



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA ASUNTOS JURISDICCIONALES

Bogotá D.C., Treinta y Uno (31) de mayo de 2012

Sentencia No. 2763 .

Expediente No. 09014277

Demandante: GEOFUNDACIONES S.A. y VIAS Y CONSTRUCCIONES S.A. (VICON S.A.)

Demandado: SOLETANCHE BACHY CIMAS S.A.

Llamado en garantía: HVM INGENIEROS LTDA.

Procede la Superintendencia de Industria y Comercio a tomar la decisión de fondo en el proceso iniciado por Geofundaciones S.A. y Vías Construcciones S.A. -Vicon- (en adelante: la unión temporal o la UT o Geovicon) contra Soletanche Bachy Cimas S.A. (en adelante: Soletanche), quien llamó en garantía a HVM Ingenieros Ltda. (en adelante: HVM), para lo cual se tienen en cuenta los siguientes,

1. ANTECEDENTES.

1.1. Hechos de la demanda:

La parte demandante afirmó que el 8 de agosto del año 2003 conformó una unión temporal con ocasión a la invitación, consistente en proponer el diseño y la construcción de 3 barreras de baja permeabilidad en el complejo carbonífero ubicado en el Departamento de la Guajira, realizada por Cerrejón (tercero en el asunto).

Aseguró que además de otras firmas, a dicha convocatoria también se llamó a ofertar a Soletanche, quien *“participó activamente en el proceso licitatorio y demostró un claro interés en que le fuera adjudicado el contrato”*, sin resultar adjudicatario de la misma.

Señaló que una vez le fue adjudicado el contrato (CON-00522003) por parte de Cerrejón, éste solicitó que el diseño y construcción ya no debería hacerse respecto de tres sino de seis barreras de baja permeabilidad, ante lo cual, la UT modificó su oferta inicial, adicionando, para la ejecución del proyecto, una retroexcavadora de características especiales, la cual -adujo- fue importada con ocasión de la ampliación del contrato que fuera firmado el 22 de diciembre de 2003, el cual contaba con un plazo de once meses contado a partir de la correspondiente acta de inicio, que se efectuó el 20 de enero de 2004.

Luego de detallar los costos directos e indirectos por metro cuadrado de obra construida que incluyó en su oferta, afirmó que a pesar de no haber estado *“prevista la contratación de un interventor”*, el 10 de mayo de 2004 le fue informado por parte del Cerrejón que había celebrado un contrato de asesoría técnica e interventoría, el pasado 5 de mayo (CON-00722004), con Soletanche, condición que, por su naturaleza, *“tiene una injerencia definitiva en el desarrollo de la obra”*.

Advirtió que Soletanche, siendo interventor, ofreció a Cerrejón ejecutar los diseños y la construcción de la obra que estaba realizando Geovicon, lo que, según la demanda, resultó haciendo luego de *“lograr”*, con ocasión de su interventoría, que el contratista diera por terminado el contrato con la UT.

Argumentó que a la demandada no le interesaba realizar la interventoría sino construir las

barreras, prueba de ello, según su dicho, está en que Soletanche la subcontrató en su totalidad con HMV el 15 de mayo de 2004 (C1340-001).

Respecto del desarrollo del contrato CON-00522003, indicó que para los diseños de las barreras subcontrató a la firma Ingetec, así como que se presentaron problemas en obra que impidieron la ejecución oportuna del proyecto, por lo que mediante el otrosí No. 1, suscrito el 7 de abril de 2005, se prorrogó el plazo inicial por 15 meses, es decir, hasta el 28 de febrero de 2006 y se le reconocieron, por parte de Cerrejón, algunos sobrecostos así como una nueva tarifa por metro cuadrado.

Demandó que durante la interventoría realizada por Soletanche, en lugar de contribuir a la buena marcha de la obra, *“obstaculizó constantemente”* su desarrollo desde el principio, gracias a su actitud *“conflictiva e intransigente”* cuyo propósito era, en sus palabras, deteriorar las relaciones entre Cerrejón y el constructor a fin de culminar la construcción de las barreras.

Manifestó que el 18 de diciembre de 2005 presentó a Cerrejón un cronograma de las actividades faltantes, en donde se plasmaron una serie de pretensiones de tipo económico y otras concernientes al plazo de las obras (entrega de las barreras 5-6 el 31 de diciembre de 2005, la barrera 3 el 15 de julio de 2006 y la barrera 2 el 30 de septiembre de 2006).

Informó que como consecuencia de lo anterior, el 20 de diciembre de 2005, Cerrejón le hizo saber que sus pretensiones eran *“inaceptables”* y que la construcción de la barrera 3 - siguiente en el orden de ejecución- no podría adelantarse hasta que no se aclarara la situación con la unión temporal, situación que originó la inactividad de la obra, que a su vez generó que la UT enviara comunicaciones a Cerrejón (fechadas el 24 de febrero, 2 de marzo y 7 de abril de 2006), solicitando información referente a la continuidad del contrato.

Afirmó que durante dicho lapso, Soletanche *“trabajaba arduamente para convencer a Cerrejón que le adjudicara a ella la construcción de las barreras faltantes, la 2 y la 3”*.

Dijo que el 2 de mayo de 2006 recibió una comunicación de Cerrejón en donde se le informaba la declaratoria del incumplimiento del contrato, época para la cual Soletanche *“estaba negociando firme y decididamente las condiciones bajo las cuales construiría las barreras faltantes”*.

En cuanto a su labor contractual con Cerrejón, que terminó por mutuo acuerdo el 9 de abril de 2007, resaltó que durante el desarrollo de la misma diseñó las 6 barreras de baja permeabilidad y construyó 4.

Finalmente, anotó que en razón de su interventoría, Soletanche adquirió los conocimientos técnicos de la obra, entre los que destacó el tema de la bentonita, lo que, a su juicio, resultó ser un elemento clave para su posterior oferta a Cerrejón.

1.2. Pretensiones:

La demandante, en ejercicio de la acción declarativa y de condena, solicitó que se declarara que su contraparte incurrió en los actos descritos en los artículos 7º, 8º, 17º y 18º de la Ley 256 de 1996. Consecuencialmente, que se le ordene a indemnizar los perjuicios causados.

1.3. Admisión de la demanda y su contestación:

Mediante auto No. 261 de 2009 se admitió la demanda contra Soletanche (fl. 88, cdno. 8.), quien al contestarla se opuso a la prosperidad de las pretensiones, excepcionó arguyendo que su conducta no vulneró ninguna Ley, costumbre o patrón ético, que no existió inducción alguna sobre Cerrejón, que no había ningún secreto atribuible a la unión temporal, que no se generó ventaja competitiva alguna, que no existió ni daño ni nexo causal, que en razón a la transacción suscrita entre la UT y Cerrejón habría doble pago y, además, alegó la prescripción de la acción con fundamento en el artículo 23 de la Ley 256 de 1996 (fls. 157 a 191, cdno. 17).

Finalmente, llamó en garantía a HVM en razón al subcontrato (C-1340001) suscrito con ésta, cuyo objeto consistió en la interventoría de la obra desarrollada por la UT en Cerrejón.

1.4. Admisión del llamamiento y su contestación:

Con el auto No. 1002 de 2009 se aceptó el llamamiento en garantía de HVM, quien al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, al tiempo que propuso como excepciones de fondo la inexistencia de los actos de competencia desleal alegados, la ausencia propia de una posición de dominio, la inexistencia tanto del daño y el nexo causal como de los perjuicios, el hecho de que la pretensión de la UT generaría un enriquecimiento injustificado de ésta en virtud del contrato de transacción con Cerrejón y prescripción (fls. 46 a 61, cdno. 27).

Por otra parte, al contestar el llamamiento no aceptó los hechos que fundamentaron el mismo y, por ello, excepcionó la ineptitud e improcedencia con fundamento en los artículos 55 y 57 del C.P.C., así mismo, señaló que con relación al contrato CON—00522003 existe cosa juzgada, inexistencia de los actos de competencia desleal, improcedencia de responsabilidad contractual, la ausencia propia de una posición de dominio, la inexistencia del daño y el nexo causal, improcedencia de la cláusula de indemnidad y prescripción (fls. 62 a 75, cdno. 27).

1.5. Trámite procesal:

Mediante auto No. 1891 de 2009 se citó a las partes para la audiencia de que trata el artículo 101 del C.P.C., en la cual no se llegó a ningún acuerdo que pusiera fin al litigio. Posteriormente, con el auto No. 356 del 2010 se decretaron las pruebas del proceso (fls. 18 a 33, cdno. 18) y, evacuada la etapa probatoria, con el auto No. 12205 de 2012 se corrió traslado para alegar de conclusión, oportunidad en la que las partes, con fundamento en la selección de las pruebas recaudadas, expresaron las razones por las cuales se debe acceder a las manifestaciones hechas en sus actos de postulación.

2. CONSIDERACIONES.

Agotadas las etapas procesales y dado que no se presentan nulidades que impidan proferir un fallo de fondo, procede el Despacho a decidir la instancia en los siguientes términos:

2.1. Ámbitos de aplicación de la Ley 256 de 1996 (arts. 2º, 3º y 4º, L. 256/96):

Los ámbitos de aplicación de la Ley de Competencia Desleal se encuentran superados en este caso porque la participación que cada una de las partes tuvo con Cerrejón en virtud al contrato de obra ya mencionado da cuenta de la participación de las partes en el mercado de la ingeniería de obras civiles (subjetivo), aunado al hecho de que -según la demanda- la búsqueda desleal de la terminación inusual del mismo por parte de Cerrejón y en perjuicio de Geovicon, a causa de las conductas imputadas a Soletanche, tiene una clara finalidad concurrencial, pues es evidente que tal circunstancia se presenta potencialmente idónea para incrementar la participación de la pasiva en el mercado de las obras civiles (objetivo). Finalmente, las conductas alegadas tendrían efecto en el Departamento de la Guajira (territorial).

2.2. Legitimación de las partes (arts. 21 y 22, L. 256/96):

La unión temporal está legitimada por activa porque la terminación unilateral de una relación comercial por parte de un tercero, en la cual aparentemente influyo la demandada, es una conducta potencialmente perjudicial para sus intereses económicos.

En cuanto a la legitimación por pasiva, corresponde desde ya anotar -y de entrada resolver sobre la relación sustancial que existe entre denunciante y denunciado (art. 56 C.P.C.)- que en el asunto que ahora nos convoca está legitimada por pasiva Soletanche, no así HMV por las razones que se expondrán a continuación.

Soletanche está legitimada para soportar la acción -de responsabilidad civil extracontractual- de la referencia, pues la acusación consiste, en su punto más determinante, en haber aprovechado su calidad de interventor del contrato suscrito entre la demandante y el Cerrejón para, finalmente, lograr la terminación de este y hacerse a la adjudicación para la terminación de la ejecución de las obras, contrariando así los parámetros objetivos de conducta establecidos en la Ley 256 de 1996.

No así HMV, que como se demostró en el proceso y de lo cual se ahondará más adelante (numerales siguientes 2.3.5. y 2.3.6.), su participación en este escenario se limitó a desarrollar el subcontrato de interventoría que suscribió con Soletanche.

En efecto, no siendo necesario -aún- recabar en el “verdadero” alcance del “contrato de consultoría” No. CON-00722004 entre Cerrejón y Soletanche que comprendía “interventoría técnica al diseño y construcción de barreras impermeables” que estaba siendo ejecutado por la unión temporal (fls. 109 a 150, cdno. 39), sobre el cual se realizó -con el consentimiento de Cerrejón- el subcontrato C-1340-001 (fls. 149 a 153, cdno. 37) suscrito entre HMV y Soletanche “para la interventoría técnica al diseño y construcción de barreras impermeables”, lo cierto es que, en virtud de la cláusula octava del contrato principal y el numeral 3º de las consideraciones del subcontrato, Soletanche “*será responsable ante Cerrejón por los servicios ejecutados por el subcontratista, en la misma medida en que es responsable por los servicios por él ejecutados*”.

Siendo así las cosas, sin que haya lugar a enrostrar la cláusula octava del subcontrato (contratista independiente), en razón a que esta encuentra su fundamento, o razón de ser, únicamente en la exclusión de una relación de tipo laboral o, si se quiere, de responsabilidad civil contractual, debe concluirse que la función desarrollada en obra por

HMV estuvo siempre encaminada al cumplimiento de los deberes contractuales adquiridos por Soletanche frente a Cerrejón al momento de suscribir el contrato CON-00722004.

Es precisamente por esta razón que, conforme al inciso 2º del artículo 22 de la Ley de Competencia Desleal (en adelante: LCD), la acción promovida por la UT encausada a que se declare la comisión de unos actos de competencia desleal, en virtud del desarrollo de una interventoría con un fin -presuntamente- desleal, como aquí acontece, efectivamente debió dirigirse contra Soletanche y no, como lo pretende el llamante, contra aquel colaborador en el ejercicio de sus funciones contractuales.

Es por las razones anteriores que, declarada la falta de legitimación pasiva de HMV, no resulta del caso resolver de fondo las excepciones planteadas por HMV.

2.3. Hechos probados:

Con fundamento en las pruebas decretadas, recaudadas y practicadas a lo largo de la actuación, se pueden tener por acreditadas las siguientes circunstancias fácticas relevantes para el caso:

2.3.1. El mes de julio de 2003, después de realizar los correspondientes estudio técnicos y de conveniencia, con el objeto de detener la filtración de agua en la zona de explotación minera, Cerrejón invitó a diferentes firmas constructoras con el objeto de que éstas ofertaran el diseño y la construcción de 3 barreras de baja permeabilidad en el complejo carbonífero ubicado en el Departamento de la Guajira (oferta CON-00522003).

Entre las empresas invitadas estaban Geofundaciones y Soletanche, quienes reconocieron ante Cerrejón su intención de participar en el proceso y, en efecto, así lo hicieron, cada una presentó su respectiva propuesta (al respecto pueden consultarse los documentos obrantes a folios 25 a 27 y 32 a 80 del cuaderno 2 y el fl. 165, cdno. 9).

Los criterios que tuvo en cuenta Cerrejón para la adjudicación del contrato son: i) el relacionado con la seguridad y el medio ambiente, ii) el componente técnico de la propuesta y iii) el contenido económico de la misma.

Las anteriores afirmaciones encuentran fundamento, entre otras pruebas, en las declaraciones rendidas por los funcionarios de Cerrejón que tuvieron relación con el proyecto, tales son Juliano Maran -Superintendente de Planeación Minera del Cerrejón y Administrador del contrato-, Marco Anselmo Velez Muskus -Departamento de Materiales de Cerrejón, participó en la adjudicación del contrato- y Henry García Camacho -Ingeniero Geólogo del Cerrejón y Director Técnico de la obra- (fls. 148 y 162 cdno. 38 y fl. 128, cdno. 47).

2.3.2. Geofundaciones y Vicon suscribieron un acuerdo de unión temporal el 8 de agosto de 2003 con el objeto de la invitación reseñada anteriormente (fls. 23 a 25, cdno. 35).

2.3.3. Una vez presentadas las propuestas a Cerrejón, éste procedió con la calificación de las mismas, para lo cual tuvo en cuenta la solución técnica planteada por cada uno de los oferentes. Como resultado de lo anterior, la UT quedó favorecida con el contrato en razón a su propuesta técnica y la favorabilidad de su propuesta económica. Soletanche por su parte, “*quedó de segundo*” porque su propuesta económica resultaba más costosa para

Cerrejón (ver testimonios de Juliano Maran y de Henry García, los cuales participaron en la calificación de las propuestas y en la adjudicación del contrato).

Ya seleccionada la unión temporal para la asignación del contrato, el mes de diciembre de 2003 Cerrejón le solicitó que cambiara su oferta en el sentido de que ya no debería diseñar y construir 3 barreras de baja permeabilidad sino 6 (testimonios de Francisco de Asís Rodrigo Bernal. Fl. 158, cdno. 38. Min. 11 y Marco Anselmo Velez Muskus. Fl. 162, cdno. 38. Min. 18).

Luego de formalizada la anterior adición, Geovicon y Cerrejón suscribieron, el 22 de diciembre de 2003, el contrato CON-00522003 para el diseño y construcción de 6 barreras de baja permeabilidad (fls. 23 a 112 cdno 29 o fls. 90 a 119, cdno. 41).

El acta de inicio del citado contrato data del 20 de enero de 2004 (fls. 14 y 15 cdno. 35), fecha en la cual comenzó oficialmente el contrato por el término de 10 meses -debía terminar el 20 de noviembre de 2004-, dentro de los cuales la UT tenía destinados cuatro meses para la elaboración de los diseños y los seis meses restantes, para la construcción de las seis barreras. La etapa de diseño consistía en evaluar el sitio para identificar el trasado más adecuado para la construcción de las barreras, así como evaluar los materiales a utilizar y proponer los mecanismos y métodos de la construcción. Así mismo, en el diseño había unas explicaciones técnicas (sistema de calidad), que consisten en tomar las mediciones en el campo para garantizar que la obra se desarrolle de acuerdo con el mismo diseño (según testimonio de Juliano Maran. Fl. 148, cdno. 38. Mins. 19 a 23, 35 y 41).

Para la elaboración del diseño de las barreras, la unión temporal subcontrató a la firma Ingetec (contrato 001-2004 del 23 enero 2004, fls. 167 a 172, cdno. 34). El término inicial previsto para tal fin no fue concretado, en razón a inconvenientes que se presentaron durante el mismo (testimonios de Marco Anselmo Velez Muskus. Fl. 162, cdno. 38. Min. 35 y Henry García, fl. 128, cdno. 47, mins. 16 y 17), lo que conllevó a que la construcción de las primer barrera (la número 4) comenzara en agosto de 2004 (testimonios de Juliano Maran. Fl. 148, cdno. 38. Min. 23 y Henry García, fl. 128, cdno. 47, min. 18).

2.3.4. El 10 de mayo de 2004 Cerrejón informó a la UT del contrato de interventoría que suscribió con Soletanche cinco días atrás (CON-00722004, fls. 109 a 150, cdno. 39) y autorizó a que tengan acceso a toda la información técnica relevante del proyecto, para la verificación y evaluación de todos los aspectos técnicos y de diseño (fl. 79 cdno. 41).

Sobre este particular, es necesario aclarar que, a pesar de las manifestaciones de la demandante tendientes a asegurar que en el contrato con Cerrejón *“no estaba prevista la contratación de un interventor”*, en el clausulado del contrato principal sí se preveía la opción de un interventor y, además, los funcionarios de Cerrejón que declararon coincidieron en afirmar que la idea de contar con la presencia de un interventor en la obra *“estaba desde el principio”* y se materializó a iniciativa de Cerrejón (testimonio de Juliano Maran. Fl. 148, cdno. 38. Mins. 27 a 29), dada la necesidad de éste de contar con alguien que estuviera *“pendiente día a día de la obra”*, por lo que el área de materiales y contratos del Cerrejón se contactó directamente con Soletanche para ofrecerle la interventoría del proyecto (testimonio de Marco Anselmo Velez Muskus. Fl. 162, cdno. 38. Mins. 25 y 26) en razón a que la decisión *“fue llamar al segundo para hacer la interventoría”* (testimonio de Henry García, fl. 128, cdno. 47, min. 27).

2.3.5. El 15 de mayo de 2004 -10 días después- Soletanche lo subcontrató con HMV (contrato C1340-001 “para la interventoría técnica al diseño y construcción de barreras impermeables”. Fls. 92 a 96, cdno. 7).

Sobre este punto es importante resaltar que, aunque Soletanche encaminó gran parte de su defensa a demostrar que la interventoría la realizó independientemente HMV y que únicamente se dedicó a asuntos de “coordinación y pago de facturas”, al punto que fue este el fundamento de su llamamiento en garantía, tal afirmación se diluyó a lo largo del proceso, pues puede decirse con certeza que Soletanche, además de ser el responsable de la interventoría frente a Cerrejón (consideración 3 del documento), sí actuó en ejercicio de las funciones propias de dicho contrato.

En efecto, a modo de ejemplo, de la documental aportada por las partes o recaudada en las respectivas inspecciones judiciales, se puede evidenciar que Soletanche, contrario a lo afirmado, en junio 23 de 2004 envió a Cerrejón un documento denominado “interventoría diseño y construcción de barreras de baja permeabilidad” suscrito por el mismísimo Representante Legal Juan Fernando Uribe (folios 137 a 143 cdno. 1, 129 a 132 cdno. 17, 201 a 204 cdno. 26 y 4 a 10 cdno. 35), el 29 de julio de 2004 remitió una carta a Cerrejón donde manifestó “(...) *debe entenderse que toda esta situación ha sido generada en gran parte por las serias imprecisiones y deficiencias de los diseños realizados por el contratista*” (fls. 135 cdno. 17, 207 y 208 cdno. 26), presentó el reporte (fls. 63 a 64 cdno. 21) de la misión extranjera llevada a cabo por expertos de Solexpert International realizada entre el 24 y 26 de agosto de 2004 con ocasión del contrato de consultoría suscrito entre Solexpert y Cerrejón CON-00732004 (fls. 150 a 166 cdno. 39), el 31 de octubre de 2005 mediante carta dirigida a Cerrejón (fls. 65 a 67 cdno. 39) señaló, entre otras cosas de las cuales se tratará posteriormente, “*queremos manifestar nuestra inconformidad ante el hecho que, hasta ahora, las continuas y reiteradas observaciones realizadas por nuestro personal en campo no han generado acciones por parte de Cerrejón*” (se subraya), el 30 de noviembre de 2005 pidió a Cerrejón información respecto de la prórroga del contrato (fl. 154 cdno. 5) y, finalmente, se pronunció respecto del diseño de la barrera 5-6 (fl. 209 cdno. 26).

Como puede observarse en el contenido de las comunicaciones indicadas, Soletanche sí y solo sí actuó ante Cerrejón en ejercicio de las funciones asignadas en el contrato de interventoría.

2.3.6. Sin perjuicio de lo anterior, también está demostrado que HMV, para la ejecución del subcontrato -del cual Soletanche era responsable ante Cerrejón-, designó como ingeniero residente al señor Danilo Ruíz, quien era el “*representante de Soletanche en la obra*” y que, además, tenía como punto de apoyo al funcionario de Soletanche, Alejandro Mejía, quien, según sus propias palabras, “*estuvo muy pendiente de todo el contrato desde su inicio hasta que el contrato finalizó*” (testimonio Danilo Ruíz. Fl. 141, cdno. 38, mins. 9 y 15 a 19).

Tratándose de las funciones realizadas por la interventoría, las cuales fueron definidas directamente por Cerrejón, debe convenirse que las mismas consistieron en “*estar frente a la obra enterándose de todas las dificultades, estar presente en la toma de muestras, en las mediciones, hacer un reporte independiente del que hacía el contratista y verificar que las condiciones del contrato, las condiciones establecidas para la obra, se cumplieran*”, así mismo, tenía como función llevar “*todos los controles, llevaban la bitácora, hacían el control de calidad de los materiales, del funcionamiento de la maquinaria y del avance de la obra*”

(testimonios de Juliano Maran. Fl. 148, cdno. 38. Mins. 54 y 56 y Henry García, fl. 128, cdno. 47, min. 1, track 241).

Para cumplir con lo anterior, la interventoría debía *“presentar información verbal diaria, había unos informes regulares diarios de avance de la obra, había un informe semanal y había la comunicación de correos electrónicos”* (testimonio de Juliano Maran. Min. 57).

2.3.7. Además de la interventoría, a efectos de estar al tanto del avance del proyecto, Cerrejón designó a un funcionario suyo, Henry García, como “Director Técnico” de la obra (testimonio de Juliano Maran. Min. 1:06), quien hacía las veces de *“supervisor/administrador del contrato. Mi función era estar todos los días en la barrera. Porque sobre mí recaía todo el peso técnico y la parte de seguridad... yo tenía que estar allá todos los días... recibía los informes diarios, semanales, los miraba, los discutía, los asentía, los rebatía, informes diarios de la UT como de la supervisión”* (testimonio de Henry García, fl. 128, cdno. 47, min. 19, track 240).

A pesar de que ya se ha esbozado, es claro que los informes de los que se ha venido haciendo mención, los presentaba tanto la interventoría como la unión temporal, de acuerdo a las pruebas y muestras que cada uno tomaba durante la obra. Prueba de ello se encuentra al revisar los correos electrónicos aportados en la inspección judicial realizada a HMV (fls. 97 a 102, cdno. 38).

Para esclarecer un poco más el asunto, recuérdese que en el diseño de las barreras presentado por la UT había un sistema de calidad o explicaciones técnicas, que consistía básicamente en tomar las mediciones en el campo para garantizar que la obra se estuviera desarrollando de acuerdo con el diseño.

Pues bien, dado que lo establecido en los diseños era vinculante para la UT (testimonio de Marco Anselmo Velez Muskus. Fl. 162, cdno. 38. Min. 32), las pruebas que se tomaban en obra deberían estar dentro de los rangos establecidos previamente, así, para la comprobación de que esto se estuviese haciendo adecuadamente, tanto la UT como la interventoría reportaban diariamente los avances de la obra y los resultados de los análisis realizados, luego lo que acontecía era que esa información, proveniente de ambas partes, era confrontada por el Cerrejón y, respecto de las sugerencias recibidas por parte de la interventoría, *“eso se discutía por nosotros”*. En cualquier caso, debe dejarse por sentado desde ahora que *“las determinaciones que tenían que ver con el contrato las tomaba Cerrejón siempre”* (testimonios de Juliano Maran. Fl. 148, cdno. 38. Mins. 1:04 y 1:09 y Henry García, fl. 128, cdno. 47, min. 2, track 241).

2.3.8. En cuanto a la labor de la interventoría, cuyo objetivo primordial era que la obra se construyera de acuerdo a las especificaciones del diseño, debe concluirse que para Cerrejón *“se cumplió con el objetivo”*, debido a que el trabajo, en términos generales *“fue bueno”* ya que, incluso, las pruebas recomendadas *“fueron útiles y necesarias”* (testimonios de Juliano Maran. Fl. 148, cdno. 38. Mins. 1:03, 2:07, 2:15 y 2:21 y Henry García, fl. 128, cdno. 47, min. 18, track 241).

La anterior conclusión no obsta para abordar un punto que se acusa fundamental en la demanda, que es aquel referente al presunto aprovechamiento por parte de Soletanche de su posición como interventor para obstaculizar el desarrollo de la obra ejecutada por

Geovicon, con el único propósito de deteriorar la relación entre la demandante y Cerrejón para hacerse finalmente a la adjudicación de la misma.

Sobre este particular debe señalarse que de los testimonios recaudados, así como de la revisión minuciosa de los correos electrónicos tanto impresos como los aportados en el CD obrante a folio 1 del cuaderno 37, se evidencia que durante el desarrollo de la obra se presentaron “roces” entre la UT con la interventoría y Cerrejón.

Ahora bien, en cuanto a los comentarios que hiciese la interventoría sobre el avance de la construcción y aquellos relacionados con aspectos netamente técnicos, donde se plasmaban las diferencias entre lo establecido en los diseños y lo que realmente se estaba implementando en la obra, como por ejemplo los niveles de concentración de bentonita en el “backfill” (correo del 28/09/2004), los resultados de los ensayos de permeabilidad de las barreras (correo del 30/09/2004), los niveles de granulometría en el relleno y los valores elevados del contenido de arena (correo de Danilo Ruíz del 29/10/2004: “Señores, adjunto envío los resultados granulométricos de las muestras de backfill tomadas por el contratista el día de ayer en horas de la tarde y que fueron analizados en el laboratorio de Cerrejón. Como pueden apreciar el backfill colocado en la trinchera de la barrera 4 está completamente por fuera de la franja especificada por Ingetec, confirmando mi teoría sobre el efecto tan desfavorable que tuvo el mezclar los agregados con lodo altamente contaminado de la trinchera, el cual con las verificaciones del día de ayer hechas también por el contratista, registra valores de contenido de arena en general por encima del 26 %”); situaciones todas que se pueden compendiar en el Correo del 12 de noviembre de 2004 que se transcribe a continuación:

“Adjunto envío la gráfica que contiene la curva granulométrica de la muestra de la referencia, de la cual recientemente nos envió la Universidad Javeriana el resultado de permeabilidad ($K= 5.2 \times 10E-6$ cm/seg), que no cumple con las especificaciones. En la gráfica esta curva corresponde a línea roja.

Nuevamente se observa como la gradación del backfill colocado en la trinchera se sale completamente de la franja granulométrica establecida en las especificaciones técnicas. Las razones de esto ya se han comentado ampliamente.

Pienso que es el momento de solicitar a la UT una explicación y posición serias sobre el particular y las medidas que éste piensa acometer para subsanar esta situación.

EN MI OPINIÓN, LA SITUACIÓN ES BIEN GRAVE Y DELICADA, Y EL CONTRATISTA (UT) NO LE ESTÁ PRESTANDO LA ATENCIÓN QUE MERECE. A la fecha, no se está cumpliendo con:

1. GRADACIÓN DEL BACKFILL
2. CONCENTRACIÓN DE BENTONITA EN EL BACKFILL
3. PERMEABILIDAD DEL BACKFILL
4. CALIDAD DEL LODO EN LA TRINCHERA
5. INTEGRIDAD DE LA BARRERA (EXISTEN DERRUMBES Y SEDIMENTOS DE MAGNITUD IMPORTANTE SEPULTADOS POR EL BACKFILL QUE ACTUALMENTE SE ESTÁ COLOCANDO).

LA VERDAD ES UNA SITUACIÓN BASTANTE COMPLICADA”.

Al respecto, debe decirse que, como ya se señaló, tales apreciaciones meramente técnicas fueron siempre atinadas, además, no hay prueba que permita asegurar lo contrario.

2.3.9. En tratándose de los conflictos de tipo personal entre los funcionarios de la UT y Danilo Ruíz de la interventoría y Henry García de Cerrejón, corresponde afirmar que los “roces” se dieron por el manejo diario de la obra “porque o se hacía mal o no se hacía o se incumplía” (testimonio de Henry García, fl. 128, cdno. 47, min. 19, track 241), dichas

SENTENCIA NÚMERO 2763 DE 2012 Hoja N°. 10

discrepancias se pueden sintetizar en el contenido del correo del 30 de octubre de 2004 (fls 144 y 145 cdno. 34):

“Señores, antes de irme a mi muy merecido descanso, quiero hacer algunas reflexiones de lo acontecido en esta última semana del mes de Octubre de 2004.

En primer lugar, no creo que la actual situación tan lamentable, desoladora e incierta en que se encuentra la obra, de la cual el grupo Soletanche, Solexpert y HVM Ingenieros hacen gustosamente la correspondiente supervisión por solicitud expresa de Cerrejón, sea culpa de CERREJÓN, como lo afirmó tajantemente el Ingeniero Residente de la Obra, Señor Miguel Robles, por la simple razón de haber contratado a este selecto grupo, que según nuestro amigo Miguel Robles, es una fuerte competencia para GEOVICON, que tiene como misión y única intención "sacar a GEOVICON" para luego apoderarse de la obra" - (????). Tampoco creo, que el culpable de todo esto sea mi presencia, como lo afirmaron las personas que hablaron telefónicamente el pasado 28 de octubre con el Gerente de Soletanche, Ingeniero Juan Fernando Uribe, por el sólo hecho de dedicarme exclusivamente a cumplir estricta y cabalmente todas mis obligaciones, labores y compromisos fijados de antemano con Cerrejón, que no son otros que supervisar permanentemente todas las labores y procedimientos efectuados en obra, llevar un muy completo registro filmico y fotográfico de la misma (no sólo escondido detrás de los árboles para protegerme un poco del sol, sino también a campo abierto y en presencia de todo el personal de GEOVICON), e informar oportunamente a Cerrejón sobre cualquier anomalía o desviación que vaya en contra de los objetivos claramente trazados por Cerrejón con esta obra.

En segundo lugar, creo, y es mi opinión y criterio muy personales, quizás compartida por muchas personas, que en este momento la UT GEOVICON está cosechando los frutos que ha venido sembrando (en un terreno exquisitamente fértil) pero desafortunadamente sembrado con INCOMPETENCIA, INEXPERIENCIA ESPECÍFICA, INCAPACIDAD, INSENSATEZ e IRRESPONSABILIDAD, todo ello agrupado en sólo verbo y que constituye la única acción cierta y real en obra: "IMPROVISAR". Adicionalmente, el oído sordo de la UT GEOVICON y la actitud de desprecio ante las sugerencias, consejos y avisos oportunos de Cerrejón con respecto a situaciones plenamente identificadas como anómalas para el proyecto, tales como: Estado del equipo (Retro Koehring), Disponibilidad de repuestos para el equipo, Concentración baja de bentonita en el backfill, Contaminación excesiva del lodo, Exceso de confianza en los pocos resultados de permeabilidad del backfill, entre otros, han hecho que el caos sea aún mayor.

Por último, UN CONSEJO y quiero que lo entienda así GEOVICON, no creo que la solución al gravísimo problema que se tiene en obra, sea desgastarse escribiendo extensas cartas a Cerrejón, tratando de justificar hechos y acontecimientos completamente injustificables que se caen por su propio peso y además tratando de encontrar culpables donde no los hay, o llamando a nuestros superiores a dar quejas que no tendrán ninguna repercusión ni harán que cambien las condiciones de la obra . Pienso que el tiempo es muy valioso como para malgastarlo en cosas que no tienen mucho sentido. Mas bien este tiempo, se debería dedicar a reflexionar y a buscar salidas técnicas apropiadas para llevar a feliz término la obra, que como siempre se ha dicho y así lo ha reconocido la UT, es responsabilidad total y exclusiva de la UT.

Vuelvo y repito, que todo lo anterior es mi opinión y criterio personal; pueden haber otras opiniones y criterios, pero sobre ellos no asumo ninguna responsabilidad.

Muchos éxitos, nos vemos la próxima semana, ojalá con buenas noticias.

Su amigo,

DANILO RUIZ PLAZAS”.

Como resultado de las diferencias personales antes señaladas, el 5 de noviembre de 2004 la unión temporal solicitó a Cerrejón que el Ingeniero Danilo Ruíz fuera retirado del proyecto (fls. 143 y 144, cdno. 17), solicitud que, evidentemente, no aconteció.

De aquellos “reportes” realizados por la interventoría que se apartan del ámbito técnico y parecen más recriminaciones personales, se resaltan las siguientes comunicaciones:

“Juliano y Henry, no comparto la posición de la UT GEOVICON en relación con el tema del asunto. Me parece que las observaciones solicitadas son válidas y apenas lógicas, si se tiene en cuenta que fue el Contratista quien originó esta situación por su negligencia, al no cumplir con los procedimientos que todos hemos establecido y sobre los cuales se fundamenta buena parte de nuestro trabajo. Me parece también, que la aceptación por parte de Cerrejón de este tipo de salidas, siempre por las ramas y con el menor esfuerzo por parte de la UT, no son convenientes para el proyecto y por el contrario estimulan al Contratista a

SENTENCIA NÚMERO 2763 DE 2012 Hoja N°. 11

continuar en su constante tónica de hacer siempre su voluntad, así ésta vaya en contra de los intereses de Cerrejón” (correo del 10 marzo de 2005).

“... Espero dejar en claro de una vez por todas esta situación ciertamente desagradable, pues de alguna forma el Contratista ha querido manipular toda esta situación, queriendo delegar sus propias responsabilidades y compromisos con Cerrejón en profesionales que nada tenemos que ver con tales circunstancias, como es el caso del personal de Soletanche del cual soy su representante aquí en la Guajira” (correo del 26 de enero de 2005).

“Juliano y Henry: Con respecto al tema del asunto y una vez reunida y revisada la totalidad de la información sobre el Control de Calidad realizado por la UT en la Barrera 1, me permito presentar a ustedes los siguientes comentarios y conclusiones:

1. Como pueden observar en el primer archivo adjunto, el nivel de cumplimiento por parte de la UT, no fue más allá de un 45% en promedio, con respecto a lo establecido en el Cuadro de Control de Calidad, lo cual se puede calificar como una gestión de regular a mala en lo que a cumplimiento se refiere.

2. El programa de Control de Calidad realizado en laboratorio por la UT a lo largo de casi 3 meses (Febrero 20 a Mayo 13 de 2005) que tomó la construcción de la barrera 1, se resume en lo siguiente:

- Realización de 11 gradaciones sobre el backfill (3 en zona de mezcla y 8 en trinchera). En total debieron hacerse mínimo 35 gradaciones (21 en zona de mezcla y 14 en trinchera).
- Realización de 39 humedades sobre material de backfill. Debían hacerse mínimo 35.
- Realización de 14 gradaciones sobre áridos. Debieron hacerse mínimo 26 gradaciones.
- Realización de 18 humedades sobre áridos sin bentonita. Debieron hacerse mínimo 60 humedades (1 diaria).
- Realización de 15 verificaciones de concentración de bentonita en lodo de piscina. Sobre esto no existe nada en el cuadro de control de calidad.

En síntesis, se hicieron 25 gradaciones de 61 posibles y 57 humedades de 95 posibles, según cuadro QC. Este programa de ensayos realizado por la UT en 3 meses, en la realidad toma entre 8 y 10 días calendario.

Preguntas:

- a). Qué se hizo durante los 2,5 meses restantes de obra??.
- b) Lo establecido en el cuadro QC, da para hacer una gradación y dos humedades diáritamente. Será que estas cantidades son realmente exageradas como lo ha afirmado la UT, que definitivamente no puedan ser realizadas??

3. De las 25 gradaciones realizadas en total, en 15 de ellas (> 50%) Cerrejón pudo haber solicitado alguna aclaración o verificación oportuna, teniendo en cuenta los resultados obtenidos (ver comentarios en segundo archivo adjunto). En una situación similar se encuentran 16 humedades de las 39 realizadas sobre material de backfill, cuyos resultados estuvieron por debajo de lo esperado, evidenciando quizás un déficit de bentonita en este material u otro problema que desconocemos.

Comentario. Lo anterior no se pudo hacer, dado que la UT nunca dejó ver estos resultados de manera oportuna, pese a las insistentes y reiteradas solicitudes que se hicieron a lo largo de esos 3 meses. Los resultados de estos ensayos se conocieron hasta hace 13 días (junio 7 de 2005), es decir, 24 días después de terminada la obra.

4. Como se puede observar en el segundo archivo adjunto, 4 de las 8 muestras de backfill en trinchera, fueron tomadas el día 19 de Mayo de 2005, 6 días después de haberse culminado la construcción de la barrera 1 y a una profundidad de 3 m.

Preguntas:

- a) cómo recuperaron muestras a 3 m de profundidad del backfill en la trinchera, cuando ésta ya se había terminado de llenar en mayo 13?.
- b) Sirve de algo tomar muestras cuando ya se ha culminado la construcción de la barrera y más aún, hacer públicos los resultados de ensayos hechos con dichas muestras, 24 días después de que ya todo está finiquitado en la obra??.
- c) El Control de calidad de la obra no es acaso algo que se deba hacer de forma rutinaria y simultánea con el desarrollo de la obra a fin de verificar la calidad de los materiales y procedimientos y de esa forma tomar medidas oportunas si algo anómalo se detecta??.

Lo anterior, tan sólo son algunos de los comentarios que se pueden hacer frente al trabajo de control de calidad ejecutado por la UT durante la construcción de las barreras, en este caso particular, en la barrera 1.

Adicionalmente, no puede ser aceptado ni permitido de ninguna manera el comentario o posición de la UT, manifestado a través de su Director Técnico, Ing. Alfredo Engativá, durante la reunión del pasado viernes 17 de junio, cuando al preguntársele sobre todo esto, lo único que atinó a decir, es que: **por un lado la UT no**

está dispuesta a darle gusto a la interventoría y que además estos problemas y comentarios se los ganaba la UT por ser honesta, al poner a disposición de Cerrejón los resultados de sus ensayos de control de calidad. (??????).

a) sería esa la razón por la cual nunca entregaron resultados?????

b) será que la UT tiene una clara conciencia de lo que es y significa el control de calidad en una obra????

Comentario final

Definitivamente, toda esta situación es muy preocupante y decepcionante. La actitud ciertamente pasiva y despreocupada que ha mostrado la UT por el tema de Control de Calidad sólo deja claras evidencias de cuánto les interesa la obra y de qué calidad quieren dejarla. De nada han servido las reiteradas solicitudes escritas y verbales, realizadas no sólo por el grupo de supervisión de la obra, sino directamente por Cerrejón, para que por lo menos cumplan con lo establecido en el Cuadro de Control de Calidad, que en realidad no es tan dispendioso ni extenso como lo ha querido hacer ver la UT, tan sólo con el propósito "oscuro" de buscar comodidad y evitar al máximo los controles. En mi opinión, les importa muy poco la calidad de la obra.

Con todo respeto, pienso que es momento de que Cerrejón tome una posición muy firme sobre este tema y exija lo que ha contratado. De lo contrario, el contratista seguirá haciendo lo que quiere, como quiere y cuando quiere y todo este tema de control de calidad seguirá siendo para ellos una simple PANTOMIMA, con la cual pueden burlarse, no sólo del grupo de supervisión, sino también de Cerrejón, al igual que ocurre con el tema de seguridad, sin importarles en lo más mínimo las consecuencias que todo esto pueda traer en un futuro para las barreras.

El Control de Calidad de una obra, así como el tema de seguridad, deben hacerse no por obligación, sino por una firme CONVICCIÓN de que ellas nos pueden garantizar el éxito en nuestras labores y el alcanzar las metas que no fijemos.

Muchas gracias.

DANILO RUIZ PLAZAS" (correo del 20 de junio de 2005, fls. 27 y 28, cdno. 43).

"Apreciados señores: La presente comunicación tiene por objeto expresarles nuestra gran preocupación sobre el desarrollo de los trabajos de construcción de las barreras impermeables por parte de la UT Geo-Vicón. Es común y frecuente ver como se incumplen por parte de la UT los compromisos acordados con Cerrejón y como en la obra se están contraviniendo las especificaciones establecidas para los materiales acarreado de esta forma que la calidad de las barreras construidas se vea seriamente comprometida...

Es inconcebible e inaceptable que las personas a cargo por parte de la UT no muestren la disposición y voluntad de realizar las labores de acuerdo con las buenas reglas del arte para este tipo de trabajos, y además que cuando se les hacen sugerencias y comentarios relacionados con cualquier inconveniente presentado o un procedimiento mal aplicado, ellos digan que van a tomar las medidas correctivas necesarias, pero al final, cuando el personal de Cerrejón o de la Asesoría Técnica dan la espalda, terminan haciendo otra cosa completamente diferente...

¿para qué existe en obra un equipo para asesorar al Cerrejón sobre los aspectos de diseño y construcción de las barreras si las observaciones y comentarios no son tenidos en cuenta?...

Queremos manifestar nuestra inconformidad ante el hecho que, hasta ahora, las continuas y reiteradas observaciones realizadas por nuestro personal en campo no han generado acciones por parte de Cerrejón, tendientes a controlar y prevenir los evidentes problemas de calidad de la obra. Creemos que hemos actuado de manera diligente con el fin de proteger los intereses de Cerrejón, pero debemos registrar con preocupación que estas observaciones no han encontrado eco.

El propósito de esta comunicación no es otro que llamar la atención al Cerrejón sobre los graves problemas e inconvenientes que se están sucediendo en obra con las respectivas consecuencias sobre las barreras que se encuentran en construcción así como sobre las ya terminadas. Creemos que es hora que Cerrejón tome medidas enérgicas y eficaces para hacer que el contratista cumpla con lo establecido en el contrato..." (carta del 31 de octubre de 2005 firmada por el Gerente de Soletanche dirigida a Cerrejón fls. 65 a 67 cdno. 39).

2.3.10. Decantado como está el asunto de la interventoría, ahondaremos ahora - brevemente- los aspectos más relevantes de la construcción de las barreras por parte de Geovicon, no sin antes afirmar que este tipo de obra no se había realizado en Colombia.

Como ya es claro, los diseños y la construcción comprendían 6 barreras de baja permeabilidad, para lo cual, la UT contrató a Ingetec para que elaborara los diseños, los

que deberían estar listos, según el cronograma, 4 meses después del acta de inicio que se suscribió el 20 de enero de 2004 y, posteriormente, dentro de los 6 meses siguientes y hasta el 20 de noviembre de 2004, la UT debería haber terminado la construcción de la totalidad de las 6 pantallas.

Según afirmó la demandante, una vez Cerrejón amplió el número de barreras a construir -de 3 a 6-, decidió adquirir una retroexcavadora -de segunda- Kohering 1166 “única en el país” que llegaba “hasta los 15 metros” de profundidad, la cual pretendía amortizar con la estructura de costos del contrato. Cabe anotar aquí que la retribución del mismo era de costo unitario por metro cuadrado construido y no de costos reembolsables, así mismo, que la adquisición de esta máquina no era exigida por Cerrejón (testimonios de Juliano Maran. Fl. 148, cdno. 38. Mins. 26 y 30 y Henry García, fl. 128, cdno. 47, min. 17, track 240, en igual sentido Francisco de Asís Rodrigo Bernal. Fl. 158, cdno. 38. Mins. 15 y 59 y Marco Anselmo Velez Muskus. Min. 20).

En cuanto al procedimiento de construcción, éste se puede resumir de la siguiente manera: se trataba de excavar hasta llegar a determinada profundidad establecida primeramente en los diseños (entre 3 y 6 metros de empotramiento en la roca) y reemplazar el material extraído por un relleno impermeable (backfill). Para evitar que durante la excavación se presentaran derrumbes de las paredes de la pantalla, la solución técnica propuesta comprendía ir llenando la trinchera con lodo bentonítico -elaborado con un material natural (arcilla) denominado bentonita- el cual debía cumplir con ciertos requerimientos técnicos y en especial la norma internacional API 13A, el cual posteriormente iba a ser desplazado en la medida en que se iba introduciendo el relleno final o backfill por virtud de ser un fluido de mayor densidad.

En la propuesta realizada por la UT, ésta ofreció utilizar una bentonita importada marca “Barakade”, la que solamente utilizó en la construcción de la primer barrera (la 4), en las demás que construyó la UT (1, 5 y 6), utilizó, con autorización de Cerrejón, bentonita nacional que -aparentemente- ofrecía las mismas calidades de la importada, que en últimas, resultó no cumplir con ciertos parámetros establecidos en los diseños (testimonio de Francisco de Asís Rodrigo Bernal. Fl. 158, cdno. 38. Mins. 28, 30 y 33).

Durante la ejecución de la obra entre Cerrejón y la unión temporal se fueron modificando las condiciones de los diseños a través de “protocolos de cambios”, entre ellos se cuentan el “protocolo de empotramiento o rechazo” que consistió en cambiar la profundidad de la trinchera y el ya mencionado cambio de bentonita.

A pesar de haber pactado un término inicial -20 de noviembre 2004-, la construcción de la primer barrera (la 4) comenzó apenas en agosto de 2004 y terminó a comienzos del 2005 (testimonio de Francisco de Asís Rodrigo Bernal. Fl. 158, cdno. 38. Min. 1:26 y Juliano Maran, mins. 36 y 44).

Debido a que durante el periodo pactado inicialmente no se cumplió con el objeto del contrato, el 7 de abril de 2005 Cerrejón y la UT suscribieron un otrosí, en donde acordaron, además de un reconocimiento económico, la ampliación del plazo inicial hasta el 28 de febrero de 2006 (fls. 23 y 24, cdno. 29). Esta situación originó que el contrato de interventoría también fuera ampliado mediante otrosí, al igual que el subcontrato entre Soletanche y HVM (fls. 78 y 79, cdno. 5 y fls. 140 y 141, cdno. 37).

Una vez concluida la barrera 4, se procedió con la construcción de la barrera siguiente (la 1), posteriormente con las barreras 5 y 6.

Durante el plazo adicional del contrato, que terminaba el 28 de febrero de 2006, la UT construyó -a 31 de diciembre de 2005- las barreras 1, 5 y 6, quedando faltantes las barreras 2 y 3 (fl. 194, cdno. 7).

El 18 de diciembre de 2005 la UT escribe a Cerrejón solicitando un nuevo plazo para la terminación del proyecto, al tiempo que solicitó un nuevo reconocimiento de tipo económico (fls. 201 a 203, c dno. 39).

Como consecuencia de la anterior solicitud, Cerrejón responde a Geovicon el 20 de diciembre de 2005, en donde manifestó no estar de acuerdo con la propuesta de la UT y dio instrucciones para que no se continuara con la construcción de la barrera siguiente (la 3) *“hasta tanto no se aclare la situación planteada en su comunicación”* (fl. 182, cdno. 40).

Sobra decir que durante el nuevo lapso siguieron los inconvenientes personales entre la UT con la interventoría y Cerrejón.

2.3.11. El retraso de la construcción obedeció, entre otras cosas, al fuerte invierno que duró desde mediados de noviembre hasta mediados de diciembre de 2004 (un mes), así como por los inconvenientes que se suscitaron con la máquina principal (la Kohering), referentes a problemas mecánicos y a las averías que presentó durante la obra (testimonio de Francisco de Asís Rodrigo Bernal. Fl. 158, cdno. 38. Mins. 17, 21 y 1:45).

Para ser más precisos, en cuanto al rendimiento de la retroexcavadora, *“el contratista propuso hacer 400 m² diarios de excavación y en promedio no pudieron hacer 80 m²”, ya que “si la retro se dañaba, la obra se detenía”* (testimonios de Henry García. Min. 25 y Francisco de Asís Rodrigo Bernal. Min. 26). Esta situación queda confirmada con la carta que la UT remitiera al Cerrejón el 21 de julio de 2005 (fls. 14 a 16, cdno. 33), donde se señaló:

“(…) Estos bajos rendimientos se deben esencialmente a la vulnerabilidad de la retroexcavadora... ante la extrema dificultad y dureza de los materiales a excavar; las características propias del trabajo y la configuración de la máquina, inducen unos esfuerzos muy grandes en este equipo, que han significado hasta la fecha, roturas de todo tipo desde el soporte del brazo hasta la punta del balde y daños mecánicos por sobreesfuerzos del motor, del sistema hidráulico y en general de todos los componentes de la misma. Todas las actividades de construcción están supeditadas al avance de la excavación y ésta a su vez depende exclusivamente del buen desempeño de la retroexcavadora Kohering...”

2.3.12. Una vez suspendida la obra por orden de Cerrejón (20 de diciembre de 2005), Geovicon envió misivas los días 21 de diciembre de 2005, 24 de febrero, 2 de marzo y 7 de abril de 2006, mediante las cuales solicitaba claridad respecto de la continuidad del contrato (fls. 202 a 207, cdno. 1).

El 2 de mayo de 2006, Cerrejón da por terminado unilateralmente el contrato con la unión temporal, aduciendo “incumplimiento del contrato” a causa de que *“Cerrejón ha sido reiterativa en señalar tanto verbalmente como por escrito, los repetidos e incontables incumplimientos contractuales en que ha incurrido la UT a lo largo de la ejecución del contrato”* (fl. 194, cdno. 39).

Respecto de la decisión adoptada por Cerrejón, está demostrado que:

2.3.12.1. Este tipo de decisiones son adoptadas por las personas que manejan la organización, por un comité integrado por el Presidente, el Vicepresidente y la Gerencia (testimonios de Henry García, min. 16, track 241 y Marco Anselmo Velez Muskus. Mins. 1:08 y 1:15).

2.3.12.2. En la decisión de dar por terminado el contrato con la UT no incidieron los reportes dados por la interventoría (testimonios de Henry García, mins. 3 y 36, track 241: En la decisión no participó *“ni la interventoría, ni yo, nisiquiera Juliano, el contrato lo termina un comité que hay de Cerrejón ‘arriba’... el informe final lo conocí yo y lo conoció Juliano, de ahí para arriba no lo conoció nadie”*, Marco Anselmo Velez Muskus. Min. 48: *“la iniciativa fue de Cerrejón, en absoluto influyeron las comunicaciones de Soletanche como interventor”* y Juliano Maran, mins. 1:15 a 1:17 y 1:49: *“Cerrejón terminó el contrato en razón a la demora de la obra y al incumplimiento... del incumplimiento Cerrejón se dio cuenta por sí mismo, no por la interventoría... dentro de la decisión no se tuvo (sic) en cuenta los comentarios de la interventoría, no influyó”*).

2.3.12.3. Desde el comienzo del proyecto Cerrejón estuvo al tanto de la obra (testimonio de Francisco de Asís Rodrigo Bernal. Min. 1:07), para tal fin, designó a Henry García, que iba 2 veces al día, diariamente, a la obra (testimonio de Marco Anselmo Velez Muskus. Min. 44) para hacer el respectivo control de la misma (testimonio Juliano Maran. Min. 2:41).

Como evidencia del desarrollo de dicho control, pueden observarse, a modo de ejemplo, las siguientes comunicaciones:

- Carta de Cerrejón a la UT el 28 de septiembre de 2004, donde manifestó *“el avance de la construcción de la barrera 4 ha sido totalmente inaceptable”* (fls. 57 a 59, cdno. 35).
- Comunicaciones de Cerrejón a la UT sobre la aplicación de las normas de seguridad (fls. 112 a 125, cdno. 28).
- Multas impuestas por Cerrejón a la UT (fls. 178 a 198, cdno. 28 y fls. 1 a 16, cdno. 29).
- Carta de Cerrejón a la UT aduciendo problemas con la granulometría del retrolenado debido a que se encuentra por fuera de los límites establecidos (fl. 23, cdno. 34).
- Carta de Cerrejón a la UT donde consta una violación de las normas de seguridad (fls. 47, 48 y 102, cdno. 33).
- Carta de Cerrejón a la UT donde se puede evidenciar que existen inconvenientes en la obra (fls. 49 y 50, cdno. 33).
- Carta de Cerrejón a la UT del 4 de noviembre de 2004 donde decía: *“(...) para Cerrejón es muy claro que el contratista es el responsable de la calidad de la obra, pero los resultados obtenidos a la fecha muestran que los esquemas de control y la metodología aplicada por la UT no han dado los resultados esperados y requieren de un seguimiento más estricto por parte de Cerrejón... Cerrejón y su interventoría seguirán controlando las prácticas constructivas y el control de calidad de la obra y no se permitirán desviaciones de las condiciones establecidas en el diseño”* (fls. 105 a 107, cdno. 35).
- Cerrejón rechaza plan de contingencia presentado por la UT en enero de 2005 (fls. 96 y 97, cdno. 34).

- Los correos electrónicos datados en junio de 2005 evidencian las tensiones en la obra (fls. 99 y 100, cdno. 34).
- Carta de Cerrejón a la UT donde manifiesta su preocupación por el avance de la obra en septiembre 1º de 2005 (fl. 195, cdno. 34).
- Para el mes de septiembre de 2005 Cerrejón había adelantado gestiones para hacer efectiva la póliza de cumplimiento con Seguros comerciales Bolívar S.A. (fl. 81, cdno 35).
- Carta que da cuenta de que para septiembre de 2005 la obra estaba retrasada (fl. 82, cdno. 35).

2.3.12.4. Debido a la capacidad técnica de su personal en campo, Cerrejón estaba en la capacidad de discernir los comentarios de la interventoría para determinar si éstos se ajustaban o no a la realidad, así mismo, era consiente del motivo de los retrasos por parte de la UT, los que, según las declaraciones, obedecieron *“fundamentalmente por daños en los equipos y principalmente en la retro”* (testimonio Juliano Maran. Min. 2:49), *“se presentaron inconvenientes... en los procesos constructivos y realmente eso se fue alargando, hubo reclamaciones, peticiones, el Cerrejón apoyó al contratista con algunos reconocimientos adicionales... era el 2006 y se habían terminado 3 barreras de las 6... fue una constante la falta de disponibilidad del equipo... finalizado el plazo original solamente se había hecho el 50% de una barrera... se agotó el plazo de 2005 y solo habían terminado 3 (4) barreras... la compañía tomo la decisión... de no continuar con el contrato... fue una decisión única de Cerrejón, nosotros sabíamos cual era el estado de cada etapa”* (testimonio de Marco Anselmo Velez Muskus. Mins. 35, 37 y 40 a 44), *“de las 6 barreras se hicieron 3 (4) en un término de 27 o 28 meses, un contrato que estaba para 10 meses... hubo retrasos por invierno, pero los atrasos mayores fueron por el avance de la excavación, el avance no fue adecuado por varios motivos, la máquina no trabajó más del 36%. Los avances no fueron optimos... se tenían muchos problemas, y muy permanentes, los atrasos, los derrumbes, el manejo de la bentonita, la maquinaria, tuvimos muchos problemas”* (testimonio de Henry García, mins. 19, 21 y 30, track 240).

2.3.13. El 27 de enero de 2006, sin que formalmente se hubiera terminado el contrato entre Cerrejón y la unión temporal, Cerrejón hace la invitación a Soletanche para la construcción de las 2 barreras restantes. Oferta CON-01102006 (fls. 189 y 190 cdno 41).

Para tomar esta decisión Cerrejón tuvo en cuenta los siguientes factores:

- *“No teníamos la certeza que la UT fuera a terminar la obra... la decisión de contratar a Soletanche para terminar la obra se tuvo en cuenta que Soletanche había quedado de segundo en la invitación inicial”* (testimonio Marco Anselmo Velez Muskus. Mins. 47 y 48).
- *“Pensaron en Soletanche porque quedaron de segundo en la primera invitación... no haber optado por Soletanche hubiera implicado salir a un proceso de invitación nuevo que no sabíamos cuanto iba a tomar. Esas fueron las razones para solicitar a Soletanche una oferta comercial... Soletanche demostró -durante el primer proceso- que era técnicamente idóneo, en ese momento estábamos con un atraso de más de un año, con la mitad de la obra por hacer, sin muchas alternativas, se decidió pedirle a Soletanche una oferta comercial”* (testimonio Juliano Maran. Mins. 1:47 a 1:50).

Como resultado de dicha invitación, Soletanche presentó oferta para la construcción de las 2 barreras restantes el 15 de febrero de 2006 (fls. 147 a 152, cdno. 16). En este punto cabe aclarar que a pesar de que la oferta misma está datada el 15 de febrero de 2005, considera el Despacho que esto se debe a una equivocación por dos razones: la primera, por cuanto la fecha de invitación es en 2006, luego en 2005 no podría aceptar una invitación que no le habían hecho y, la segunda, porque así se desprende de la testimonial recaudada.

El 25 de julio de 2006 Cerrejón y Soletanche suscribieron el contrato CON-01102006 para la construcción de barreras de baja permeabilidad y sus obras accesorias e inherentes (fls. 163 a 176, cdno. 16).

La barrera 3 empezó a construirse el 16 de diciembre de 2006 (fl. 190, cdno 42) y La barrera 2 comenzó a contruirse el 7 de abril de 2007 (fl. 162, cdno. 42).

2.3.14. Finalmente, el acta de terminación anticipada del contrato de interventoría entre Soletanche y Cerrejón se firmó el 21 de marzo de 2006 (fls. 76 y 77, cdno. 5); el acta de terminación anticipada del contrato entre Soletanche y HVM se suscribió el 25 de marzo de 2006 (fls. 164 y 165, cdno. 5); la interventoría presentó su informe final, a solicitud expresa de Cerrejón, el 24 de marzo de 2006 (fls. 188 a 222, cdno. 7).

Por su parte, entre Cerrejón y la UT firmaron, el 9 de abril de 2007, un acuerdo de transacción donde las partes acordaron liquidar de manera total el contrato CON-00522003.

2.4. Problema jurídico:

El problema jurídico se centra en determinar si la aceptación de la invitación para ejercer la interventoría de una obra de la cual se fue proponente y si el aprovechamiento de esa posición para entabrar el desarrollo de la misma, con el objeto de resultar adjudicatario constituye los actos de Competencia Desleal denunciados.

2.5. Improcedencia de la excepción de prescripción.

2.5.1. Aspectos teóricos de la prescripción de la acción de competencia desleal.

La prescripción extintiva, "*provocada por el implacable transcurso del tiempo [aunado] a la inactividad de los titulares de derechos y acciones*"¹, adopta, en materia de la acción de competencia desleal, dos tipologías ciertamente diferentes que se han denominado, acorde con la jurisprudencia², en ordinaria y extraordinaria: aquella, de naturaleza eminentemente subjetiva, se configura pasados dos años a partir del momento en que el legitimado para ejercer la referida acción tiene conocimiento del acto concurrencial que considera desleal; la última, de carácter objetivo, tiene lugar cuando transcurren tres años contados **desde el momento de la realización del acto denunciado** (art. 23, L. 256 de 1996).

¹ Cas. Civ. Sentencia de junio 29 de 2007, exp. 1998-04690-01.

² Tribunal Superior de Medellín. Sentencia de marzo 8 de 2004. En el mismo sentido: Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia de mayo 4 de 2004, M.P. Jorge Eduardo Ferreira Vargas, citadas ambas providencias en: Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 25468 de octubre 15 de 2004.

2.5.2. Situación de la prescripción cuando se trata de actos continuados o duraderos³.

Hasta el día de hoy se había pronunciado el Despacho en el sentido de señalar que por actos continuados en materia de competencia desleal debe entenderse aquella conducta que se prolonga en el tiempo (p.e. la utilización de una etiqueta susceptible de generar confusión) o que es repetitiva o de tracto sucesivo (p.e. las ventas a pérdida)⁴, no obstante, dado que por ausencia de una situación similar a la que ahora se resuelve, sea esta la oportunidad de estudiar esta clase de acto continuado, que implica un solo acto -final- "*que supone una sucesión concatenada de comportamientos*", en cuyo caso, el término de prescripción comenzará a contarse "*en el momento en que la actuación se entienda completamente consumada*"⁵.

En efecto, del texto de demanda se evidencia que la pretensión se sustenta en una serie de comportamientos ajenos a un tracto sucesivo (el mismo comportamiento en oportunidades diferentes), por el contrario, se trata de una variedad de conductas tendientes a la obtención de un único fin, la adjudicación del contrato por parte de Cerrejón.

Siendo así las cosas, es evidente que el término de prescripción extraordinaria de la acción de competencia desleal comenzó a correr, en este asunto, desde el momento en que se consumó la ejecución del acto en cuestión, pues es a partir de ese preciso instante cuando el afectado con la conducta tachada de desleal puede ejercitar la acción que se viene comentando. De modo que, dado que el fin de Soletanche era, según la demanda, quedarse con el contrato para construir las barreras, dicha situación solo se materializó el 25 de julio de 2006, por lo que corresponde concluir que la demanda (presentada el 13 de febrero de 2009) está dentro del término de 3 años contemplado en el artículo 23 de la LCD.

2.6. Análisis de la deslealtad de la conducta concurrencial ejecutada por la demandada:

2.6.1. Del acto de desviación de la clientela y la cláusula general (arts. 8° y 7°, L. 256/96).

Las conducta de desviación de la clientela por una parte y la prohibición general por la otra, convergen en exigir la demostración de que la demandada contrarió el principio de buena fe comercial, las sanas costumbres mercantiles o los usos honestos en materia industrial o comercial, contraviniendo los parámetros éticos y morales que siguen las personas que habitual y tradicionalmente actúan en el mercado.

En el presente asunto, corresponde determinar si Soletanche, de un lado, al haber aceptado ejercer la interventoría del contrato al cual fue aspirante y, del otro, si utilizó dicha posición para deteriorar la relación entre contratista y contratante con el fin de que se le

³ Así se conoce en países más aventajados en materia de competencia desleal, *vr. gracia*, España. (MASSAGUER José. Artículo: "Aspectos Procesales de la Acción de Competencia Desleal: Prescripción y Competencia Territorial", incluido en la obra Protección Penal, Competencia Desleal y Tribunales de Marcas Comunitarios (VI Jornadas sobre Marcas). Págs. 184-185. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999).

⁴ *Cfr.* Rafael García Pérez. LEY DE COMPETENCIA DESLEAL. Thomson Aranzadi 2008. Pág. 527.

⁵ *Cfr.* BARONA VILAR Silvia. Competencia Desleal. Tomo I. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Pág. 921.

adjudicara finalmente la construcción de la obra, actuó de manera contraria a los citados parámetros éticos de conducta y, además, de aquellos establecidos en la Ley 842 de 2003 (Código de Ética de la Profesión de Ingeniería).

En primer lugar, reiterase que la decisión de invitar al “segundo” para ejercer la interventoría fue única y exclusivamente de Cerrejón (num. 2.3.4), de igual manera aconteció con las decisiones siguientes, esto es, la terminación del contrato con la unión temporal y la posterior adjudicación de las obras restantes a Soletanche (nums. 2.3.12 y 2.3.13).

En segundo lugar, en relación con la presunta influencia que tuvo Soletanche en la “obstaculización” del desarrollo del proyecto para luego “quedarse” con la obra, quedó demostrado con las declaraciones de los funcionarios de Cerrejón que tal situación no aconteció -ni siquiera era posible-, porque el personal de Cerrejón además de que estaba capacitado para comprender lo que realmente sucedía en obra, hacía presencia diariamente, dos veces al día, luego tenía acceso de primera mano a la información y la capacidad para determinar si lo que decía la interventoría con respecto a la construcción era acertado o no (num. 2.3.8) y, con mayor razón, si se tiene en cuenta que las decisiones referidas en el párrafo anterior, eran tomadas por las personas que dirigen la organización, a las que, valga repetirlo, no les llegaban los informes de la interventoría (num. 2.3.12.2).

En tercer lugar, sobre aquel punto de la demanda que sugiere que Soletanche utilizó la información a la que accedió en su condición de interventor para su segunda propuesta, resulta suficiente con mencionar que toda la información generada en virtud del contrato entre Cerrejón y la UT era de propiedad del contratista (cláusula 20), así mismo, que fue Cerrejón el que entregó los diseños a Soletanche con el propósito de que ésta se limitara a construir las barreras (testimonios de Juliano Maran, Marco Anselmo Velez Muskus y Henry García).

Finalmente, si bien es cierto que no es habitual que un constructor haga interventoría y que “no está bien” que el interventor ofrezca terminar la obra, no lo es menos que cada situación debe ser analizada dependiendo las circunstancias de cada caso en particular (testimonio del Presidente del Consejo Profesional de Ingeniería. Ing. Hernando Monroy. Fl. 117, cdno. 38).

Puestas de este modo las cosas, corresponde concluir que en este asunto, por sus características propias, teniendo en cuenta que las decisiones trascendentales las tomó Cerrejón, sin ser influenciado de ninguna manera por Soletanche, quien, únicamente, se limitó a aceptar las invitaciones y a desarrollar las actividades para las cuales fue contratada a solicitud de Cerrejón, no se demostró que la demandada hubiera actuado de manera contraria a los parámetros éticos de conducta a que se ha hecho mención.

2.6.2. Del acto de inducción a la ruptura contractual (art. 17, L. 256/96).

Determina el citado precepto que “[s]e considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de una infracción contractual ajena sólo se califica desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la expansión de un sector industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otros análogos.”

Decantado está que existen tres modalidades distintas en las que se configura la conducta desleal a saber: (i) la inducción a infringir los deberes contractuales básicos; (ii) la inducción a la terminación regular de un contrato y (iii) el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero, de una infracción contractual ajena.

Como ya está claro, por las circunstancias propias del presente asunto, el análisis se debe centrar en la segunda de las hipótesis, dado que en el contenido de la demanda no se encuentran elementos que impliquen el estudio de las restantes.

Sobre el particular, ha establecido la doctrina especializada⁶ que el interés que se tutela *“desde este precepto es indudablemente el de los competidores... no toda inducción a infracción contractual va a ser desleal sino aquella a partir de la cual va a ser posible una afectación del sistema económico. De lo anterior se deriva que si bien es cierto que a través del artículo... se está tutelando los intereses de los competidores que se ven afectados por las conductas descritas en el mismo, es el mercado en sí el que subyace como punto de tutela esencial en estas conductas...”*.

Puestas de este modo las cosas y, como ya se señaló -hasta abundar-, Soletanche -ni sus comentarios, ni los realizados por HVM-, tuvo ingerencia alguna en las decisiones adoptadas por Cerrejón relacionadas con la terminación del contrato con la UT. Razón suficiente para desestimar esta pretensión.

2.6.3. Del acto de violación de normas (art. 18, L. 256/96).

Finalmente, aunque en la demanda se pidió que se condenara a Soletanche por violación de normas, solamente se limitó a la enunciación del acto sin hacer referencia a cual norma consideró violentada y, menos aún, se refirió a la ventaja competitiva que dicha transgresión le representó, por lo que tal pretensión no amerita un estudio de fondo para ser desestimada.

En gracia de discusión, la única norma a la que se hace referencia a lo largo del escrito de demanda es aquella relacionada con los comportamientos éticos que rigen la profesión de la ingeniería (Ley 842 de 2003), sobre la cual, ya se realizó un pronunciamiento despachando desfavorablemente la pretensión tendiente a que se declarara que Soletanche transgredió dicha regulación (num. 2.6.1).

3. CONCLUSIÓN.

Teniendo en cuenta que no se demostró que Soletanche incurrió en las conductas denunciadas, corresponde denegar la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

4. DECISIÓN.

En mérito de lo anterior, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas por la Ley 446 de 1998, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁶ BARONA VILAR, Silvia. Competencia Desleal. Tutela jurisdiccional -especialmente proceso civil- y extrajurisdiccional. Tomo I. Editorial Tirant Lo Blanch. Pág. 588.

RESUELVE:

1. **Desestimar** las pretensiones de la demanda en virtud de lo consignado en la parte motiva de esta providencia.
2. **Condenar** en costas a la parte demandante a favor de la demandada. Tásense.
3. **Declarar** que HMV no está legitimada por pasiva de conformidad con la parte considerativa de esta decisión.
4. **Condenar** en costas a Soletanche Bachy Cimas S.A. a favor de HMV Ingenieros Ltda. Tásense.

NOTIFÍQUESE

El Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales,

ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ