (COP\$3.605.024.313,00) para la ejecución de la Oferta Mercantil, por la vía de pagarle directamente a los proveedores o contratistas de DEDINI que ECODIESEL escoja, a su propia discreción, con el fin de acelerar el ritmo de ejecución de la Oferta Mercantil y sus Modificaciones. ECODIESEL utilizará para este efecto la figura del pago con subrogación, o cualquiera otra que estime conveniente, de tal manera que adquiera los derechos del acreedor (proveedor o contratista) contra el deudor, es decir, DEDINI. DEDINI se compromete a pagar este dinero a ECODIESEL el treinta y uno (31) de enero de dos mil diez (2010). Reconoce a ECODIESEL como acreedor legítimo para cada caso en que ECODIESEL haya pagado por cuenta de DEDINI.

Parágrafo.- DEDINI pagará a ECODIESEL el costo asumido por ésta para la financiación a la que se obliga ECODIESEL según esta cláusula. Esta suma corresponde a una tasa efectiva anual de DTF + 6.25%, la cual se causará entre la fecha de desembolso del dinero y el treinta y uno (31) de enero de dos mil diez (2010), fecha en la cual deberá hacerse el pago. A partir del treinta y uno (31) de enero de dos mil diez (2010) la suma impagada causará intereses de mora a la Tasa Moratoria permitida por la ley colombiana, hasta el día del pago.”

110. De esta manera, Ecodiesel podía, además de lo previsto en la Oferta, realizar anticipadamente los pagos previstos en el cronograma de pagos a Dedini, para hacerlos directamente a los proveedores o contratistas de esta. Así mismo podía realizar inversiones por un monto de \$ 3.605.024.313 por la vía de pagarle directamente a los proveedores o contratistas de Dedini que Ecodiesel escogiera.¹³⁸ El monto invertido sería reembolsado por Dedini con rendimientos.
111. En relación con esta financiación encuentra el Tribunal que en el Dictamen Contable se incluye “*el cuadro con los pagos No [sic] formaban parte del contrato con DEDINI S/A INDUSTRIAS DE BASE teniendo en cuenta su porcentaje de Ejecución*”, en el cual se relacionan todos los pagos realizados por Ecodiesel a partir del 31 de octubre de 2010 hasta el 2 de agosto del mismo año, lo cual arroja un monto de \$ 8.273.513.338.
112. Para el Tribunal es claro que la financiación pactada en el Contrato sólo podría operar en tanto Dedini se encontrara ejecutando el Contrato, esto es hasta el 31 de enero de 2010.
113. Desde este punto de vista el total de desembolsos realizados entre el 31 de octubre de 2010 (a partir de la cuenta señalada en el Dictamen Contable como pago a la porción ejecutada) y el 31 de enero de 2010 asciende a

¹³⁸

Sobre este punto de pagos anticipados e inversiones por parte de Ecodiesel, el Tribunal señala que ello denota el propósito de esta de imprimirle celeridad a los trabajos contratados y apalancar la recta final de los mismos.

\$1.039.760.042, cifra a cuyo reembolso será condenada Dedini en función de la Pretensión bajo análisis, no sin destacar que dicho monto es inferior a la financiación que se comprometió a otorgar Ecodiesel de acuerdo con la Oferta Modificatoria No 2, la cual ascendía a \$ 3.605.024.313.¹³⁹

114. A su turno, como se reflejará en la parte resolutive del Laudo, y por estar previsto en la estipulación arriba transcrita, Dedini:

a. Deberá pagarle intereses a Ecodiesel, a partir de las fechas de los diversos desembolsos y hasta el 31 de enero de 2010 a la tasa DTF más 6,25%.

Tales intereses, de acuerdo con los cálculos llevados a cabo por el Tribunal, ascienden a **\$ 15.237.740**.¹⁴⁰

b. Deberá pagarle a la Convocante intereses moratorios sobre \$1.039.760.042, calculados a la tasa moratoria permitida por la ley colombiana, valga decir, una y media veces (1,5) el interés bancario corriente,¹⁴¹ los cuales se computarán desde el 1o de febrero de 2010 hasta la fecha efectiva de pago.

115. Resuelto lo correspondiente a la Pretensión No. 52, pasa el Tribunal a referirse a las siguientes Pretensiones de condena, las cuales corresponden a las marcadas con los Nos. 54 y 55.

¹³⁹ En torno a la diferencia entre la financiación ofrecida y la efectivamente realizada, el Tribunal considera razonable que el mecanismo financiero estipulado en la Oferta Modificatoria No. 2, se haya activado de manera prudente por parte de Ecodiesel, por cuanto el riesgo de la entrega de estos dineros sin la verificación del otorgamiento de las fianzas empresariales y la entrega de las divisas ofrecidas por Dedini era muy alto. Además el ritmo lento de ejecución de la obra no estimulaba el aprovisionamiento acelerado de más recursos.

¹⁴⁰ Para la elaboración de este cálculo el Tribunal ha empleado las tasas DTF aplicables en las distintas fechas, según aparece en la página www.banrep.gov.co ("Tasas de captación semanales").

Asimismo, los intereses han sido calculados con base en un año de 365 días y el número de estos efectivamente transcurridos desde cada desembolso hasta el 31 de enero de 2010.

¹⁴¹ Cf. El artículo 884 del C. Cio. anteriormente transcrito.

116. Sobre el particular basta observar que el Tribunal ha concluido que debe denegarse la Pretensión **declarativa** marcada con el No. 53, que es la génesis de las dos siguientes.
117. Por ende, fracasada la antedicha Pretensión fluye, sin necesidad de lucubraciones adicionales, que no tendrán prosperidad las consecuenciales peticiones de **condena**, valga decir las Pretensiones identificadas con los Nos. 54 y 55, de lo cual se dará cuenta en la parte resolutive del Laudo.
118. Concluido lo referente a las Pretensiones de condena atrás tratadas, el Tribunal se ocupa de la marcada con el No. 58, **consecuencial** de las distinguidas con los Nos. 56 y 57.
119. Por ende, y como se anticipó en el acápite anterior de este Capítulo del Laudo, la prosperidad de las susodichas Pretensiones declarativas marcadas con los Nos. Antes citados, trae consigo, de manera inexorable, el reconocimiento de la correspondiente Pretensión de condena, razón por la cual, y sin necesidad de elaboración adicional, se procederá a decretar:
- a. El pago pendiente por la configuración del modo extintivo de la compensación (US\$ 529.856,50);
 - b. El pago correspondiente a los intereses sobre tal suma, calculados a partir del 1º de diciembre de 2009 a la tasa *Prime* más 2%, intereses que correrán hasta el momento de pago definitivo del monto principal.¹⁴²
120. Vistas las conclusiones y determinaciones condenatorias objeto de este acápite del Laudo, y en atención a lo establecido en la § 41 de la Oferta Comercial ("*Limitaciones de la Responsabilidad y Otros*"), el Tribunal estima pertinentes las anotaciones que siguen sobre este tema.

¹⁴²

En el Dictamen Contable se indicó la cantidad de US\$ 135.476,12 como monto de los intereses causados desde el 1º de diciembre de 2009 hasta el 24 de noviembre de 2014 (fecha del referido Dictamen).

121. La estipulación en referencia tiene el siguiente texto:

“Las Partes acuerdan que la responsabilidad de DEDINI se limitará al veinte (20%) por ciento del Precio Total bajo la presente Oferta. La limitación de responsabilidad no libera a DEDINI en caso de dolo o culpa grave.

Ninguna de las Partes responderá por lucro cesante o daños indirectos o consecuenciales.”

122. Es posible graduar los efectos indemnizatorios de la declaratoria de incumplimiento de un contrato para agravarlos, atenuarlos e incluso para eliminarlos total o parcialmente (artículo 1604 del C.C. ya citado), por medio de cláusulas denominadas de *exoneración o limitación de responsabilidad*, las cuales deben interpretarse de manera restrictiva, y no pueden propiciar la ejecución del contrato sin el respeto del principio de la buena fe.

123. Sobre las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad, De Cupis enseña:

“Debe añadirse ahora que la voluntad privada puede preventivamente influir en el quantum del daño resarcible limitándolo incluso al margen de la referida liquidación convencional de tal daño. Es decir, los particulares sin liquidar el daño futuro fijándole convencionalmente una medida alzada, sin dejar de aplicar los principios normales para determinación y medida del daño y carga de la prueba, pueden establecer un límite máximo a la resarcibilidad del daño en sí, en manera tal que fuera de él el daño no será resarcido.”¹⁴³

124. Obsérvese, pues, que no se trata de estipulaciones o pactos de irresponsabilidad por el incumplimiento de un contrato, sino de verdaderas previsiones contractuales dirigidas a modular el *quantum respondeatur*.

¹⁴³

Adriano De Cupis, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Angel Martínez Sarrion, Trad., Barcelona, Editorial Bosch, 1975, página 516.

125. La Corte Suprema ha dicho sobre el particular:

“Desde el año de 1936 en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia se ha desarrollado con algún detalle, y con base en las reglas generales sobre obligaciones y contratos, el tema de la validez de las cláusulas de limitación y exclusión de la responsabilidad de las partes, y se han establecido límites a este tipo de pactos. En los primeros pronunciamientos sobre el tema (cas. civ. sentencias de 9 de diciembre de 1936, G.J. XLIV, pp. 405 y ss. y de 15 de julio de 1938, G.J. XLVII, pp. 68 y ss.), la Sala reconoció que a las partes de un contrato les asiste derecho a pactar un grado de responsabilidad distinto del ordinario para efectos de aligerar o disminuir sus riesgos en caso de inejecución de sus obligaciones. Sin embargo, ya desde entonces, sostuvo que dicha facultad no es omnímoda, pues no les está permitido a las partes pactar la exclusión total de su responsabilidad. Ello no sólo contradiría el concepto de la ‘obligación’, sino también el espíritu de distintas normas del Código Civil que sancionan tales cláusulas con nulidad, como los artículos 1895, 1522, 63 y 1604. Se consideró, ab initio que, en tales cláusulas va envuelta una condonación del dolo futuro de una de las partes, pues al pactarse su irresponsabilidad, implícitamente se está tolerando que sea negligente en la ejecución de sus obligaciones. (...)

Con la jurisprudencia reseñada puede concluirse que, si bien, en ejercicio de la autonomía privada, las partes están facultadas por el ordenamiento jurídico para establecer límites a su responsabilidad negocial o debitoria, y más concretamente, por un riesgo propio del negocio, tal facultad no es absoluta, sino sujeta a límites de orden público. Y sobre todo no puede utilizarse jamás como herramienta para patrocinar directa o indirectamente, que las partes del contrato respectivo, eludan su responsabilidad por culpa grave o dolo, vulneren normas jurídicas imperativas (*ius cogens*), las buenas costumbres, o ma-

terias sustraídas de su esfera dispositiva, verbi gratia, los derechos de la personalidad, la vida, salud e integridad de las personas.”¹⁴⁴

126. En punto a la limitación del *quantum* indemnizatorio estipulada en el Oferta, Ecodiesel argumentó en su Alegato Final lo que sigue:

“Vistas en detalle las pretensiones de la Demandante es claro que el único evento de indemnización de perjuicios por responsabilidad civil contractual solicitado es el relativo al pago de los costos adicionales en que incurrió Ecodiesel para terminar la Planta por su propia cuenta. Ésta es la única obligación cuya fuente estaría constituida por la declaración de responsabilidad civil que se solicita al Tribunal Arbitral. En los demás casos la pretensión va encaminada al reconocimiento del incumplimiento, de parte de DEDINI, de las obligaciones de carácter dinerario asumidas contractualmente, o al pago de una penalidad contractual por la no Entrega de la Planta el 31 de enero de 2010, la cual tiene naturaleza sancionatoria y no indemnizatoria”.¹⁴⁵

127. Visto el texto contractual arriba citado, para el Tribunal es evidente que se trata de una cláusula de modulación genérica, en la que no se discriminaron ni especificaron las obligaciones sobre las cuales recaería el límite de la indemnización por el incumplimiento, como erradamente la interpretó Ecodiesel en la parte de su Alegato Final antes transcrita. En efecto, la estipulación no se refiere al incumplimiento de obligaciones dinerarias, indemnizatorias o de cualquier otra naturaleza, simplemente hace alusión a “*la responsabilidad de DEDINI*”.

128. Pero al margen de lo anterior, el *quantum* que el Tribunal reconocerá en este Laudo **no sobrepasa** el límite establecido en la § 41 *in fine*, toda vez que el

¹⁴⁴ Corte Suprema – Sentencia del 8 de septiembre de 2011.

¹⁴⁵ Alegato Final de Ecodiesel – Páginas 29 y 30.

umbral indemnizatorio para el presente caso sería de US\$ 2.125.000, que corresponde al 20% del valor del Contrato (US\$ 4.250.000), **menos** el valor de los perjuicios por US\$ 2.125.000 reconocidos por Dedini al tenor de la § 4 de la Oferta Modificatoria.

C. Costas

129. Como se indicó en el Capítulo IV *supra*, dentro de las Pretensiones de Ecodiesel se encuentra la referente a la condena a Dedini al pago de las costas y gastos de este Arbitraje, petición que, amén de ser regular, está reglada de manera homogénea, pudiendo, por ejemplo, destacarse:

a. Las §§ (1) y (2) del artículo 3.36 del Reglamento, que establecen

“1. El tribunal arbitral fijará las costas del arbitraje en el laudo final y, si lo considera adecuado, en cualquier otra decisión.

2. El término ‘costas’ comprende lo siguiente:

a. Los honorarios del tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio tribunal de conformidad con el párrafo 4 del presente artículo.

b. Los gastos de viaje y otras expensas razonables realizadas por los árbitros.

c. El costo razonable del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.

d. Los gastos de viaje y otras expensas razonables realizadas por los testigos, en la medida en que dichos gastos y expensas sean aprobados por el tribunal arbitral.

e. Los costos jurídicos y de otro tipo ocasionados a las partes por el procedimiento arbitral y solo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de esos costos es razonable.

f. Cualesquiera honorarios y gastos del Centro.”

b. El artículo 3.37 *ibidem*, donde se prescribe:

“1. Las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida o las partes vencidas. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. El tribunal fijará en el laudo final o, si lo estima oportuno, en otro laudo, la suma que una parte pueda tener que pagar a otra a raíz de la decisión sobre asignación de las costas.”

130. En el presente caso, el Tribunal, a través de la Orden Procesal No. 06, le solicitó a las Partes que incluyeran en los Alegatos Finales el monto de las costas incurridas por cada una de ellas con motivo de este Arbitraje, requerimiento que no tuvo respuesta alguna por parte de Dedini, quien ni siquiera presentó su Alegato Final.

Ecodiesel, por su parte, si bien presentó su Alegato Final, no hizo mención alguna a las costas incurridas, motivo por el cual el Tribunal carece de elementos para tomar cualquier decisión en torno a erogaciones diferentes a los pagos hechos por tal Parte a requerimiento del Centro de Arbitraje.

131. Por ende, siendo claro que Ecodiesel es la Parte prevalente en este Proceso, en la forma y con el alcance establecidos en los acápites precedentes de este Capítulo del Laudo, la correspondiente condena en costas para Dedini estará circunscrita al reembolso de los montos pagados por Ecodiesel para atender las provisiones fijadas por el Centro de Arbitraje, así:

a. La totalidad (100%) de lo pagado por Ecodiesel para cubrir la cuota impagada de Dedini; y

Lo anterior por cuanto al ser Dedini la parte perdedora del Proceso, debe asumir la **totalidad** de la cuota a su cargo y, por ende, reembolsarle íntegramente a Ecodiesel lo cubierto en su nombre.

- b. El 70% de la cuota a cargo de la propia Ecodiesel según fuera determinado por el Centro de Arbitraje.

Lo anterior por cuanto, si bien Ecodiesel ha triunfado de manera general en este Arbitraje, sus Pretensiones no fueron íntegramente acogidas, razón por la cual el Tribunal considera que Dedini solo debe soportar el 70% de lo pagado por Ecodiesel para atender su propia cuota.

132. En consecuencia, la parte resolutive del Laudo recogerá la condena en costas a Dedini producto de la liquidación que aparece en la siguiente tabla:

Concepto	Valor (US\$)
Honorarios de los Arbitros	
-- Honorarios de los Arbitros	225.000
-- I.V.A. - 16%	36.0000
Total Honorarios + IVA	261.000
100% a cargo de Dedini (reembolso de su cuota pagada por Ecodiesel)	130.500
70% de la cuota de Ecodiesel	91.350
Total a cargo de Dedini y a favor de Ecodiesel (A)	221.850
Gastos del Proceso	
-- Gastos Administrativos del Centro de Arbitraje	75.000
-- I.V.A. - 16%	12.000

Concepto	Valor (US\$)
Total Gastos Administrativos + IVA	87.000
100% a cargo de Dedini (reembolso de su cuota pagada por Eco-diesel)	43.500
70% de la cuota de Ecodiesel	30.450
Total a cargo de Dedini y a favor de Ecodiesel (B)	73.950
Gran total a cargo de Dedini y a favor de Ecodiesel (A + B)	295.800

VI. DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias entre **Ecodiesel Colombia S.A.** (Demandante) y **Dedini S/A Industrias de Base** (Demandada), habilitado por las Partes y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

A. Sobre las Pretensiones de Ecodiesel:

1. **Con relación a la Pretensión marcada con el No. 49:**

Declarar que **Dedini S/A Industrias de Base** incumplió el Contrato, toda vez que en la fecha pactada para la Entrega de la Planta esta presentaba un avance inferior en 8,93% al pactado.

2. **Con relación a la Pretensión marcada con el No. 50:**

Declarar que **Ecodiesel Colombia S.A.** le pagó a **Dedini S/A Industrias de Base** las cantidades de (i) US\$ 7.200.000; y (ii) \$ 24.912.368.750, correspondientes a la porción del Contrato efectivamente ejecutada por **Dedini S/A Industrias de Base**.

3. **Con relación a la Pretensión marcada con el No. 51:**

Declarar que con motivo del incumplimiento contractual de **Dedini S/A Industrias de Base**, **Ecodiesel Colombia S.A.** asumió el costo de terminación de la Planta.

4. **Con relación a la Pretensión marcada con el No. 52:**

Condenar a Dedini S/A Industrias de Base a pagarle a Ecodiesel Colombia S.A. las siguientes cantidades:

- a. **\$ 1.039.760.042**, correspondientes a los fondos invertidos por **Ecodiesel Colombia S.A.** en virtud del mecanismo de financiación estipulado en la cláusula 3ª de la Oferta Modificatoria No. 2;
- b. **\$ 15.237.740**, por concepto de intereses remuneratorios sobre la cantidad indicada en el literal (a) precedente, los cuales se han calculado a la tasa DTF más 6,25 puntos porcentuales (6,25%), desde las fechas de los correspondientes desembolsos y hasta el 31 de enero de 2010; y
- c. Intereses moratorios sobre \$ 1.039.760.042, a partir del 1º de Febrero de 2010 y hasta la fecha de pago del monto principal. Tales intereses se calcularán y liquidarán a la tasa de interés moratorio permitida por la ley colombiana, esto es, una y media veces (1,5) el interés bancario corriente.

5. **Con relación a las Pretensiones marcadas con los Nos. 53, 54 y 55:**

Denegar tanto la **declaración** como las **condenas** allí solicitadas.

6. **Con relación a las Pretensiones marcadas con los Nos. 56 y 57:**

Declarar que **Dedini S/A Industrias de Base** incumplió las siguientes obligaciones a su cargo:

- a. Pagarle a **Ecodiesel Colombia S.A.** el 31 de enero de 2010 la cantidad de **US\$ 529.856,50**, según lo pactado en la § 3 (d) de la Oferta Modificatoria No. 2; y
- b. Pagarle a **Ecodiesel Colombia S.A.** intereses sobre la suma antes mencionada a partir del 1º de diciembre de 2009 y hasta el 31 de enero de

2010 o hasta la fecha efectiva de pago, según lo pactado en la § 3 (d) de la Oferta Modificatoria No. 2.

7. **Con relación a la Pretensión marcada con el No. 58:**

Condenar a Dedini S/A Industrias de Base a pagarle a Ecodiesel Colombia S.A.:

- a. La cantidad de **US\$ 529.856,50**; y
- b. Intereses sobre la cantidad antes mencionada, calculados a la tasa Prime más 2 puntos porcentuales (2%), los cuales correrán desde el 1º de diciembre de 2009 hasta cuando se haga el pago completo del monto principal.

8. **Con relación a las Pretensiones marcadas con los Nos. 59 y 60:**

- a. **Declarar** que **Dedini S/A Industrias de Base** está obligada a pagarle a **Ecodiesel Colombia S.A.** la cantidad de **US\$ 875.000** por concepto de la sanción contractual establecida en la cláusula 1ª de la Oferta Modificatoria No. 2.

- b. **Condenar a Dedini S/A Industrias de Base a pagarle a Ecodiesel Colombia S.A.:**

- i. La cantidad de **US\$ 875.000**; y
- ii. Intereses sobre la cantidad antes mencionada, calculados a la tasa Prime más 2 puntos porcentuales (2%), los cuales correrán, en caso de mora en su pago, desde la fecha que se indica en la siguiente Sección B y hasta cuando se haga el pago completo del monto principal.

B. Sobre pagos de las condenas:

Ordenar que los pagos de los montos correspondientes a las condenas decretadas en los numerales 4, 7 y 8 de la Sección A de este Capítulo del Laudo sean hechos por **Dedini S/A Industrias de Base** dentro de los **diez (10) días** calendario siguientes a la notificación de este Laudo, siendo entendido que (i) los intereses moratorios a que se refiere el literal (c) del numeral 4 de la Sección A correrán **ininterrumpidamente** desde el 1º de febrero de 2010; y (ii) los intereses a que se refiere el literal (b) del numeral 7 de la Sección A *supra* correrán **ininterrumpidamente** desde el 1º de diciembre de 2009.

C. Sobre costas del Proceso y su pago:

1. **Condenar** a **Dedini S/A Industrias de Base** al pago en favor de **Ecodiesel Colombia S.A.** de **US\$ 295.800** por concepto de gastos y costas del Proceso, de conformidad con la liquidación que obra en la Sección C del Capítulo V de este Laudo.
2. **Disponer** que el pago de la condena establecida en el numeral precedente sea hecho por **Dedini S/A Industrias de Base** dentro de los **diez (10) días calendario** siguientes a la notificación de este Laudo.
3. **Disponer** que en caso de mora en el pago de la condena a su cargo, **Dedini S/A Industrias de Base** deberá pagarle a **Ecodiesel Colombia S.A.** intereses moratorios liquidados a la tasa más alta permitida por la ley colombiana, los cuales se causarán hasta la fecha del pago efectivo de la condena.

D. Sobre honorarios de los Arbitros y su pago:

1. **Fijar** en **US\$ 75.000** (equivalencia en moneda colombiana), más el correspondiente IVA, el monto de honorarios correspondiente a cada uno de los Arbitros integrantes del Tribunal.

2. De conformidad con el artículo 3.39 (6) del Reglamento, **solicitarle** al Centro de Arbitraje que proceda al pago de los honorarios antes establecidos utilizando al efecto el monto depositado por **Ecodiesel Colombia S.A.**

E. Sobre notificación y depósito del Laudo:

1. **Remitir** al Centro de Arbitraje tres (3) ejemplares originales del Laudo, uno (1) con destino a **Ecodiesel Colombia S.A.**; uno (1) con destino a **Dedini S/A Industrias de Base**; y uno (1) con destino al Centro de Arbitraje, para su depósito al tenor del artículo 33 (6) del Reglamento.
2. **Solicitarle** al Centro de Arbitraje que, al tenor del precitado artículo del Reglamento, y de conformidad con lo previsto en el artículo 3.2 del mismo, proceda a efectuar la notificación de este Laudo a las Partes.


Juan Pablo Cárdenas Mejía
Arbitro


Ernesto Rengifo García
Arbitro


Nicolás Gamboa Morales
Presidente