

Tribunal de arbitramento

Astecnia S.A.

v.

Francocolombiana de Construcción Ltda.

Junio 14 de 2005

Laudo arbitral

Bogotá, D.C., 14 de junio de 2005

Agotando el trámite previsto en la ley y dentro de la oportunidad legal para hacerlo, se pronuncia en derecho el laudo que pone fin al proceso convocado por Astecnia S.A., en adelante Astecnia, contra Francocolombiana de Construcción Ltda., en lo sucesivo Francocolombiana, el cual es acogido en forma unánime por los árbitros.

CAPÍTULO I

Antecedentes

Convocatoria, integración de la relación jurídico-procesal, agotamiento de la etapa de conciliación y trámite previo a la primera audiencia de trámite

1. El 19 de marzo de 2004 por conducto de apoderado especial constituido para tal fin, Astecnia presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una convocatoria arbitral para que se dirimieran las diferencias que esta planteó contra Francocolombiana relacionadas con el contrato 2003-002, cuyo objeto era la fabricación de cajas compactadoras de basura de 8 yardas cúbicas, negocio jurídico que vincula a las partes de este proceso.
2. Radicada la convocatoria, por medio de comunicación dirigida a las partes el 23 de marzo de 2004, el director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá citó a las partes para poner en marcha el mecanismo de designación de árbitros previsto en la cláusula compromisoria contenida en el contrato 2003-002 para el 1º de abril de 2004.
3. En esa fecha, a la hora de las 9:00 a.m. se hicieron presentes en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá los representantes legales de las partes junto con sus respectivos apoderados judiciales, quienes postularon, cada una de ellas a tres árbitros cuya designación definitiva, en términos de la cláusula compromisoria, le correspondía hacerla a la Cámara de Comercio de Bogotá.
4. Los árbitros designados como principales, que son quienes integran este tribunal, fueron notificados de su designación y oportunamente, tal como en el expediente consta, aceptaron su nombramiento.
5. La instalación del tribunal tuvo lugar en audiencia celebrada el 17 de mayo de 2004, en la cual fueron designados presidente y secretario.
6. En esa misma fecha se admitió la convocatoria arbitral y de ese auto se notificó, en nombre y representación de la parte convocada como su representante legal, el doctor Ricardo Acevedo Suárez.
7. Por medio de escrito radicado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 1º de junio de 2004, obrando dentro del término previsto en la ley para tal efecto y por medio de apoderada judicial debidamente constituida con tal fin, la parte convocada dio oportuna contestación a la demanda promovida en su contra y propuso una demanda de reconvención contra Astecnia.
8. La demanda de reconvención fue contestada oportunamente por Astecnia mediante escrito del 1º de julio de 2004.

9. Dentro del término previsto en la ley, los días 14 y 15 de julio de 2004, las dos partes se pronunciaron sobre las excepciones de mérito propuestas contra las pretensiones de la demanda principal y de la de reconvencción.

10. Por medio de Auto 3 de 23 de julio de 2004, notificado personalmente a los apoderados de ambas partes, se fijó la fecha para la audiencia de conciliación del trámite, para el 19 de agosto de 2004 a las 10:00 a.m. en la sede del tribunal. La audiencia de conciliación debió posponerse para el 31 de agosto de 2004, habida cuenta de la imposibilidad que surgió para el tribunal de atenderla en la fecha inicialmente prevista, todo lo cual consta en el acta 4 correspondiente a la audiencia sin la presencia de las partes que tuvo lugar el 11 de agosto de 2004.

11. En la fecha y hora señaladas por medio del auto 4 las partes expusieron sus puntos de vista sobre la posibilidad de llegar a una conciliación; sin embargo, luego de un intercambio de ideas sobre sus recíprocas posiciones quedó clara la imposibilidad de llegar a un acuerdo, como consecuencia de lo cual, por medio de auto 5 del 31 de agosto de 2004, se declaró fracasada la etapa conciliatoria del proceso.

12. Agotada esa etapa procesal, el 31 de agosto el tribunal profirió el auto 6 por medio del cual fijó los gastos del proceso y los honorarios a cargo de los integrantes del tribunal, por medio de providencia que la parte convocante y demandada en reconvencción solicitó que fuera aclarada, como en efecto lo fue, mediante auto 7.

13. Ambas partes depositaron a órdenes del presidente del tribunal las sumas a cargo de cada una de ellas, por lo cual, conforme a las disposiciones legales, las partes fueron convocadas a la primera audiencia de trámite, para el día 24 de septiembre de 2004.

CAPÍTULO II

El trámite arbitral

14. Se inició el 24 de septiembre de 2004 con la primera audiencia de trámite, que se desarrolló en el orden previsto en la ley, así: se dio lectura a la cláusula compromisoria, así como a las pretensiones de las partes y a sus excepciones y medios de defensa; se profirió el auto 8, por medio del cual el tribunal se declaró competente para conocer y resolver el proceso; a continuación se profirió el auto 9 por medio del cual se decretaron las pruebas del proceso que las partes solicitaron en las oportunidades correspondientes.

15. La audiencia de conciliación se inició y culminó el 24 de septiembre de 2004.

16. Con posterioridad a la culminación de la primera audiencia de trámite se realizaron diez audiencias en el curso de las cuales se practicaron las pruebas decretadas, recibiendo los interrogatorios y los testimonios decretados, dándose posesión a los peritos y poniéndose en conocimiento de las partes sus dictámenes y recibiendo e incorporándose al expediente los documentos provenientes de terceros en cumplimiento de lo que el tribunal dispuso en su oportunidad.

17. El tribunal practicó todas las pruebas decretadas y adelantó las diligencias correspondientes para su cumplida práctica.

18. Ninguno de los dictámenes periciales fue objetado por error grave.

19. Por solicitud conjunta de las partes que el tribunal aceptó por reunir los requisitos de ley, el proceso fue suspendido en tres oportunidades a saber: una primera oportunidad, durante 14 días comunes transcurridos entre el 28 de octubre y el 10 de noviembre de 2004; por idéntico lapso, en una segunda oportunidad, entre los días 31 de marzo y 13 de abril de 2005; en una tercera ocasión por espacio de 58 días comunes, que transcurrieron entre el 16 de abril y el 13 de junio de 2005.

20. Lo anterior implica que el presente laudo se profiere en tiempo, pues el término legal para hacerlo, teniendo en cuenta las suspensiones del proceso, se extiende hasta el día 20 de junio de 2005.

21. Culminado el recaudo de las pruebas del proceso, las partes fueron citadas a la audiencia de alegatos de conclusión, que tuvo lugar el día 15 de abril de 2005 en la sede del tribunal.

22. En esa oportunidad los apoderados expusieron verbalmente sus alegatos; solo la parte convocada y demandante en reconvenición entregó un resumen escrito de los mismos, cuya incorporación al expediente fue ordenada por el tribunal. La transcripción de las intervenciones de los apoderados en esa audiencia, también se incorporó al expediente.

CAPÍTULO III

Posiciones de las partes

Síntesis de los hechos de la demanda principal

La demanda de Astecnia se contrae al pretendido incumplimiento por parte de Francocolombiana del contrato 2003-002, celebrado entre esas sociedades el 16 de julio de 2003, cuyo objeto consistía en la fabricación, por parte de Astecnia y con destino a Francocolombiana, de 10 cajas compactadoras de basura, de 8 yardas cúbicas cada una de ellas.

Astecnia sostiene —en el hecho 3.1— que la fabricación de las cajas a que se obligó la haría “... conforme a los planos y la muestra suministrada por la sociedad Francocolombiana”.

Astecnia refiere en los hechos de la demanda, las condiciones de precio y la forma de pago del mismo, resaltando que para cumplir ciertas obligaciones contractuales contraídas con ella, le endosó en propiedad la factura 3850 por valor de \$ 37.832.733 a cargo de Francocolombiana, de todo lo cual dio aviso a esa sociedad, aviso ante el cual, la sociedad convocada, manifestó su ánimo para solucionar el pago, e hizo un abono al precio de la misma, pese a ser concedora del hecho del endoso.

Astecnia sostiene que ha sufrido los perjuicios derivados del incumplimiento de su obligación de pago del precio total del contrato por parte de Francocolombiana, perjuicios que se han extendido a un tercero, la señora Montealegre de Pinzón.

Da cuenta la convocatoria arbitral, del hecho según el cual, ante el no pago del precio de la factura endosada, la señora Pinzón de Montealegre inició acciones judiciales cuyo trámite le correspondió al Juzgado 11 Civil del Circuito de esta ciudad.

Señaló igualmente la parte demandante que de acuerdo con el contrato cuyo incumplimiento reclama, a cargo de la parte incumplida se pactó una cláusula penal por valor de veinte mil dólares (US\$ 20.000).

El pronunciamiento de Francocolombiana sobre los hechos de la demanda.

Francocolombiana se pronunció oportunamente sobre los hechos de la demanda de Astecnia, y por medio del escrito que obra al expediente aceptó algunos de ellos, negó otros y manifestó que estaría a lo probado en relación con varios más de ellos.

Sobre el hecho 3.1 de la demanda, Francocolombiana resaltó el texto de la cláusula y resaltó lo atinente a la entrega de planos y de la muestra de las cajas a fabricar.

Se opuso a lo expresado en la demanda sobre la forma de pago del precio, si bien aceptó que el monto es el expresado en la demanda.

Indicó que el precio convenido no se había causado en su totalidad a favor de Astecnia, toda vez que ni lo que entregó Astecnia fue lo contratado ni lo hizo dentro del plazo contractual convenido.

Aceptó lo indicado en el hecho quinto sobre precio convenido y negó, agregando que en su concepto era jurídicamente imposible, que se hubiera producido el endoso en propiedad de una factura, negando que el documento que fue cedido tuviera el carácter de un título valor.

Reafirmó que el abono al precio de la factura sobre cuyo endoso discuten las partes sí se hizo en la fecha mencionada en la demanda, resaltando que Astecnia lo recibió.

Negó la veracidad del incumplimiento contractual que se le imputa en la demanda y también negó que Francocolombiana haya sido renuente al pago del saldo, destacando que, por el contrario, esa sociedad está relevada de hacer pagos sobre un contrato que no le fue cumplido por su coparte contractual.

Aceptó lo que se dice sobre contenido y alcance de la cláusula penal, pero negó que Francocolombiana le hubiera irrogado perjuicios a Astecnia o a terceros.

Las pretensiones de la demanda principal.

Las pretensiones de la demanda principal son las siguientes:

“1. Que se declare que la sociedad Francocolombiana de Construcción Ltda., incumplió el contrato de fabricación 2003-002, celebrado el 16 de julio de 2003, por no haber cancelado el saldo del precio dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la factura de venta 3850 del 22 de septiembre de 2003.

2. Que como consecuencia del incumplimiento contractual declarado se ordene liquidar el contrato 2003-002, celebrado entre (sic) y la sociedad Astecnia S.A., como fabricante y la sociedad Francocolombiana de Construcción Ltda. como ordenante, por medio de un perito idóneo en donde establezca el saldo adeudado, junto con los intereses causados, dada la obligación de pago que subsiste.

3. Que se condene a la sociedad Francocolombiana de Construcción, a pagar las siguientes sumas de dinero y/o las sumas que parcialmente lleguen a determinar a favor de la sociedad demandante:

a) La suma de veintidós millones ochocientos treinta y dos mil setecientos treinta y tres pesos m/cte (\$ 22.832.733) a favor de la señora Esther Pinzón Montealegre, sin perjuicio de los intereses, costas y demás conceptos que persiga en el Juzgado 11 Civil del Circuito de esta ciudad.

b) La suma de veinte mil dólares (US\$ 20.000), por concepto de la cláusula penal contractual pactada y/o la suma que pericialmente se llegue a determinar, dada la gravedad del incumplimiento, por parte de perito idóneo que solicitó sea designado por el despacho.

4. Que se condene a la sociedad Francocolombiana de Construcción Ltda. a pagar a favor de la sociedad Astecnia S.A. los daños y perjuicios ocasionados y que pericialmente se lleguen a determinar.

5. Que se condene a la sociedad Francocolombiana de Construcción Ltda. a pagar a favor de la sociedad Astecnia S.A., los intereses moratorios sobre las sumas anteriormente establecidas desde el día 26 de septiembre de 2003 y/o desde la fecha que determine la prueba pericial y hasta la fecha en que se efectúe el pago.

6. Que se condene en costas y gastos del proceso a la sociedad Francocolombiana de Construcción Ltda.”.

Las excepciones planteadas por Francocolombiana contra las pretensiones de la demanda principal.

Francocolombiana formuló las siguientes:

1. Excepción de contrato no cumplido.

En desarrollo de la misma, Francocolombiana se refirió a los puntos que denominó: “Las obligaciones conforme con el contrato”; “El incumplimiento de Astecnia S.A.”; “La ausencia de incumplimiento por parte de Francocolombiana y su buena fe”;

2. Inexigibilidad de las obligaciones que se demandan;

3. La falta de legitimación en la causa por la parte activa;

4. Genérica.

Síntesis de los hechos de la demanda de reconvención.

Los hechos de la demanda de reconvencción que oportunamente propuso Francocolombiana contra Astecnia están divididos en cuatro secciones, a saber.

La sección primera, que contiene los hechos relativos a los antecedentes del contrato y las partes del mismo, en los cuales se hace referencia al antecedente inmediato del contrato debatido en el proceso, que es el contrato de compraventa comercial que esa parte suscribió con la sociedad Aseo Capital S.A. (ESP) el día 6 de julio de 2003.

Dan cuenta esos hechos de una serie de sugerencias que al parecer Aseo Capital le formuló a Francocolombiana para que se vinculara o buscara la colaboración de Astecnia para la satisfacción del objeto del contrato del 6 de julio de 2003.

La parte demandante en reconvencción se ocupa, a espacio, de resaltar varios apartes de la cotización que recibió de Astecnia, en lo relativo a las características de las cajas compactadoras objeto de la misma.

Especial atención dedicó la demandante en reconvencción a explicar que por sugerencia de Aseo Capital y a instancias de dicha empresa (ver hecho octavo), Astecnia dispondría, en sus instalaciones, de una caja Farid - Minimatic "... para que Astecnia la copiara".

La segunda sección de los hechos de la demanda de reconvencción se ocupan de resaltar algunos apartes específicos del contrato debatido en el proceso, haciendo la demandante en reconvencción especial énfasis en que el sistema hidráulico de las cajas, que debía ser suministrado por Francocolombiana, que con ese fin subcontrató a la sociedad Hidráulica de Colombia.

La tercera sección de hechos de la demanda, que se ocupa del cumplimiento por parte de Francocolombiana de Construcción y el correlativo incumplimiento que le endilga a Astecnia, detalla cómo, según su dicho, Francocolombiana cumplió con el pago del anticipo pactado, no obstante lo cual debió facilitarle a Astecnia materiales y mano de obra para la pintura y parte eléctrica de los equipos.

Refiere cómo y de qué manera la sociedad Aseo Capital le expresó su inconformidad por la entrega tardía de las cajas contratadas y formuló reparos a las que estaban siendo elaboradas en los talleres de Astecnia.

Fue explícita Francocolombiana en señalar bajo qué circunstancias de modo, tiempo y lugar se produjo la entrega de las cajas a Aseo Capital y cómo, de igual manera, esa sociedad y las partes del proceso trataron de solucionar los problemas que desde un principio denunció el usuario final de las cajas que las mismas tenían.

Refirió que pese a los compromisos para atender los desperfectos de las cajas, Astecnia no dio cumplimiento oportuno a los mismos, no obstante haber recibido de Francocolombiana las sumas a que se refiere el hecho 27 de la demanda de reconvencción.

Más adelante se refirió a las circunstancias bajo las cuales Francocolombiana conoció del endoso de la factura que Astecnia hizo a la señora Pinzón de Montealegre y dio cuenta del abono al valor de la misma que para enero de 2004, al igual que señaló cómo y en qué momento tuvo conocimiento del proceso ejecutivo que esa endosataria de la factura 3850 entabló en contra de Francocolombiana.

Enseguida la parte demandante en reconvencción se refirió —*in extenso*— a los pormenores del dictamen que elaboró la firma Ingeniería Marco Montenegro & Cía, que le permitía concluir sobre el incumplimiento de sus obligaciones por parte de Astecnia.

La última sección de hechos de la demanda de reconvencción se ocupa de enlistar y determinar los perjuicios que dice haber sufrido la demandante en reconvencción a causa del incumplimiento que le atribuye a Astecnia.

Respuesta a los hechos de la demanda de reconvencción.

Al dar respuesta a la demanda de reconvencción de Francocolombiana, Astecnia respondió a varios de ellos advirtiendo que versaban sobre hechos diferentes a las discrepancias y al contrato objeto de las diferencias planteadas ante el tribunal de arbitramento.

Negó otros hechos y aceptó la veracidad de algunos, y en lo puntual sostuvo que la caja remitida a sus talleres no tenía por fin ser copiada sino servir de modelo para la fabricación de una similar.

Enfatizó que los planos que en su sentir debía haberle proporcionado Francocolombiana nunca le fueron suministrados.

Aclaró que la parte hidráulica de la caja que Francocolombiana suministró, no era igual a la de la muestra sobre la cual se trabajó, hecho que alteró el diseño estructural que hizo Astecnia.

Hizo énfasis en que Astecnia tuvo que atender los necesarios cambios de diseño de las cajas por conducto del señor Pedro Castañeda, funcionario de Francocolombiana, porque esa compañía no entregó los documentos previstos en las cláusulas primera y vigésimo quinta y, además, teniendo en cuenta que los documentos entregados como anexo 1 del contrato, no eran idóneos para los fines del mismo.

Recalcó que el objeto contractual no versaba sobre la copia de un modelo de una caja compactadora de basura y manifestó que los únicos planos que finalmente se realizaron fueron los que la propia Astecnia preparó.

Explicó que por la forma como se verificó la problemática de los planos y diseños, que condujo a lo que la demandada en reconvención califica como un "... proceso de error y ensayo...", necesariamente tenía que influir en el retraso en la entrega de las cajas.

Fue claro en manifestar que Astecnia no tenía obligación contractual de fabricar la caja en su totalidad, sino solamente le correspondía entregar la caja metálica, que es un componente de los equipos que Francocolombiana le vendió a Aseo Capital, por lo que mal puede acusársele del insuceso o fracaso del contrato entre esas dos partes.

En general, toda la defensa de Astecnia sigue la línea de la precariedad o falta de información suficiente para la satisfacción del objeto que le fue contratado, se refiere al papel del señor Pedro Castañeda, funcionario de Francocolombiana encargado de tratar de suplir esas falencias, reitera que nunca hubo planos ni especificaciones suficientes y descarta que los que haya recibido lo hubieran sido.

Las pretensiones de la demanda de reconvención.

Son las siguientes:

“A) Declaraciones

(i) Que se declare que entre la sociedad demandante, Francocolombiana de Construcción Ltda., y la sociedad demandada Astecnia S.A. se celebró válidamente un contrato de fabricación de diez cajas compactadoras de basura de ocho yardas cúbicas.

(ii) Que se declare que la sociedad demandada, Astecnia S.A. incumplió el contrato de fabricación 0022003, pues ella ha debido fabricar y entregar en el plazo convenido a Francocolombiana de Construcción Ltda., 10 cajas compactadoras de basura de ocho yardas cúbicas, conforme con la muestra y especificaciones del contrato válidamente celebrado, lo cual no cumplió, ni se allanó a cumplir, pues no fabricó ni entregó el objeto convenido en el contrato.

(iii) Que se declare de conformidad con el artículo 1546 del Código Civil, que Astecnia S.A. está obligada a cumplir por equivalente el contrato de fabricación 0022003, lo cual deberá hacer como se solicita más adelante en las pretensiones condenatorias.

(iv) Que se declare que Astecnia S.A. es contractualmente responsable frente a Francocolombiana de Construcción Ltda. por el incumplimiento al contrato de fabricación 0022003, ya que el incumplimiento al contrato carece de justa causa de conformidad con la ley.

B) Condenas

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la sociedad demandada Astecnia S.A. a pagar

a la sociedad demandante Francocolombiana de Construcción Ltda. al momento de la ejecutoria del laudo arbitral, las pretensiones condenatorias a que esta última tiene derecho así:

1. Que se condene a la sociedad Astecnia S.A. a cumplir por equivalente el contrato de fabricación 002-2003, mediante el pago a favor de mi mandante del valor que corresponde al precio o la suma de dinero que sea necesaria para rehacer 10 cajas compactadora de basura de ocho yardas cúbicas, que sean fabricadas conforme con la muestra a la que se refiere el contrato incumplido y con las especificaciones establecidas en el mencionado contrato. La suma exacta deberá ser estimada y liquidada previo un avalúo realizado por un perito experto. Aprecio que la anterior suma, pueda estar en el orden de más de trescientos millones de pesos (\$ 300.000.000), en razón al incremento en el precio del acero en lo que va corrido en el año 2004, o la cifra mayor o menor que se probare dentro del proceso.

Esta suma deberá cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de precios al consumidor certificado por el DANE, desde el momento en que se ha debido cumplir el contrato hasta que el laudo quede efectivamente ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la (*) Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. O en su defecto la suma deberá ser actualizada por el sistema determinado por los árbitros.

2. Que se condene a la sociedad Astecnia S.A. a pagar a favor de mi mandante, la indemnización de los perjuicios causados y que se causen hasta el momento de proferirse el laudo por incumplimiento del contrato, por lucro cesante y daño emergente. Incluyendo todos los daños derivados de la pérdida de mercado y descrédito comercial a que se ha visto sometida la sociedad demandante. Lo anterior de acuerdo con un dictamen pericial de expertos en el tema.

Esta suma deberá cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de precios al consumidor certificado por el DANE, desde el momento en que se ha debido cumplir el contrato hasta que el laudo quede efectivamente ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la (*) Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. O en su defecto la suma deberá ser actualizada por el sistema determinado por los árbitros”.

1. Por concepto de daño emergente

Solicito el pago de todas las pérdidas patrimoniales sufridas o que sufra la sociedad demandante y que provienen de no haberse cumplido el contrato por la sociedad demandada.

(i) El valor de los gastos en que ha tenido que incurrir Francocolombiana de Construcción Ltda. para reparar los diez equipos compactadores de ocho yardas cúbicas fabricados por Astecnia S.A., durante los meses de octubre de 2003 hasta la fecha en que cesen estas reparaciones, pues se han hecho con el objeto de mantener operativos estos compactadores para la sociedad Consorcio Aseo Capital S.A. y evitar el lucro cesante de esta sociedad. A la fecha el valor de estos gastos asciende a más de la suma de \$ 40.000.000, o a la menor mayor(sic) suma de dinero que resulte probada en el proceso.

(ii) El valor de los gastos en que ha tenido que incurrir la sociedad Francocolombiana de Construcción Ltda., y aquellos en los que tenga que incurrir hasta el momento del laudo, para indemnizar a la sociedad Consorcio Aseo Capital S.A. ESP, mediante el compromiso que adquirió de reponer a su costo los 10 compactadores de basura de ocho yardas cúbicas que fueron fabricados por Astecnia S.A., compromiso que actualmente se encuentra en ejecución. La suma exacta por este concepto será objeto de prueba pericial.

(iii) Los gastos que la sociedad demandante tuvo que realizar para obtener un concepto y dictamen técnico sobre los 10 compactadores de basura de ocho yardas cúbicas para determinar la viabilidad o imposibilidad de su arreglo. Y que son del orden de 10.000.000.

2. Por concepto de lucro cesante.

Solicito el pago de toda la ganancia o provecho que dejó y deje de reportar la sociedad demandante a consecuencia de no haberse cumplido el contrato por la sociedad demandada.

(i) La utilidad o provecho que a la demandante le había producido el fiel cumplimiento del contrato por parte de la sociedad Astecnia S.A., esta utilidad conforme con los costos de fabricación y montaje que Francocolombiana había estimado la podemos calcular en más de cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000). O la mayor o menor suma que resulte probada en el proceso.

(ii) La utilidad o provecho que le habría producido a Francocolombiana de Construcción Ltda., el uso del dinero que ha tenido y tendrá que invertir en la reparación y reemplazo de los 10 compactadores de basura de ocho yardas cúbicas a la sociedad Consorcio Aseo Capital S.A. ESP.

(iii) La pérdida de mercado, el descrédito comercial y profesional, también han sido otros de los perjuicios directos que ha sufrido mi mandante a consecuencia del incumplimiento de Astecnia S.A. y cuya indemnización se pretende. Esta indemnización deberá calcularse con base en el número de probabilidades que tenía la demandante de obtener ventas de compactadores de basura si la sociedad demandada con su comportamiento no lo hubiese privado de esa posibilidad.

En materia de la petición de condena por perjuicios de daño emergente y lucro cesante, estos deberán ser objeto de estimación y liquidación y cuantificación por medio de un dictamen pericial proferido por expertos financieros y contables.

3. Condenar a la sociedad Astecnia S.A. a pagar a favor de mi mandante la suma de veinte mil dólares (US\$ 20.000) la cual fue pactada en el contrato como cláusula penal pecuniaria, sin perjuicio de la indemnización de perjuicios.

Esta suma deberá cancelarse al momento de la ejecutoria del laudo, y ser indexada conforme al índice de precios al consumidor certificado por el DANE, desde el momento en que se ha debido cumplir el contrato hasta que el laudo quede efectivamente ejecutoriado, y causar intereses moratorios a la máxima tasa mensual permitida, según certificación de la (*) Superintendencia Bancaria, desde la ejecutoria del laudo hasta el momento en que efectivamente se realice el pago. O en su defecto la suma deberá ser actualizada por el sistema determinado por los árbitros.

4. Condenar a la sociedad demandada a pagar las costas y gastos del proceso arbitral incluidas las agencias en derecho.

Excepciones de Astecnia contra las pretensiones de la demanda de reconvención

Contra las pretensiones de la demanda de reconvención que le formuló Francocolombiana, Astecnia propuso las siguientes:

1. Excepción de contrato no cumplido;
2. Ausencia de cualquier tipo de responsabilidad por parte de Astecnia, por los diferentes daños, que al parecer presentaron las cajas de compactación de basuras, después de su entrega, por hechos imputables a terceros;
3. Excepción de ausencia de causa para demandar en reconvención - inexigibilidad del cumplimiento contractual con indemnización de perjuicios por parte de Astecnia S.A. por culpa exclusiva de Francocolombiana de Construcción;
4. Excepción de irrevocabilidad de la aceptación de la factura de venta 3850 del 22 de septiembre de 2003 - subsistencia de la existencia del saldo adeudado;

Pronunciamiento de las partes sobre las excepciones de mérito que recíprocamente se propusieron.

Ambas partes se pronunciaron oportunamente sobre las excepciones de mérito que recíprocamente se propusieron, tanto frente a las pretensiones de la demanda principal, como frente a las pretensiones de la demanda de

reconvención, tal como consta en los documentos obrantes entre folios 103 y 121 del cuaderno principal 1.

CAPÍTULO IV

Presupuestos procesales

Síguese de cuanto queda expuesto que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocada y convocante, propósito en orden al cual son conducentes las siguientes consideraciones.

CAPÍTULO V

Consideraciones del tribunal

Procede a continuación el tribunal a desatar el litigio puesto a su consideración, con fundamento en las siguientes consideraciones.

1. El contrato celebrado.

Entre Francocolombiana, y Astecnia S.A., se celebró un contrato que las partes denominaron de construcción. Dicho contrato se celebró previa cotización realizada por la sociedad Astecnia en la cual se expresó que la caja compactadora “sería construida según muestra llevada a nuestra planta”.

Las partes celebraron entonces un contrato escrito cuyo contenido es el siguiente:

En la cláusula primera se pactó el objeto del contrato para lo cual se expresó:

“El fabricante mediante el presente contrato se obliga para con el ordenante a fabricar los siguientes equipos:

“Diez (10) cajas compactadoras de basura de ocho (8) yardas cúbicas (yd³), cada una de las cajas será construida según los planos y diseños que han sido entregados por el ordenante al fabricante y conforme con la muestra que fue llevada a la planta del fabricante por el ordenante.

“Las características técnicas de cada una de las cajas compactadoras serán las siguientes: cuerpo de acero con piso, techo, paredes y paneles de eyección y compactación en lámina calibre 11 (3,038 mm). La caja irá reforzada con venas en perfil de acero de acuerdo a la muestra y con un sobre chasis para su acople al chasis del camión Chevrolet NPR o similar, acabado con dos capas de pintura una anticorrosiva y una en acabado con esmalte sintético.

“Elementos eléctricos incluidos: dos (2) pares de stop direccional renegado en la parte superior trasera de la caja, toma de luces, botón de parada de emergencia, dos (2) pares de luces licuadora de techo (adelante y atrás), dos pares de exploradora para tolva, cableados y switches eléctricos.

“Las especificaciones técnicas y planos de las cajas compactadoras de basura de 8 yardas cúbicas se encuentran en el anexo 1, el cual para todos los efectos legales hace parte integrante del presente contrato.

“El fabricante reconoce que la propiedad industrial e intelectual sobre el diseño y los planos de la caja compactadora de ocho yardas cúbicas que se va a fabricar por ellos, es del ordenante.

“El servicio postventa de las cajas compactadoras de basura a los compradores directos será prestado directamente por el ordenante sin perjuicio de que se solicite al fabricante el respaldo de su garantía”.

Dispuso la cláusula segunda del contrato que “la materia prima para la manufactura de las cajas y el montaje sobre el chasis, será suministrada totalmente por el fabricante así como los componentes eléctricos e (sic) cada una de las cajas compactadoras de basura de ocho yardas cúbicas”, agregó la cláusula que “de otra parte, los componentes del

sistema hidráulico de todas las cajas compactadoras serán suministrados por el ordenante, así como la instalación del sistema hidráulico será realizado por el ordenante”.

La cláusula tercera fijó el precio de las cajas compactadoras en un valor unitario de \$ 15.970.000, antes de IVA. La cláusula cuarta fijó la forma de pago, y a tal efecto dispuso que se pagaría un anticipo y que “el saldo del precio de cada uno de los equipos se pagará contra la entrega de cada uno de los equipos, lo cual se realizará en las fechas que se establecen en la cláusula cuarta del presente contrato. Para el pago del saldo del precio de los equipos, el fabricante deberá presentar en las oficinas del ordenante la factura correspondiente, la cual deberá estar acompañada del acta de entrega y recibo a conformidad firmada por los representantes de las partes y la garantía de calidad de los equipos”.

La cláusula quinta previó los plazos de entrega de los equipos en diferentes fechas a partir del 15 de agosto de 2003 al 24 de mismo mes y año.

La cláusula séptima dispuso que “la entrega se verificará en los plazos establecidos, en la ciudad de Bogotá D.C., y en el taller del fabricante, previa puesta en funcionamiento del equipo y realizada una prueba del funcionamiento del mismo, lo cual será realizado en presencia del interventor del contrato y un representante del fabricante.

“Realizada la prueba correspondiente, así como la verificación del funcionamiento del equipo, del montaje y una vez se haya establecido que el fabricante cumple con las especificaciones técnicas y con la calidad contratada, los representantes de las partes suscribirán un acta de entrega y de recibo del equipo a conformidad”.

La cláusula octava estableció las obligaciones del fabricante y entre ellas contempló: “1. Entregar al ordenante, en medio magnético, los planos de taller de las cajas compactadoras de ocho (8) yardas cúbicas con todos los detalles de fabricación”. Así mismo, “2. Asumir el riesgo de pérdida, daño o deterioro de las cajas compactadoras, así como de las materias primas que se encuentren en su poder para la fabricación, hasta la entrega de las cajas al ordenante” y “5. En los términos de ley, responder frente al ordenante por los defectos de calidad y funcionamiento de los equipos, así como por todos los vicios ocultos de los equipos”.

La cláusula novena estableció las obligaciones del ordenante, entre las cuales, además de las tendientes al efectivo cumplimiento del presente contrato, se incluyó la de “1. Pagar el precio que se haya estipulado en el presente contrato”, “3. A reclamar al fabricante por cualquier defecto de funcionamiento de los equipos, dentro de los treinta días siguientes a aquel en que lo haya descubierto”. “4. A informar una vez recibidos los equipos cualquier defecto de calidad, lo cual deberá realizarse dentro de los 4 días siguientes al recibo del equipo. Cualquier controversia técnica sobre la calidad de los equipos deberá ser resuelta por un perito designado por las dos partes y en todo caso, las partes intentarán llegar a una solución amigable”.

La cláusula décima contempló las pólizas y garantías que se comprometía a prestar el fabricante, entre las cuales se incluye: “1. Mediante el otorgamiento de una póliza de seguro de cumplimiento con el objeto de amparar el cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones de este contrato, cuyo asegurado y beneficiario será la sociedad ordenante. El valor asegurado deberá ser el 20% del valor total del contrato después del IVA y la vigencia del contrato deberá ser el plazo del contrato y tres (3) meses más”. Igualmente se contempló: “3. Una póliza de seguro cuyo objeto sea garantizar la calidad de los bienes fabricados, cuyo asegurado y beneficiario sea la sociedad ordenante. El valor asegurado deberá ser del 30% del valor del contrato y la vigencia del contrato deberá ser desde la entrega de los bienes y dieciocho meses más”.

La cláusula undécima dispuso “en los términos de la ley, el fabricante se obliga a garantizar al ordenante el buen funcionamiento de los equipos y garantiza todas las condiciones de calidad e idoneidad requeridas para que los equipos presten el servicio para el cual fueron ordenados”.

“El plazo de las garantías otorgadas para las cajas compactadoras será de dos años se excluye el sistema hidráulico”.

La cláusula duodécima dispuso que “en caso de incumplimiento culposo y total del contrato, y por cualquiera de las partes, la parte cumplida tendrá derecho a exigir la resolución o la terminación del contrato con indemnización de perjuicios en los términos previstos en la ley. Los incumplimientos parciales darán lugar a la parte cumplida a

exigir el cumplimiento del contrato y la indemnización de perjuicios”.

La cláusula decimatercera dispuso “las partes establecen como cláusula penal pecuniaria a cargo de quien incumpla el presente contrato la suma de veinte mil dólares (USD\$ 20.000) sin perjuicio de que sea exigible la indemnización de perjuicios correspondiente por la parte afectada”.

La cláusula decimacuarta previó la exoneración por caso fortuito y la cláusula decimaquinta dispuso la existencia de un interventor, cuyas funciones allí se señalan.

La cláusula decimaoctava dispuso que cualquier modificación del contrato se haría por escrito y debía estar firmada por las partes.

La cláusula decimanovena estableció que “queda prohibida la cesión de los derechos y obligaciones del presente contrato a tercero, salvo que la otra parte acepte por escrito dicha cesión”.

La cláusula vigésima cuarta dispuso que “el presente contrato se legalizará con su firma y la entrega de las garantías de que trata la cláusula nueve del presente contrato debidamente aprobadas por el ordenante”.

2. La naturaleza del contrato celebrado.

Con el fin de determinar el régimen al que se sujeta el contrato celebrado, es necesario determinar a qué tipo contractual corresponde, de conformidad con la legislación positiva.

A este respecto conviene recordar que una cosa es interpretar un contrato y otra es darle la calificación que corresponde. Cuando se trata de interpretar el contrato, el juez ante todo debe buscar la intención común de los contratantes. Cuando se trata de calificar el contrato, el juez no está sujeto al nombre que le hayan dado las partes, sino que debe darle la calificación que corresponde de conformidad con lo que prevé la ley. En efecto, como consecuencia del principio en virtud del cual a la autoridad judicial corresponde determinar el derecho aplicable a los hechos que han sido sometidos a su conocimiento (*da mihi factum, dabo tibi jus*), cuando el juez debe decidir una controversia sobre un contrato, es a él a quien corresponde establecer cuál es la calificación jurídica respectiva, pues ella determina el régimen jurídico pertinente.

Este principio ha sido consagrado en nuestra jurisprudencia la cual ha afirmado:

“La calificación que los contratantes den a un contrato, motivo del litigio no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no pueden trocar ese contrato en otro por el mero hecho de darle un nombre” (sent., sep. 9/29, G.J., tomo XXXVII, pág. 128).

Igualmente ha dicho “los pactos no tienen la calidad que les den los contratantes, sino la que realmente les corresponde” (sent., jul. 28/40, G.J., tomo XLIX, pág. 574).

Finalmente, en sentencia del 11 de septiembre de 1984 (H. M. Dr. Humberto Murcia Ballén, G.J. N° 2415, pág. 254) se dijo:

“En la labor de interpretación de los contratos no debe olvidar el juez, de otra parte, que la naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, ni la que al fallador le venga en gana, sino la que a dicho contrato corresponda legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y finalidades perseguidas”.

En este punto conviene recordar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha expresado tradicionalmente (p. ej., sent., jul. 5/83, H. M.P. Dr. Humberto Murcia Ballén) que cuando las cláusulas de un contrato son claras, precisas y sin asomo de ambigüedad, tiene que presumirse que ellas son el fiel reflejo de la voluntad de las partes y por ello el juez no puede, so pretexto de interpretarlas, desnaturalizarlas. Ahora bien, la obligación del juez de respetar las cláusulas contractuales claras y precisas tiene por objeto que él mismo haga cumplir la intención o voluntad de las partes, pero en manera alguna desconoce que es al juez a quien compete dar el tratamiento jurídico que corresponda a la voluntad de los contratantes, claramente expresada.

Se debe entonces distinguir entre dos procesos: la interpretación del contrato, en la cual en principio el juez debe sujetarse a las cláusulas claras y precisas, y la calificación del mismo, que supone verificar si se dan los elementos de un determinado negocio jurídico, en la cual el juez no tiene que sujetarse a la denominación dada por las partes⁽¹⁾.

Como lo ha señalado la doctrina, la labor de calificación de un contrato se funda en las obligaciones esenciales que surgen del mismo⁽²⁾ y en la forma como las mismas se deben desarrollar. No obstante, en ciertos casos otros elementos pueden influir en la calificación, como pueden ser los sujetos contratantes, pues la ley puede establecer categorías contractuales en razón de las partes. Igualmente, las formalidades deben tomarse en cuenta, pues la exigencia de una de ellas por el ordenamiento para una clase de contrato, conduce a que no se pueda reconocer validez como tal al negocio jurídico que carezca de las mismas, sin perjuicio de que se le pueda atribuir eficacia con otra calificación.

Dentro del proceso de calificación del contrato es fundamental entonces determinar cuáles son los elementos esenciales del tipo contractual y, en particular, cuáles son las obligaciones esenciales.

3. Los tipos contractuales a los cuales puede corresponder el contrato celebrado.

Si bien las partes denominaron el contrato como de “fabricación”, encuentra el tribunal que a la luz del Código Civil este tipo de acuerdos puede llegar a sujetarse a las reglas de la compraventa o las reglas del contrato de obra, por lo cual es necesario precisar en el caso concreto cuál es su régimen.

Lo anterior porque hay diferencias en el tratamiento legal⁽³⁾. Así, en el contrato de compraventa de cosa futura los riesgos pasan al comprador, en el Código Civil, tan pronto la cosa existe (C.C., arts. 1869 y 1876) y si la venta es a prueba desde que se aprueba la cosa; por su parte, en el Código de Comercio tales riesgos son del comprador a partir de su entrega (C. Co., art. 929). En el contrato de obra los riesgos solo pasan a quien encarga la obra cuando el mismo la aprueba (C.C., art. 2057). Así mismo, en el contrato de venta debe determinarse el precio so pena de que no exista el contrato. No obstante, debe recordarse que el Código de Comercio dispone que si se ha entregado la cosa, se tomará el precio medio del lugar de la entrega (C. Co., art. 929). Por el contrario, en el contrato de obra no es necesaria la determinación del precio, pues si no se fija se presume que el precio es el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de este, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos (C.C., art. 2054). Adicionalmente, en el contrato de venta la responsabilidad por defectos de las cosas que se enajenan se determina conforme a las reglas de los vicios redhibitorios, en tanto que en el contrato de obra no existen reglas especiales, salvo el caso de los contratos de construcción de edificios. Adicionalmente, cuando el contrato de venta versa sobre inmuebles puede ser rescindido por lesión enorme, hipótesis que no es posible en el contrato de obra. A lo anterior se agrega que el Código Civil contempla en el contrato de obra la posibilidad de que quien encarga la obra desista del contrato, reembolsando al artífice todos los costos, dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra (C.C., art. 2056), hipótesis que no existe en el contrato de venta. Finalmente, algunos agregan que en el contrato de venta procede el pacto de reserva de dominio, en tanto que tal figura no se encuentra contemplada en el contrato de obra.

4. El contrato de obra y el contrato de compraventa en el Código Civil.

En la medida en que el artículo 1869 del Código Civil y 917 del Código de Comercio contemplan la posibilidad de vender cosas que no existen, pero se espera que existan, y que el contrato de obra precisamente tiene por objeto producir una obra que no existe, tradicionalmente han existido discusiones acerca de cuál es el criterio para distinguir el contrato de obra del de compraventa. A tal efecto se han propuesto diversos criterios⁽⁴⁾.

Así por ejemplo, se ha afirmado que el criterio fundamental sería determinar quién suministra la materia prima⁽⁵⁾. Sin embargo, para algunos dicho criterio desconoce la importancia que para las partes tiene la confección de la obra. Así mismo, se ha acudido a un criterio económico en función de la importancia que tenga la materia o el trabajo a proveer⁽⁶⁾, para concluir que existe compraventa en el primer caso y obra en el segundo. Para otros, si bien este criterio sigue siendo fundamental debe ser complementado con otros⁽⁷⁾, dadas las dificultades de determinar en muchos casos dicha relación, y el hecho de que en determinados eventos para las partes es importante el proceso productivo. Por ello, se ha acudido a lo que se denomina el criterio psicológico, en virtud del

cual el contrato será calificado de una manera u otra, de acuerdo con la importancia que las partes otorguen al proceso de fabricación⁽⁸⁾. Así, si para las partes es importante ese proceso, el contrato será de obra; por el contrario, cuando para ellas lo importante es el producto resultante, independientemente de su procedimiento de fabricación, el contrato será de venta. En forma semejante y en cuanto a las obligaciones de las partes, se hace referencia a que habrá que mirar si ante todo el contrato comporta una obligación de dar o una obligación de hacer⁽⁹⁾. En el primer caso, el contrato debe ser calificado de venta y en el segundo de obra. La jurisprudencia y la doctrina francesas recientes hacen referencia a si la obra es ejecutada para satisfacer una necesidad específica de quien encarga la obra o si por el contrario es hecha conforme a un modelo o patrono común del fabricante. En el primer caso se trata de obra y en el segundo de compraventa⁽¹⁰⁾.

Así mismo, se ha hecho alusión a la existencia de un contrato mixto bajo dos variantes. En una primera concepción se trataría inicialmente de un contrato de obra, que posteriormente se transformaría en venta⁽¹¹⁾. Esta fórmula ha sido criticada sosteniendo que un contrato no puede cambiar de naturaleza durante su ejecución. En una segunda variante se trataría de un contrato mixto⁽¹²⁾, en el cual se integran prestaciones propias del contrato de venta y del de obra⁽¹³⁾.

En la Convención de Viena sobre compraventa internacional se considera (art. 13) venta el contrato de objetos corporales a fabricar cuando el vendedor suministra las materias primas, pero no se considera compraventa aquel contrato en el cual la parte principal de las obligaciones de quien suministra las mercaderías sea suministrar mano de obra o prestar otros servicios.

En Colombia, el Código Civil colombiano dispuso en el artículo 2053 lo siguiente:

“Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra. Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

“Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta”.

Como se puede apreciar, el criterio adoptado por el Código Civil para establecer cuándo existe contrato de venta o contrato de obra consiste en determinar quién suministra los materiales. Este criterio, según consta en las notas de los proyectos del Código Civil, fue adoptado por Bello siguiendo a Pothier. Esta era la solución romana según señala Rodríguez Fonnegra⁽¹⁴⁾. Sin embargo, algunos autores advierten en todo caso que si el valor del trabajo es muy superior al de los materiales, el contrato es de arrendamiento de obra. No obstante, otros precisan que el Código Civil no hace distinción al respecto. Igualmente se ha señalado que el contrato para construir un edificio en terreno ajeno es contrato de obra, dado que en principio las construcciones acceden al terreno. En todo caso comoquiera que en los eventos en los que el artífice suministra los materiales el contrato solo se perfecciona por la aprobación de quien encargó la obra, precisa la doctrina⁽¹⁵⁾ que se trataría de un contrato de venta a prueba. Por lo demás cuando predomina la inteligencia sobre la mano de obra, el Código Civil prevé en el artículo 2063 que se aplican las normas sobre arrendamiento de servicios inmateriales.

Sin embargo, considera el tribunal pertinente hacer las siguientes precisiones sobre el alcance de las disposiciones del Código Civil. En primer lugar, no se puede desconocer que hay que distinguir dos hipótesis: aquellos casos en los cuales las partes no toman en cuenta la fabricación de la cosa y aquellas en que sí lo hacen. Cuando simplemente se compra la cosa como un bien de género, el contrato de venta se desarrolla con arreglo a las normas generales, pues en la medida en que el proceso productivo no tiene importancia, el fabricante puede, para cumplir su obligación, fabricar el objeto u obtenerlo de otras fuentes⁽¹⁶⁾.

Cosa distinta sucede cuando los contratantes han considerado el proceso de fabricación como una parte estructural del contrato. Para las partes en tal caso no se trata de suministrar una cosa de género, sino una cosa que debe ser fabricada. Así, si se trata de cosas que van a ser elaboradas de manera específica, y el artífice suministra la materia prima, se trataría de un contrato de venta. En caso contrario, según el Código Civil, se tratará de contrato de obra.

Ahora bien, cuando la materia es suministrada por el artífice el contrato es de venta, pero solo se perfecciona por la aprobación de quien encarga la obra. En tal caso cabe preguntarse ¿cuál es la situación antes de que se apruebe la cosa? ¿Existe o no contrato? ¿Qué efectos se producen?

Dos tesis se pueden examinar. La primera consistiría en señalar que el Código Civil claramente establece que no hay venta en tal caso. Por consiguiente, la ley excluye que exista contrato. En esta medida, si quien encargó la obra no da su aprobación, debiendo darla, o no colabora en la existencia del objeto su responsabilidad es precontractual.

Otros, por el contrario, consideran que en tal caso sí existe contrato, porque hay un acuerdo creador de obligaciones y que simplemente lo que no existe todavía es contrato de venta. En efecto, lo primero que debe advertirse es que en el Código Civil es válido todo acuerdo destinado a crear obligaciones, siempre y cuando no carezca de los requisitos señalados de manera general para todos los contratos o de manera especial para el negocio típico del cual se trate.

Bajo esta perspectiva, no se puede negar que para las partes el artífice asume unas obligaciones que tienen por objeto producir el bien. Por consiguiente, la naturaleza de las cosas conduce a concluir que existe contrato. Además, la norma legal que regula el contrato de obra y dispone cuándo hay venta, simplemente precisa a partir de qué momento existe la venta y no desconoce las obligaciones que las partes quisieron crear antes de que la cosa existiera. Por consiguiente, si las partes han querido que surja el contrato, y se han impuesto obligaciones recíprocas, existirá un contrato que simplemente no podrá producir los efectos propios de una venta, sino cuando la cosa exista.

Esta tesis reconoce la voluntad de las partes y, particularmente, el hecho de que las mismas han pactado obligaciones que deben producir efectos, en la medida en que no son contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

En este sentido conviene observar que en materia de venta a prueba algunos autores en Francia⁽¹⁷⁾ han considerado que existe la sucesión de dos contratos uno provisorio y otro definitivo que es la venta⁽¹⁸⁾.

En síntesis si bien en el derecho colombiano se considera que existe una venta en el contrato que tiene por objeto elaborar una cosa con materiales suministrados por quien elabora la obra, y que en tal caso la venta se perfecciona por la aprobación de quien la ordenó, no puede desconocerse que antes de que la cosa exista, hay obligaciones a cargo de las partes.

5. Las obligaciones que surgen de los contratos en que una parte va a fabricar un bien.

Como se señaló, en el esquema del Código Civil solo surge el contrato de venta cuando se aprueba la obra. Lo cual no impide que previamente existan otras obligaciones entre las partes, las cuales consisten fundamentalmente por parte del artífice o constructor en ejecutar la obra y por parte de quien la encarga en prestar la colaboración necesaria para el efecto. Una vez que la cosa existe y ha sido aprobada, surgirán las obligaciones propias de la venta, esto es, a cargo del artífice transferir la cosa y salir al saneamiento, y por parte de quien la encargó, pagar el precio.

5.1. Las obligaciones del artífice.

5.1.1. La obligación de ejecutar la obra.

El artífice está obligado a ejecutar la obra. Para tal propósito debe ajustarse a las especificaciones técnicas previstas en el contrato. De esta manera, en todo aquello que el contrato no establece otra cosa, la doctrina señala que en principio la obra debe ejecutarse de conformidad con las reglas del arte⁽¹⁹⁾ de manera que se obtenga un producto de calidad mediana⁽²⁰⁾. Lo anterior obviamente debe ser examinado en cada caso concreto⁽²¹⁾, pues las circunstancias pueden indicar tanto que se quería obtener una calidad superior a la mediana o que, por el contrario, la calidad podía ser inferior⁽²²⁾. Así, si las partes adoptan un método constructivo determinado la calidad será la que pueda corresponder a dicho método. Así mismo, es claro que los materiales que deben emplearse son los pactados y si no se ha pactado, deben ser de calidad mediana⁽²³⁾.

A lo anterior vale la pena agregar que de acuerdo con el principio de la buena fe en la ejecución del contrato, las partes deben cooperar para que cada una de ellas satisfaga su interés al contratar. Por consiguiente, en virtud de dicho principio el contratista debe realizar las actuaciones necesarias para lograr el fin previsto al contratar y particularmente que el bien pueda cumplir la función pactada. Así mismo el contratista debe realizar todo aquello necesario para que la obra sea completada⁽²⁴⁾.

Igualmente señala la doctrina⁽²⁵⁾ que debe tenerse en cuenta la voluntad del comitente que toma parte activa en la marcha de la labor y hace desaparecer la independencia en la que debe hallarse el empresario para alcanzar el resultado prometido. En este punto, existen varias orientaciones que deben tomarse en consideración. Así, la doctrina italiana señala que aun cuando el constructor haya actuado conforme a las instrucciones del que encargó la obra, el contratista sigue siendo responsable, por cuanto él no es un trabajador subordinado y debe advertir el defecto técnico y las consecuencias que de ello deriva. Lo anterior siempre que el contratista haya conocido o haya podido conocer el defecto técnico⁽²⁶⁾. Pero igualmente se señala que si el contratista advirtió que no se seguían las reglas del arte y el comitente a pesar de ello insistió en la ejecución, el contratista no responde⁽²⁷⁾. Por otro lado, la jurisprudencia francesa ha señalado que la responsabilidad del constructor existe aunque él se haya limitado a seguir las órdenes, a menos que el propietario sea notoriamente competente en materia de construcción⁽²⁸⁾ ⁽²⁹⁾.

Por lo demás, la doctrina ha señalado que el constructor tiene una obligación de resultado⁽³⁰⁾.

Por otra parte, en cuanto a la eventual necesidad de un proyecto de la obra a elaborar, la doctrina también ha señalado⁽³¹⁾ que no es de la esencia del contrato de obra que el mismo implique la elaboración de un diseño previo, pues la ley no lo exige expresamente y tampoco es necesario desde el punto de vista de los principios que regulan el derecho de las obligaciones, pues dicho proyecto no es necesario para la determinación del objeto de la obligación, ya que basta que sean determinados sus elementos fundamentales, para la cual es suficiente referirse a la categoría en la cual entra la obra a ejecutar⁽³²⁾.

A juicio del tribunal esta conclusión corresponde al Código Civil. En efecto si de acuerdo con este código se considera que hay venta cuando el artífice suministra los materiales, deberán tomarse en cuenta las reglas aplicables a la determinación del objeto en las obligaciones de dar o entregar. Desde este punto de vista, debe observarse que el Código Civil permite que en las obligaciones de género se indique simplemente este y, si no se pacta otra cosa, se entiende que se debe un individuo de dicho género de calidad mediana. No es pues necesario que la determinación del objeto vaya más allá. Esta conclusión es igualmente clara, aun sin tener en cuenta que el Código Civil considera este contrato como una venta, en la medida en que en todo caso la obligación de hacer del artífice se traduce, a falta de otras indicaciones, en elaborar una cosa perteneciente a un género, y además no habría razón para establecer una regla más restrictiva para las obligaciones de hacer que para las de dar.

5.1.2. Obligación de información y asesoría.

El contratista, de otra parte, puede tener una obligación de información y asesoría.

En tal sentido se advierte que debe llamar la atención del que encarga la obra sobre los inconvenientes del producto y las precauciones que deben tenerse. Esta obligación es más amplia cuando el cliente es profano⁽³³⁾. Además, es al profesional que le incumbe probar que cumplió tal obligación. Si bien en principio el empresario debe aconsejar, la jurisprudencia francesa considera que ello no es así cuando el cliente es claramente competente.

5.2. Obligaciones de quien encarga la obra.

5.2.1. La obligación de colaborar en la ejecución de la obra.

Como consecuencia del deber de obrar de buena fe, quien encomienda la ejecución de la obra debe realizar todo aquello que de él depende para que el empresario pueda ejecutarla⁽³⁴⁾. Lo anterior implica suministrar los documentos a que se comprometió, entregar los materiales que debía suministrar, remitir el proyecto de obra, cuando a ello se obligó, y obtener las autorizaciones administrativas indispensables.

Por otro lado, e igualmente desde el mismo punto de vista de la buena fe, quien encarga la obra debe abstenerse de

todo acto que pueda impedir o perturbar el ritmo de la labor.

5.2.2. La obligación de aprobar la obra.

Por otra parte, quien encarga una obra está obligado a examinarla y a aprobarla si la misma es conforme a lo pactado y recibirla. Si bien a menudo la obligación de examinar y aprobar la obra se desarrolla en forma contemporánea a la de recibir la cosa, realmente son obligaciones distintas y por ello deben examinarse por separado.

6. La situación en el caso sometido a decisión del tribunal.

Ahora bien, si a la luz de lo anterior se analiza el contrato objeto del presente proceso, se encuentra lo siguiente:

En la medida en que el contrato tiene por objeto la fabricación de unas cajas compactadoras de basura, cuya materia prima es suministrada por quien elabora la obra, se trata de un contrato de venta. En principio dicha venta está sujeta a la aprobación de quien encarga la obra del producto terminado.

Ahora bien, debe observar el tribunal que las partes convinieron una serie de obligaciones cuyo cumplimiento daría lugar a la existencia de la cosa.

En todo caso para el análisis que más adelante se hará, es pertinente destacar que Astecnia es un profesional en la fabricación de equipos, pues de conformidad con el registro de proveedores de Francocolombiana de Construcción (fl. 246, cdno. de pbas. 2) su actividad principal es la “fabricación de equipos” e igualmente se señala “treinta años diseñando y construyendo equipos de proceso”. Así mismo se acompañaron certificaciones que dan fe que Astecnia ha sido proveedor de equipos para obras civiles (fl. 251), plantas de asfalto y trituración (fl. 255). Por otro lado debe también advertir el tribunal que Francocolombiana no es un profano en dicha clase de equipos.

Las partes convinieron que se construirían diez cajas compactadoras de basuras. Para tal efecto, el texto del contrato dispone que cada caja sería “construida según los planos y diseños que han sido entregados por el ordenante al fabricante y conforme con la muestra que fue llevada a la planta del fabricante por el ordenante”. Igualmente contempló la cláusula décima del contrato que Astecnia garantiza “todas las condiciones de calidad e idoneidad requeridas para que los equipos presten el servicio para el cual fueron ordenados”.

Ha surgido la discusión en el curso del proceso acerca de cuál es el alcance de dicha estipulación contractual, y en particular, acerca de los planos que debían suministrarse. Pues al paso que Francocolombiana sostiene que se trata del manual o catálogo que efectivamente se entregó, que obra como anexo del contrato a folios 287 del cuaderno de pruebas 2 y al cual se refirió el testigo Pedro Antonio Castañeda (fl. 442, cdno. de pbas. 2), Astecnia considera que existió un incumplimiento de la obligación de Francocolombiana de suministrar los planos de fabricación correspondientes.

Lo primero que debe observarse es que el dictamen pericial precisó que dicho manual no corresponde a unos planos que sirvieran para elaborar la caja. En efecto, en el mismo se dijo:

“Las cajas compactadoras a fabricar por Astecnia S.A., eran de 8 yd³, sin embargo no encontramos que existan planos de diseño ni hojas de cálculo de diseño suministrados por Francocolombiana de Construcción Ltda. que se refieran específicamente a una caja compactadora de basura de 8 yd³”.

“El catálogo de la caja Farid suministrado por Francocolombiana de Construcción a Astecnia, se refiere a una caja compactadora de basura de 9,15 yd³ (7 m³)”.

“Por otro lado los planos de taller elaborados por Astecnia S.A., se refieren a la fabricación de una caja compactadora de basura de 9 yd³”.

Por otro lado, el peritazgo precisó los planos que deberían entregarse para fabricar una caja compactadora y a tal efecto señaló:

“De acuerdo con lo anterior, consideramos que el número mínimo de planos de diseño que deben ser entregados al

fabricante son:

“1. Plano general del conjunto, donde se incluya la tabla general con número de parte, dimensiones, material y cantidad de piezas.

“2. Subconjunto de la estructura principal de la caja, donde se incluya la tabla general con número de parte, dimensiones, material y cantidad de piezas.

“3. Subconjunto del sistema de compactación de basura, donde se incluya la tabla general con número de parte, dimensiones, material y cantidad de piezas.

“4. Subconjunto del sistema de descarga de basura, donde se incluya la tabla general con número de parte, dimensiones, material y cantidad de piezas.

“5. Subconjunto del sistema volcador, donde se incluya la tabla general con número de parte, dimensiones, material y cantidad de piezas.

“6. Aunque la instalación y montaje del sistema hidráulico no es responsabilidad del constructor en este caso es recomendable suministrar copia de los planos del sistema oleodinámico. Debido a que el cilindro oleodinámico de descarga tiene una geometría diferente en lo que respecta a la sujeción con los apoyos en la caja.

“De acuerdo con la información obtenida por nosotros, en el contrato no existe ningún tipo de identificación de plano que debía utilizar Astecnia S.A., para la construcción metalmecánica de las cajas”.

Es claro entonces que el manual o catálogo entregado no corresponde a los planos que se requerirían para fabricar la caja compactadora, pero entonces debe preguntarse el tribunal cuál es el alcance de la expresión contenida en el contrato relativa a los planos.

Sobre el particular se considera que cuando el contrato emplea la expresión planos y diseños se refiere al manual o catálogo que se anexó al contrato y que por ello no existía la obligación de Francocolombiana de suministrar planos y diseños más detallados. Lo anterior fundado en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, el texto del contrato es claro en señalar que las cajas se debían elaborar según los planos y diseños “que **han sido entregados** por el ordenante al fabricante...” (se destaca). Como se puede apreciar, las partes hicieron referencia a un hecho ya ocurrido para determinar los planos y diseños que debían tomarse en cuenta, el que ya habían sido entregados por Francocolombiana. Ahora bien, no se probó que esta empresa hubiera entregado planos y diseños distintos a los mencionados, y por el contrario, lo que afirma Astecnia es que no se entregaron. Como lo que se había entregado era el catálogo o manual mencionado, debe entenderse que es este al que hicieron referencia las partes. En efecto, estudiado el anexo 1 del contrato, puede establecer el tribunal que en él se adjuntaron los diseños y la descripción de los equipos marca Minimatic elaborados por la empresa Farid de Venezuela, que si bien no tienen la categoría de planos de construcción, sí fueron denominados por las partes genéricamente como “planos”.

Por otro lado, en la oferta (cotización, jul. 7/2003) de Astecnia S.A. a Francocolombiana de Construcción Ltda. se registró “caja compactadora construida según muestra llevada a nuestra planta” y nada se menciona respecto de los planos.

Adicionalmente, para interpretar la voluntad de los contratantes debe tomarse en cuenta la ejecución del contrato por parte de ellos, tal y como lo dispone el artículo 1622 del Código Civil. Desde este punto de vista no encuentra el tribunal prueba que acredite que durante el desarrollo del contrato, Astecnia haya hecho algún reclamo u observación sobre el hecho de que los planos previstos en el contrato no se le hubieren suministrado. Es solo con ocasión del presente proceso que funda su defensa en la omisión en el suministro de tales planos. Así por ejemplo, en el alegato de conclusión, el apoderado de la parte convocante sostuvo que Francocolombiana de Construcción Ltda. incumplió el contrato “al no haber suministrado unos planos que en mi concepto y en el concepto de la pericia se estableció que eran fundamentales para que la parte metalmecánica de la caja a construir se hiciera bajo unos planos que fueran idóneos para su fabricación...”⁽³⁵⁾.

Si el contrato realmente incluyera la obligación de suministrar los planos de fabricación por parte de Francocolombiana, Astecnia, para ejecutar el contrato, debió requerir su entrega y aunque el testigo Becerra manifiesta que así se hizo, no hay en el expediente pruebas que corroboren su dicho. Además, de los testimonios rendidos dentro del proceso, se puede establecer, y así lo aceptaron todos los declarantes, que Astecnia S.A. comenzó la fabricación de los equipos encargados con fundamento en los documentos constitutivos del anexo 1 del contrato y sobre la base de una muestra que le fue entregada por Francocolombiana de Construcción Ltda. y que sirvió de modelo para ello.

En efecto, en el testimonio del director del proyecto, señor Édgar Becerra, al ser preguntado por el tribunal sobre el proceso de fabricación de las cajas manifestó:

“Doctor Pabón: ¿Y cómo hicieron para elaborar las primeras cajas sin ningún diseño?

“Señor Becerra: Con una muestra que llevó Aseo Capital. La base fue la caja que llevó Aseo Capital para hacerle un levantamiento dimensional”.

y posteriormente manifestó el testigo:

“Doctor Cárdenas: ¿Señala usted que en el contrato se contemplaba la entrega de los planos y que finalmente Francocolombiana no los entregó, al no entregarlos Astecnia dejó alguna constancia diciendo no me los han entregado, no puedo hacer algo de esa manera, alguna cosa se dijo?

“Señor Becerra: No. No se dijo, se comenzó con la caja muestra”.

En igual sentido el señor Germán Alfonso Toloza Rojas, jefe de planta de Astecnia sostuvo:

“Doctor Pabón: ¿En este caso le dieron los planos y las especificaciones para la construcción de las cajas?

“Señor Toloza: Sí, claro.

“Doctor Pabón: ¿Quién se los dio?

“Señor Toloza: Los planos son de Astecnia, me los dio el ingeniero Édgar Becerra que es mi jefe (...).

“Doctor Pabón: ¿Quién hizo los planos de las cajas?

“Señor Becerra: Pues los planos que recibí tenían el formato de Astecnia, siempre, o sea no tenía ninguna otra indicación de un cliente anterior, los planos me los entregó Astecnia”⁽³⁶⁾.

En el documento de 1º de octubre de 2003 que reposa en el expediente, el señor Ricardo Acevedo, gerente de Francocolombiana de Construcción Ltda. recibe “los planos levantados por Astecnia S.A.” fecha bastante posterior a aquella de celebración del contrato (jul. 16/2003) y sobre todo, a aquellas de entrega de varias de las cajas fabricadas por la convocante.

Finalmente, cuando el contrato en la cláusula novena establece las obligaciones del ordenante no incluye la de suministrar los planos a los que se refiere el apoderado de Astecnia.

Todo lo anterior demuestra que no le asiste razón a Astecnia S.A., en el sentido de que Francocolombiana de Construcción Ltda. incumplió con la obligación de la entrega de los planos de fabricación, pues del conjunto de las pruebas hasta aquí analizadas resulta inobjetable que las partes entendieron por planos aquellos documentos que hacen parte del anexo 1 del contrato.

En esta medida si por parte de Francocolombiana se suministró el modelo de la caja y un manual, que no constituye un plano, correspondía a Astecnia elaborar los diseños necesarios para su fabricación. A tal efecto vale la pena hacer referencia a la declaración del señor Luis Eduardo Becerra, funcionario de Astecnia quien al ser preguntado, si es usual que los clientes pidan fabricar equipos sin entregar diseños contestó (fl. 516, cdno. de pbas. 2) “Sí pero nosotros diseñamos antes de empezar a fabricar, es decir, un cliente pide algún equipo en especial y

nosotros lo primero que hacemos es diseñarlo”. Por lo demás, si bien el testigo Becerra afirmó que los planos fueron elaborados por el ingeniero Castañeda de Francocolombiana, lo cierto es que no hay pruebas suficientes que confirmen su dicho. Por el contrario, los planos de taller que se entregaron claramente constituían una obligación de Astecnia y no llevan ninguna indicación de su elaboración por parte del ingeniero mencionado.

Por otro lado, examinada la ejecución del contrato, observa el tribunal que las cajas compactadoras no se ajustaron a la muestra y además que no pueden utilizarse para la finalidad a la cual están destinadas.

En efecto, en el dictamen pericial se precisa lo siguiente (págs. 12 y ss.):

“Respecto del catálogo de Farid suministrado por Francocolombiana:

“Existen diferencias en los siguientes elementos:

“En la caja Farid alcanza a evidenciarse que los sistemas de compactación y de vuelco, están sujetos a la estructura externa. En la caja fabricada por Astecnia se varió la forma de sujeción, colocándose los sistemas sobre los perfiles (venas) fabricados en lámina.

“El cilindro de descargue se observa montado en la parte inferior de la caja Farid. En la caja fabricada por Astecnia el cilindro está localizado a una distancia (altura) de 1146 mm de la base de la caja.

“La inclinación de la estructura de la caja Farid es contraria a los perfiles en lámina fabricados y montados por Astecnia”.

Igualmente señalan los peritos en detalle las diferencias entre el modelo entregado y la caja fabricada entre las cuales subrayan las siguientes:

“La pala Astecnia está fabricada en lámina A-36 de 3,175 mm (1/8 pulg.) y cuenta con refuerzos en lámina A-36 de 3,175 mm en la parte posterior. No cuenta con refuerzo en tubería mecano soldada ni con ángulos de refuerzo en la parte central posterior.

“Así mismo, no tiene bujes de bronce en los puntos de giro para facilitar los rodamientos de la pala y tampoco tiene refuerzos en acero en estos mismos puntos. No existen platinas de refuerzo en lámina A-36 en los sitios localizados a los alrededores de los puntos de giro.

“(…).

“Las palas de descarga y compactación no tienen refuerzos en tubería. La caja de Astecnia carece de estructura en tubería mecano-soldada (conformada por tubos estructurales A-500).

“El sobre chasis fabricado por Astecnia fue construido en lámina de 1/4 pulg., sin que se observe un diseño de transmisión de cargas al chasis”.

“(…).

“La caja de Astecnia cuenta con un sistema de láminas (4 venas laterales por lado) en acero A-36 de 1/8 pulg. de espesor. Estos elementos no constituyen ningún tipo de estructura de refuerzo, debido a que simplemente están dobladas y soldadas a la caja”.

De esta manera, las cajas compactadoras no cumplieron las especificaciones previstas al contratar y por ello se han producido fallas en las mismas. Así resulta del documento “acta de compromiso sobre arreglos de cajas compactadoras de basura de 8 yardas cúbicas”, que obra a folio 351, en el cual se acuerda una serie de correcciones que serán realizadas por Astecnia y otras por Francocolombiana y se establece el término para realizarlas. Igualmente en la declaración del señor Manuel Eduardo Corral Higuera se señalaron los problemas de las cajas, las que no han cumplido los requerimientos exigidos por su función. En tal sentido expresó:

“Las de 8 yardas nunca han cargado la capacidad, las cajas se han desbaratado completamente, tienen problemas

estructurales, tienen problemas de soldadura, problemas de deformaciones, problemas hidráulicos, problemas de anclaje, las cajas no han operado como debe ser”.

Así mismo agregó:

“Estas cajas la realidad es que su calidad fue pésima, desde el primer momento en que llegaron a la empresa o iniciaron su trabajo, estas cajas se iniciaron a romper por las partes de las soldaduras, se soplaron en las partes de los laterales, los soportes de los cilindros se rompieron, los pasadores lo mismo, los cilindros hidráulicos se estallaron, en fin, en términos generales, las palas en el momento que se compacta la basura se tuercen y se parten los perfiles y las partes inferiores de las palas se torcieron totalmente”.

Igualmente en tal sentido pueden mencionarse las declaraciones de los señores Over Landinez, Luis Édgar Becerra y Hernando Zambrano, así:

A su turno, el testigo Over Landinez declaró:

“Normalmente en equipos, la vida útil de un equipo está en unos 5 años en promedio y al cabo de 6 meses los equipos se empezaron a deshacer.

Doctor Pabón: ¿Por qué razón?

Señor Landinez: Fallas estructurales, para mi concepto como ingeniero”⁽³⁷⁾.

El testigo Luis Édgar Becerra Monguí, gerente de operaciones de Astecnia, al ser preguntado por el tribunal respecto de los problemas presentados con las cajas, contestó:

“No tengo conocimiento total, pero hasta donde sé en los soportes, en los apoyos donde hacen fuerza los gatos, ahí se están rompiendo”⁽³⁸⁾.

Vale la pena mencionar igualmente la declaración del señor Hernando Zambrano García, supervisor de mantenimiento de Aseo Capital, conforme al cual:

“Estas cajas la realidad es que su calidad fue pésima, desde el primer momento en que llegaron a la empresa o iniciaron su trabajo, estas cajas se iniciaron a romper por las partes de las soldaduras, se soplaron en las partes de los laterales, los soportes de los cilindros se rompieron, los pasadores lo mismo, los cilindros hidráulicos se estallaron, en fin, en términos generales, las palas en el momento que se compacta la basura se tuercen y se parten los perfiles y las partes inferiores de las palas se torcieron totalmente”⁽³⁹⁾.

Si bien Astecnia ha sostenido que la caja que debía elaborarse era de un tamaño distinto a la de la muestra, lo cierto es que en todo caso era posible copiar dicha caja, haciendo los ajustes correspondientes al cambio de dimensiones. En efecto, el testigo Manuel Corral al ser preguntado si era posible copiar la caja modelo expresó: “Si, cuál es la idea, la idea es que lo que copia uno es la estructura, la fabricación, el diseño, el tamaño puede variar”. Esta afirmación fue por lo demás reiterada en su declaración. Además debe observar el tribunal que en el contrato Astecnia se obligó a elaborar la caja compactadora de las dimensiones pactadas por las partes conforme al modelo suministrado. Si ella, que es un profesional, consideraba, como ahora parece sostenerlo, que no era posible hacer la caja conforme a dicho modelo debió advertirlo al celebrar el contrato.

Por lo demás, el contrato dispone claramente en su cláusula décima que el fabricante se obliga a garantizar al ordenante el buen funcionamiento de los equipos y “garantiza todas las condiciones de calidad e idoneidad requeridas para que los equipos presten el servicio para el cual fueron ordenados”. Por consiguiente, Astecnia tenía en todo caso que proceder a elaborar los equipos para que los mismos cumplieran la finalidad a la cual estaban destinados y que ella conocía.

Ahora bien, también se ha señalado que el material en el cual se encargó la confección de las cajas es de distinta calidad que las del modelo. Sin embargo, como lo expresó el dictamen pericial, tal circunstancia no tenía por qué afectar el funcionamiento de la caja. En efecto en la página 22 del dictamen se expresa:

“Si para la construcción del equipo de Astecnia se utiliza solo lámina de 4,75 mm de espesor sin estructura y sin refuerzos en tubería mecano-soldada, la caja presentaría los mismos daños que presentan las cajas fabricadas por Astecnia.

“Si además de la lámina de 3,175 mm empleada por Astecnia en la fabricación de las cajas se incluye la estructura en tubería mecano-soldada, las cajas fabricadas por Astecnia no tendrían los problemas de falla y de deformación de material que se han observado”.

En la página 6 de las aclaraciones se expresó:

“Conforme a lo indicado en la respuesta a la pregunta 4 del cuestionario de peritaje, consideramos que la caja de 9,15 yd³ podría ser fabricada utilizando lámina de 3,03 mm pero siempre y cuando conservara las estructuras en tubería A-500 mecano-soldada y los refuerzos en los diferentes sistemas.

“Las repercusiones en la utilización de lámina de 3,03 mm se dan en la vida útil de la lámina, es decir, en el caso de las cajas Farid fabricadas en la lámina de 4,76 mm han resistido por más de ocho años. Sin embargo, en el caso de utilizar una lámina de espesor 1,73 mm menor, significará que su vida útil de trabajo será menor a la duración de la lámina de la caja Farid”.

Por consiguiente el cambio de lámina no impedía fabricar una caja compactadora que pudiera cumplir la función a la cual estaba destinada, aun cuando la vida útil de la lámina fuera menor.

Finalmente, también se ha invocado que los cilindros que suministró Francocolombiana no eran iguales a los que tenía la caja Farid. Sobre el particular el dictamen pericial precisó:

“De acuerdo con lo anterior, las dimensiones de los cilindros oleodinámicos comprados por Francocolombiana de Construcción no son iguales a los que trae la caja Farid.

“Repercusión en el funcionamiento final del equipo:

“(…).

“Esto significa que los esfuerzos sobre los apoyos de los cilindros son ligeramente menores en la caja de Astecnia. En cuanto a las dimensiones de los cilindros para los sistemas de vuelco y compactación consideramos que no son relevantes en el funcionamiento del equipo.

“Por lo tanto consideramos que en estos dos sistemas el cambio en dimensiones y capacidad de compresión de los cilindros no es relevante en el funcionamiento del equipo”.

Más adelante observan los peritos:

“Sistema de descargue: el cilindro de descarga de la caja Farid tiene una dimensión de cilindro recogido menor al de la caja de Astecnia. También es necesario indicar que el cilindro empleado en la caja de Astecnia tiene la particularidad de un accionamiento doble en su primera etapa y un accionamiento simple en las otras dos”.

“(…).

“El resultado se observará en la capacidad de almacenamiento de basura de la caja de Astecnia que no será de 9,15 yd³, como la caja Farid sino un poco menor.

“(…).

“En cuanto a la comparación de los apoyos la caja Farid utiliza un cilindro con ajuste en los apoyos tipo pivote. Mientras en el cilindro de la caja de Astecnia tiene agujeros en los extremos.

“Aquí es de especial interés el diseño del apoyo del cilindro puesto que debe estar en la misma posición que la caja Farid (es decir en la parte inferior de la caja).

“Sin embargo, lo que se realizó fue un cambio posicional del cilindro colocando una estructura el cual elevó el apoyo principal del cilindro a una distancia (altura) de 1146 mm de la base de la caja.

“La pendiente en este caso (por ser hacia abajo) no compensa el peso de la pala, al contrario se suma una fuerza adicional, causando que la componente horizontal asuma la totalidad del peso tanto de arrastre de la fricción y el peso de la basura como del peso del cilindro y la componente de fuerza vertical generada por la acción oleodinámica del cilindro.

“Igualmente el apoyo del cilindro sobre la pala de descarga tiene incorporado un soporte SY (chumacera) 3,5 pulgadas, lo cual no es recomendable en este tipo de diseños teniendo en cuenta que la pala está colocada en una inclinación inadecuada, lo que sucederá es que se cargará adicionalmente el soporte con esfuerzos adicionales y por lo tanto fallará.

“Por lo tanto el diseño en este caso consideramos que el diseño de los apoyos y la posición del cilindro de descargue afecta considerablemente el funcionamiento del equipo”.

Como se observa, los problemas que detectaron los peritos no se refieren al tipo de los cilindros sino a su ubicación y montaje.

De lo anterior concluye el tribunal que las diferencias que se previeron en el contrato o que resultaron de los bienes que entregó Francocolombiana no explican las deficiencias técnicas de las cajas compactadoras.

7. La participación de Francocolombiana en el resultado defectuoso del contrato.

Establecido que las cajas compactadoras no satisfacen las especificaciones requeridas, y que en principio desde este punto de vista Astecnia no cumplió sus obligaciones, debe el tribunal analizar cuál fue la participación del ordenante en el resultado del contrato.

Para tal efecto, considera necesario el tribunal analizar la participación del ordenante durante la elaboración de la obra y la que tuvo con posterioridad a ello.

7.1. La participación de Francocolombiana en la elaboración de la obra.

Como ya se analizó en este laudo, las cajas compactadoras debían ser elaboradas “según los planos y diseños que han sido entregados por el ordenante al fabricante —que no son otros que el catálogo o manual entregado por el ordenante— y conforme con la muestra que fue llevada a la planta del fabricante por el ordenante” (la frase entre guiones no es del texto). Igualmente se estableció que los “componentes del sistema hidráulico de todas las cajas compactadoras serán suministrados por el ordenante, así como la instalación del sistema hidráulico será realizado por el ordenante”.

Así las cosas, en principio correspondía a Astecnia elaborar las cajas, sin que para dicha elaboración se hubiese previsto que Francocolombiana debiera cumplir prestaciones adicionales, distintas al suministro del sistema hidráulico y su instalación.

No obstante lo anterior debe observar el tribunal que la cláusula decimaquinta del contrato contempló la existencia de una interventoría. Por lo anterior, considera procedente el tribunal analizar el tratamiento legal que debe darse a dicha figura y los efectos de la misma.

7.2.El interventor.

El Consejo de Estado en providencia del 6 de diciembre de 1990 (exp. 6008, Dr. Carlos Ramírez Arcila) sostuvo lo siguiente:

“Esta Sala en diferentes oportunidades se ha referido a los interventores en contratos con la administración como a representantes o delegados de la entidad administrativa contratante y está de acuerdo con el Ministerio Público en que el tribunal al pronunciarse sobre los exámenes de laboratorio no estaba juzgando actuaciones de un tercero sino actuaciones del mandante realizadas o ejecutadas por el mandatario”.

De acuerdo con esta jurisprudencia, el interventor es un representante de quien encarga la obra. En este mismo sentido se orienta la doctrina que se ha pronunciado sobre la materia⁽⁴⁰⁾.

Ahora bien, el interventor puede haberse previsto inicialmente en el contrato o, por el contrario, el mismo puede ser establecido durante la ejecución del contrato, aún a través de un acto unilateral del comitente⁽⁴¹⁾, precisamente porque se trata de designar un representante de este para ejercer funciones de vigilancia que él puede ejercer directamente.

La función del interventor es ante todo vigilar el cumplimiento del contrato para que su ejecución se realice conforme a lo previsto en él y a las reglas del arte. Esta función determina el alcance de sus facultades. El interventor no tiene entonces, por regla general, el poder de dar instrucciones al artífice, salvo en aquellos casos en que tales instrucciones puedan considerarse meramente correctivas. Igualmente no puede ejercer aquellas facultades que tiene un contratante y que van más allá de la simple vigilancia técnica. Así, no podrá demandar la resolución del contrato, pues tal prerrogativa corresponde al comitente, a quien el interventor debe informar de la situación para que adopte las medidas del caso.

Señala la doctrina que el interventor debe exigir al constructor la ejecución conforme al contrato y debe hacerlo oportunamente, pues si no lo hace compromete su responsabilidad frente al comitente. No obstante en principio se mantiene inalterada la responsabilidad del constructor⁽⁴²⁾. Sin embargo, en la medida en que el interventor es un representante del comitente será necesario examinar en cada caso, las conductas del interventor, pues las mismas pueden incidir definitivamente en la ejecución del contrato y en la responsabilidad del constructor. Así, si el interventor realiza u omite conductas, en transgresión del deber de obrar de buena fe en la ejecución del contrato, ello puede determinar la responsabilidad del comitente.

En el caso concreto encuentra el tribunal que la cláusula contractual establecía que el interventor tenía la obligación de vigilar y colaborar con el cumplimiento de lo contratado, y estaba facultado para inspeccionar la fabricación de las cajas, supervisar el montaje y las pruebas, firmar el acta de entrega a conformidad, informar al fabricante de los defectos o deficiencias de calidad o mantenimiento y tramitar las modificaciones al contrato.

Para ese efecto, Francocolombiana de Construcción Ltda. designó a su jefe de asistencia técnica y de servicio, señor Pedro Antonio Castañeda, quien conforme a lo mencionado en su declaración, participó de cerca en el proceso de fabricación de las cajas compactadoras de basura.

Desde este punto de vista observa el tribunal que dicho interventor tenía la obligación de colaborar en el cumplimiento del contrato e informar al fabricante sobre los defectos o deficiencias de calidad. Lo anterior implicaba que si él observaba que el producto fabricado no se ajustaba a las especificaciones contractuales debía hacer las observaciones correspondientes, para que el fabricante adoptara las medidas del caso. Tales observaciones debían hacerse oportunamente, con el fin de evitar que el contrato se desarrollara en condiciones que no permitieran lograr el propósito perseguido al contratar. Esta manifestación es un corolario del deber de obrar de buena fe en la ejecución del contrato y que le impone al contratista, entre otras cosas, actuar para mitigar los daños que causa el incumplimiento de un contrato.

En el expediente no encuentra el tribunal constancia escrita que el interventor haya formulado observaciones, particularmente después de que se elaboraron las primeras cajas, lo cual debía haber conducido a una manifestación de oposición por parte de la interventoría y solicitud de correcciones. En efecto, si bien en su declaración el interventor manifestó que hacía observaciones a la forma como se elaboraban las cajas, el testigo Luis Édgar Becerra manifestó que el interventor no hizo observaciones (fl. 517) y el interventor al ser preguntado por qué “no solicitó que se reiniciará el trabajo de las cajas, viendo que se estaban haciendo aparentemente de una forma distinta” contestó: “No, porque mi función no era estar ahí, como se dice la parte de ser un cofabricante de ellos, sí se les hacía caer en cuenta cuando ellos decían, meterme sí en la parte de fabricación o de diseño, los cálculos que ellos tenían, no tenía yo acceso a eso, se les hacía caer en cuenta de esa forma, que no estaba así, y ellos no que no se preocuparan que todo eso lo tenían ellos muy bien calculado”.

Como se puede observar, el interventor no actuó con la diligencia que correspondía a un ingeniero profesional. Por lo demás debe observar el tribunal que uno de los problemas fundamentales de las cajas es su falta de estructura,

derivada de un problema de diseño y según expuso el testigo Manuel Corral, los defectos causados por dichos problemas no podían solucionarse en forma satisfactoria posteriormente (fl. 457, cdno. de pbas. 2). En igual sentido se pronunció el testigo Over Landinez (fl. 479, cdno. de pbas. 2).

Por otro lado, destaca el tribunal igualmente que, como se encuentra acreditado en el expediente, fue un funcionario de Aseo Capital, el ingeniero, Manuel Corral, quien formuló observaciones. En tal sentido en comunicación del 8 de septiembre de 2003 (fl. 324, cdno. de pbas. 2) enviada por Astecnia a Francocolombiana de Construcción se señala que el ingeniero Manuel Corral estuvo en la planta para dar visto bueno a las cajas compactadoras de 8 yardas cúbicas e hizo una serie de sugerencias de que da cuenta el oficio. De dicha visita también informó el ingeniero Manuel Corral en su declaración (fl. 457, cdno. de pbas. 2). Igualmente obra copia de una comunicación remitida por Aseo Capital el 9 de septiembre de 2003 (fl. 325, cdno. de pbas. 2) a Francocolombiana en la cual se manifiesta que se ha incumplido el contrato y que al realizar una visita a Astecnia se hicieron una serie de sugerencias. Dicha comunicación dio lugar a una respuesta de Astecnia a Francocolombiana en la cual se informa de una serie de actividades realizadas para superar los problemas presentados, indicando otros que a su juicio no forman parte del alcance de la labor. Agrega dicho oficio que una serie de cambios, que allí se identifican, fueron aprobados por el ingeniero Manuel Corral.

Como se observa, el interventor no participó como debió hacerlo en esta fase del contrato, lo cual demuestra que no actuó con la diligencia debida.

A lo anterior vale la pena agregar que no obstante que el contrato disponía que la entrega de las cajas se haría “previa puesta en funcionamiento del equipo y realizada una prueba del funcionamiento del mismo” con participación de las partes contratantes, las cajas compactadoras fueron entregadas a Aseo Capital, lo anterior a pesar de que era evidente que en diversos aspectos no se ajustaban a la muestra. En efecto, las cajas fueron enviadas con remisiones del 17 y 20 de septiembre de 2003, y el 22 de septiembre del mismo año (fls. 325 y ss., cdno. de pbas. 2, en las que por lo demás no hay constancia de recibo) y por comunicación del 22 de septiembre de 2003 (fl. 343, cdno. de pbas. 2) Aseo Capital informó a Francocolombiana que las cajas presentaban gran cantidad de deficiencias por lo cual solo procedería el recibo final a satisfacción cuando dichos problemas fueran corregidos. Lo anterior dio lugar a una comunicación de Astecnia del 25 de septiembre de 2003 (copia de la cual obra a fl. 341), en la cual la misma se pronuncia sobre las deficiencias indicadas por Aseo Capital. Por comunicación del 30 de septiembre de 2003, Francocolombiana señaló las observaciones encontradas en el funcionamiento de los equipos para lo cual se remitió a las observaciones realizadas por Aseo Capital (fl. 345, cdno. de pbas. 2). Finalmente, entre las partes se celebró el 30 de septiembre un acta de compromiso (fl. 351, cdno. de pbas. 2) para reparar las cajas; en dicha acta se señalan cuáles son las actividades a cargo de Astecnia y cuáles a cargo de Francocolombiana.

De esta manera fue Aseo Capital quien hizo la mayoría de las observaciones sobre las cajas y no Francocolombiana ni su interventor.

En este punto destaca el tribunal que si bien, como ya se concluyó, Astecnia S.A. incumplió la obligación de entregar en correcto estado de funcionamiento los equipos contratados, la labor de la interventoría no fue lo suficientemente idónea y eficaz para evitar las fallas que en últimas impidieron el buen suceso del contrato.

En efecto, de la declaración del referido señor Castañeda, bien puede destacarse lo siguiente:

“Nosotros ya teníamos el cliente encima porque ellos necesitaban entregar equipos nuevos y con el nuevo contrato tener equipos nuevos funcionando, recogiendo, complementándose con los equipos viejos. Nosotros teníamos que entregar a ellos adicionalmente alrededor de un 30% del equipo y entre eso contábamos con esas cajas...

“El cliente empezó nuevamente a decirnos tenemos que entregar, empezó todo el proceso de ensamble, en donde empezamos a ver si en los accesorios que se estaban entregando se estaban cometiendo las mismas fallas (...). Nosotros teníamos la presión de que si Aseo Capital era multado en algún momento por no entregarle el equipo o que ni cumpliera el 30%, nos decían que esa multa nos la pasarían a Francocolombiana que nosotros éramos quienes teníamos que responder por eso porque no estábamos cumpliendo con los tiempos de entrega”⁽⁴³⁾.

Esa presión mencionada por el testigo explica el hecho de que a pesar de haberse podido advertir las fallas y existir un acompañamiento de la interventoría durante toda la ejecución del contrato, las partes hayan decidido entregar a su cliente Aseo Capital, las cajas compactadoras de basura en estado defectuoso, con la esperanza quizás de poder corregir los errores o fallas, durante la operación misma de los equipos.

La premura del tiempo y la obligación de cumplirle a Aseo Capital llevaron a que la interventoría fuera laxa en su labor, circunstancia que será examinada más adelante en sus efectos y consecuencias para este laudo.

Lo anterior constituye también una conducta de Francocolombiana que deberá tenerse en cuenta al determinar las consecuencias del incumplimiento de Astecnia por no entregar las cajas en los términos pactados.

8. Las consecuencias de los incumplimientos de las partes.

Ha quedado pues establecido por el tribunal que tanto Astecnia como Francocolombiana de Construcción incumplieron algunas de las obligaciones que para ellas surgieron del contrato que da origen a este proceso.

Corresponde entonces establecer cuáles fueron los efectos de esos incumplimientos, y en especial, los daños por ellos producidos, con el fin de determinar las responsabilidades y las condenas a que haya lugar.

8.1. El incumplimiento de Astecnia y los perjuicios reclamados por Francocolombiana.

De conformidad con las pretensiones de la demanda de reconvención, Francocolombiana solicita que como consecuencia del incumplimiento contractual de Astecnia el tribunal ordene lo siguiente: (i) el cumplimiento del contrato por equivalente, (ii) la indemnización de los perjuicios a ella ocasionados, esto es, el daño emergente, el lucro cesante y (iii) el pago de la cláusula penal prevista en el contrato.

Frente a esas pretensiones Astecnia propuso las siguientes excepciones: (i) excepción de contrato no cumplido, (ii) excepción de ausencia de cualquier tipo de responsabilidad atribuible a ella, (iii) excepción de ausencia de causa para demandar en reconvención y (iv) excepción de irrevocabilidad de la aceptación de la factura de venta 3850 de 22 de septiembre de 2003.

Sobre esas posiciones de las partes el tribunal encuentra lo siguiente:

- Quedó demostrado en el expediente que Astecnia incumplió su obligación principal consistente en entregar las cajas compactadoras de basura en adecuado estado de funcionamiento. En esos términos, no puede invocar la excepción de contrato no cumplido como medio de defensa, sustentándolo en el no pago del saldo del precio, pues la obligación que debía cumplirse primero en el tiempo era la suya.
- Igualmente concluyó el tribunal, con fundamento en el copioso acervo probatorio recaudado, que Astecnia incumplió la obligación principal del contrato y que ese incumplimiento le es imputable, por lo cual la segunda excepción, denominada ausencia de cualquier tipo de responsabilidad por parte de Astecnia por los daños presentados en las cajas de basura no puede prosperar.
- Corolario de lo anterior resulta que Francocolombiana sí tiene causa para demandar en reconvención, no solamente desde el punto de vista procesal, por su calidad de demandado, sino porque le asiste derecho a reclamar los daños causados por el incumplimiento de la convocante.
- Finalmente, respecto de la irrevocabilidad de la aceptación de la factura de venta, además de que esa aceptación no aparece probada, el tribunal observa que ese medio de defensa no se encamina a enervar las pretensiones de la demanda de reconvención relativas a una declaratoria de incumplimiento del contrato y sus consecuentes condenas, toda vez que como quedó demostrado, fue Astecnia quien incumplió su obligación principal, la cual, se reitera, debía satisfacerse antes que la de pago de las facturas.

Así las cosas, el tribunal habrá de declarar no probadas las excepciones propuestas por la convocante frente a la demanda de reconvención, y por ello procede entonces a estudiar los perjuicios sufridos por Francocolombiana.

Dentro de la cuantificación de los daños efectuada por la perito financiera se incluyó el valor de rediseño y

fabricación de las cajas compactadoras de basura, como parte del daño emergente sufrido por Francocolombiana. Sobre ese particular encuentra el tribunal que ese rubro equivale al cumplimiento del contrato por equivalente y por ello lo tendrá en cuenta una sola vez para efectos de examinar el valor total de lo que reclama la convocada.

En lo que respecta al cobro de la cláusula penal⁽⁴⁴⁾ en adición a los otros conceptos, el tribunal considera que, por la forma como se encuentra esta redactada y de conformidad con lo previsto en el artículo 1600 del Código Civil, ello resulta procedente, y por ende habrá de tenerlo en cuenta. En efecto, expresamente el contrato dispone que la cláusula penal es sin perjuicio de que sea exigible la indemnización de los perjuicios correspondientes. Sin embargo, considera el tribunal que en la medida en que en el presente caso existió incumplimiento de ambas partes no es posible condenar al pago de su totalidad. En efecto, analizada la situación de manera separada, esto es, evaluadas independientemente las conductas contractuales de cada una de las partes, conforme a las anteriores consideraciones, se llegaría a la conclusión de que en la medida en que cada una incumplió algunas de sus obligaciones, la cláusula penal les sería aplicable en proporción con la entidad de esos incumplimientos. Así, considera el tribunal que vista la magnitud de los incumplimientos, siendo mucho más grave el de Astecnia, corresponderá a esta, asumir el 75% de la cláusula penal a favor de Francocolombiana. En este caso, resulta aplicable ese tratamiento, pues de otra manera se terminaría premiando la culpa de quien encargó la obra.

Conforme a lo establecido en el dictamen pericial rendido por la perito Gloria Zady Correa, que no fue objetado por ninguna de las partes, los defectos en la calidad de las cajas compactadoras de basura generaron a Francocolombiana la necesidad de repararlas, de rediseñarlas, de fabricar unas nuevas y adicionalmente la privó de percibir unas utilidades esperadas. Los valores por esos conceptos son:

Daño emergente	Concepto	Valor
	Costos reembolsados o pagados a Aseo Capital	\$ 41.813.418,00
	Costos por reposición de las 10 cajas	\$ 172.720.023,00
	Honorarios experto para valoración de la pérdida	\$ 10.000.000,00
	Honorarios Industrias DPZ (rediseño e ingeniería de las cajas)	\$ 13.050.000,00
	Total daño emergente	\$ 237.583.648,00
Lucro cesante	Utilidad dejada de percibir por Francocolombiana	\$ 141.670,227
	Utilidad dejada de percibir por el uso del dinero	\$ 218.618,00
	Cláusula penal	\$ 50.037.600,00
	Total lucro cesante	\$ 191.926.445
Total reclamado por Francocolombiana		\$ 429.510.093,00

8.2. El incumplimiento de Francocolombiana y los perjuicios reclamados por Astecnia.

Examinados con detenimiento los hechos de la demanda, el tribunal observa que el único incumplimiento que la parte convocante imputa a Francocolombiana de Construcción Ltda. lo constituye el no pago de la suma de \$ 22.832.733,00 correspondiente al saldo del precio total del contrato, contenido en la factura 3850 del 22 de septiembre de 2003. Como consecuencia de ello, solicita se condene a la convocada al pago de esa suma con sus correspondientes intereses, así como al pago de la cláusula penal prevista en el contrato y a los daños y perjuicios que se llegaren a determinar.

Al respecto, la parte convocada en la contestación de la demanda acepta que el pago no se ha efectuado, pero

justifica esa circunstancia en el hecho de que Francocolombiana de Construcción Ltda. no estaba obligada a pagar el saldo del precio de los equipos, por cuanto Astecnia S.A. debía cumplir primero con la entrega de los bienes objeto del contrato, obligación que no cumplió, y que le permite, en su concepto, estructurar la excepción de contrato no cumplido.

En este punto se remite el tribunal al análisis efectuado anteriormente sobre la forma como se ejecutó el contrato y en concreto a la conclusión expuesta en el sentido de que la convocante incumplió la obligación de entregar en correcto estado de funcionamiento las cajas compactadoras de basura, para declarar probada la excepción de contrato no cumplido propuesta por la convocada frente a la demanda principal.

Adicionalmente, en lo referente al pago de la factura, la demandante ha sostenido (hecho 6 de la demanda) que la mencionada factura 3850 del 22 de septiembre de 2003 fue cedida por Astecnia a la señora Esther Pinzón de Montealegre y que con fundamento en ella se inició un proceso ejecutivo ante el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá. En este mismo sentido obra la declaración de la mencionada señora.

Ahora bien, cuando se ha cedido un derecho derivado de un contrato, ello no implica la transferencia de este último, pues como lo señala la doctrina, la cesión de un contrato implica la transferencia de derechos y obligaciones⁽⁴⁵⁾, y en consecuencia, quien actúa como contratante mantiene esta calidad para efectos de responder por el incumplimiento del contrato. En efecto, como lo señala la doctrina el cesionario de un crédito no puede colocarse en la posición de contratante⁽⁴⁶⁾.

Por consiguiente, el hecho de que Astecnia hubiera cedido o transferido un derecho derivado del contrato no implica de ninguna manera que haya dejado de ser la parte contratante que por consiguiente debe responder por el incumplimiento del contrato.

Si bien no es de competencia de este tribunal un pronunciamiento sobre la naturaleza y alcance de ese traspaso ni tampoco lo es sobre la calificación de título valor o de simple título ejecutivo de la factura, lo cierto es que en la pretensión 3.1 de la demanda se solicitó el pago a favor de la señora Esther Pinzón de Montealegre, y no acreditó Astecnia la facultad para exigir dicho pago a favor de un tercero. Por ello el valor de esa factura no podrá ser tenido en cuenta como un perjuicio reclamado por la convocante.

En esos términos, y aun cuando se hubiese demostrado que Astecnia cumplió a cabalidad con sus obligaciones, este tribunal se vería imposibilitado para ordenar el pago del saldo del precio del contrato, pues se pretende el pago a favor de un tercero que no es parte procesal en el presente trámite.

Igualmente encuentra el tribunal que no hay lugar a condena alguna sobre los demás perjuicios reclamados por Astecnia, en primer lugar por cuanto ellos no fueron probados y, en segundo lugar, porque en la medida en que está llamada a prosperar la excepción de contrato no cumplido, Francocolombiana no estuvo en mora de cumplir su obligación de pago y por ende, no puede imputársele responsabilidad alguna con la virtualidad de generar una consecuente reparación de daños. Esta última reflexión resulta igualmente aplicable al cobro de la cláusula penal, pues debe recordarse que de conformidad con el artículo 1594 del Código Civil, si no hay mora del deudor, en este caso Francocolombiana, no puede reclamarse la cláusula penal.

Por último, no se puede pasar por alto la conclusión relativa a la inadecuada interventoría ejercida por Francocolombiana, y por ello procede el tribunal a continuación a examinar sus consecuencias.

8.3. Las causas eficientes de los perjuicios sufridos por Francocolombiana.

Establecido como ha quedado que Francocolombiana sufrió unos perjuicios, pero que igualmente esta última incurrió en una conducta negligente respecto de sus obligaciones relativas a la vigilancia y recepción de la cosa, considera el tribunal que esos perjuicios no fueron producidos exclusivamente por el incumplimiento de Astecnia sino que también tuvieron como causa eficiente la pobre o tolerante participación del interventor en el proceso de fabricación de las cajas compactadoras de basura.

En efecto, si este hubiera hecho observaciones oportunamente no se hubiera continuado fabricando las cajas de esta manera y si, además, se hubiera opuesto a su entrega a Aseo Capital en la forma en que inicialmente le fueron

remitidas, muy seguramente el daño se hubiera reducido; sin embargo, como quedó acreditado, la premura y el afán de cumplir contribuyeron a que Francocolombiana consintiera en la entrega de las cajas con las fallas que presentaban, lo que permite imputarle parte de responsabilidad en los perjuicios que le fueron ocasionados.

Se trata pues de un típico evento de concurrencia de culpas, el cual, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, bien puede describirse como sigue:

Tratándose de la concurrencia de causas que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro (v. G. J. Tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699, y CLXXXVIII, pág. 186, primer semestre, entre otras); principios en los que se funda la llamada ‘compensación de culpas’, concebida por el legislador para disminuir, aminorar o moderar la obligación de indemnizar, en su expresión cuantitativa, hasta o en la medida en que el agraviado sea el propio artífice de su mal, compensación cuyo efecto no es otro distinto que el de ‘repartir’ el daño, para reducir el importe de la indemnización debida al demandante, ello, desde luego, sobre el supuesto de que las culpas a ser ‘compensadas’ tengan virtualidad jurídica semejante y, por ende, sean equiparables entre sí.

“Es así como esta corporación, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil, ha predicado que ‘la reducción del daño se conoce en el derecho moderno como el fenómeno constituido por la compensación de culpas, lo cual quiere decir que cuando el coautor del daño comete una culpa evidente, que concurre con la conducta igualmente culpable de la víctima, el juez debe graduar cuantitativamente la relación de causalidad entre las culpas cometidas de manera concurrente, y la cuantía del daño, a fin de reducir la indemnización mediante el juego de una proporción que al fin y al cabo se expresa de manera matemática y cuantitativa...’ (G. J. Tomo CLXXXVIII, pág. 186, antes citada)”⁽⁴⁷⁾.

Esta jurisprudencia que resulta perfectamente aplicable a la responsabilidad contractual, exige del juez, en lo posible, una valoración porcentual de la participación de la víctima en la producción del daño.

Señala la doctrina que cuando se está en presencia de culpa de la víctima para determinar la reducción de la indemnización se tiene en cuenta la gravedad de las culpas de cada parte, así como la importancia causal que tiene la culpa de cada cual en la producción del resultado⁽⁴⁸⁾. Desde este punto de vista encuentra el tribunal que ciertamente debe atribuírsele un mayor peso a la responsabilidad del fabricante, tanto por el hecho de que en principio es este quien debía elaborar las cajas compactadoras para que cumplieran adecuadamente su función, como al hecho de que el resultado defectuoso en primer lugar le es imputable a él. Es solo por una omisión subsiguiente y en desarrollo de sus deberes que Francocolombiana se pudo haber evitado o reducido el efecto de dicha ejecución defectuosa. Por lo demás la obligación incumplida por Astecnia fue la obligación principal del contrato, mientras que aquella que fue desconocida por la convocada es una obligación accesoría del mismo.

En esos términos se considera, para efectos de poder cuantificar la condena, que la conducta negligente de Francocolombiana contribuyó en una cuarta parte en la causación del daño, y por ello, habrá de reducirse el monto de la condena a cargo de Astecnia en un 25%.

A lo anterior vale la pena agregar que también habrá de descontarse el valor de los costos reembolsados o pagados a Aseo Capital, en la medida en que si no se hubiesen entregado las cajas en el estado en que lo fueron no habría sido necesario proceder a todos los trámites que tuvo que asumir Aseo Capital.

De otra parte, considera procedente el tribunal recordar que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que (sent., ago. 6/2002, exp. 6148) “En principio, y dada la estructura de la contradicción que la ley ha previsto para el dictamen pericial, está obligado el juez a sopesarlo en todos aquellos casos que su producción haya seguido la regulación legal; pero sin que ello signifique, desde luego, que la actividad de juzgamiento quede sometida a la obligación de aplicarlo, porque el auxilio que presta el concurso de los peritos no obliga inexorablemente a la función jurisdiccional. La apreciación del dictamen depende, siempre, de la libre crítica que haga el juzgador,

quien no puede desbordar la discreta autonomía que lo asiste al darle efecto persuasivo a los elementos de juicio”.

Por consiguiente, en adición a la procedencia de condenar a la indemnización por aquellos conceptos ya estudiados, debe el tribunal examinar de manera detallada los demás ítem que el dictamen pericial incluye como perjuicio para determinar si hay lugar a acceder a ellos.

Desde este punto de vista se observa, en primer lugar, que el valor del lucro cesante fue calculado por la perito deduciendo del precio que tenía derecho a recibir de Aseo Capital por las cajas compactadoras el costo total de las mismas para Francocolombiana. Sobre este punto considera el tribunal que en el presente caso dicho daño no se produce, pues lo cierto es que Francocolombiana tiene celebrado un contrato con Aseo Capital y por ello dicha empresa le pagará las cajas una vez se entreguen a satisfacción, al precio pactado.

Así mismo, en la medida en que el tribunal no considera procedente reconocer el valor de los gastos reembolsados o pagados a Aseo Capital, no hay lugar a reconocer el costo de ese dinero.

Por otra parte, en lo relacionado con la cláusula penal estima pertinente el tribunal recordar que de conformidad con el artículo 79 de la Resolución Externa 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República “las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta”.

La expresión contraída de la norma transcrita significa, según el Diccionario de la Real Academia, asumir las obligaciones, y por consiguiente, se refiere al acto de voluntad que da lugar inmediata o posteriormente al nacimiento de la obligación. Comoquiera que el contrato se firmó el 16 de julio de 2003, es dicha fecha la que deberá tomarse en cuenta, para determinar el valor de la obligación en moneda legal colombiana.

Con fundamento en estas consideraciones, los perjuicios a indemnizar, calculados a la fecha en que se rindió del dictamen, son como sigue:

Concepto		Valor
Costos por reposición de las 10 cajas (cumplimiento por equivalente)		\$ 172.720.023,00
Daño emergente	Honorarios perito	\$10.000.000,00
	Honorarios Industrias DPZ (rediseño e ingeniería de las cajas)	\$13.050.000,00
	Total daño emergente	\$23.050.000,00
Cláusula penal (TRM para el 16 de julio de 2003, \$ 2.879,37)		\$ 57.587.400,00
Total perjuicios reclamados por Francocolombiana		\$ 253.357.423,00
Menos 25%		\$ 63.339.355,75
Total a cargo de Astecnia y a favor de Francocolombiana		\$190.018.067,25

La anterior suma habrá de ser actualizada hasta la fecha de este laudo, teniendo en cuenta que ella fue calculada a 26 de noviembre de 2004, fecha en que la perito entregó la experticia.

En esos términos, el valor actualizado, aplicando las tablas de IPC asciende a \$ 197.284.485,11(49) .

Sin embargo, teniendo en cuenta que el tribunal habrá de ordenar a Astecnia el cumplimiento del contrato por equivalente, debe precisarse que en esos términos Francocolombiana queda obligada a pagar el saldo actualizado del precio que aún adeuda por concepto de la fabricación de las cajas. No obstante, en atención a que la pretensión relativa a ese pago se presentó en beneficio de un tercero, el tribunal reitera que no puede hacer pronunciamiento alguno a ese respecto, por las razones antes expuestas en esta providencia, sin que ello implique un desconocimiento de la obligación que tiene la convocada de pagar la referida suma.

CAPÍTULO VI

Costas y agencias en derecho

Como se desprende de las consideraciones precedentes, no habrán de prosperar las pretensiones de la demanda inicial formulada por Astecnia; y en cuanto tiene que ver con la demanda de reconvención, si bien se declarará la prosperidad de las pretensiones de Francocolombiana, el monto de la condena resulta inferior al pretendido por el reconviniente.

Por lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 392, el tribunal impondrá condena parcial en 75% de las costas a cargo de Astecnia, conforme a la siguiente liquidación, dentro de la cual el tribunal estima como agencias en derecho, la suma de \$ 4.500.000.

Agencias en derecho	\$ 4.500.000
50% de los honorarios y gastos del tribunal	\$ 9.107.500
50% honorarios perito financiero	\$ 750.000
50% honorarios perito técnico	\$ 1.000.000
Total costas (incluye agencias en derecho)	\$ 15.357.500
75% a cargo de Astecnia	\$ 11.518.125

CAPÍTULO VII

Parte resolutive

En mérito de todo lo anterior, el tribunal de arbitramento convocado para dirimir las diferencias entre Astecnia S.A. y Francocolombiana de Construcción Limitada, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar PROBADA la excepción denominada “Contrato no cumplido” propuesta por Francocolombiana de Construcción Ltda. frente a la demanda principal.
2. NEGAR, en consecuencia, las pretensiones primera, segunda, tercera numeral segundo, cuarta y quinta de la demanda principal.
3. NEGAR la pretensión tercera numeral primero de la demanda principal, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
4. Declarar NO PROBADAS las excepciones propuestas por Astecnia frente a la demanda de reconvención.
5. Declarar que entre Francocolombiana de Construcción Ltda. y Astecnia S.A. se celebró válidamente un contrato de fabricación de diez cajas compactadoras de basura de 8 yardas cúbicas.
6. Declarar que Astecnia S.A. incumplió el contrato de que trata la declaración anterior.
7. Declarar que Astecnia S.A. es parcialmente responsable por el incumplimiento del contrato de fabricación celebrado con Francocolombiana.
8. Ordenar a Astecnia S.A. cumplir por equivalente el 75% de la obligación incumplida consistente en el pago del valor necesario para rehacer las diez cajas compactadoras de basura.

9. Condenar a Astecnia S.A. a pagar a favor de Francocolombiana de Construcción Ltda., los perjuicios y el valor de la cláusula penal liquidados de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

10. Condenar, en consecuencia, a Astecnia a pagar a favor de Francocolombiana de Construcción Ltda. la suma de ciento noventa y siete millones doscientos ochenta y cuatro mil cuatrocientos ochenta y cinco pesos con once centavos moneda corriente (\$ 197.284.485,11).

11. Condenar a Astecnia S.A. a pagar a favor de Francocolombiana de Construcción Ltda. la suma de once millones quinientos dieciocho mil ciento veinticinco pesos moneda corriente (\$ 11.518.125) por concepto de costas.

12. Por secretaría expídanse copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.

13. En la oportunidad de ley, protocolícese este expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá y ríndase por el presidente cuenta a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización, y restitúyaseles lo que corresponda.

Esta providencia queda notificada en estrados.

Antonio Pabón Santander, presidente—Luis Carlos Neira Archila—Juan Pablo Cárdenas Mejía.

Juan Pablo Riveros Lara, Secretario.

Es copia auténtica que se expide hoy 14 de junio de 2005 con destino al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
