

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

LAUDO ARBITRAL

**PROCESO ARBITRAL DE MODULART LTDA.
CONTRA LA CONSTRUCTORA LA RESERVA S.A.**

**CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA
25-10-2012**

INDICE

LAUDO ARBITRAL DE

PROCESO DE MODULART LTDA. contra CONSTRUCTORA LA RESERVA S.A.

I.- ANTECEDENTES

- 1.- Litigio.
 - 1.1.- Pretensiones.
 - 1.2.- Fundamentos.

- 2.- Relación procesal.
 - 2.1.- Contestación.
 - 2.2.- Excepciones.
 - 2.3.- Replica.

- 3.- Trámite y audiencia.
 - 3.1.- Audiencia de conciliación.
 - 3.2.- Primera audiencia de trámite.,
 - 3.3.- Segunda audiencia de trámite.
 - 3.4.- Tercera audiencia de alegación
 - 3.5.- Audiencia de juzgamiento.

II.- CONSIDERACIONES.

- 4.- **Análisis previo** (Oportunidad, presupuestos y validez del proceso y validez del pacto arbitral).

- 5.- **Establecimiento, interpretación y regulación del litigio.**
 - 5.1.- Alcance del litigio (Establecimiento e interpretación).
 - 5.2.- **Regulación sustancial.**
 - 5.2.1.- Regulación sustancial del contrato de construcción o de obra.
 - 1.- Alcance actual.
 - A.- Modalidad contractual especial.
 - B.- Objeto (Obras materiales inmobiliarias)
 - 2.- Regulación contractual.

- A.- Naturaleza. Regulación y principios (Unidroit).
- B.- Características (Categoría contractual).
 - a. Categoría contractual.
 - b. Contratos de colaboración y de consumo en la construcción).

3. Efectos contractuales.

- A.- Consecuencias obligatorias.
 - B.- Contenido implícito.
 - C.- Obligación de energía y agua.
 - D.- Plazos contractuales.
 - E.- Función y realidad contractual.
 - F.- Variaciones contractuales.
 - G.- Administración controlada.
- ### 4.-Extinción, agotamiento y liquidación contractual
- ### 5.- Responsabilidad contractual.

- A.- Régimen.
- B.- Incumplimiento.
 - a.- Incumplimiento del constructor.
 - 1º. Derecho del comitente a la terminación del contrato y a la indemnización de perjuicios.
 - 2º. Discusión sobre la obra entregada.
 - 3º. Derecho del constructor al pago de la obra.
 - 4º.- Derecho del constructor a la liquidación y pago de la obra.
 - b.- Incumplimiento del comitente.
 - 1º. Responsabilidad.
 - 2º. Extensión.

5.2.2.- **Derechos contractuales debatidos (Interpretación del litigio).**

- 1.- Pretensión de responsabilidad contractual por incumplimiento.
- 2.- Excepciones de fondo.
- 3.- Relaciones entre ellos.

6.- **Análisis y crítica probatoria del sublite.**

6.1.- **Contrato mercantil de obras civiles.**

6.2.- **Petición indemnizatoria por incumplimiento y por terminación ilegal.**

6.2.1.- Base probatoria y tacha de testigos.

6.2.2.- Análisis probatorio y sustancial.

- 1.- Pago del anticipo.
 - A) Derecho al pago de anticipo.
 - B) Autorización de pago por abono.
 - C) Pago parcial pendiente mediante abono.
- 2.- Suministro de energía y agua.
 - A) Alcance de la obligación.
 - B) Alcance contractual.
 - C) Disponibilidad de acceso.
 - D) Conclusión.

3.- Terminación del contrato.

A.- Plazo del contrato.

B.- Deberes del comitente o dueño del proyecto.

- a. Plan de obras.
- b. Obras adicionales.
- c.- Coordinación de trabajos.
- d.- Calidad de la obra entregada.
 - 1º.) Ausencia de prueba técnica (Experticio).
 - 2º.) Pruebas de obra defectuosa (Documental y testimonial).

C.- Incumplimiento del deber del constructor de entregar la Obra de la calidad contratada en el plazo convenido.

- a)Plazo convenido.
- b)Cumplimiento defectuoso.
- c)Incumplimiento de compromiso de reparación.
- d)Intrascendencia de la reclamación del seguro.

6.2.3.- Conclusión final.

- A) Conclusión sobre petición indemnizatoria.
 - a.-Conclusión positiva en lo del anticipo.
 - b.-Conclusión negativa en lo del lucro cesante por terminación contractual. Excepciones de mérito.
- B) Ausencia de sanción pecuniaria.

6.3.- Peticiones indemnizatorias por obras ejecutadas.

6.3.1.- Análisis probatorio y sustancial.

- 1.- Obras ejecutadas.
- 2.- Incumplimiento del pago del precio.
 - A) Valor de obras ejecutadas.
 - B) Compensaciones y deducciones.
 - a) Compensación del valor de la reparación de las obras defectuosamente ejecutadas.
 - b) Deducciones por pagos y abonos en cuenta.
 - C) Obligación pendiente de pago y de abono.
- 3.- Reajuste del valor del perímetro.
- 4. Conclusión inicial.

6.3.2.- Conclusión sobre petición indemnizatoria sobre obras ejecutadas y excepción.

- 1.- Excepciones de mérito.
 - A. Excepción de improcedencia de la acción.
 - B. Excepción de contrato no cumplido.
 - C. Excepción de compensación.,
 - D. Excepción genérica.
- 2.- Favorabilidad parcial de la petición indemnizatoria por obras ejecutadas.
 - A. Fundamentos.
 - a) Cláusula Penal e interés moratorio.
 - b) Procedencia en el sublite de los intereses moratorios (Lucro cesante) frente a la cláusula penal.

- c) Procedencia especial de la corrección monetaria sobre el precio adeudado de la obra ejecutada.
- B. Conclusión favorable.
 - a) Daño emergente.
 - b) Lucro cesante.
 - c) Daño emergente (Corrección monetaria) del precio de las obras ejecutadas y no pagadas.
 - d) Plazo para el cumplimiento voluntario.
- 3.- Sanción pecuniaria, gastos y costas.

IV.- RESOLUCION.

- 1.- Excepciones.
- 2.- Condenas parciales.
- 3.- Absoluciones parciales.
- 4.- Costas.-
- 5.- Honorarios.
- 6.- Liquidación.
- 7.- Notificación.

LAUDO ARBITRAL

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DEL PROCESO DE MODULART LIMITADA contra CONSTRUCTORA LA RESERVA S.A.

Bogotá, D.C., 25 de octubre de 2012 (10 a.m.), este Tribunal de Arbitramento, **debidamente constituido e instalado** el día 7 de mayo de 2012, procede a **DECIDIR EN DERECHO**, el proceso iniciado por MODULART LIMITADA contra CONSTRUCTORA LA RESERVA S.A.

I.- ANTECEDENTES

1.- El litigio.- Mediante demanda que correspondió a este Tribunal de Arbitramento, la sociedad Modular Limitada, mediante apoderado, convocó a la sociedad Constructora La Reserva S.A., para que, mediante los trámites del proceso arbitral:

1.1. **Pretensiones.-** Se hicieran las siguientes **declaraciones**, que, en síntesis, son:

1.- Que se declare que la Sociedad Constructora la Reserva S.A. incumplió el Contrato 007 de 21 de julio de 2010 celebrado con la sociedad Modular Limitada; que patrimonialmente se declare responsable de “los perjuicios comerciales” y se ordene la liquidación de dicho contrato, incluyendo el valor actualizado de indemnizaciones, se ordene el recibo de las piscinas y obras adicionales (según acta del 18 de julio de 2011 de **\$209.189.472**, que deben ser abonados a la casa No.18 comprada en “Tierra del Sol”), la cancelación de la cláusula penal pecuniaria (el 20% del valor del contrato, esto es **\$165.704.000**), la cancelación de las utilidades dejadas de percibir, para las etapas 2, 3 y 4 (de \$15.219.589.26, \$16.477.093.21 y \$17.431.279,62, para un total de **(\$49.127.962.09)**, la diferencia del valor real de las piscinas **(\$43.800.000)** y la suma de **\$289.932** por conciliación prejudicial, lo cual, en la liquidación de **daño emergente** (\$375.183.404), y **lucro cesante** (\$92.927.962.09), arroja un **gran total** de \$468.111.366.

2.- Que se condene a la demandada a “pagar los perjuicios de todo orden” generados por el incumplimiento, a que “se **actualice o corrija** monetariamente” el monto indemnizatorio (inflación) y se ordene pagar **intereses moratorios** sobre dicho monto y por el mismo período.

3.- Que se condene a la demandada a pagar gastos, costas y agencias en derecho.

1.2. **Fundamentos.-** La demandante **sustenta sus anteriores pretensiones en hechos y omisiones**, cuya síntesis es la siguiente:

1.- Que el día 21 de julio de 2010, en la ciudad de Bogotá las sociedades Constructora La Reserva S.A. y Modulart Limitada suscribieron el contrato de obra civil No. 007 del 2010 a precio unitario, por valor total de \$828.520.000, para ser desarrollado en cuatro etapas, a fin de **construir 40 piscinas del proyecto denominado “Conjunto Campestre Tierra del Sol”**; habiendo fijado, en la cláusula sexta un plazo de doce meses para la entrega “a partir de la firma del contrato y del pago del anticipo pactado”.

2.- Que la demandada estaba obligada “a suministrar servicios de **energía eléctrica y agua** necesarios para la ejecución del trabajo”, lo cual nunca cumplió enteramente; en tanto que la Sociedad contratista Modulart Limitada, habiendo suscrito las pólizas Nos.0149072-1 y 0501210-0, el contratista no recibió el total del **anticipo** (\$82.624.000, como el 40% de \$206.560.000) sino solo \$40.000.000 quedando pendiente un saldo de \$42.624.000; y que, de los \$62.689.472, correspondientes al valor de obras y suministros adicionales, solamente se le abonó \$20.000.000, quedando un **saldo pendiente** de \$42.689.472.

3.- Que de la primera etapa programada y desarrollada solo se han ejecutado **10 piscinas y las obras adicionales**, en tanto que “la segunda etapa solo se encuentra en fase inicial de construcción de las viviendas”, que debió haber iniciado en obra blanca o acabado inicial, por lo que “el proceso de construcción de las piscinas **debió acompasarse**” a ese retraso y al ritmo de suministros de puntos para la toma de energía eléctrica, respecto del cual hubo demora y que no fue remediada (oficios Nos. 109-2010 y oficio de 9 de febrero de 2011).

4.- Que la sociedad demandada, en su calidad de contratante, debe la suma de \$209.189.472 pesos desde el 18 de julio de 2011, como abono a la compra de la casa 18 del condominio Tierra del Sol.

5.- Que el contratista reconoce su imposibilidad de cumplir el cronograma de trabajo por la falta de agua y energía (9 de febrero de 2011) y por el cese de toda actividad en el frente de trabajo (21 de febrero de 2011); que reconoce la **demora en la instalación de la red eléctrica** debido a trámites ante Emsa, debiendo acudir a “recursos propios”; que puso en evidencia continuas **agresiones**, necesidades de **recomendaciones** técnicas y de errores de **coordinación** en el proyecto (también expuesto ante Suramericana de Seguros), errores en la **inspección** de obra de Seriac Limitada, la calidad de su trabajo (reconocido por la Compañía de

Seguros), los errores **del informe** de obras (de Alfredo Muñoz Rodríguez); y el buen funcionamiento de las piscinas (acta de 18 de julio de 2011).

6.- Que el dos de septiembre de 2011, en oficio del 29 de agosto del 2011, el señor Juan Carlos Dalel Arciniegas dió por **terminado unilateralmente** el contrato de obra civil mencionado, causando perjuicios para restablecer el equilibrio económico de \$43.800.000, perjuicios de orden comercial, perjuicio de la utilidad contemplada dentro del AIU del contrato, establecida en la cláusula quinta parágrafo 3º. de las etapas II (\$15.219.569, 26), III (\$16.477.093, 21) y IV (\$17.431.279,62) para un total de \$49.127.962,09 y la suma de \$209.189.472 para que sean abonadas a la compra de la casa No.18.

7.- Que, como consecuencia de lo anterior, la liquidación de tales perjuicios materiales, como **daño emergente**, los señala en la suma de \$371.183.404, representado en \$209.189.472 por obra ejecutada y recibida, por \$289.932 por valor de conciliación y \$165.704.000 por cláusula penal; y por **lucro cesante** consolidado en cantidad de \$92.927.962.09 correspondientes a \$43.800.000 por pérdida económica de escala y \$49.127.962.09 por utilidades dejadas de percibir; para un **total de perjuicios** materiales de \$468.111.366, que coinciden con la estimación juramentada de tales perjuicios.

2.- Relación procesal.- El día 7 de mayo de 2012 fue instalado el Tribunal de Arbitramento convocado, sorteado y debidamente integrado al efecto, con los árbitros Drs. Pedro Rafael Lafont Pianetta, Cristian Rodrigo Mosquera Casas y Ramiro Araujo Segovia, habiéndose designado al primero como Presidente, y a la Doctora Gabriela Monroy Torres, como Secretaria. Seguidamente el Tribunal admitió la anterior demanda y su auto admisorio fue notificado debidamente en estrados.

2.1. Contestación.- La Sociedad demandada en memorial del 22 de mayo de 2012 dio **contestación** a la anterior demanda negando la mayoría de los hechos, acogiendo otros (celebración y plazo contractual, y no abono de \$209.189.472 a la casa No.18), pero, con base en sus respuestas (como las de incumplimiento de la demandada en el del suministro de energía y agua; las demoras en la instalación de la red eléctrica; la realización de los abonos de sumas al precio de la casa No.18, etc.), se opuso a las pretensiones de dicha demanda. Igualmente objetó el juramento estimatorio, por no existir perjuicios y por no poderlos pedir.

2.2. Excepciones.- Así mismo, la parte demandada planteó como defensa, las que dijo llamar, la excepción de improcedencia de la acción, la excepción de contrato no cumplido, la de compensación y la excepción genérica que se funda en los hechos que se encuentren probados (Art.306 del C. de P.C.).

2.3. **Réplica.-** A su vez la parte demandante, en la oportunidad del traslado de las excepciones de mérito, las replica en su totalidad como infundadas.

3.- Trámite y audiencias.- Hecha la convocatoria pertinente, se desarrollaron las audiencias del caso, así:

3.1. Audiencia de conciliación.- El día **13 de junio de 2012**, en desarrollo de la fase de **conciliación**, no se conciliaron ninguna de las pretensiones ni excepciones anteriormente mencionadas, por lo que fijados y consignados los **honorarios** pertinentes, se convocó a primera audiencia de trámite, notificándose en estrados.

3.2. Primera audiencia de trámite.- En desarrollo de la **primera audiencia de trámite, celebrada el 16 de julio de 2012**, el Tribunal de Arbitramento dio lectura a la **cláusula décima cuarta** del contrato de obra civil 007 del 21 de julio de 2010, que dice: *“Si surgiere alguna diferencia entre el contratista y contratante por la interpretación de este contrato su ejecución y cumplimiento, serán sometidos a la decisión de árbitros designados por la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto 1818 de 1998”*. Seguidamente, previo traslado a las partes, quienes guardaron silencio sobre la **constitución del Tribunal y su competencia**, y, en vista de que las **pretensiones de responsabilidad y excepciones de mérito correspondientes hacen relación a la controversia del citado contrato 007 de 2010**, este Tribunal de Arbitramento determinó su competencia arbitral para conocer el presente asunto, y procedió **a decretar la totalidad de las pruebas solicitadas por las partes**, que, en síntesis, fueron las siguientes: **Por la parte demandante**, la prueba documental del certificado de existencia y representación, del contrato de obra civil No.007 de 2010, de la copia de la póliza de seguros, copias de actas de recibos, comunicaciones, cuenta de cobro; las pruebas testimoniales de Pedro Eliécer Flechas, Alvaro Esneider Luna Méndez, María de Jesús Barbosa Pardo y Erasmo Serna Serna; el material fotográfico aportado; y en dictamen pericial solicitado. Así mismo fueron decretadas **las pruebas de la parte demandada**, así: las documentales del 2 de agosto, 31 de agosto y 27 de diciembre de 2010, y las del 7 de enero, 20 de enero, 7 de febrero, 14 de marzo, 4 de abril, 19 de abril y 13 de julio de 2011; las pruebas testimoniales de Andrés Ernesto Gómez Garcés, Alfredo Muñoz Rodríguez, Luis Eduardo Céspedes Salazar, William Pardo Ardila, Fernando Adolfo Cifuentes y Yesid Rodríguez; el reconocimiento de documentos solicitados y el experticio pericial de la empresa The Pool Market S.A.S.

3.3. Segunda audiencia de trámite.- En audiencia celebrada **el día 13 de agosto de 2010 se practicaron las pruebas** anteriormente decretadas, y

se aceptó el desistimiento del testimonio de Pedro Eliécer Flechas y de la prueba de dictamen pericial.

3.4. Tercera audiencia de alegación.- En audiencia del 17 de septiembre de 2012, se desarrolló oralmente **la fase de alegación**, en cuyos resúmenes escritos, se lee lo siguiente:

De un lado, **la parte demandante** insiste en la prosperidad de su pretensión señalando que la parte demandada incumplió la mayoría de las cláusulas del contrato, al señalar que la demandada nunca entregó los niveles y coordenadas de las piscinas restantes (cláusula primera), no tenía construida las casas para las piscinas (cláusula segunda), no canceló el anticipo del contrato (cláusula quinta), tuvo que acudir a recursos propios para plantas eléctricas y motobombas (cláusula sexta), no suministró energía y agua (cláusula octava), satisfizo sus propias obligaciones laborales (cláusula novena), incumplió la reparación de las playas de las piscinas (cláusula décima), terminó unilateralmente de mala fé el contrato (cláusula décima segunda); lo que le permite concluir que no cancelaron en forma completa el anticipo de la primera etapa, tampoco el de la segunda etapa, ni las obras adicionales, ni abonaron la suma de ciento veintitrés millones novecientos treinta y seis mil pesos m.cte., ni tampoco el valor de la piscina de la casa 19 (Veinte millones setecientos ochenta mil pesos m.cte.), ni suscribieron la escritura pública de la venta de la casa número 18. Con base en lo anterior, la parte demandante señala que la demandada incurrió en culpa y vulneración del principio de la buena fe contractual, que la hace responsable del incumplimiento del contrato, razón por la cual, por otra parte, tampoco puede exigirle cumplimiento a la demandante; por lo que finaliza solicitando que se acceda a las pretensiones de la demanda.

Y, del otro, **la parte demandada**, a su turno, en el resumen correspondiente, después de definir el problema jurídico del litigio, señalando la contradicción de algunas peticiones, como la de perjuicios y pena, y la de intereses monetarios y correcciones monetarias, así como la indicación normativa comercial y civil y la jurisprudencia aplicable al caso (sentencias del 3 de septiembre de 1941, 23 de febrero de 1961, 30 de agosto de 2011 y 19 de noviembre de 2001); insiste, de una parte, en la tacha absoluta de todos los testimonios practicados que fueron solicitados por la parte demandante; y, de la otra, en apoyarse en los testimonios solicitados y practicados por la parte demandada y en experticio aportado con la contestación de la demanda, **para concluir**, de un lado, que no debe accederse a las pretensiones demandadas, y, en cambio, se declare demostrada, en lo pertinente, la excepción de improcedencia de la acción, por no haber demostrado los presupuestos de la pretensión demandada; la excepción de contrato no cumplido, debido al incumplimiento que también hizo la parte demandante; y la excepción de compensación en la suma de \$124.382.662,60, representado, en obras de reparación que dice

el dictamen pericial (\$59.050.526.00), diez por ciento de sanción por abuso de estimación legal (\$46.811.136.60) y honorarios y gastos de arbitramento (\$18.521.000.00).

- 3.5. Audiencia de juzgamiento.-** Luego siendo ésta la oportunidad para proferir el fallo arbitral correspondiente, lo hace este Tribunal de Arbitramento, previas estas:

II.- CONSIDERACIONES.

4.- Análisis previo (Oportunidad, presupuestos y validez del proceso y validez del pacto arbitral). Primeramente, el Tribunal Arbitral establece y reconoce la existencia de la **oportunidad legal** para la expedición de este Laudo, toda vez que la primera audiencia de trámite se efectuó el 16 de julio de 2012 (Inc.1º. del Art. 10 del Decreto 2279 de 1989), y, a su fecha, se encuentra vigente el plazo legal de seis (6) meses y 31 días de descuento adicional por suspensión.

Siendo así las cosas, analizados todos y cada uno de los **presupuestos** del proceso y **de validez** del mismo, el Tribunal de Arbitramento los encuentra totalmente satisfechos, sin que se haya aducido por las partes vicio alguno. Así mismo, el Tribunal también encuentra **válido el pacto arbitral** en su objeto y causa, por cuanto se refiere a una materia patrimonial (controversia contractual de obras civiles) transigible y porque también persigue su solución arbitral conforme a la ley vigente al caso sublite (**Arts. 115 y 118 del Decreto 1818 de 1998, aplicable en este caso, según el inc.2º. del art.119 de la ley 1563/12**), la que se adopta en el presente laudo.

5.- Establecimiento, interpretación y regulación del litigio. Ahora, como en este proceso se debate lo relativo al incumplimiento y responsabilidad de un **“contrato de obra civil”**, este Tribunal de Arbitramento estima pertinente tener en cuenta previamente el alcance y regulación sustancial del litigio.

- 5.1.- Alcance del litigio (Establecimiento e interpretación).-** Siendo el libelo demandatorio el acto procesal voluntario de la demandante con que se inicia el proceso y se formula la pretensión, este Tribunal, de acuerdo con **sus atribuciones⁽¹⁾**, considera que aquel, de acuerdo con sus anexos,

¹ *“Al margen de interpretación de la demanda que hacen los Tribunales de Arbitramento en ejercicio del poder que las partes a ellos confían, resulta más amplio que la que corresponden a los jueces ordinarios, en atención a que son las mismas partes, en uso de la autonomía privada, quienes a través del pacto arbitral crean la competencia del Tribunal, con exclusión de la jurisdicción del Estado” (Sentencia del 5 de julio de 2005 de la Sala Civil C.S.J).*

recoge una pretensión de responsabilidad contractual, respecto de la cual la parte demandada ha señalado como defensa su improcedencia, algunas excepciones específicas (de improcedencia de la acción, de contrato no cumplido y compensación) y la genérica (Art.305 C.P.C.).

En tal sentido, entiende el Tribunal de Arbitramento, sin oposición de las partes, **que hace parte de su competencia la controversia sobre el pago de las obras ejecutadas, porque forma parte de la controversia sobre el contrato de obras civiles que le ha sido delegada en la cláusula compromisoria, además porque, dentro de dicho pago, queda comprendido tanto el directo como aquel que se hace mediante abono a obligación de un contrato de promesa distinto.** Sin embargo, no obstante lo anterior, debe precisarse, **que no es materia del presente arbitraje** la eventual responsabilidad o no sobre la promesa de compraventa entre las mismas partes, sobre la casa No.18 a que aluden los hechos de este litigio, tal como se dijo en la determinación de la competencia del Tribunal, sin objeción alguna en la primera audiencia de trámite.

5.2.- **Regulación sustancial.**- Siendo así las cosas, el Tribunal de Arbitramento estima necesario establecer previamente unas consideraciones sobre la **regulación sustancial del contrato de construcción y los derechos contractuales aquí debatidos.**

5.2.1.- **Regulación sustancial del contrato de construcción o de obra.**- Dentro de esta regulación tiene singular importancia para el caso subexamine, su alcance, efectos, extinción y responsabilidad especial.

1.- Alcance actual.- En términos generales, el “**contrato de construcción de obras civiles**” es aquel contrato autónomo contemporáneo en virtud del cual una persona, llamada **comitente** (o dueño del proyecto o de la obra a realizar), a cambio de un precio encarga a otra, llamada **constructor**, la ejecución total o parcial del trabajo relativo a la construcción de una obra material inmobiliaria, **común o civil** (por oposición a la obra militar o religiosa), en los términos convenidos o proyectados, y de acuerdo con las reglas de la arquitectura, la ingeniería y las técnicas que sean del caso.

A.- Modalidad contractual especial.- Sin embargo, se trata de una modalidad contractual que se **enmarca dentro de la concepción tradicional del Código Civil**, acorde con el derecho contemporáneo. Porque si bien es cierto que en nuestro derecho el “**contrato para la construcción de edificios**” (como lo califica e inciso 1º. del Art.2060 C.C.), también llamado “**contrato de empresa**” (porque se celebra con “un empresario” organizado

para la construcción, como se desprende del inciso 1º. del Art.2060 C.C.), “**contrato de construcción**” o “**contrato de obra**” (según el énfasis que se haga en la actividad “constructora” o en la “obra” resultante de ella) inmobiliaria (para distinguirlo del contrato de obra mobiliaria), **ha sido concebido** como una modalidad del **contrato** de confección de obra material (del Capítulo VIII del título XXVI del C.C. Col.), no es menos cierto que, con abandono del criterio romanístico y clásico⁽²⁾ la doctrina actual⁽³⁾, teniendo su objeto especial (construcción de obra inmobiliaria), y, en algunos casos la ley (num.1º. del Art.32 Ley 80 de 1993), lo han considerado como un **contrato típico (Arts.2060 y 2053 C.C.)⁽⁴⁾, y autónomo** en virtud del cual una parte, llamada contratante (comitente o dueño del proyecto), a cambio de un precio, global o unitario⁽⁵⁾encarga a otra, llamada contratista (constructor), la realización de “**edificios**” u “**obras materiales inmobiliarias**”, para ser cancelada, según el caso, anticipadamente (cuyo anticipo cumple función de financiamiento parcial) o por avance de obra o entregas parciales o total.

B.- Objeto (Obras materiales inmobiliarias).- Ahora, si bien es cierto que la expresión “**edificio**” ha sido empleada como inmueble habitable para arrendar (como se desprende del Capítulo V, Título XXVI del libro 4º. del C.C.)⁽⁶⁾ o para propiedad horizontal (Art.3º. de la ley 675 de 2001), lo cierto es que, **en el caso de la construcción**, la expresión “**construcción de edificio**” no solo se identifica con **la de “encargo de toda la obra”** (como se desprende del mismo Art.2060, inc.1º. C.C.), y con la de

² *Es de considerar, conforme al tenor literal del Art. 2053 Inciso 4º. del CC., como una compraventa el contrato de construcción en el que el constructor entrega los materiales (Rodríguez Fonnegra, Jaime. De la compraventa y materias aledañas. Ed. Lerner. Bogotá. 1960 No.323.*

³ *(Bonivento F.José A. “Los Principales Contratos Civiles”. Ed. Librería del Profesional. Bogotá. Tomo I. 2002. Ps. 549 y ss. Lafont P. Pedro. Manual de Contratos. Ed. Librería del Profesional. Bogotá. 2000. Tomo II No.288. C-2005.*

⁴ *Aunque pertenezca a la especie o categoría de contrato de confección o locación de obra material (Ghersí, Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Ob. Cit Tomo I No, 2687).*

⁵ *Es global, único o alzado, cuando se refiere a la totalidad de la obra; y es a “precios unitarios” cuando a valores por unidades de medidas (v.gr. metro cuadrado, elementos, etc.) (Gómez Estrada César. De las principales contrataciones. Ob. cit. p. 329).*

⁶ *Así lo admite Gómez Estrada César. Ob. cit. p. 329.*

“**construcción de una obra**” (como dice el Art.2062 C.C.), sino que ambas expresiones, “**construcción de edificios**” y “**construcción de obra**”, hay que entenderlas no solo en el “sentido natural y obvio según el uso general” (Art. 28 C.C.) actual, sino también “en el sentido que les dan” los arquitectos e ingenieros (Art. 29 C.C.) que la desarrollan, ya que se trata de un **concepto tanto común como técnico** (como igualmente se desprende de los Arts. 2060 y 2061 C.C.). De allí que, conforme al **sentido natural, “el edificio”**, como dice la academia de la lengua española, es la “construcción fija hecha con materiales resistentes **para habitación** humana o para albergar **otros usos**”, por lo que, además de la casa o apartamento, también quedan incluidas “**obras para otros usos**”, como las obras de montaje, de instalación, mantenimiento, refacción, mejoras, conservación o adecuación de edificios y, desde luego, **las piscinas**, como obras de hormigón recubiertas de mosaico destinadas a la natación, baño, recreación, etc. Y, conforme **al sentido técnico**, las “obras de construcción” no solo incluyen las anteriores obras, sino también aquellas obras de “expensas necesarias o refacciones mayores”⁽⁷⁾, los resultados de “todo trabajo material sobre inmueble” (como se recoge en el Art.32, ley 80 de 1993) y toda aquella infraestructura destinada a la funcionalidad de la edificación, como lo acepta la doctrina⁽⁸⁾ y legislación moderna⁽⁹⁾. Es decir, que el objeto al cual se refiere el “**contrato de construcción de edificio**” se refiere a cualquier “**obra material inmobiliaria**”, sea que tengan, alteren o no (Art.2061) “configuración arquitectónica”⁽¹⁰⁾; que implique “**trabajos de construcción**” y no de simple arreglo de pintura, o de colocación

⁷ Gómez Estrada César. *De los Principales Contratos Civiles. Ed. Temis. Bogotá 1999 p. 329.*

⁸ “*Son obras de construcción no solo los edificios, sino también los puentes, los canales con muros, muelles, esclusas, etc....lo define una cosa inmueble por el empleo del trabajo y material en unión del suelo... una obra unida a una finca o edificio y que, según su destino típico, es inmueble y además no consiste en una mera transformación del suelo*” (Enneccerus Ludwig. *En Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Traduc. De Pérez y Alguer. Ed. Bosch Barcelona 1958. Tomo II. No. 151, II, 4*)

⁹ Colina Galia Rafael y Rovira Sueiro María. *Contrato de Obra. En Bercovitz Rodríguez Ana, Rodrigo. Tratado de Contratos. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia 2009. Tomo III. Ps. 3325 y ss.*

¹⁰ Díez Picazo. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. E. Civitas- TH. España. Tomo IV: p. 378.*

de postes telefónicos, etc.⁽¹¹⁾, o de trabajos agrícolas⁽¹²⁾; y que **sean habitables o usables por el hombre o que sencillamente hagan funcional una o unas edificaciones**, dentro de las cuales también se encuentra la construcción de "piscinas". De allí que en la determinación del contrato de obra o construcción también tenga importancia el objeto señalado en el convenio, esto es, el trabajo de construcción de una obra material inmobiliaria para usos habitacionales o no, que, por ser "inequívoca" (Art.824 C.Co) o "expresa" (como "contrato de obra civil"), habrá que atenerse a dicho carácter (Art.822 C.Co. y art. 1602 C.C.).

Con todo, **el objeto de este contrato de construcción de obra puede estar a cargo de un solo constructor** (llamado llave en mano), que comprende todo el trabajo hasta la conclusión total de la obra (incluyendo ingeniería básica y detalles, especificación de equipos, suministro de maquinaria y equipos, construcción de obras civiles, montaje y capacitación de personal), o estar compartido con pocos constructores (semillave en mano), para ser efectuada la obra **por sí mismo** o por conducto del **subcontratista**⁽¹³⁾ o en **colaboración** con otros constructores.

2.-Regulación contractual.- En la actualidad, las regulaciones de estos contratos de construcción, difieren según su **naturaleza y categoría**.

A.- Naturaleza. Regulación y principios (Unidroit).- Porque, de un lado, teniendo en cuenta su **naturaleza civil o mercantil**, los **contratos civiles de construcción** se sujetan exclusivamente a la norma civil especial y, "además" (como dice el Art.2060 C.C.) a los de confección de obra material y a los de arrendamiento o venta del caso (Arts.2060 y ss.; 2053 y concord. del C.C.)⁽¹⁴⁾, y, en su defecto, a la costumbre, a la analogía y a los principios generales del derecho (Art.32º. C.C. y Art.8º. ley 153 de 1887), mientras que los **contratos mercantiles de construcción**⁽¹⁵⁾, como acto de comercio (Art.10, num.15 del C.Co), por su parte,

¹¹ *Mazeaud, Henri- Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Trad. Alcala-Zamora y Castillo. Ed. Ejea. B.Aires. 1962. Parte 3º. Vol. IV No.1367.*

¹² *Enneccerus L. ob. cit. No.151, II, 4.*

¹³ *Ghersi Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2006. Tomo 2 No.893.*

¹⁴ *Casac. del 6 de mayo de 1969.*

¹⁵ *Farina, Ivan M. Contratos Comerciales Modernos. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1997 No.213.*

no solo están sujetos principalmente al régimen contractual especial del Código de Comercio (Art.1º. C.Co.) y, a falta de éste, a la analogía, a la costumbre mercantil (Arts. 1º. y 3º. C.Co.) y los principios generales de derecho comercial (Art. 7º., 830, 831 y concord. del C.Co.), **incluidos, como aplicables a los contratos nacionales, los principios contractuales reconocidos internacionalmente (como sucede con algunos principios de Unidroit y los principios del derecho europeo de los contratos);** y, en defecto de lo anterior, dichos contratos mercantiles quedan sujetos al régimen contractual (Art.822 C.Co.) general de carácter civil (Art.2º. C.Co.).

Con todo, sobre **aquellos principios de Unidroit**, elaborados por el Instituto para la unificación del derecho privado (aprobado por la ley 32 de 1992), es preciso señalar que no solo tienen aplicación legal en Colombia respecto de los **contratos internacionales** en su alcance (preámbulo) de “principios generales” y de “prácticas” (arts.7º. y 8º. de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, aprobada por la ley 518 de 1999), sino también con relación **a los contratos nacionales**, como principios y medios de **interpretación** (5º. fundamento del preámbulo, en armonía con los arts. 230 de C.Pol. y art., 7º. C.Co.) y como principios y fundamentos (4º. Preámbulo, en armonía con el art.230 de la C.Pol; art. 822 y, si fuere el caso, art. 822 del C.Co.Col.) para su aplicación **analógica**. Así lo ha reconocido la jurisprudencia nacional respecto de contratos internacionales (Sent.C-529 de 2000), así como de los nacionales (Sent.C-1008 de 2010 y las sentencias de Casación Civil del 30 de agosto de 2011 y del 21 de febrero de 2012), la cual resalta la importancia de tales principios **“para interpretar e integrar los instrumentos internacionales y los preceptos legales internos”** (casación del 21 de febrero de 2012), lo que también ha venido haciendo la jurisprudencia arbitral desde el presente siglo, con su aplicación en las distintas clases de contratos, incluyendo los relacionados con la construcción, tales como los de intervención de obras, mejoramiento de carreteras, renovación de materiales, etc. (15a)

B.- Características (Categoría contractual).- Y, del otro, los contratos de construcción actuales no solo son una categoría contemporánea, sino que su alcance depende de si son de colaboración o de consumo.

^{15a} Cons. Lafont P.Pedro. Introducción a la Negociación y Contratación Internacional. No.35. Bonivento F.José A. y Lafont P. Pedro. Negociación Internacional. Ed. Fac. Derecho (UNIJUS). Universidad Nacional. Bogotá. 2011. Laudos Arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá. Ed. Legis (Publicación Electrónica). Bogotá. 2009.

a. **Categoría contractual.** En efecto, si bien los contratos de construcción no solo mantienen sus **características clásicas** (Arts.822 C.Co. y arts. 1496 y ss. C.C.) de ser típicos (Arts.2060 y 2053 C.C.), consensuales, onerosos, bilaterales o sinalagmáticos, obligatorios, y de **tracto único** (con la entrega de la obra, que bien pueden ser única o por unidades o partes de obra) y no sucesiva (**sin perjuicio de que antes de la conclusión de la obra, le preceda el período del diseño, elaboración, ejecución, etc.de las fases de proyecto de obra, a que hace referencia el num.4 del Art.2060 C.C.**), no es menos cierto que, en la actualidad, “los contratos de construcción” también pueden **encontrarse en categorías contemporáneas diversas con trascendencia en su tratamiento, como las de colaboración o de consumo, y LAS DE PRINCIPAL, SUBORDINADO O PARTICIPE DE UN PROYECTO MAYOR.** En efecto:

b. **Contratos de colaboración y de consumo en la construcción.-** Mientras **los contratos de colaboración de construcción** suelen ser contratos **interempresariales** para el desarrollo de una actividad económica conocida de cooperación, igualitaria y mutua (por lo general), **los de consumo**, por el contrario, son contratos en que una de las partes, lo hace para **satisfacer** su necesidad privada o doméstica o distinta de su actividad económica y, por lo tanto, protegible (Art.78 C.Pol.; antiguo art.1º., lit. c del decreto 3466 de 1982; y actual art.5. Num..3 de la ley 1480 de 2011).

Y lo mismo sucede con **los contratos de construcción o de obra de categoría principal, los subcontratos de obra, y los contratos de obra partícipes de un proyecto mayor (v.gr. como urbanización o complejo de construcciones).** Porque mientras **los primeros** gozan de autonomía y, desde luego, de autoregulación en su contenido y desarrollo; **los segundos**, suelen encontrarse total o parcialmente subordinados al contrato principal de obra; y **los últimos**, por su parte, pueden ser **varios contratos de construcción celebrados directamente con el dueño de la obra o proyecto, en forma independiente (como la construcción de una valla) o relacionados (v.gr. construcción de enchapados) entre sí (sin o con relación en forma respetuosa o armónica), o vinculados entre sí para con el dueño del proyecto (v.gr. para la**

construcción de infraestructura física, eléctrica, hidráulica, suelos, etc.), mediante contratos de colaboración constructora (como el de la unión de empresa, el del consorcio o Joint Venture, etc.), y, en general, todos aquellos contratos celebrados con el dueño de un proyecto mayor, y, por tanto, subordinados a la ejecución de UNA PROGRAMACIÓN DENTRO DE LA CONSTRUCCIÓN GENERAL.

3.- Efectos contractuales. De allí que en la actualidad, los efectos especiales (sin perjuicio, de los efectos de los contratos para la confección de una obra material y los del arrendamiento que le fueren aplicables, según el inc.1º. art. 2060 y 2053, inc. final del C.Co.) de los contratos de construcción o de obra no solo se limiten a sus obligaciones y función, sino también a su desarrollo y administración especial. En efecto:

A.- Consecuencias obligatorias.- Las **consecuencias obligatorias** de estos contratos no se limitan a las **obligaciones esenciales** de realización de la obra a cargo del constructor y del pago del precio y recepción de la obra por parte del **comitente**, como se desprende del Art.2060 del C.C., aplicable a los civiles y mercantiles (Art.822 C.Co), sino que también incluyen, de una parte, tanto las obligaciones **expresas legales** (como las derivadas del plan de ordenamiento territorial y las de la licencia de construcción correspondiente) y de las condiciones **accidentales**, (Art.822 C.Co y 1500 C.C.), como sucede con las **cláusulas de garantías** (v.gr. pólizas de seguro, etc.) y las de sanción pecuniarias (Arts.867 y 822 C.Co. y Art.1600 C.C.); así como las **obligaciones implícitas** impuestas (como la del comitente de recibir la obra; y la del contratista de entregar la obra) como **condición natural** (Art.1501 C.C.).

B.- Contenido implícito.- Sin embargo, estos contratos también **comprenden implícitamente en su contenido** aquellas obligaciones que necesariamente son indispensables para el desarrollo de **su objeto** (la construcción) y **su función** (la obtención y adquisición de la misma). Dentro de ellas pueden mencionarse: De un lado, las **obligaciones implícitas** (también reconocidas a nivel internacional por el Art.5.2 de Unidroit) **derivadas** de las obligaciones principales, como serían las obligaciones del **comitente** de prestar la colaboración en el plan o proyecto y dar aprobación adecuada (Art.2060 num.1 y 4 C.C.) y las del **constructor**, de sujetarse a lo acordado, hacer los

ajustes y correcciones del caso, y las de dirección, vigilancia, suministro de medios materiales y humanos necesarios, conclusión y custodia de la obra (Art.2056 inc.1º. y 2060 num.2 a 5 C.C.)(¹⁶). Y, del otro, las **obligaciones accesorias** a todo cumplimiento, como las de buena fe y lealtad, diligencia y de empleo adecuado de auxiliares; y las **de garantía** de la actividad y del resultado de la obra, como las de prevención y asunción de riesgos y vicios ocultos de la obra, que sean del caso(¹⁷).

- C.- Obligación de energía y agua.-** Luego, si bien es cierto que **implícitamente corresponde al constructor y al titular del derecho real en cuyo favor se tiene la licencia de construcción** (conforme a los Arts.99 y15 de la ley 1388 de 1997 y los Arts.9.2, 130 y 132 de la ley 142 de 1994) la facultad y, si fuere el caso, el **deber de obtener la energía y agua**, como medio necesario para la elaboración de la construcción y obtención de la obra material correspondiente (como consecuencia de la **obligación de resultado** pertinente), también lo es, debido al **carácter natural**, que estos deberes implícitos, pueden ser materia de convención diversa entre las partes. Porque **dicho acuerdo** puede estar destinado a determinar, entre otros, los siguientes aspectos: En primer lugar, a determinar **quien asume esos deberes** de energía y agua, si debe serlo solamente el constructor, o, por contrario, o si solo el comitente de la obra, o la colaboración de ambos, lo que generalmente depende de quien tenga la mayor disponibilidad para hacerlo.

En segundo lugar, el convenio también puede estar dirigido a precisar el **objeto del deber relativo a la energía o acueducto**, si es para que el constructor tenga **la conexión** indispensable que le facilite la obtención de los servicios que se requieren para la obra (que es lo usual), o, más aún, que también le comprenda la obligación de **prestarle dicho servicio** de energía o acueducto (que no es lo usual).

En tercer lugar, dicho convenio también podrá estar destinado a determinar la importancia de la obligación relativa a la energía y acueducto dentro del **desarrollo del**

¹⁶ *Diez Picazo Luis. Ob. cit. Tomo IV. P. 382 y ss.*

¹⁷ *Cons. Garrido Roque y Cordobera Grosa. Contratos Típicos y Atípicos. Ed. Univers. B.Aires. 1964. Ps. 80 y ss.*

objeto del contrato, ya que puede ser tratado como “**un deber de colaboración especial**” del comitente, dueño del proyecto en general, puesto que si bien excepcionalmente puede pactarse como **condición** para que pueda desarrollarse la obra, o bien tal condición puede resultar derivada de una **función necesaria de cooperación** (como ocurre con el deber de cooperación de permitir el acceso al inmueble para la elaboración de la obra), no lo es menos que también puede convenirse que dicho deber de otorgamiento de energía y acueducto sea una **simple colaboración general** (como lo trae el Art.5.3 de los principios de Unidroit), del dueño del proyecto, caso en el cual dicho deber tan **solo tendría por finalidad facilitarle al constructor el desarrollo de la obra**. Lo que significa que el comitente, en este caso, si bien coopera con el constructor para el mejor y oportuno desarrollo de la obra, no lo es menos que el constructor también puede hacerlo con medios propios (v.gr. plantas eléctricas, carrotanques de agua provisional, etc.), por sí mismo o con la colaboración de terceros, con, desde luego, el derecho a la reparación de los gastos adicionales (como también se recoge a nivel internacional en el Art.7.4.8 de Unidroit).

- D.- Plazos contractuales.-** Ahora, un aspecto fundamental en los contratos de construcción o de obra contemporáneos es el **temporal**, ya que es indispensable que exista **un plazo para la entrega** de la obra, el cual será el convenido (Arts.2060, inc. 1º. y art.2056, inc.1º. C.C.) o, en su defecto, el razonablemente necesario o el usual, que puede ser puro y simple, o condicionado suspensivamente en forma expresa su iniciación (v.gr. financiación) o alterado su conjunto por “trabajos adicionales o circunstancias ajenas” (fuerza mayor) que lo afecten⁽¹⁸⁾; y que también existan **plazos, períodos u oportunidades para el pago** del precio convenido y de las obras adicionales, sin perjuicio del derecho del dueño del proyecto **a retener el precio**, que, cuando “no es de tal gravedad”, solo puede limitarse “al costo de las reparaciones o tareas pendientes”⁽¹⁹⁾
- E.- Función y realidad contractual.-** En todo caso, las características de **funcionalidad y realidad** que, según la doctrina y los principios, informan de la contratación actual, implica que los contratos no solo deban crear obligaciones,

¹⁸ Gherji, Carlos Alberto. *Ob. cit.* Tomo 1 No.279 y Tomo 2 No.896.

¹⁹ Gherji, Carlos Alberto. *Ob. cit.* Tomo 1 No.287.

sino que **también deben procurar que cumplan y hagan efectiva la realidad pretendida con dicho convenio.**

Y precisamente ello ha dado lugar, aún a nivel internacional (como se recoge en los Arts. 6.1.1.- 6.1.4.- 6.1.5. de Unidroit), a aceptar ciertos criterios interpretativos y regulativos de los contratos internacionales, como aplicables también a los contratos nacionales, donde se destacan de interés para el caso subexámine los siguientes: El criterio del **momento del cumplimiento**, el determinado o determinable (Art.822 C.Co. y Arts. 2060 inc.1º., 2056 inc. 1º. y 1608 C.C.), que, en materia de obra, será dentro del plazo convenido a partir del **momento y condiciones pactados** (Art.1551 C.C.) o, en su defecto (cuando no pueda realizarla de una sola vez), el “de un plazo razonable después de celebrado el contrato” (Art.6.1.1.a Unidroit). El criterio sobre la **forma de cumplimiento** de las obligaciones de los contratantes, como la de ser “simultánea” (Art.822 C.C. y art. 1609 C.C.), a menos “que las circunstancias indiquen otro modo de cumplimiento” (Art.6.1.4. Unidroit). El criterio determinante de **carga de los gastos**, que acarrea el cumplimiento (Art.822 C.Co. y Art. 1629 C.C.), como aquel que indica que debe asumirla la parte obligada al cumplimiento (Art.6.1.11 Unidroit). Y el criterio sobre el alcance de la obligación de **obtener una “autorización”**, consistente en que no solo impone el deber de obtenerla, (Art.822 C.Co. y Art. 1633 C.C.), sino también el deber de “**proceder sin demora injustificada** y asumir todos los gastos en que incurra”, y, en su caso, el **deber de comunicar sin demora** el otorgamiento o la denegación, a fin de garantizar los derechos de la contraparte de terminación, o reclamación de perjuicios (Art.6.1.15 y ss. Unidroit), si fuere el caso.

- F.- Variaciones contractuales.-** Con todo, en la ejecución de estos contratos de obra es preciso tener en cuenta, de un lado, **las variaciones que puedan sufrir estos contratos de construcción**⁽²⁰⁾ en virtud de convenio previo o posterior (como se desprenden de los Arts. 2060 inc. 2º. y num.2 y 1602 C.C.), o de condición natural en favor **del dueño de la obra** (domino operis) **para hacer modificaciones o agregaciones** (Art.2060 num.1 C.C.) o a cargo del **constructor** cuando la técnica, el urbanismo o el respeto del derecho ajeno lo exija (como se desprende

²⁰ Diez Picazo Luis. *Ob. cit. Tomo IV, ps. 383 y ss.*

de los numerales 4 y 3 del Art.2060 del C.C.); y, del otro, de las **circunstancias extraordinarias** que den origen convencional o legalmente (Arts. 868 C.Co. y nums. 1 a 4 del Art.2060 del C.C.) **a la revisión convencional o judicial** del contrato para adoptarlo a las nuevas condiciones o darlo por terminado, según el caso.

- G.- Administración controlada.-** De allí que dada la complejidad de dichos efectos, los contratos de obra requieran de **una administración controlada** que vele por la ejecución adecuada que **garantice o procure no solo el cumplimiento y cooperación en la realización de los efectos contractuales, sino también el resultado u obra convenida.**

Ello implica, entonces, la necesidad de que “**el constructor**” administre debidamente el contrato de obra, que, **internamente**, exige la necesidad de que frente al dueño de la obra, aquel, según el caso, diseñe la obra, elabore el proyecto y dirija la obra⁽²¹⁾, y que, **externamente**, reclame que se integre a la **coordinación y funcionalidad** del proyecto general del cual hace parte, así como que se **acate el respeto de los derechos de otros contratistas y de terceros**. Una y otra tarea puede efectuarse en forma **directa, esto es, personalmente, o en forma indirecta, es decir, por conducto de sus agentes** (v.gr. ingenieros, arquitectos, directores de obra, etc.), quienes obran en nombre y por su cuenta, de acuerdo con las atribuciones que se les asigne (Art.1738 C.C. y art.8. de la ley 153 de 1987).

A su vez, al **dueño del proyecto o de la obra**, también suele corresponderle no solo **la recepción, aprobación y otorgamiento** de recibo correspondiente (Art.2060 num.4 C.C.), sino también la de intervenir durante la construcción **para fiscalizar que su desarrollo** se haga conforme a las leyes imperativas (v.gr. licencias, etc.) y a las normas del contrato (v.gr. materiales, calidad, etc.) y a los derechos que corresponde a las partes (v.gr. las de autorizar obras adicionales, la de poner de presente las dificultades, vicios e imprevistos o retrasos en la construcción, etc.), o para delegar en **un perito** la evaluación del cumplimiento de la obra efectuada (Art.2059 inc. 2º. C.C.), o las autorizaciones

²¹ *Gheri Carlos Alberto. Contratos Civiles y Comerciales. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2006. Tomo 2 No.893.*

o aprobaciones que le señale o sean necesarias. Ahora, **esta tarea puede hacerse** directa o personalmente, o indirectamente por medio de sus agentes, que bien pueden ser, según las facultades que le otorgue, **un mandatario, un interventor o un veedor.**

4.- Extinción, agotamiento y liquidación contractual.-De igual manera, el contrato de construcción **se extingue** no solo con la mutua ejecución debida sino también por el **mutuo** acuerdo, los motivos de extinción **convenidos** (Arts.822 C.Co. y art. 1602 C.C.) y las **causas legales** de terminación (Arts. 822 C.Co. y 1602 C.C.), bien sean **las específicas** de dicho contrato de construcción, como la muerte del artífice o empresario en caso de contrato intuitu personae (Art.2062 C.C.), o bien los de extinción del contrato de **confección** (Art.2060, inc. 1º. C.C.) como la del desistimiento del comitente y la pérdida fortuita de la obra (Art.2056, inc. Final y 2057 C.C.), o bien por **las causas de terminación de los contratos asimilados**, tales como los de vencimiento del plazo de duración para la construcción y **entrega de la obra contratada**, con o sin entrega de materiales por el constructor (Art.2053, inc.1º. C.Co. en armonía con los Arts. 924 C.Co. y Art. 1882, inc.2º. C.Co.; y Arts. 2053, inc. Final y 2008 num.2 CC.), sin perjuicio de **su alteración y su consiguiente revisión** voluntaria o judicial en caso de circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles que con posterioridad lo hubiesen afectado excesivamente en forma onerosa (Art.868 C.Co. y art. 2060, num. 1 y 2 C.C.). De igual manera, suelen terminarse mediante **sentencia** que le ponga fin como las de nulidad, revisión, resolución, etc. (Arts. 899 y ss. 870 y concord. C.Co.).

Ahora bien, una vez extinguido el contrato de construcción, se producen los efectos legales postcontractuales que bien pueden ser, según el caso, **el agotamiento** cuando se han cumplido debidamente las obligaciones de ambos contratantes derivados del contrato, del acuerdo posterior celebrado o de la sentencia judicial que se haya proferido con relación a dicho contrato (v.gr. nulidad, revisión, etc.);

En cambio, debe procederse a la **liquidación del contrato y pago posterior**, cuando quiera que haya algo pendiente que “calcular” (como se desprende del art.2062, inc. 1, C.C.) para proceder al pago, bien sea por “agregaciones o modificaciones” al plan primitivo (Art. 2060, num. 1º. C.C.), o “por trabajos o materiales preparados” (Art.2060, inc. 1º. C.C.), o por “falta de estipulación del precio” (Ibídem) o por controversia sobre “la ejecución debida” o, si fuere el caso, su “valor” (Art.2060, inc.1º. y

2059 del C.C.). Con todo, **esta liquidación debe hacerse** conforme a lo convenido en el contrato (como se desprende del inciso 1º. del art.2060 del C.C.), o en convenio separado (tal como se desprende del numeral 1º. del Art.2060 del C.C.) y, a falta de uno y otro, **la liquidación y pago corresponde al comitente que recibe la obra, a iniciativa del constructor acreedor, o a iniciativa propia del comitente-deudor para obtener el asentimiento o no de aquel**, porque si “el que la encargó será obligado a recibirlos y pagar su valor.... tomando en consideración el precio estipulado para toda la obra” (Art.2062, inc. 1º. C.C.), es porque “implícitamente” tiene el **deber de hacer “el cálculo”** o la “liquidación” pertinente, con o sin el asentimiento del acreedor, a fin de poder quedar habilitado para hacer el pago de lo adeudado. No admitir este deber, sería aceptar la facultad del comitente de hacer o no la liquidación, y de hacer imposible el cumplimiento o pago, o dejar éste a la mera voluntad de aquel, lo que resultaría absurdo. Con todo, lo anterior se entiende sin perjuicio, en caso de desacuerdo, **del deber del comitente-deudor de pagar** lo que, a su juicio debe, y **del derecho del constructor a exigir** el pago del precio que considere debido (Arts.870, 822 C.Co. y arts.2060 num.1 y 2 y 2062 del C.C.).

5.- Responsabilidad contractual.- Así mismo, esta responsabilidad tiene sus particularidades.

A.- Régimen.- En efecto, si bien es cierto que la **responsabilidad contractual por incumplimiento** se sujeta al régimen contractual mercantil (Art.870 C.Co.) y supletivamente al régimen civil (Art. 822 C.Co. y Art. 1546 C.C.), también lo es que el incumplimiento **debe ser atribuible** o imputable a la misma parte incumplida (Art.870 y 822 C.Co. y Art.1546 C.C.) y no a la otra, que lo haya causado o **interferido**, ya que esta **“no podrá valerse del incumplimiento** de la otra parte, en la medida que tal incumplimiento haya sido causado por actos u oneración de la primera o por cualquier otro evento cuyo riesgo ella asumió” (Art. 7.12). Además, en caso **de fuerza mayor** como hecho imprevisto e irresistible (Art.822 del C.Co. y Arts. 1604 y Arts. 1729 y ss. C.C., Art. 1º. Ley 95/89 y art. 64 C.C.), y su manifestación contractual (como “impedimento ajeno a su control y que no debía esperar razonablemente al momento de celebrarse el contrato, o que de haber contado o superado el impedimento o sus consecuencias”), su ocurrencia excusa de cumplir la obligación y lo exonera de pagar perjuicios, salvo que tan solo de lugar a retraso, suspensión, terminación o prórroga (Art.7.1.7 Unidroit).

B.- Incumplimiento.- Así mismo, dado que el cumplimiento defectuoso o el incumplimiento de una obligación **por una o ambas** partes contratantes colateralmente **afecta el derecho de crédito de la otra, aquella o ambas**, con la consiguiente asunción o reducción de la responsabilidad correspondiente (Art.822 C.Co. y Arts. 1614 y ss. C.C.), se hace imprescindible hacer la distinción del caso.

a) **Incumplimiento del constructor.-** Porque si el **incumplimiento total o el cumplimiento retardado (tardío) o defectuoso proviene del constructor**, éste, sin lugar a dudas, **es responsable** de dicho incumplimiento o cumplimiento defectuoso, pero con consecuencias distintas, de acuerdo con el alcance del incumplimiento.

1º. **Derecho del comitente a la terminación del contrato y a la indemnización de perjuicios.-** Porque en caso de **incumplimiento total**, da lugar, de acuerdo con las reglas generales, a que el comitente no solo de por terminado el contrato, sino a exigirle al constructor la indemnización de perjuicios correspondiente (Art.2060, inc. 1º. y 2056 inc.1º. y art.870 C.C.), sin que éste pueda reclamar absolutamente nada en materia de perjuicios. Y porque en caso de **claro cumplimiento tardío** (por no haberle entregado totalmente, o por haberlo entregado parcialmente en el plazo convenido) **o defectuoso** (v.gr. en cuanto a la calidad, especificaciones, funcionalidad, etc.) por parte del constructor, si bien da lugar a que el comitente o dueño de la obra **“haga cesar el contrato”**, es decir, a que el comitente puede **“dar por terminado el contrato” con el derecho a solicitar la indemnización de perjuicios** de parte del constructor, quien a su turno, deberá soportar los suyos (sus propios perjuicios), de acuerdo con las reglas generales (Art.2060, inc. 1º., 2056 inc. 1º. y arts. 870, 822 C.Co. y 1546 C.C.).

2º. **Discusión sobre la obra entregada.-** Pero en el caso que **exista discusión sobre el carácter de la ejecución de la obra**, en donde el comitente alegue “no haberse ejecutado debidamente la obra” y, desde luego, el constructor la discuta, en este caso, a falta de acuerdo entre las partes para refacción o aprobación” (Art.2060, num.4 C.C.), ambas partes

deben someter **a peritos o a decisión judicial la diferencia**, la que, en caso de **ser justificada la objeción del comitente**, este tendrá un **“derecho de elección razonable”** (no arbitrario) a exigir que se haga de nuevo la obra (cuando es lo más razonable) o aceptarla restituyendo los materiales o su valor, o no aceptarla justificadamente, **absteniéndose de pagar su precio** (como se desprende implícitamente de lo dispuesto en el inciso 1º. del Art.2060 C.C. y en el numeral 2 del inciso B del Art.2057 C.C.) y solicitando la indemnización **de perjuicios pertinentes** (Arts.2060, inc. 1º. y 2059, inc. 2º. y 3º.C.C.). En tanto que en caso en que resulte **infundada la objeción del comitente o dueño de la obra**, porque la ejecutada resulte estar conforme a lo convenido en lo esencial, aunque sea susceptible de subsanación menor, allí el incumplido será el comitente y dueño de la obra, y, en consecuencia, **este será responsable de los perjuicios que le hayan ocasionado al constructor**, dejando a salvo los otros derechos, porque es bien sabido que el **“derecho al cumplimiento”** no solo incluye el **“derecho al cumplimiento debido”**, esto es, a **“la satisfacción de la prestación”**, en mutuo caso, **“la obra”**, sino también **“el derecho a reclamar la reparación**, el reemplazo u otra subsanación” (art.7.2.3 Unidroit), a la misma parte, y **“a suspender el cumplimiento de sus obligaciones propias”** (Art.7.1.5.(2) Unidroit) sin perjuicio de que, en caso de **incumplimiento del plazo adicional de subsanación (o el razonable)**, **pueda dar por terminado el contrato** y pedir el reconocimiento del resarcimiento del daño del retraso o del daño de los gastos de reparación (art.7.1.4 num.5 y art.7.1.5 num.3), así como el derecho a que, a la liquidación del contrato, se haga **la compensación** (art.7º. C.Co. y art.7.3.6. Unidroit).

- 3º.- **Derecho del constructor al pago de la obra.**- Sin embargo, **en estos últimos casos, de cumplimiento tardío o de cumplimiento defectuoso por parte del constructor**, este último, a pesar de la responsabilidad contractual en la que incurra por tal concepto, **siempre conserva “el derecho al pago de las obras ejecutadas”**, con tal que, en sí mismo, objetivamente sean **“útiles”**, es

decir, que representen una “utilidad objetiva y económica” (aunque, no las deseen) para el comitente, porque, en este evento, **“serán obligados a recibirlas y a pagar su valor”** tomando en cuenta “trabajos y materiales empleados” en forma proporcional al “precio estipulado para toda la obra” (Art.2062 C.C.) y, desde luego, a la “parte de la obra ejecutada”, lo cual lleva la **“obligación implícita de liquidar el contrato”** cuando sea necesario “calcular” el precio de la obra recibida (Art.822 C.Co. y art.2062, inc. 1º. C.C.).

4º.- **Derecho del constructor a la liquidación y pago de la obra.-** De allí que en el evento de que haya que hacer **“cálculo de lo debido”** por lo ejecutado, cualquiera que sea su causa (por entrega tardía, defectos u obras adicionales) y que para ello sea indispensable “liquidación previa del contrato”, el receptor de la obra, sea provisional o definitivo, tiene la obligación de hacer la liquidación del contrato conforme a lo pactado en el mismo (Art.2060 C.C.) o en convenio liquidatorio separado (como se desprende del inciso 1º. del Art.2060 y Art. 2058 del C.C.), o, en su defecto, mediante liquidación unilateral del que “encargó” la obra, a iniciativa del constructor o del comitente, tomando “en consideración el precio estipulado para toda la obra”, sin perjuicio del deber del comitente de pagar lo que justificadamente considere deber, y del derecho del constructor de reclamar judicialmente el pago del precio que justificadamente corresponda (arts. 870 y 822 C.Co. y Arts. 2060 nums.1 y 2 y 2062 del C.C.). Todo ello encuentra **su fundamento** en la necesidad de **evitar que el comitente se enriquezca injustamente de la obra** por el constructor, que, por incumplimiento de este, no pueda reclamar indemnización de perjuicios, pero que, en cambio, la obra queda en la propiedad del comitente y que, por lo tanto, lo enriquezca o le incremente su patrimonio. Por esta razón, se le impone al comitente, como regla general, la obligación de pagar el valor de las obras que, siendo **útiles**, lo enriquecen (Art.2062 C.C. y Art.8º. ley 153 de 1887).

b) **Incumplimiento del comitente.-** También generan responsabilidad contractual de este último.

1º. **Responsabilidad.-** En efecto, en caso de incumplimiento total o parcial del comitente, en la obligación del pago del precio, en la obligación de respeto de plazo para la vigencia de la entrega, en las obligaciones esenciales convenidas y, en general, en el respeto de la vigencia de lo convenido (con terminación ilegal), este último (comitente) asume su responsabilidad, por los daños ocasionados al contratante constructor.

2º. **Extensión.-** Ahora, dicha responsabilidad, de acuerdo con los principios de resarcibilidad e integralidad (recogido en los Arts. 7.4.1. y 7.4.2. Unidroit), no solo incluye la reparación del **daño emergente**, como la “pérdida” de lo que “valga el trabajo hecho” (Art.1614, 2060 inc.1º. y 2056 inc.2º. C.C.), esto es, la representada en la pérdida sufrida y los gastos adicionales de una operación de reemplazo (Art.7.4.5. Unidroit) y los gastos (7.4.8) para **reducir el daño** (no así aquel que no adoptó medidas razonables para evitarlo o reducirlo) (Art.7.4.8. Unidroit), sino también el **lucro cesante**, como “la ganancia o provecho que deja de reportarse” en “lo que hubiere podido ganar en la obra” (Arts. 1614, 2060 inc.1º. y 2056 inc. 2º. C.C.), esto es, la representada en la “ganancia privada”, incluyendo “cualquier ganancia que la parte perjudicada hubiera obtenido al evitar gastos o daños”, así como los “daños no pecuniarios” sufridos (Art.7.4.2. Unidroit). Sin embargo, **dichos daños deben ser ciertos y posiblemente previsibles** (Art.43 y 7.4.4. Unidroit) de tal manera que el mencionado lucro cesante ha de tener certeza jurídica, de acuerdo con “cierto grado de razonabilidad”, como sucede con “las pérdidas de expectativas probables”, cuantificables o no, correspondiendo en este último al “**Tribunal fijar el monto del resarcimiento**” (Art.7.4.3. Unidroit).

5.2.2.- **Derechos contractuales debatidos. (Interpretación del litigio).-** Por otra parte, los derechos contractuales de responsabilidad aquí debatidos **son los recogidos en las pretensiones, excepciones de mérito y en su relación**, cuyos alcances previamente se precisan.

1.- Pretensión de responsabilidad contractual por incumplimiento.- Conforme al Art.870 C.Co. la pretensión de responsabilidad contractual mercantil es aquella potestad que se le otorga a una de las partes cumplida o allanada a cumplir un contrato

(**Legitimación activa**), contra aquella parte incumplida (por falta o mora en el incumplimiento) del mismo contrato (**legitimación pasiva**), para que en caso de un **contrato bilateral**, en que este último haya incumplido previamente su obligación que le era exigible (**Causa petendi**), pueda el primero reclamar del segundo (**Petitum**) la resolución o terminación del contrato con indemnización de perjuicios compensatorios, como lo indica el Art. 870 del C.Co., o para simplemente pretender la indemnización de perjuicios, cuando se aduce que el demandado ha terminado ilegalmente el contrato.

2.- Excepciones de fondo.- Por su parte, las excepciones de mérito o de fondo, constituyen aquel medio de defensa mediante el cual la parte demandada aduce hechos u omisiones que impiden, alteran o extinguen los derechos alegados en la pretensión planteada por la parte demandante, tal como sucede con las excepciones de contrato no cumplido, compensación, pago y la genérica, etc.

3º.- Relación entre ellas.- De allí que aquella **pretensión de responsabilidad** contractual de un contrato mercantil de construcción requiera no solo los elementos antes mencionados, sino que la causa petendi se refiera a un contrato mercantil, cuyo incumplimiento por el demandado haya dado lugar a un daño contractual resarcible, y, desde luego, no haya sido enervada por la mencionada **excepción de mérito**, lo que a continuación **procede a estudiarse**.

6.-Análisis y crítica probatoria del sublite.- Ahora pasa el Tribunal de Arbitramento a hacer el análisis probatorio allegado debidamente al proceso, comenzando por el contrato, como presupuesto de la responsabilidad contractual, para luego abordar el estudio por separado de la petición indemnizatoria por incumplimiento y terminación ilegal del contrato y la petición de declaración de incumplimiento del pago del precio por obra ejecutada con indemnización de perjuicios.

6.1.- Contrato mercantil de obras civiles.- Primeramente debe señalarse que de acuerdo con los documentos aportados y el hecho 1º de la demanda y su contestación (Arts. 252, 276, 264, 194 y 200 C.P.C.), se encuentra acreditado el contrato No.007 del 21 de julio de 2010 entre la sociedad Constructora S.A., como dueña del proyecto o comitente, y la sociedad Modulart Ltda., como constructora, para la construcción de 40 piscinas en el Conjunto Campestre Tierra del Sol, a precio unitario, en un plazo de 12 meses contados a partir de la firma y del pago del anticipo; contrato este que, de acuerdo con las anteriores consideraciones, de un lado, se trata de un **contrato de obras civiles de carácter mercantil**, por cuanto se refiere a la construcción de las obras materiales de 40 piscinas que se efectúa entre **sociedades mercantiles dedicadas a la construcción**

(contrato de colaboración interempresarial) y, desde luego, presuntivamente idóneas en la actividad constructora de la colaboración y ejecución de ese tipo de contratos (Arts. 1º. 2º., 822 C.Co. y art. 2060 C.C); y que, del otro, sus obligaciones principales de la **realización de la obra contratada** en un plazo de 12 meses y **la del pago del precio** correspondiente, de acuerdo con el régimen sustancial arriba expuesto, no solo están acompañadas de otras obligaciones **legales** expuestas e implícitas, sino también de numerosos **deberes convenidos** (como los de pago de anticipo, suministro de energía y agua y otros deberes, así como los del pago de obras ejecutadas; etc.) que, **a juicio** de la parte demandante, se ha incumplido, dando lugar a las peticiones indemnizatorias indicadas en la demanda.

Pero para su mejor estudio, el Tribunal abordará el análisis por separado de la **supuesta responsabilidad por incumplimiento** y terminación ilegal del contrato, de aquella que se le atribuye **al no pago de obras ejecutadas**.

6.2.- Petición indemnizatoria por incumplimiento y por terminación ilegal del contrato.- Se procede a su estudio, previo el análisis correspondiente.

6.2.1.- Base probatoria y tacha de testigos.- Para este efecto, el Tribunal tiene en cuenta todo el acervo probatorio allegado al proceso, es decir, la prueba **documental** (Arts. 252, 276 y 264 C.P.C.), **testimonial** y las **declaraciones** de las partes en la demanda y contestación (Arts. 194 y 200 C.P.C.), sin perjuicio de las relevaciones de la carga de la prueba (Arts. 174 y ss. C.P.C.), por la **presunción legal** de culpa leve en caso de incumplimiento de los contratantes (Art.1604 C.C.). En tanto que no hay prueba pericial, debido a su disentimiento en la segunda audiencia de trámite.

Sin embargo, respecto de la prueba testimonial en su totalidad, a excepción del testigo Yesid Rodríguez, que **ha sido tachada de sospechosa** por la parte no solicitante, precisa el Tribunal Arbitral que “la sospecha testimonial” es aquella situación que eventualmente puede amenazar la imparcialidad de un testigo cuando exista la posibilidad de que ciertos factores puedan influir en su credibilidad y, consiguientemente, en la veracidad de su declaración, es por lo que la ley **no la califica como inhabilidad, sino de eventual tacha**: Lo uno, porque no hay una carencia de aptitud, como sucede en los casos del Art. 215 C.P.C.; y lo otro, porque la perturbación de la credibilidad y su declaración, es eventual, ya que esta puede existir o no, lo cual deberá analizarse en el momento de la valoración, lo cual implica el análisis conjunto del factor de sospecha, la declaración en sí y el influjo de aquella en esta o en parte de ella. Ahora bien, los factores que se han

aducido como sospecha son los de **relación contractual**, esto es, ser contratista de una de las partes (todos, menos la testigo M. J. Barbosa), tener una relación de **dependencia y parentesco** con los socios de una de las partes (la señora María de Jesús Barbosa Pardo); los cuales si bien se encuentran acreditados, ello no los inhabilita como testigos sino que son, **en principio**, los más idóneos para su aporte probatorio, pues son los que pueden tener mejor conocimiento sobre los hechos debatidos en el proceso, habida cuenta de su actividad dentro del proyecto Tierra del Sol al cual aquellos se refieren. Sin embargo, **en su apreciación** se tendrán en cuenta “las circunstancias del caso” (Art.218, inc. Fin. 232 y 187 C.P.C.), especialmente, el conocimiento directo del hecho y lo declarado objetivamente sobre ellos, a fin de determinar si son admitidos o no como prueba, y a fin de precisar, en el primer caso, el alcance pleno o limitado de su mérito probatorio, tal como se expondrá en su oportunidad.

6.2.2.- Análisis probatorio y sustancial.- Si bien es cierto que conforme a los documentos correspondientes que obran en el proceso y al hecho 1 de la demanda y de la contestación, está demostrada la legitimación activa y pasiva de las partes de este proceso, Modulart Ltda. y la Constructora la Reserva S.A., en su calidad de partes del contrato de obras civiles celebrado el 21 de julio de 2010, no es menos cierto que se hace necesario analizar la demanda y el acervo probatorio respecto de los hechos señalados como motivos de la causa petendi representada en los incumplimientos del anticipo, el suministro de energía y agua y la terminación ilegal del contrato. (Art.305 del C.P.C.), que involucran los demás incumplimientos atribuidos en la demanda a la demandada.

1.- Pago del anticipo.- Está probado que las partes pactaron el pago del anticipo del 40% del valor de la primera etapa de \$206.560.000, equivalente a \$82.624.000 (como se reconoce en el hecho 5 de la demanda y la contestación) y la señalaron como condición para la vigencia del plazo (como se confiesa en el hecho 2 de la demanda y de la contestación), lo cual lo corrobora la cláusula 5ª., 1ª. etapa., literal a) cuando expresa que el referido anticipo de \$82.640.000 “serían desembolsados” previa entrega del contrato y de la Póliza. Sin embargo, este Tribunal **encuentra demostrado su incumplimiento parcial** en \$42.624.000 (como aduce la demandante en el hecho No. 5), debido a que, solo aparece acreditado el **pago parcial de dicho anticipo**, sin que se encuentre la demostración del pago total. En efecto: Unos \$40.000.000, **aparecen demostrados mediante pago directo**, como lo confiesa la actora (hecho 5 de la demanda) (arts. 194 y 200 C.P.C.); en tanto que la otra suma de \$42.624.000, **no**

aparece acreditado mediante “abono a una promesa de venta de apartamento en Bogotá” (como lo dice la demandada en el 3.5. de la contestación), **cuya prueba no fue allegada al proceso**, y, más aún, también aparece incumplida la obligación de la demandada (como dice la demandante en el hecho 5 y en la petición 3.2. de la demanda) de que dicha suma sea abonada al precio de la compra de la casa No.18 (del Conjunto Campestre Tierra del Sol), que, a su vez, debía hacer la demandada a la demandante, pues no aparece prueba clara e inequívoca, de ella. **Esta conclusión se funda en que existiendo el derecho al pago del anticipo y habiéndose autorizado su pago mediante abono, no existe prueba clara e inequívoca de que se haya hecho, tal como se expone a continuación:**

A) Derecho al pago del anticipo.- La primera razón radica en que ciertamente, conforme al contrato de construcción de las piscinas de fecha 21 de julio de 2010, está acreditado (arts.279 y 265 C.P.C.) que **Modular Ltda. adquirió el derecho al pago del anticipo** mencionado de parte de Constructora La Reserva S.A.

B) Autorización de pago por abono.- La segunda razón es la de que si bien es cierto que el referido contrato de obra del 21 de julio de 2010 hablaba de desembolso de \$82.640.000 y no de la suma de \$40.000.000, y de que, como lo dice la demandante (en respuesta a la contestación No.3.5), **no existe prueba de autorización** para abono a la compra de un apartamento en Bogotá, de Modulart Ltda., a AMR Construcciones y Cía S.A., también lo es que, a pesar de que **previamente a esta fecha Modulart había autorizado** a la Reserva S.A. a pagarse el precio de la Casa No.18 con el valor de la construcción, o sea como anticipo o pago posterior., **tampoco aparece prueba inequívoca de que la demandada haya hecho dicho abono o, por lo menos, comunicado el mismo.**

En efecto, da cuenta este proceso arbitral que el 5 de junio de 2009 se celebra **una promesa de compraventa y el 10 de marzo de 2010 se le adiciona otrosí, entre Modular Ltda. y Constructora La Reserva S.A.,** como promitentes comprador y vendedor, respectivamente, **en la cual “Modulart Ltda. adquirió la obligación de pagar \$424.800.000 y autorizó a Constructora La Reserva, su pago con lo que recibiera en la construcción.** En tal virtud, se encuentra acreditado, que en la promesa de venta de la casa No.18 de la Constructora La Reserva S.A. a Modular Ltda., por valor de \$424.800.000, **se pactó que se pagaba a) “Con la ejecución del 59%, de la**

construcción de 35 piscinas; que tenían un valor total de \$720.000.000”; y b) “El saldo de la construcción del 41%, equivalente a \$295.000.000, se pagaría “en forma proporcional a las órdenes de pedido de las piscinas y de acuerdo con los compromisos de entrega con los clientes”. Luego, de acuerdo con lo anterior, **está acreditado** (arts.279 y 264C.P.C.) **que Modulart había autorizado a “La Reserva S.A.”** que el precio de la casa No.18 **se “pagará” (el contrato dice imperativamente “se pagará”)** con el 59% del valor de la construcción de las piscinas de \$720.000.000, esto es, los \$424.800.000. Por lo tanto, **se convino una “autorización de tomar el valor de la construcción** “para el pago del precio de dicha casa. Pero como quiera que el valor y pago de la obra se causaba a medida que se efectuara la construcción, entonces el **convenio** para tomar ese valor como pago del precio de la casa, **también se refería a cualquier cantidad o suma** que se causara en el precio de la construcción, **porque dicho pacto no hace distinción alguna**. De allí que, en virtud de dicho convenio, La Constructora la Reserva S.A. **estaba autorizada para abonar al precio de la casa No.18**, cualquier suma que se causara por razón de la construcción, bien sea como anticipo, como consecuencia de la entrega o como efecto posterior a esta. **Por lo tanto, Modulart Ltda. facultó a Constructora La Reserva S.A. para cancelar los anticipos y pagos contra entrega, mediante los abonos de su valor al pago del precio de la casa No.18 prometida en venta.**

Ahora, si bien posteriormente, el 21 de julio de 2010, se pactó el pago de un anticipo del 20% del valor total (\$206.560.000), equivalente a \$82.624.000, que podría entenderse, como es **usual en estos contratos de construcción de obra, como un medio de financiación que deba pagarse en efectivo para poder adelantar la obra, lo cierto es que, en el caso sub examine, el comportamiento de las partes confusamente sugiere lo contrario**, ya que precisamente el 20 de marzo de 2010, es decir, cuatro meses antes de dicho contrato se firma un “OTROSI” que reitera las “condiciones y cláusula” de la mencionada promesa, y que posteriormente el 15 de junio de 2011, es decir, once meses después de dicho contrato de construcción, acuerdan un “Otro sí” para firmar la escritura pública de cumplimiento de la promesa de venta de la casa No.18, es decir, bajo las mismas “cláusulas y condiciones”, o lo que es lo mismo, que el precio de la casa No.18 prometida en venta se pagara mediante abono del valor de la construcción. **Es decir, antes y durante el contrato de construcción, las partes por medio de dicha promesa insistieron en el pago mediante abono del valor de la**

construcción. De allí que **si las partes hubiesen querido exonerar** del abono al precio de la casa No.18 el pago total del valor de los anticipos, es decir, que se pagaren en efectivo y no con la construcción, lo hubiesen pactado expresamente; pero no, se reiteró que con el precio de los primeros “59% de la construcción de 35 piscinas”, sin distinguir la forma de su pago, se pagaba parte del precio de dicha casa No.18. Ahora, como quiera que **el aspecto de un contrato**, aquí el del anticipo de un contrato de construcción, “también puede interpretarse”, (art.822 C.Co. y art. 1622, inc.3º.C.C.) **por “las cláusulas de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia”**, aquí la cláusula de destinar el valor de la construcción al pago del precio del inmueble prometido en venta, no puede menos que entenderse que tanto **el valor del anticipo como el valor de la obra entregada, podía cancelarse mediante el abono mencionado.**

C.- Pago parcial pendiente mediante abono.- La tercera razón radica en que, al momento de la causación de las diferentes partes del precio de la construcción, en que si bien Constructora **La Reserva S.A. estaba facultada para tomar el pago del anticipo y de las obras ejecutadas, para abonarlo al pago del precio de la casa prometida en venta, también lo es que no hay prueba inequívoca de que lo hubiera hecho y alegado.** De allí que no se **encuentre acreditado el pago total del anticipo, sino en forma parcial en efectivo (\$40.000.000);** ya que la suma restante (\$42.624.000) no aparece demostrada como pagada, ni aún mediante abono en cuenta, pues no hay prueba inequívoca de ello. Además, tampoco aparece abonado el saldo de los suministros y obras adicionales (\$42.689.472 que indica el hecho 6 de la demanda).

En efecto, cuando la demandada al contestar el hecho 5 de la demanda afirma que “fueron abonados a un negocio de compraventa sobre un apartamento en Bogotá” (3.5), **emite en declaración de parte perfectamente divisible (art.200, inc.2º. C.P.C.)** en dos partes: En lo que atañe al pago mediante “abono”, que lo acepta, y en lo que toca con su imputación al pago de otra obligación del precio de un apartamento en Bogotá, que no se encuentra probado; y, más aún, tampoco aparece demostrado el abono que debió hacerse al pago del precio de la casa No.18. **De allí que, a pesar de la declaración de la demandada de haber pagado parte del anticipo mediante abono, este abono no aparece acreditado:** Ni a la promesa de venta de un **apartamento** en Bogotá, cuya prueba no se allegó al plenario; ni a la promesa de venta **de la casa No.18**, porque ella no lo dice. En cambio,

por medio de la prueba documental aportada al proceso, solo se encuentra acreditada (arts.279 y 264 C.P.C.) la obligación de hacer dicho abono, por valor de la obra construida, el cual debe imputarse como pago de la deuda existente (art.1654 C.C.) del precio de la promesa. Ello, por lo demás, coincide con la voluntad de la demandante en los hechos 5 y 6 (en armonía con los hechos 10 y 25) y la petición 3.2 de que dichos valores deban ser abonados al precio de dicha casa No. 18, a lo cual, por supuesto, se accederá, en la parte resolutive del presente laudo.

Sin embargo, con este reconocimiento de la obligación de efectuar el pago del anticipo del contrato de construcción, mediante abono a dicha obligación del precio de la casa No.18 prometida en venta, este Tribunal solo **juzga el cumplimiento de aquel contrato de construcción** en dicha obligación de pagar su precio, pero deja en claro que, a pesar de la relación entre el contrato de construcción subexamine y la promesa de venta de marras, no hace **pronunciamiento alguno sobre la incidencia del no abono del valor de la construcción en el pago del precio del bien prometido en venta y, en general, no hace pronunciamiento sobre el cumplimiento o no de la misma promesa de venta, y de sus respectivas consecuencias contractuales, pues ello es ajeno a su competencia.**

2.- Suministro de energía y agua.- Cuando la cláusula octava del contrato 007 de 2010 señala que a cargo del dueño de la construcción está **“la obligación de garantizar las condiciones de suministro eléctrico, iluminación y demás donde el contratista no tenga injerencia alguna para tomar decisión”**, su cumplimiento o no depende de su **alcance y del acervo probatorio** pertinente, que el Tribunal pasa a analizar.

A) Alcance de la obligación.- En efecto, la citada obligación de energía y agua que se aduce en la demanda a cargo de la demandada, debe **entenderse**, de acuerdo con las normas legales pertinentes (Arts. 822 C.Co. y 1618 y ss. C.C.), que se trata, de una parte, de una obligación a cargo del dueño del proyecto consistente en “dar garantía” o “seguridad” de energía y agua, la cual, desde un punto de vista gramatical, como prestación de garantía, **implica la prestación de permitir el acceso común de dicho servicio** con los puntos correspondientes, sin que ello comprometa **un acceso especial para la prestación** misma del servicio, **pues para ello se requiere pacto expreso, que aquí no existió**; y de la otra, que teniendo en cuenta la intención de los contratantes, la

ejecución del contrato, la naturaleza, finalidad y uso contractual, dicha obligación también tiene igual significación.

B) **Alcance contractual.-** En efecto, tal como lo **demuestra** (Art.252, 279, 187 y 232 C.P.C.) **el contrato mencionado** y las declaraciones de los testigos Alvaro Sneider Luna, Alfredo Muñoz, Andrés Gómez Garcés, María de Jesús Barbosa Luis Eduardo Céspedes, Erasmo Serna, William Pardo y Fernando Cifuentes, el constructor Modular Ltda. sabía previamente que en el sitio, por ser **un proyecto de construcción (Tierra del Sol) campestre**, no poseía muchas conexiones de energía y que el agua era la de dos arroyos cercanos al lugar y que, por lo tanto, **el dueño del proyecto le había informado que había un punto común** para el acceso de los contratistas a energía, con la posibilidad de acceso al agua, que requirieran, lo cual **indica para el Tribunal la posibilidad de cumplimiento que tenía Modular Ltda.**, bien sea mediante la obtención de los servicios por sí mismo con recursos propios, o bien mediante aprovechamiento, si fuere el caso, del punto de acceso común dispuesto por el dueño del proyecto. Y porque, teniendo en cuenta la **naturaleza, finalidad y usos o prácticas** en contratos de obra, si bien dicha obligación **de acceso al suministro resulta necesaria para realizar la construcción u obra**, lo cual es indiscutible, según la práctica común (como se desprende de las declaraciones de los testigos mencionados, especialmente los de Alfredo Muñoz, Andrés Gómez, William Pardo y Fernando Adolfo Cifuentes), también lo es, que por su carácter de obligación de resultado (la de construcción de las piscinas), **la obtención de esa energía y agua corresponde al constructor, para cuyo cumplimiento puede aprovecharse del deber de colaboración del dueño del proyecto en la solicitud y obtención de los puntos comunes de acceso**, o de los especiales pactados o, en su defecto, porque falta o es insuficiente, debe acudir a recursos y medios propios para tal efecto, sin perjuicio de los gastos adicionales que hubiere hecho.

C) **Disponibilidad de acceso.-** Por otra parte, también, encuentra el Tribunal que el dueño del proyecto, aquí demandado, en **cumplimiento de la citada garantía** solicitó **diligente y afortunadamente** la instalación del servicio a la Empresa EMSA, y **cuya demora en la respuesta**, debido a la necesidad de movimiento de redes de energía (como lo expresara el testigo Andrés Gómez Garcés) supuestamente retrasó la actividad del constructor (como lo confiesa este último en el hecho 9 de la demanda); pero da cuenta el acervo de

declaración de testigos (especialmente la de Andrés Gómez, Luis Edo. Céspedes, William Pardo, Erasmo Serna y Fernando Alonso Cifuentes) que desde sus inicios hubo un punto de acceso a energía para todos los contratistas, y que en oficio del 14 de marzo de 2011 se le informó a Modular que hay “una disposición provisional que ha sido utilizada por los demás contratistas y adicional al suministro de agua”. De allí que tal **demora en EMSA no solo no causó** ningún retraso en Modular, sino que, en el evento de haberlo sido, sería un hecho de un tercero, oportunamente (14 de marzo de 2011), comunicada al constructor, que tampoco justificaría su retraso, tal como lo admiten los principios y la doctrina (Art.7º.C.Co. y Art.6.1.15 Unidroit). En efecto, oportunamente el dueño del proyecto **le recordó al constructor la disponibilidad del punto común de acceso a energía y agua**, lo que admite (Oficio 14 de marzo de 2011), de manera que si lo consideraba insuficiente ha debido obrar con diligencia acudiendo al servicio por medios propios, como lo hizo posteriormente, o a falta de ello, ha debido proceder a plantear la controversia sobre la interpretación para su correspondiente solución adecuada.

De allí que para este despacho, aquel deber del dueño del proyecto de obtener la autorización y ejecución de los puntos de conexión de energía y agua, fue cumplido y ejecutado **sin “ninguna demora injustificada”** y sin que ninguna de las partes haya dado por terminado el contrato (Art.7º. C.Co. y Arts. 6.1.15 y 6.1.16 Unidroit) y sin que Modular Ltda. haya considerado la tenencia y mucho menos haya aducido el derecho para suspender el incumplimiento (Art.7º. C.Co. y Arts.7.3 y ss. Unidroit), que, por lo demás, no era factible, porque dicho constructor habría podido cumplir de otra manera (como se desprende del Art.6.14, en virtud de la aplicación del Art.7º. C.Co.), esto es, acudiendo a recursos propios, como plantas eléctricas y carrotanques, sin perjuicio de reclamar el reembolso de los gastos adicionales (Art.7.4.8 Unidroit).

D.- Conclusión.- De todo lo expuesto, este Tribunal concluye que solo hubo **incumplimiento por parte del dueño de la obra en el pago total del anticipo, pues solo hubo pago parcial**, más no lo hubo en la obligación del suministro de agua y energía.

Lo primero significa, tal como se verá más adelante, que aquel incumplimiento parcial del anticipo, si bien pudo afectar el plazo inicial pactado, cuestión que, como se indicará posteriormente, es irrelevante; lo cierto es que tal

incumplimiento para nada incidió en el plazo adicional de reparación, ni tampoco en la terminación legal del contrato por el dueño de la obra. Más aún, observa el Tribunal que si por este incumplimiento parcial, el demandante podía reclamar una reparación especial, debido a su exigibilidad anticipada, también lo es que aquí solo se pide su reparación dentro del valor total de la obra ejecutada entregada el 18 de julio de 2011 (hecho 10 y petición 3.2 de la demanda), razón por la cual el resarcimiento por este incumplimiento parcial solo se hará dentro del acápite de la indemnización por obra ejecutada.

En tanto que lo segundo, indica que no habiendo incumplimiento en el suministro de energía y agua, y siendo el retraso de la Empresa de Energía y Acueducto un impedimento ajeno a su control (Fuerza mayor), superable por medios propios, que lo exoneraba temporalmente (Art.7º. C.Co. y Art. 7.4.7 Unidroit), también le permiten concluir a este Tribunal, que tampoco hay lugar entonces al resarcimiento solicitado por este motivo.

3.- Terminación del contrato.- Seguidamente procede el Tribunal de Arbitramento a determinar los motivos señalados en la demanda como causa petendi de la terminación del contrato por parte del dueño del proyecto (la demandada), a su juicio, ilegal, como fundamento de la pretensión indemnizatoria, especialmente la **de lucro cesante de las etapas 2, 3 y 4 del proyecto**, recogidas en las peticiones 1 y 2 de la demanda.

A) **Plazo del contrato.-** En primer término, si bien, de acuerdo con la prueba documental del contrato y la confesión de las partes contratantes, este despacho encuentra probado (de acuerdo con los Arts.252, 279, 194 y 200 del C.P.C.), **que el plazo pactado fue de doce (12) meses**, contados a partir de su firma el 21 de julio de 2010 y del pago del anticipo (tal como se reconoce en los hechos 2 y 1 de la demanda y de la correspondiente contestación), también lo es, como antes se dijo, que dicho **anticipo solo fue cancelado** parcialmente, en ese momento, parte en pago parcial directo en la suma de \$40.000.000, quedando entre dicho el plazo inicial entre el 21 de julio de 2010 y el **21 de julio de 2011**, debiéndose haber revisado 3 días antes (18 de julio de 2011) para la entrega de la “correspondiente obra contratada”. Pero como quiera que durante el contrato no se adujo la suspensión o ampliación del plazo (art.7º. C.Co. y art.7.1.3 de Unidroit), sino que, por el contrario, se hizo entrega de la obra dentro del mismo (18 de julio de 2011), el Tribunal, de acuerdo con la aplicación

práctica de dicho contrato (arts. 822 C.Co. y art.1622, inc. final C.C.), concluye que el plazo inicial convenido de doce (12) meses, en la práctica, se mantuvo, cuyo alcance, como se precisa más adelante, solo se refiere a la primera etapa.

B) Deberes del comitente o dueño del proyecto.- En segundo término, seguidamente procede el Tribunal a estudiar cada uno de los **motivos de incumplimiento de los deberes atribuidos a la parte demandada** por la demandante, que, a su juicio, de un lado, justifican **la no entrega de la obra de la calidad pactada en el plazo convenido, habiéndose terminado ilegalmente;** y que, del otro, también a su juicio, son motivos que también sustentan la pretensión indemnizatoria de lucro cesante. **Tales motivaciones se reducen al plan de obras, a las obras adicionales, coordinación del proyecto y calidad de la obra, que pasan a analizarse.**

a) **Plan de obras.-** En este sentido, da cuenta el expediente que cuando el **contrato se refiere a dicho plazo**, sin hacer distinción alguna, no hace otra cosa que vincular a dicho plazo a “todas las obras de dicho contrato”, sujetándose, como dice su texto, a la **programación de obra preestablecida** para el proyecto, esto es, a la ya establecida para el proyecto, la cual no era otro que en 12 meses, que, según lo expresan los testigos (especialmente el testigo Andrés E. Gómez Garcés, quien afirma que esta obra estaba amarrada al proyecto) era el plazo para la primera etapa, **cuya programación no solo existía** sino que también era supervisada adecuadamente por el coordinador del proyecto, Andrés E. Gómez G., tal como se desprende, entre otros, por la comunicación de 27 de diciembre de 2010, 20 de enero, 7 de febrero, 14 de marzo, 4 y 19 de abril y 18 de julio de 2011, a los cuales también se alude más adelante. Ahora, **si bien, es cierto que las obras**, como estas y otras, **suelen ejecutarse en etapas, en este caso en cuatro etapas**, como lo reconocen las partes en la demanda y contestación, y en ellas es necesario que vayan concretándose el lugar y circunstancias de las obras contratadas (40 piscinas), **también lo es que**, en virtud del principio de cooperación contractual (reconocido por el Art.5.3 Unidroit), **antes de vencerse o una vez vencida la anterior etapa, al constructor le correspondía**, como parte implícita de su obligación de construcción, **el deber de cooperación de reclamar** del dueño de la obra **dicha indicación**, (v.gr. piscina, lugar, condiciones, etc.) e igualmente al dueño de

la obra le correspondía el deber de cooperación de hacerlo para contribuir a su realización.

De allí que si bien el dueño de la obra no tenía entonces programada las futuras etapas 2, 3 y 4 siguientes, no lo es menos que el constructor tampoco le solicitó que la hiciera.

b) **Obras adicionales.**- De igual manera, tampoco encuentra este Tribunal que le asista razón a la parte demandante, en cuanto al incumplimiento atribuido a la parte demandada sobre la interferencia en el cumplimiento del plazo. En efecto: En cuanto las **obras adicionales autorizadas, por la sociedad demandada**, si bien es cierto que ellas corresponden a una facultad legal del comitente o dentro de la obra, de acuerdo con el numeral 1 del Art.2060 del C.C., y que ellos consistieron en los hechos 6 y 7 de la demanda y contestación, también lo es que, ., del acervo probatorio, se establece que dichas obras **no alteraban ni alteraron el curso normal** de la construcción, y, mucho menos, la alteraron en tal magnitud que no podía cumplirse con el plazo pactado.

c) **Coordinación de trabajos.**- En cuanto a **las deficiencias en la coordinación de los trabajos y la interferencia de otros contratistas** en el desarrollo de la obra (especialmente, en materia de agresiones, etc.), el Tribunal no solo encuentra su coordinación quincenal y mensual (tal como lo indica el testigo Andrés E. Gómez G), sino que también **echa de menos prueba tanto de la referida deficiencia como de la gravedad e intensidad de ellas**, con capacidad de alterar el desarrollo de los trabajos; ya que, debido al carácter empresarial del dueño de la obra y a la existencia de un proyecto con la participación de varios contratistas, no puede menos que presumirse, dentro de lo que ordinariamente ocurre, que tiene un desarrollo armónico, sin perjuicio de las normales pero superables necesidades, diferencias y controversias en la participación simultánea o sucesiva en el desarrollo de la obra, tal como dijo el testigo Andrés Gómez.

d) **Calidad de la obra.**- En lo que toca con las deficiencias en la **“calidad de la obra entregada”**, precisa el Tribunal, el acervo probatorio pertinente:

1º. **Ausencia de prueba técnica (Experticio).**- En efecto, en este proceso **no hay prueba técnica** que permitía

su valoración, porque además de haber desistido la parte demandante del **dictamen pericial** por ella solicitada y decretada; por su parte, **el experticio aportado** por la parte demandada tampoco tiene el carácter de dictamen, por no reunir los requisitos del Art.116 de la ley 1395/10, ni dar lugar a peritazgo (Art.10 ley 446 de 1998). Dicho experticio tampoco es un testimonio técnico, porque no ha sido incorporado como tal (arts.226 y ss. C.P.C.); ni un documento técnico, porque no es emanado de una de las partes sino de un tercero de contenido declarativo no ratificado (art.277 C.P.C.), por lo que este experticio solo puede **considerarse como “alegaciones” de la parte demandada** (Art.238 num.7 C.P.C.), **que, si bien refuerzan la argumentación de la defensa de esta, también lo es que probatoriamente, que es lo que aquí se analiza, nada aporta.**

- 2º. **Pruebas de la obra defectuosa (Documental y testimonial).**- De allí que para tal efecto el Tribunal acuda **al acervo probatorio documental y testimonial** allegado al proceso: De una parte, la prueba **documental cruzada** entre el Ingeniero Andrés E.Gómez Garcés, coordinador del proyecto y encargado de la supervisión de los trabajos y la demandante Modulart Ltda., corroborados testimonialmente por aquel, señala los daños en el concreto y la **necesidad de reparación de las piscinas de las casas 4 y 2** (con la de 27 de diciembre de 2010); la **escasez de personal** (solo dos) para los trabajos (carta del 20 de enero de 2011); la **amonestación por el retardo** en la entrega de las piscinas de las casas 3, 4, 5, 7 y 15 (carta del 7 de feb/11); **el anuncio oportuno** de que la demora de EMSA “no es excusa para ir adelantando los diferentes trabajos de instalación de las piscinas” (carta del 14 de marzo/11); la existencia de **filtración** y falta de **reparación de la piscina de la casa No.14** (cartas del 4 y 19 de abril/11). Y coincide con ella, la carta del 13 de jul/11 del Ingeniero Alfredo Muñoz, corroborada en su testimonio sobre **10 puntos críticos** de las piscinas, atinentes a la estructura de 4 cms. cuando debió ser de 10 cms; la **falta de información** de las deficiencias de las cabezas de las piscinas y los jacuzzis para su extensión de amarres, el cambio de marca de equipos de Pentair por Emaux, el deficiente funcionamiento de los Jacuzzis, las afectaciones consecuenciales de la

estructura, los defectos en los bordes de 60 y no de 90 grados, etc. Y, de la otra, en la **prueba testimonial allegada** a este proceso, en el cual, de un lado, aparece demostrada con las **observaciones hechas por el dueño de la obra**, tal como aparece en el documento del 18 de julio de 2011⁽²²⁾ del Coordinador del Proyecto AMR Construcciones, firmado por el Ingeniero Andrés Ernesto Gómez sobre la necesidad de revisión de equipos o incumplimiento en las piscinas de las casas 3, 4, 5 y 15; y, del otro, como una serie de defectos señalados por los testigos Alvaro Sneider Luna, Andrés E. Gómez, William Pardo Ardila, Fernando Adolfo Cifuentes y Yesid Rodríguez, **como los de NO ANCLAJE de las varillas de sostenimiento de los tubos, el arrugamiento y desamarres de algunas telas (Lener) de las piscinas, el doblamiento de ciertos paneles, las filtraciones en piscinas, los defectos en calidad de filtro en la casa No.14, la no aplicación de técnicas indicadas en los planos, y la omisión de comunicación a la Reserva S.A. para las observaciones sobre los cuartos de máquinas, playas (andenes), y rompeolas.**

²² *En el acta de recibo parcial del 18 de julio de 2011 no solo se deja constancia del funcionamiento de 11 piscinas y 22 jacuzzis, así como ciertos arrugas no atribuibles a Modulart (casas 2, 4, 5 y 7) sino también la salvedad de los siguientes "compromisos adquiridos por la firma MODULART y la CONSTRUCTORA LA RESERVA S.A. los cuales serán resueltos dentro de los próximos 30 días calendario.*

*-El contratista se compromete a hacer revisión de todos los equipos de limpieza de las piscinas para mirar su estado y revisar si el manejo que se le ha venido dando a los equipos es el correcto. Adicionalmente se llevará a cabo nuevamente capacitación al personal encargado del manejo del sistema de limpieza; **Casa No.3:** ° Se presenta arrugas tanto en playa como en el fondo de la piscina para los cuales se deberá bajar el nivel de agua y se procederá al ajuste del LINER hasta que desaparezcan las arrugas. ° Se llevará a cabo reparación del acabado interno del desnatador, aclarando que la falla presentada en este ítem no es atribuible al contratista. ° Hacer revisión del acabado de los Aerojets del Jacuzzi.--- **Casa No.5:** ° Revisar arrugas Jacuzzi en bordes de escalón. ° Se presenta filtración de agua por la ubicación del desnatador la cual está muy baja debido a problemas que se generaron al momento de la localización de las piscinas, lo que no es responsabilidad del contratista. El contratista plantea subir el desnatador para tal trabajo es necesario colocar un parche al LINER que ya esta perforado, procurando al máximo dar el mejor aspecto estético y sellado del mismo.----- **Casa No.15:** ° El personal encargado del conjunto llevará a cabo revisión de los niveles de filtración de la piscina para informar al contratista y solicitar revisión en caso de ser necesario.---- **Villa No. C4:** ° Se continúan presentando filtración de agua pero no se tiene claro a qué se debe, por lo cual el contratista realizará una inspección para buscar solución a este inconveniente.----- La constructora se compromete a programar y coordinar con el contratista los trabajos necesarios para la reparación de las playas de las piscinas".*

En cambio, **no hay prueba que la calidad convenida de las obras entregadas y recibidas parcialmente, hayan correspondido totalmente a las especificaciones**, ni que hayan cumplido **los compromisos de corrección**, salvo la declaración de María de J. Barbosa Pardo, que, **por no haber participado en la ejecución del compromiso**, por no haber vuelto la Empresa a los trabajos (como está demostrado), **mal pudo conocer y mucho menos si las reparaciones fueron hechas por Modulart o no**. Por el contrario, los testigos Alvaro Sneider Luna y William Pardo señalan que dichos defectos condujeron a rehacer andenes y playas; y el testigo Andrés E. Gómez declaró que **los de Modular no volvieron y no hicieron las correcciones**.

C. Incumplimiento del deber del constructor de entregar la obra de la calidad contratada en el plazo convenido.-

Ahora, si el plazo convenido de 12 meses del contrato, que comenzó el 21 de julio de 2010 (confirma y pago de anticipo) terminaba el 21 de julio de 2011, se refiere a la prestación debida, **el Tribunal tan solo encuentra un cumplimiento defectuoso**.

a) **Plazo convenido.-** En efecto, si bien es cierto que el contrato tiene por objeto la construcción y entrega de 40 piscinas y establece un plazo de 12 meses, es preciso entender que, **por tratarse de un contrato subordinado a un proyecto general de construcción**, no solamente dicho contrato sino también su plazo, se encontraban igualmente subordinados a su programación en cuatro etapas, razón por la cual **dicho plazo inicial ha de referirse**, como lo dicen los testigos (especialmente el coordinador del proyecto Andrés E. Gómez G.), **a la primera etapa**, que eran de 10 piscinas más una piscina adicional y otras obras adicionales, tal como lo aceptaron implícitamente las partes con sus conductas (concluyentes) de entrega y recepción de obras el 18 de julio de 2011, esto es, tres días antes del vencimiento (art.822 C.Co. y art. 1622 C.Co.). Por lo tanto, desde el **punto de vista temporal no hubo incumplimiento por parte del constructor, porque hizo entrega provisional de las obras convenidas inicial y posteriormente**.

b) **Cumplimiento defectuoso.-** Pero, en cambio, como el contratista estaba obligado a cumplir con los

trabajos encomendados y, ante todo, “a entregar las obras ejecutadas, debidamente aprobadas por la interventoría y el contratante” (cláusula novena Num.15), de acuerdo con las especificaciones (cláusula segunda), al no efectuarse de esta forma, se saca como consecuencia que hubo incumplimiento en la conclusión y calidad de dichas obras, es decir, hubo un cumplimiento defectuoso, que, según el acta de 18 de julio de 2011, se referían al funcionamiento de todos los equipos y los defectos de las piscinas de las casas 3, 4, 5 y 15 y que, al decir de los testigos Andrés E. Gómez G. (coordinador el proyecto), William Pardo Ardila, Fernando Adolfo Cifuentes y Yesid Rodríguez, se refieren al no anclaje de las varillas de sostenimiento de los tubos, al arrugamiento, a los desamarres de las telas de las piscinas (Liner), a las filtraciones y defectos en filtros en la casa No.14 y a la no aplicación de las técnicas acordadas.

c) **Incumplimiento de compromiso de reparación.-** Sin embargo, en desarrollo de la flexibilidad de la ejecución contractual, tales defectos recogidos el 18 de julio de 2011, y que, independientemente de sus causas (como los de poco personal, ineficiente estabilidad y organización del mismo, no pago de salarios y deficiente técnica, como lo afirman los testigos Andrés Gómez, María de J., Barbosa, Luis Céspedes y William Pardo), **eran defectos, como dijo el testigo Andrés Gómez G. subsanables**, porque se pensaba continuar con Modular Ltda., por lo cual, como aparece en el acta de entrega, se le concedió “30 días calendario” (Ver cita a pie de página No.22); pero, como dice aquel testigo, no sabe **porque desapareció y no cumplió los compromisos mencionados**, lo que, según el testigo Yesid Ramírez **perjudicó y demoró la comercialización y venta** de las casas con las respectivas piscinas, dando lugar entonces, a que el 2 de septiembre de 2011 “La Constructora La Reserva S.A.” le diera por terminado unilateralmente el contrato, **PORQUE DICHA ENTREGA PROVISIONAL DEFECTUOSA NO LE ELIMINÓ O SUPRIMIÓ EL DERECHO A DICHA TERMINACIÓN CONTRACTUAL, PUES EL CONTRATANTE TENÍA LA FACULTAD DE DAR POR TERMINADO UNILATERALMENTE EL CONTRATO, CUANDO QUIERA QUE “EL CONTRATISTA HUBIERE**

INCUMPLIDO EL CONTRATO EN CUALQUIERA DE SUS OBLIGACIONES” (CLÁUSULA DOCE).

- d) **Intrascendencia de la reclamación del seguro.-** Para el Tribunal la anterior conclusión probatoria **no resulta desvirtuada por la no reclamación exitosa de la demandada a la compañía de seguros**, porque, además de tratarse el contrato de seguro de una relación contractual **inoponible contra las partes** de este litigio (arts. 802 C.Co. y art. 1602 C.C.); **no existe relación causal** entre la ejecución del contrato de seguro y la ejecución del contrato de obra, sino al contrario, este es el que influye en aquella. En efecto, ello se debe a que, de un lado, porque siendo **principal la responsabilidad del constructor** y accesoria la de la compañía de seguros, aquella existe autónomamente con independencia de ésta; y, del otro, porque siendo el Seguro una mera garantía de dicha responsabilidad, es facultativo del damnificado hacer uso de ella o no, e, incluso, renunciar a ella. Luego, **es intrascendente sustancialmente la no reclamación o negación del seguro, en el establecimiento de la responsabilidad contractual del constructor.**

6.2.3.- Conclusión final.- Luego, conforme a lo anterior la conclusión es parcialmente adversa a la petición analizada.

A) Conclusión sobre petición indemnizatoria. Es positiva en lo del anticipo y negativa en lo del lucro cesante, tal como se indica a continuación.

a. Conclusión positiva en lo del anticipo.- Como quiera que no aparece acreditado el pago del anticipo en la suma de \$42.624.000 mediante pago directo, ni mediante prueba concluyente de su abono, la **reclamación del pago del anticipo impagado ésta llamada a prosperar**, pero como parte del precio de la obra ejecutada y entregada el 18 de julio de 2011, tal como ha sido solicitada.

En efecto, interpretada la demanda en el hecho 10 y la petición 3.2, la demandante no solo incluye expresamente en “el valor de la obra ejecutada”, que desde luego se encuentre probada, **todos los valores de la misma**, a la fecha del 18 de julio de 2011, sino que reclama todos los perjuicios por “el incumplimiento” del contrato, desde luego, en esa suma liquidada. De allí que no solo la reclamación del pago del anticipo no pagado y de su correspondiente

lucro cesante, se encuentre incluido dentro del citado valor de la obra ejecutada y del lucro cesante correspondiente.

Siendo así las cosas, este Tribunal, **en virtud de la congruencia que debe respetar** (art.305 C.P.C.), accederá a dicha petición, dentro del valor de la obra ejecutada y probada, tal como se dirá más adelante. Y por el mismo deber de congruencia, no hará pronunciamiento sobre perjuicios por el no pago parcial de anticipo antes de la entrega del 18 de julio de 2011, en vista de no haber sido pedido con la particularidad del caso, pero que, por lo demás, se acompasa con la no prosperidad de los perjuicios de comercialización (por falta de concreción) que, a juicio del testigo Yesid Ramírez, ha sufrido el dueño de la obra por su retraso.

- b. Conclusión negativa de la petición de lucro cesante por terminación contractual. Excepciones de mérito.-** En tanto que como quiera que la parte demandada **no solo cumplió** con la obligación de suministro de energía y agua y demás deberes contractuales, sino que también hizo **uso de sus facultades** del dueño del proyecto, especialmente la de **dar por terminado legalmente el contrato por no entregar el constructor la obra en la calidad convenida**, ni de su proceder a su **reparación en el plazo adicional pactado (30 días)**, queda, entonces, sin **fundamento fáctico y jurídico alguno**, la petición de indemnización por incumplimiento del demandado de sus deberes, y la de indemnización por la terminación ilegal del contrato efectuada el 2 de septiembre de 2011; y, por consiguiente, **también queda sin fundamento la responsabilidad por tal concepto y la reparación del lucro cesante solicitado en lo dejado de percibir en las etapas 2, 3 y 4, recogida en las peticiones 1 y 2 de la demanda.** En otros términos, siendo legal la terminación del contrato en la primera etapa, por incumplimiento en la calidad de la obra entregada e incumplimiento de su reparación en el plazo adicional, carece el demandante de derecho a reclamar indemnización por el lucro o ganancia que se deja de obtener en las etapas posteriores a la terminación legal del contrato, porque no habiendo contrato tampoco hay derecho a lucrarse en un contrato que legamente dejó de existir.

Por lo tanto, el Tribunal también queda exonerado para estudiar las **excepciones de mérito** con relación a dicha petición.

Por consiguiente, se absolverá a la demandada de esta petición.

B. Ausencia de sanción pecuniaria.- De allí que sea **inane la averiguación** por la prueba de dichos perjuicios y, dentro de ella, por el juramento estimatorio y demás medios de convicción: De un lado, porque, sin abuso en la estimación, le es favorable en lo pedido y probado en lo del anticipo; y, del otro, porque como se verá más adelante, no siendo favorable al demandante ni irrazonable esta petición indemnizatoria, por dicho lucro cesante, tampoco hay lugar a la sanción del art.211 del C.P.C. (art.10, ley 1395 de 2010).

6.3.- Peticiones indemnizatorias por obras ejecutadas.- Previo análisis jurídico probatorio pertinente, este Tribunal procede al estudio de las citadas peticiones indemnizatorias.

6.3.1.- Análisis probatorio y sustancial.- Se trata en este caso de unas peticiones indemnizatorias **por obras ejecutadas y no pagadas y por el no reconocimiento de reajuste**, lo que implica entrar en el análisis de estos tres últimos aspectos.

1.- Obras ejecutadas.- Para el Tribunal, las pruebas allegadas en el proceso, tales como las confesiones contenidas en los hechos 7 y 20 de la demandada y de la contestación, demuestran que “el constructor”, aquí demandante, construyó y **entregó las 10 piscinas de la etapa 1 más una piscina adicional inicialmente programada para la etapa 2, así como 3 jacuzzis y varios reflectores de sobreponer; quedando pendiente la revisión de todos los equipos y garantías respecto de las piscinas de las casas 3, 4, 5 y 15;** observaciones que según la declaración y reconocimiento del testigo Andrés E. Gómez Garcés, Coordinador del proyecto Tierra del Sol, se encuentran justificadas, por no ajustarse plenamente a las especificaciones; sin que, por otra parte, exista prueba alguna que la contradiga o la infirme. En este caso, de un lado, **el constructor quedaba obligado** a la reparación pertinente, con el consiguiente derecho al pago total de la obra ejecutada; y, del otro, el comitente (quien encargó la obra), en caso de incumplimiento del constructor, **no solo quedaba con el derecho a exigir el cumplimiento** directo o por cuenta suya (Arts.222 C.Co. y 1610 num.2 C.C.), sino también con el derecho a exigir que, en este último caso, la reparación se haga “a expensas del deudor” constructor, lo cual se encuentra representado en el derecho a pedir el reembolso o el descuento de ellas, según que ya se hubiese pagado la totalidad del precio, o aún estuviese pendiente de pago el precio de la obra (Art.7º. C.Co.

y Arts. 7.2.3- 7.4.1- 7.4.3 Unidroit). Ahora, como quiera que algunas reparaciones fueron hechas por cuenta de la Sociedad demandada y por el testigo Fernando Adolfo Cifuentes, para continuar con el proceso de venta, no solo era imperativo (en virtud del principio dispositivo del Art.2º. C.P.C.) para dicha sociedad reclamar en este proceso dicho “derecho a la reparación” y su correspondiente indemnización (Art.7º.C.Co. y arts. 7.2.3. 7.4.1 y 7.4.3 Unidroit) como consecuencia de la prestación defectuosamente cumplida, así como los eventuales daños consecuenciales de ella; razón por la cual, por no haberlo hecho y probado en forma debida, **el Tribunal no hace pronunciamiento sobre ellos.**

2.- Incumplimiento del pago del precio.- Procede el Tribunal al estudio del pago del precio de las obras ejecutadas.

A) Valor de las obras ejecutadas.- Así mismo, encuentra acreditado el Tribunal que el valor de las obras ejecutadas, al momento de su realización fueron convenidas (cláusula quinta del contrato), valoradas en el acta de recibo de 18 de julio de 2011 y estimadas (hecho 10 de la demanda) por el demandante en la suma de \$209.189.472 (petición sobre la primera etapa y petición 3.2 de las declaraciones), y de \$62.659.472 para obras adicionales (hecho No.6 de la demanda), porque, a pesar de haberse confesado su realización y controvertido su monto (contestación al hecho sexto), esta objeción queda desvirtuada por las facturas a folios 97 a 99 de \$36.999.824, 4.909.548 y 20.780.000. **Luego, el valor de las obras ejecutadas** ascienden a un gran total de \$271.848.944, incluyendo el valor de lo que ha debido entregarse como anticipo.

B) Compensaciones y deducciones.- Como quiera que en desarrollo a la ejecución del contrato de construcción, el mencionado valor de las obras ejecutadas, pudo ser total o parcialmente cumplido, seguidamente procede el Tribunal, sin perjuicio de procesarlo más adelante en el análisis de las excepciones de mérito, a establecer las compensaciones deducciones concernientes a valores de reparación y de pagos efectuados.

a. Compensación del valor de la reparación de obras defectuosamente ejecutadas.- Ahora bien, a este valor total **debe descontarse el valor de la reparación de la obra defectuosa entregada**, que, si bien han sido aducidas en las alegaciones de la parte demandada (en valor de \$59.050.526), lo cierto es que su monto no

aparece demostrado con un experticio, que, como antes se dijo, no alcanza a reunir los requisitos legales (art.116 de la ley 1395/10; 10 de la ley 446 de 1998; arts. 226 y ss. C.P.C.), y que, en materia de valores, es un presupuesto escrito de un tercero y no una valoración de daños, que no ha sido ratificado legalmente; ni tampoco aparece estimación oportuna bajo juramento, que no la hubo (art.211 C.P.C.). Pero como quiera que se trata de **un daño** cierto, consistente en los gastos de reparación de lo defectuoso, **cuyo monto** no aparece debidamente acreditado, este Tribunal, en cumplimiento del deber de dar solución al punto, evitando el abuso del derecho, el daño ajeno y el enriquecimiento sin causa (arts.37 num.8 C.P.C.; y arts.830 y 831 C.Co.), tal como lo acepta la doctrina internacional, aplicable en Colombia (art.7º. C.Co.), procede a **reconocer este derecho a la reparación y, por lo tanto, el derecho al “valor del trabajo de reparación”** (art.2062 C.C. y arts. 7.2.3 y 7.4.3.1. Unidroit). Así mismo, como quiera que **no existe convenio, ni prueba pericial del monto**, de igual manera “corresponde a este Tribunal fijar su monto”, de su valor, tomando en cuenta: De un lado, **la importancia del trabajo de reparación**, el cual si bien, no es insignificante (como ocurre cuando es de poco valor o esfuerzo), ni de excesiva significación (como acontece con aquel trabajo de gran valor o que implique una gran reelaboración), porque en estos eventos se desatenderían los gastos o daría lugar al rechazo con indemnización (art.2050, inc. 2º. C.C.); no es menos cierto, que indica un trabajo de reparación de relativa o mediana significación dentro de la obra ejecutada. Y, del otro, resulta indispensable tener en cuenta el “**criterio de proporcionalidad**” (consagrado en el art.2062, inc.2º. C.C.) entre “la importancia mediana de la reparación de la obra defectuosa” y el precio de toda la obra. De allí que con base en estos **dos criterios objetivos**, proceda el Tribunal, en presencia de la certeza de un daño (como es el trabajo de reparación efectuado) y a falta de la prueba de su monto, proceda a **fijarlo discrecional y razonablemente** (art.7.2.3 y 7.4.3.1 Unidroit) en el 10% del valor de la obra ejecutada, esto es, en \$27.184.894.

- b. Deducciones por pagos y obligación de abonos en cuenta.**- Así mismo, deben deducirse del valor de tales obras ejecutadas los pagos **hechos por la demandada a la demandante** que ascienden a \$60.000.000 representados en dos pagos directos (confesados en los hechos 5 y 6 de la demanda) de anticipos de \$40.000.000 y

\$20.000.000 (para un total de \$60.000.000). En cambio, por no aparecer acreditados inequívocamente efectuados, no se deducirán de dicho valor, sino que, como se dijo en su oportunidad, se obligará a hacer los dos abonos al precio de la casa No.18 prometida en compra de a \$42.624.000 y \$42.689.472 (\$85.313.472). (También confesados en los mismos hechos 5 y 6 de la demanda, la contestación al hecho 5 y los documentos indicados en su oportunidad).

C) Obligación pendiente de pago.- Despréndase de lo anterior que no aparece acreditado el pago de la totalidad de la obligación lo cual asciende a la suma de \$271.848.944, sino solamente la indicada de \$60.000.000, más la suma de \$27.184.894 que debe deducirse por reparación, **quedando pendiente el valor de \$184.664.050.** Ahora, como el pago de la suma debida se **solicita que se abone al pago** del precio de la casa No.18, lo cual encuentra **sustento** en el **contrato de construcción controvertido** (Cláusula Quinta. Primera Etapa. Literal b que indica que si “abonan al pago de la casalote No.18...” al momento de la entrega de la casa justificada) y en la **promesa de compraventa** de dicha casa (punto 1.3) y su otro sí, **se accederá a dicha petición de reconocimiento de abono.**

3.- Reajuste de valor del perímetro.- En cambio, para el Tribunal no aparece **acreditado el desequilibrio económico** en valor de los 292 Mts. del perímetro de las piscinas ejecutadas (que hace relación el hecho 2.2 y la petición 3.5) y tampoco están acreditadas las circunstancias extraordinarias o imprevisibles que a ellos dieron lugar (Art.878 C.Co.). Tampoco aparece que a la demandada sea atribuible la **reducción de la extensión** de la obra de 1.105 Mts. a 292 Mts, sino al propio demandante, que, por su incumplimiento, dio lugar a la terminación del contrato y a dicha reducción. En consecuencia, de dicho daño no responde la demandada, **por lo que en esta materia no tendrá éxito la petición 3.5 de la demanda.**

4.- Conclusión inicial.- De acuerdo, con lo anterior la mencionada petición indemnizatoria está llamada a tener éxito, ya que, como atrás quedo expuesto, **aunque el constructor Modular Ltda. dió cumplimiento defectuoso,** tiene derecho al precio de las obras ejecutadas que le han sido útiles al comitente (Art.2062 C.C. y art. 8º. Ley 153 de 1887), razón por la cual, al no habersele cancelado, **dicha pretensión está llamada a prosperar por la falta del pago correspondiente,** por lo que se

pasa al estudio de las excepciones de fondo, a fin de sacar posteriormente el alcance de aquella prosperidad.

6.3.2.- Conclusión sobre petición indemnizatoria sobre obras ejecutadas y excepciones.- Siendo así las cosas, dado el incumplimiento parcial de la parte demandada, este despacho procede por mandato de los arts. 309 y 306 del C.P.C., **al estudio de las excepciones de mérito propuestas.**

1.- Excepciones de mérito.- En desarrollo del estudio de las excepciones de mérito propuestas por la parte demandada, se tiene lo siguiente:

A. Excepción de improcedencia de la acción.- El Tribunal no la encuentra probada, porque si bien el contratante incumplido que da origen a la terminación, no se encuentra legitimado para accionar en perjuicios, como lo dice el demandado (alegado como excepción, cuando es en defensa por falta de legitimación), lo cual se reconoció en la anterior petición indemnizatoria), en este caso de la petición indemnizatoria por obras ejecutadas, el Tribunal **encuentra que si hay legitimación parcial para demandarlos**, ya que, contrariamente a lo que dice la demandada, la normatividad colombiana autoriza la procedencia de hacer efectiva la obligación de pagar el precio de la obra con indemnización de perjuicios (Arts. 870 y 822 C.Co. y arts. 2060 y 2056 C.C.), lo que, en consecuencia, hace viable la presente acción, e infundada la mencionada excepción.

B) Excepción de contrato no cumplido.- Tampoco la encuentra demostrada este Tribunal. Porque si bien el dueño de la obra goza de la facultad general de abstenerse de pagar el precio cuando el constructor no ha cumplido oportunamente con la obligación de construir y entregar la obra (Arts. 822 C.Co y 1609 C.C.), no es menos cierto que, una vez hecha y entregada la obra **“no puede el dueño del proyecto abstenerse definitivamente de pagar las obras entregadas y recibidas, aunque estas sean defectuosas, por lo que, por ese motivo, no puede abstenerse de pagarlas.**

Porque en este caso **corresponde al dueño de la obra pagar “el trabajo hecho”** (Art. 2056, inc.2º. C.C.) o **“la obra hecha”**, teniendo en cuenta, de un lado, los principios de buena fe y lealtad comercial (conforme al Art. 871 y 7º. del C.C. y art. 1.7 de Unidroit) ya que adquiere la obligación, por lo menos, del pago parcial de las obras ejecutadas y entregadas sea a plena o relativa satisfacción. Tal obligación se hace más patente y

posible cuando se ha pactado el **precio unitario** (Art.2060, num.1 C.C.), y hay obligación de pagarlo a la entrega, ya que, en este caso, **facilita la cuantificación** del valor de las obras ejecutadas y entregadas, para proceder a su pago en la actividad acordada; pero en el evento de requerirse **“liquidación del contrato”**, de acuerdo con lo expuesto en líneas atrás, correspondía al comitente, encargante y receptor de la obra, la obligación implícita de liquidación del contrato, de acuerdo con lo pactado en el mismo o lo convenido posteriormente, y, en su defecto, hacerla unilateralmente con la posibilidad de adhesión o controversia judicial del constructor, a fin de garantizar justificadamente el pago. **De allí que el dueño de la obra, que la ha recibido sin o con observaciones, no pueda voluntaria y arbitrariamente abstenerse de pagarla, reteniendo una suma superior al valor que razonablemente podrían tener las reparaciones, porque sería una conducta contraria a la buena fe y la lealtad en la ejecución de los contratos.**

Y ello es tan cierto que en caso **de discusión** de “no haberse ejecutado debidamente la obra”, el constructor puede **abstenerse provisionalmente** de pagar la obra supuestamente defectuosa hasta tanto se defina por peritos (Art.2060, inc. 1º. y 2059 del C.C.) o mediante sentencia (Art.870 C.C), teniendo presente que en caso de ser **fundada la objeción**, el dueño del proyecto puede exigir “hacerla de nuevo (la construcción de la obra) o la indemnización de perjuicios” (Art. 2059, inc. 2º. Parte final C.C.); pero en caso de ser **infundada la objeción** (porque la obra sea esencialmente la convenida, o porque los defectos establecidos se hayan esencialmente subsanados). **El dueño del proyecto o de la obra estará obligado:** De una parte, **al pago de “lo que valga el trabajo hecho”** (Art.2056, inc.2º. C.C.) y “será obligado a **recibirlos y a pagar su valor**, lo que corresponde en razón de los trabajos hechos se calculará proporcionalmente tomando en consideración el precio estipulado para toda la obra” (Art.8º. ley 153 de 1887 y 2062, inc.1º. C.C.). Y, de la otra, el dueño de la obra o del proyecto también adquiere **la obligación de indemnizar los** perjuicios, cuando infundadamente no recibe la obra o la recibe sin pagar su precio, ya que en este evento surge contra dicho dueño de la obra o proyecto y en favor del constructor, el derecho **“a la reclamación de perjuicios**, según las reglas generales de los contratos” (Art.2060, inc.1º. y 2056, inc.1º. C.C.). Pero en el evento en que se haya convenido o, en su caso, la parte perjudicada haya dado al incumplido un “plazo adicional” para su cumplimiento, la parte perjudicada “durante el transcurso del

plazo adicional....podrá suspender el cumplimiento de sus obligaciones propias correlativas y reclamar el resarcimiento” (Art.7º. C.Co. y art.7.1.5-2- Unidroit).

Ahora, **habiendo recibido la demandada 11 piscinas**, con observación solo en los equipos y en cuatro piscinas (las de las casas 3, 4, 5 y 15) y habida cuenta del carácter accesorio de aquellos equipos y del número menor de las piscinas y del carácter subsanable de tales deficiencias, solo autorizaba al dueño del proyecto a **suspender provisionalmente el pago del precio mientras se cumplía el plazo adicional de 30 días (hasta el 21 de agosto de 2011) y a solicitar debidamente en el proceso la reparación con base en la prueba correspondiente y aducir la retención parcial del valor de la reparación así establecido, pero no a abstenerse definitivamente de pagar la obra efectuada.** Pero que como quiera que el cumplimiento defectuoso no autorizaba el no pago de la obra, **esta excepción no esté llamada a tener éxito, aunque si la excepción de compensación por la reparación efectuada, tal como a continuación se indica.**

a.Excepción de compensación. En su estudio el Tribunal llega a esta conclusión. a.- **Tampoco encuentra probada** la excepción de compensación formulada por la demandada y que se funda en los **“perjuicios” sufridos “genéricamente” atribuidos en** la contestación al incumplimiento de la parte demandante, sencillamente porque, como atrás quedó dicho, (dichos “perjuicios” se sobreentiende, los genéricamente derivados del cumplimiento defectuoso sin reparación por el constructor), no aparecen determinados y, por lo tanto, no resultan compensables, por falta de los requisitos legales nacionales (Art.822 C.Co. y art. 1715 del C.C.), y, por falta de prueba, como lo admite la doctrina internacional (Art.8.2 de Unidroit 2010). En tanto que, por no ser de su competencia, este Tribunal no hace pronunciamiento alguno sobre perjuicios y compensación eventual que se funden en el cumplimiento o no de la promesa de venta de la casa No.18. - b.- En cambio, **encuentra probada la excepción** de compensación, aducidos en los alegatos, del **derecho al resarcimiento por los gastos** efectuados en la **obra defectuosa**, no en la suma solicitada (\$59.050.526), sino, como se dijo en su oportunidad, en la cantidad estimada por el Tribunal (\$27.184.894), con relación a la obligación que, a su turno, tiene la demandada para con la parte demandante (art.7º. C.Co.; arts.7.3.6 y antes citados de

Unidroit).- c.- En tanto que con relación a la compensación alegada **por pago de honorarios**, por ser de carácter especial, de ella se hará pronunciamiento especial más adelante en la liquidación y compensación de gastos

- b. **Excepción genérica.**- En cambio, en relación con la excepción genérica fundada en el art. 306 C.P.C., el Tribunal **encuentra acreditadas** las siguientes excepciones: **La excepción de pago directo** al demandante en las suma de \$60.000.000, como lo admite la demandante en los hechos 5 y 6 de la demanda. En cambio, la excepción de **pago mediante abono no aparece acreditada, pero si su obligación de hacerla a cargo de la demandada.**

2.- Favorabilidad parcial de la petición indemnizatoria por obras ejecutadas.- Radica en la prosperidad parcial de dicha petición, por las razones y el alcance limitado de su favorabilidad.

A) Fundamentos.- De acuerdo con lo anterior y con nuestra regulación, el Tribunal concluye que la parte **demandada es responsable del incumplimiento en el pago de las obras ejecutadas** y, que, en consecuencia, la parte demandante perjudicada tiene el derecho al resarcimiento del **daño emergente**, representada en la pérdida de la prestación de la obra ejecutada con la consiguiente **corrección monetaria** (Art.870 y 822 C.Co. y art.1614 C.C.) y el derecho al resarcimiento del lucro cesante de dicho incumplimiento (ibídem).

- a) **Cláusula penal e interés moratorio.**- Ahora, como quiera que las partes han convenido una **cláusula penal solo por el 20%** del valor del contrato, estima el Tribunal, que **por su valor**, inferior a la prestación principal del contrato, **no se trata de una cláusula penal compensatoria**, esto es, que sustituya o reemplace el valor de la obligación principal (todo el valor del contrato) (parte inicial del Art.1594 C.C.), que usualmente no es inferior a esta última, sino que, por el contrario, se trata de una **cláusula penal moratoria**, causada por el simple retraso de la obligación del pago de las obras ejecutadas (Ibídem segunda parte), caso en el cual si dicha pena conviene en esa en la indemnización de los perjuicios moratorios de esta obligación de pagar el precio en dinero (Art.1592 C.C.), por mandato legal, no podrá pedirse cláusula penal e indemnización de perjuicios moratorios (Arts. 822 C.Co. y art. 1600 C.C.), esto es, pena

e intereses legales (Arts. 867 y 822 C.Co. y art. 1694 C.C., en armonía con los arts., 867 y, 884 y 822 C.Co. y art. 1617 C.C.). Pero en caso, **de existir pena moratoria e interés legal moratorio**, el acreedor tiene derecho a optar por cualquiera de las dos indemnizaciones, la convencional o la legal, y, en el evento, en que haya solicitado ambas, **corresponderá al juzgador, en aplicación del principio de efectividad del derecho sustancial (Art.228 C.Pol. y Art.4º. del C.P.C.) elegir la más favorable al acreedor, sin perjuicio de la facultad de “reducirla” equitativamente en las sumas excesivas habida cuenta del interés del acreedor (Art.867 C.Co.)**.

Con todo, es preciso tener en cuenta que como **el interés legal moratorio** suele fundarse en el **interés bancario corriente legal**, siendo una vez y media de este, y, como quiera que dicho interés bancario corriente comprende tanto el **factor de corrección monetaria** para el resarcimiento de la pérdida de valor del poder adquisitivo (como una especie de daño emergente de la desvalorización) **y de la rentabilidad** que habría de producir el dinero (como especie de lucro cesante del dinero), es preciso concluir, entonces, que el llamado interés moratorio, **como resarcimiento de “los perjuicios por mora”** (perjuicios moratorios), **comprende tanto la rentabilidad ordinaria, dejada de percibir (lucro cesante) como el resarcimiento de la corrección monetaria (por daño emergente)**. De allí que acogiendo dichos intereses, resultan impertinentes la reclamación de la cláusula penal y de la corrección monetaria, en tanto que ella si sería posible cuando aquellos intereses no sean acogidos ⁽²³⁾. Por lo tanto, corresponde al Tribunal establecer el alcance probatorio de cada una de las peticiones, a fin de determinar la que resulte acreditada en mayor cantidad, con la exclusión a que haya lugar.

- b) **Procedencia en el sublite de los intereses moratorios (Lucro cesante) frente a la cláusula penal.-** Concordante con lo expuesto, precisa el Tribunal que como en **el caso subexamine se ha convenido** en la cláusula penal pecuniaria por mora, del 20% (equivalente a \$165.700.000) del valor del contrato (\$828.320.000), resulta excesiva (casi el 90% de lo debido) frente al verdadero valor de la prestación incumplida (que, como atrás quedó dicho, solo

²³ Cas.Civil del 19 de noviembre de 2001.

asciende a \$184.664.050), este despacho, **en uso de sus atribuciones** (Art.867, inc.3º. C.C.) la reduce proporcionalmente **al 20% del interés** de la demandante en la obligación incumplida por la demandada (\$184.664.050), la cual quedaría reducida a la suma de \$36.932.810.

En cambio, de conformidad con los arts. 884 del C.Co. y 191 del C.P.C. **los intereses legales moratorios que aquí se solicitan** (en la segunda parte de la petición 5) no solo tienen un porcentaje superior al 20% de la mencionada cláusula penal sobre la misma deuda, sino que también superior al porcentaje de corrección monetaria de julio y diciembre de 2011 (de 1.8) y de enero a septiembre de 2012 (de 1.0), **razón por la cual es la llamada a tener éxito**, con exclusión de la cláusula penal y de la corrección monetaria, tal como lo indican los arts. 867, 822 C.Co., en armonía con el artículo 1600 C.C. y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Cas. del 19 de noviembre de 2001). Luego, se accederá a aquellos y se excluirán los últimos. En efecto, los mencionados intereses legales moratorios, equivalentes a una y media vez de los **intereses legales corrientes de un capital de \$184.664.050** durante el 21 de agosto de 2011, fecha de vencimiento del plazo adicional (de 30 días) convenido (3 días antes de la fecha de terminación del plazo inicial; el 21 de julio de 2011) y, desde luego, de hacer la liquidación y pago de las obras debidas, hasta el 25 de octubre de 2012, fecha del presente laudo, ascendería a la suma de \$65.331.529 de conformidad con la siguiente liquidación:

Periodos	Int.Cte.	Int.Mor. (1-1/2) anual	Total intereses capital (Indicado por el periodo o trimestre causado)
21-agos-sep/11 (39 días)	18.63	27.99	5.522.770
Oct.-Dic/11 (92 días)	19.39	29.08	13.354.419
En-Mar/12 (91 días)	19.92	29.88	13.756.611
Ab-Jun/12 (91 días)	20.52	30.78	14.170.967
Jul-Sep/12 (92 días)	20.86	31.29	14.564.074
Oct/12 (25 días)	20.89%	31.33	3.962.688
TOTAL: Entre 21 de agos/11 y 25 oct./12.....			\$65.331.529

Luego, como quiera que el lucro cesante de las obligaciones dinerarias generalmente se encuentra representado en intereses convencionales y, a falta de ellos, en intereses legales (Arts. 822 C.Co. y Art.1617 C.C.), que, por tratarse de un negocio mercantil han de ser, a falta de convenio, el

“equivalente a una y media vez el interés bancario corriente (Arts.884 C.Co. y 191 C.P.C.), que, como antes se vio, ascienden a la suma de \$65.331.529, **sin que haya lugar a la cláusula penal moratoria, por lo expuesto anteriormente.**

Con todo, si bien es cierto que la mora solo se extingue cuando se efectúe el pago, también lo es que el Tribunal solo accederá a los intereses moratorios legales solicitados, esto es, entre la fecha de la causación del daño y la fecha de la sentencia (petición 5).

c- Procedencia especial de la corrección monetaria sobre el precio adeudado de la obra ejecutada.- Como quiera que en la demanda se ha pedido actualización (petición 3.1) y corrección monetaria (petición 5), es preciso tener en cuenta el carácter limitado de su procedencia, para luego adoptar la decisión correspondiente. En efecto, siendo jurisprudencialmente limitada la corrección monetaria a los casos específicamente **contemplados en la ley y en la equidad**, se hace necesario, en el caso subexamine, distinguir la acción **indemnizatoria por incumplimiento de lo adeudado** por las obras ejecutadas y no pagadas, de la **indemnización causada por la mora.**

Sobre lo primero, ha sido reiterada la jurisprudencia⁽²⁴⁾ al reconocer **el derecho a la corrección monetaria** de la deuda dineraria de un contrato bilateral que ha sido incumplido cuando el reclamante ha cumplido, aunque imperfectamente, con su prestación, porque la equidad impone que el contratante que se aproveche oportunamente de esta, no pueda, en cambio, perjudicar al otro contratante con el no pago de su prestación con la consiguiente pérdida del poder adquisitivo, sino que deba pagar el precio adeudado con la correspondiente corrección monetaria; por lo que se le permite exigir la suma adeudada con la corrección monetaria del caso. Ahora, como quiera que dicha

²⁴ Con base en el Art.870 C.Co., en armonía con los arts. 822 C.Co. y arts. 1613, 1617 y 1649, inc.2º. del C.C. dentro de la Acción indemnizatoria hay que tener en cuenta que “dentro del concepto de perjuicios cabe la corrección monetaria de contraprestación a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, edificado por la Corte como modalidad del daño emergente que ya puede reclamarse indistintamente tanto cuando se pide la indemnización de perjuicios compensatorios como cuando se persigue la satisfacción de lo moratorio” (Casación Civil del 29 de mayo de 1991), con la particularidad de que en estos últimos la corrección monetaria esta ya incluida en los intereses moratorios comercial (Casac. de 19 de noviembre de 2001).

corrección ha de referirse al período comprendido entre el 21 de agosto de 2011 (fecha en que debió pagarse) hasta el 30 de septiembre de 2012 (fecha de elaboración de este Laudo), se trata, entonces, de una corrección acumulada de 3.57% (1.57%+ 2% por las fracciones de los años 2011 y 2012) de \$184.664.050 **para un total de \$6.592.250, por lo que se accederá** a tales peticiones en cuanto a “la actualización monetaria”. Y por no haberse pedido (petición 5) no se hará pronunciamiento alguno sobre la eventual corrección monetaria postulada (Art.308, inc. Final C.P.C.).

En cambio, en cuanto al daño emergente de la pérdida de poder adquisitivo, no de la deuda inicial, sino de **aquella que debió producirse durante la mora de dicho daño**, se encuentra resarcido dentro de los intereses legales moratorios, como uno de los componentes del interés bancario en el cual se sustenta y calcula, es lógico, como lo ha dicho la jurisprudencia civil, que es impertinente su cobro por separado, por lo que se denegará la petición autónoma No.5 de corrección moratoria más intereses moratorios.

De igual manera, por falta de determinación y prueba, se denegarán **“los perjuicios de todo orden”** solicitados en el numeral 4 de las declaraciones de la demanda.

B.- Conclusión favorable.- Por lo tanto, la pretensión indemnizatoria por obra ejecutada, está **llamada a tener éxito parcial**, así:

- a. **Daño emergente.-** Al pago, como daño emergente, de la pérdida del valor de las obras ejecutadas, incluyendo las adicionales que ascienden a la suma de \$271.848.944, con deducción de lo pagado de \$60.000.000 y la cantidad de \$27.184.894 compensada con la estimación de la reparación efectuada, para un total de \$87.184.894 quedando pendiente el **valor de \$184.664.050**, que, conforme a lo contenido y pedido en la demanda (3.2) **también deben ser abonados a la compra de la casa No.18 del condominio Tierra del Sol.**
- b. **Lucro cesante.-** De acuerdo con lo expuesto, el lucro cesante, representado en intereses moratorios legales, asciende la suma de \$65.331.529.
- c. **Daño emergente (corrección monetaria) del precio de obras ejecutadas y no pagadas.-** Así mismo, de acuerdo con lo expuesto la corrección moratoria, causada hasta el momento, a la que en forma adicional tiene derecho el demandante asciende a \$6.592.250, sin perjuicio de la corrección futura hasta el momento

que judicialmente haga el pago (Art. 308, inc. Final del C.P.C.).

- d. **Plazo para el cumplimiento voluntario.**- Como quiera que la ley no establece un plazo para el **cumplimiento voluntario** de la condena aquí impuesta y teniendo en cuenta su valor, el Tribunal hará uso de sus atribuciones y otorgará el plazo prudencial de diez (10) días (Arts.119 y 374 Inc.2º. C.P.C.).

3.- Sanción pecuniaria, gastos y costas.- Ciertamente, el actual Art.211 del C.P.C. (en la redacción del art.10 de la ley 1395 de 2010) consagra una **sanción pecuniaria** legal equivalente al 10% de la diferencia entre lo estimado bajo juramento como indemnización, compensación y frutos o mejoras, y la regulación probatoria de las mismas, **en contra de la parte que habiendo sido favorecida con la pretensión reclamatoria** (que se infiere de la “**diferencia**” entre lo favorecido y lo estimado) **haya abusado de la estimación bajo juramento**, por haberla hecho irrazonablemente (no habiendo dado razones, o habiéndolas dado en forma absurda), siempre que, habiendo sido objetada por la otra parte, resulte en un monto superior al 30% de lo real. Pero como quiera que, en el caso subexamine, **la parte demandante no fue favorecida ni es irrazonable la petición indemnizatoria por lucro cesante** basado en el incumplimiento del contrato, sino tan solo en la prestación indemnizatoria de las obras ejecutadas, no pagadas anticipada u oportunamente, que, sin perjuicio de las deducciones y compensaciones indicadas, se limitan a la valoración pedida en la demanda y probada en el proceso, **este Tribunal concluye en que no hay lugar a la sanción pecuniaria** legal mencionada, por no ser favorecida en las primeras peticiones y por haberlo sido en las segundas de acuerdo con lo pedido y lo indicado por el contrato y la ley. Sin embargo, ello se tendrá en cuenta para determinar la procedencia de la condena parcial de costas.

Ahora, como quiera que los **gastos de conciliación**, incluidos en las peticiones, no son en verdad daño emergente del incumplimiento del contrato, sino más bien gastos ocasionados para la procedibilidad de este proceso (Art.392 Num.5 C.P.C), **se accederá** a su reconocimiento no dentro de la condena general, sino **dentro de las costas del proceso**. En consecuencia, como quiera que la demanda tan solo tiene **prosperidad** parcial (en más del 50%, de lo estimado) pero, con la oposición del demandado en este aspecto, sin clara justificación para ello (Art.392 num. 5 C.P.C.), se condenará en **costas a este último, en un setenta por ciento (70%)**.

Así mismo, deben **incluirse en las costas** los gastos de conciliación de \$289.932; los gastos de este Tribunal de 37.042.0000, las agencias en derecho de \$8.000.000 (Art.6º. Acuerdos 1887 y 2222 de 2003 del Cons.Sup. de la Judicatura), .

Una vez calculadas dichas costas, se deducirá a la demandada, la suma de \$37.042.000 por ella depositada para honorarios y gastos, que deben

compensarse (art.144, inc. 3º. Dec.1818 de 1998). De igual manera deberá compensarse y deducirse de las costas a cargo de la parte demandada, la suma de \$3.240.656 en virtud de la sanción legal por intereses moratorios desde el 6 de julio de 2012 (a la tasa del 46.93% anual, hasta el 30 de septiembre de 2012; y del 47.01% anual desde ésta última fecha hasta el 25 de octubre de 2012) que la ley impone en este caso a la parte demandante (Art.144, inciso 3º. del Dec. 1818 de 1998) por no haber hecho consignación oportuna de los honorarios y gastos del Tribunal (\$18.521.000).

IV.- RESOLUCION

Este Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1.- Excepciones.-

1.1.- Declarar probadas las siguientes excepciones:

- A. La excepción de compensación en la suma de \$27.184.894 correspondiente a la reparación de la obra defectuosa.
- B. La excepción genérica siguiente: **La excepción de pago** directo en la suma de \$60.000.000.

- 1.2. En tanto que se **declaran no probadas** la excepción de pago mediante abono y las demás excepciones de mérito formuladas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

2.-Condenas parciales.- Acceder a las peticiones 3.2.- 3.1 y 5, en el sentido de declarar a la sociedad Constructora La Reserva S.A. **haber recibido, en la forma indicada en la parte motiva, las obras ejecutadas** en la primera etapa, en virtud del contrato de obras civiles No.007 del 21 de julio de 2010 celebrado con la Empresa Modulart Ltda., y de declarar a aquella Sociedad, **responsable del incumplimiento** del pago de las mismas.

Como consecuencia de ello, se dispone **condenar a la Sociedad Constructora La Reserva S.A. a recibir o dar por recibidas tales obras y a pagar por ellas, a la Sociedad Modulart Ltda.,** dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente laudo, las siguientes sumas:

2.1. La suma de \$191.256.050, a título de **daño emergente** representado en:

- a) La suma de \$184.664.050 por daño emergente en la pérdida del valor de la obra ejecutada, **que se declara abonada al precio de la compra de la casa No.18 del Condominio Tierra del Sol**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente laudo.
- b) La suma de \$6.592.250, **a título de corrección monetaria**, por daño emergente en la pérdida de valor de la anterior prestación, causada hasta la fecha de este Laudo.

2.2. La suma de \$65.331.529, a título de **lucro cesante** de la suma 2.1.a, causada hasta la fecha de ese Laudo, en los términos arriba expuestos.

3.- **Absoluciones parciales.**- Absolver a la parte demandada de las peticiones 1, 2, 3.3., 3.4, 3.5 y 4 y demás de la demanda, por los motivos expuestos en la parte considerativa.

4.- **Costas.**- Acceder parcialmente a la petición 6 y 3.6 del libelo y, en consecuencia, condenar a la parte demandada al pago del 70% de las costas del proceso, en los términos expuestos en la parte motiva y la liquidación que más adelante se ordena. Fíjense en \$8.000.000 las agencias en derecho. **Inclúyanse en las costas** los gastos de conciliación de \$289.932, los gastos de arbitramento de \$37.042.000 y las agencias en derecho de \$8.000.000. **Una vez calculadas las costas**, que debe cancelar la demandada a la demandante (el 70% del total), se deducirá de ellas la suma de \$37.042.000 (Art.144 inc.3º. del Dec.1818 de 1998) que, por haberlos depositado, debe compensarse y deducirse de la obligación que le corresponde. También se compensará y deducirá la cantidad de \$3.240.656 que por intereses moratorios impone la ley a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada, por no haber hecho la primera sino la segunda, la consignación oportuna de los honorarios y gastos del Tribunal que a aquella correspondía.

5.- **Honorarios.**- En su oportunidad, entréguese a los Arbitros y a la Secretaria la segunda mitad de sus honorarios, y devuélvase el saldo a la parte depositante.

6.- **Liquidación.**- Hágase la liquidación final.

7.- Notificación y demás.- Notifíquense en estrados y cúmplase. Expídanse las copias del Laudo a las partes, y, en firme esta providencia, archívese y, si fuere el caso, protocolícese (art.159 Dec.1818/98).

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

PEDRO R. LAFONT PIANETTA
Presidente

CRISTIAN RODRIGO MOSQUERA CASAS
Arbitro

RAMIRO ARAUJO SEGOVIA
Arbitro

GABRIELA MONROY TORRES
Secretaria