

## LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por **ESPUMLATEX S.A.**, en adelante **ESPUMALTEX**, como Convocante, contra el **PROYECTOS MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A.**, en adelante **PROMOCIÓN**, como Convocada, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

### I. ANTECEDENTES

#### 1.1 El trámite

##### 1.1.1 Partes procesales

Son partes del presente proceso:

###### 1.1.1.1 Parte Convocante

La sociedad **ESPUMLATEX S.A.**, identificada con el NIT 860.000.596-8 y domicilio en la ciudad de Tenjo (Cundinamarca), representada legalmente por **SANDRA GARCIA CASTILLA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.198.489.

La parte Convocante compareció al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido.

###### 1.1.1.2 Parte Convocada

La sociedad **PROYECTOS MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. – PROMOCON S.A.**, identificada con el NIT 800.095.750-5 y con domicilio en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por **MARIELA CONSTANZA MERINO BARRETO**, en su carácter de Representante Legal, mayor de edad, vecina de Bogotá e identificada con la cédula de ciudadanía número 28.783.030.

La parte Convocada compareció al presente proceso por medio de apoderado debidamente constituido.

### 1.1.2 La Cláusula compromisoria

Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria incluida en el Contrato **CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA** suscrito el 25 de marzo de 2014, en la Cláusula Décimo Novena se pactó que:

*“Toda controversia o diferencia que surja entre EL CONTRATANTE Y EL CONTRATISTA, relativa a este contrato, por la interpretación, su ejecución, cumplimiento, terminación o las consecuencias futuras del mismo, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento que se sujetará al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de acuerdo a las siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por (Número impar) árbitros designados por las partes de común acuerdo. En caso que no fuere posible, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a solicitud de cualquiera de las partes. b) el Tribunal decidirá en derecho. Los árbitros se regirán por lo dispuesto por el Decreto 2279 de 1991, Ley 23 de 1991 y en las demás normas que las modifiquen o adicionen. Los gastos que ocasionaré el juicio arbitral serán por cuenta de la parte vencida.”* (Folio 12 del Cuaderno de Pruebas No 1)

### 1.1.3 La convocatoria del Tribunal

Con fundamento en la cláusula compromisoria, **ESPUMLATEX S.A.** presentó el día 11 de abril de 2018 solicitud de convocatoria y demanda arbitral contra el **PROYECTOS MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. – PROMOCON S.A.**

### 1.1.4 La integración del Tribunal

Los días 23 de abril y 3 de mayo de 2018 las partes no lograron la designación de árbitros, por lo que la parte Convocante solicitó que la designación se llevara por sorteo público realizado por el Centro de Arbitraje y Conciliación. El día 10 de mayo de 2018 se realizó el sorteo, en el cual se designó como árbitro para conformar el Tribunal de Arbitramento a la doctora **MÓNICA MARCELA LOZANO GUZMÁN** quien, en tiempo, aceptó la designación, presentó declaración de independencia y cumplió con el deber de información.

### 1.1.5 Instalación.

El Tribunal de Arbitramento se instaló el 28 de junio de 2018 en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de

Bogotá (Acta N° 1, folios 95 a 97 del Cuaderno Principal N° 1); en la audiencia fue designada como secretaria la doctora **LILIANA OTERO ÁLVAREZ**, quien el 10 de julio de 2018 aceptó el nombramiento, presentó la declaración de independencia, dio cumplimiento al deber de información y se posesionó.

#### **1.1.6 Admisión de la demanda**

Mediante Auto número 2 del 28 de junio de 2018 proferido en la misma audiencia de instalación, el Tribunal asumió conocimiento para adelantar los trámites iniciales del proceso arbitral y admitió la demanda (Acta N° 1, folios 97 a 98 del Cuaderno Principal N° 1). El auto admisorio de la demanda fue notificado a **PROMOCIÓN** el 29 de agosto de 2018.

#### **1.1.7 Contestación de la demanda**

El 26 de septiembre de 2018 el apoderado de la parte Convocada, dentro del término, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y presentando excepciones de mérito. (Folio 110 a 129, del Cuaderno Principal No. 1).

El 9 de octubre de 2018 mediante auto número 3 se corrió traslado de las excepciones de mérito de la contestación a la demanda y de la objeción al juramento estimatorio. (Folio 130 a 131, del Cuaderno Principal No. 1).

El día 17 de octubre de 2018, el apoderado de la parte Convocante, dentro del término, presentó escritos mediante el cual respondió a las excepciones de mérito presentadas por la Convocada y a la objeción al juramento estimatorio. (Folio 134 a 142, del Cuaderno Principal No. 1).

#### **1.1.8 Indicación de la cuantía y juramento estimatorio**

En su escrito de demanda, la Convocante estimó bajo la gravedad de juramento sus pretensiones en CIENTO NOVENTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS SETETENTA MIL SEISCIENTOS SIETE pesos (\$195.870.607).

#### **1.1.9 Audiencia de Conciliación**

El 21 de noviembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual por solicitud de las partes se suspendió y se reanudó el 3 de diciembre de 2018, sin que fuera posible llegar a un acuerdo, por lo que se declaró fracasada la etapa de conciliación. (Acta número 7 folios 154 a 158 del Cuaderno Principal No. 1)

### **1.1.10 Fijación de honorarios y gastos del proceso**

Mediante Auto No. 7 del 3 de diciembre de 2018 (Acta número 7 folios 154 a 158 del Cuaderno Principal No. 1), el Tribunal fijó los honorarios del árbitro y de la secretaria, los gastos de administración y otros gastos del proceso. Ambas partes pagaron dentro del término de ley.

### **1.1.11 Primera audiencia de trámite**

La primera audiencia de trámite se realizó el día 23 de enero de 2019. En dicha audiencia, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración, comprendidas en la demanda y su contestación, así mismo, decidió sobre las pruebas solicitadas. (Autos No. 9 y 10, folios 163 a 174, del Cuaderno principal No. 1)

### **1.1.12 Audiencias**

El Tribunal sesionó durante este proceso en 21 audiencias, incluyendo la de Lectura de Laudo.

## **1.2 La demanda**

### **1.2.1 Las pretensiones de la demanda**

Por intermedio de su apoderado, la parte Convocante solicitó que se profieran las declaraciones y condenas relacionadas en la demanda principal -folio 05 al 06 del Cuaderno Principal N° 1- que a continuación se transcriben:

#### ***“PRETENSIONES***

*Con fundamento en los hechos expuestos, solicitó al TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO efectúe las siguientes declaraciones y condenas en contra de PROMOCON S.A.:*

**PRIMERA.- SE DECLARE** que la sociedad **PROMOCON S.A.** infringió el derecho fundamental al **DEBIDO PROCESO** (artículo 29 de la C.N.) en el proceso de imposición de las multas y de la aplicación de la cláusula penal a **ESPUMLATEX S.A.**, derivadas de la ejecución del **CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA.**

**SUBSIDIARIA PRIMERA.- SE DECLARE** que la sociedad **PROMOCON S.A.** incumplió el **CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA**, al aplicar las multas y la cláusula penal a **ESPUMLATEX S.A.**, desconociendo las correspondientes estipulaciones contractuales que lo regulan.

**SUBSIDIARIA SEGUNDA.- SE DECLARE** que la sociedad **PROMOCON S.A.** en el proceso de imposición de las multas y de la aplicación de la cláusula penal a **ESPUMLATEX S.A.**, no demostró que ésta hubiera obrado con dolo o culpa.

**SUBSIDIARIA TERCERA.- SE DECLARE** que la sociedad **PROMOCON S.A.** en el proceso de imposición de las multas y de la aplicación de la cláusula penal a **ESPUMLATEX S.A.**, ante la controversia suscitada en relación con la procedencia de su imposición y aplicación debió acudir a solucionar tales diferencias mediante un TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO (Cláusula Décima Novena del **CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA**), lo que no hizo.

**SEGUNDA.- SE DECLARE** que la liquidación del **CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA** efectuada unilateralmente por **PROMOCON S.A.** infringió el derecho fundamental al **DEBIDO PROCESO** (artículo 29 de la C.N.).

**SUBSIDIARIA PRIMERA.- SE DECLARE** que la liquidación del **CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA** efectuada unilateralmente por **PROMOCON S.A.**, desconoció las correspondientes estipulaciones contractuales.

**SUBSIDIARIA SEGUNDA.- SE DECLARE** que la sociedad **PROMOCON S.A.** en la liquidación del **CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA**, ante la controversia suscitada en relación con la procedencia de la imposición de las multas y aplicación de la cláusula penal debió acudir a solucionar tales diferencias mediante un TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO (Cláusula Décima Novena del **CONTRATO**), lo que no hizo.

**TERCERA.- SE DECLARE** como consecuencia de la **DECLARACION** de la infracción al derecho fundamental al **DEBIDO PROCESO** (artículo 29 de la C.N.) en la imposición de las multas y aplicación de la cláusula penal a **ESPUMLATEX S.A.** que **PROMOCON S.A.** le adeuda la suma de: CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 07/100 (\$124.048.235,07), correspondientes a: (i) \$17.765.982,87 del saldo adeudado por las obras realizadas y (ii) \$106.282.252,20 por retención en garantía.

**SUBSIDIARIA PRIMERA.- SE DECLARE** como consecuencia de la **DECLARACION** del incumplimiento del **CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA**, al aplicar las multas y la cláusula penal a **ESPUMLATEX S.A.**, le adeuda la suma de: CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 07/100 (\$124.048.235,07), correspondientes a: (i) \$17.765.982,87 del saldo adeudado por las obras realizadas y (ii) \$106.282.252,20 por retención en garantía.

**SUBSIDIARIA SEGUNDA.- SE DECLARE** como consecuencia de la **DECLARACION** que en la imposición de las multas y de la cláusula penal **PROMOCON S.A.** no demostró que **ESPUMLATEX S.A.** hubiera actuado con dolo o culpa, le adeuda la suma de: CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 07/100 (\$124.048.235,07), correspondientes a: (i) \$17.765.982,87 del saldo adeudado por las obras realizadas y (ii) \$106.282.252,20 por retención en garantía.

**SUBSIDIARIA TERCERA.- SE DECLARE** como consecuencia de la **DECLARACION** que ante la controversia suscitada en relación con la imposición de las multas y aplicación de la cláusula penal, **PROMOCON S.A.** no acudió a solucionarlas mediante un TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO (Cláusula Décima Novena del **CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA**), adeuda a **ESPUMLATEX S.A.** la suma de: CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 07/100 (\$124.048.235,07), correspondientes a: (i) \$17.765.982,87 del saldo adeudado por las obras realizadas y (ii) \$106.282.252,20 por retención en garantía.

## 2. DE CONDENA

**PRIMERA.- SE CONDENE a PROMOCON S.A. a pagar a ESPUMLATEX S.A. la suma de: CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 07/100 (\$124.048.235,07).**

**SEGUNDA.- SE CONDENE a PROMOCON S.A. a pagar a ESPUMLATEX S.A. la suma de: SETENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIDOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$71.822.372,00), correspondientes a INTERESES CORRIENTES desde el 14 de abril de 2015 al 1º de abril de 2018.**

**TERCERA.- Que como consecuencia de las anteriores condenas SE ORDENE a PROMOCON S.A. a efectuar el pago de las sumas solicitadas y de las que llegaren a decretarse, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del LAUDO que así lo disponga.**

**CUARTA.- Que SE CONDENE a PROMOCON S.A. al pago de los correspondientes intereses moratorios a la máxima tasa autorizada por la ley, en caso de mora en el pago de las CONDENAS decretadas en el LAUDO ARBITRAL.**

**QUINTA.- Que SE CONDENE a PROMOCON S.A. al pago de las costas y gastos en que haya incurrido ESPUMLATEX S.A. en el TRAMITE ARBITRAL, incluidas las agencias en derecho conforme a las normas reglamentarias correspondientes.”**

### 1.2.2 Hechos planteados por la Convocante en la demanda

Los siguientes son los hechos plasmados en la demanda:

**“PRIMERO.- ADJUDICACION DE LOS TRABAJOS.** El 17 de marzo de 2014 PROMOCON le confirmó a ESPUMLATEX, de acuerdo con correo electrónico del 6 de marzo de 2014, la “adjudicación de los trabajos a su empresa” y le indicó que “Estamos elaborando el contrato respectivo el cual les estaremos entregando en los próximos días”. (Prueba No. 1)

**SEGUNDO.- CELEBRACION DEL CONTRATO.-** El 25 de marzo de 2014 en la ciudad de TOCANCIPA (Cundinamarca) 1a **CONVOCANTE** y la **CONVOCADA** celebraron un contrato de obra denominado **CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA** (Prueba No. 2), del cual forma parte el ANEXO No. 1 (Prueba No. 3), pero igualmente en esa misma fecha celebraron el **OTROSI** llamado No. 01, que modificó algunas cláusulas del contrato inicial (Prueba No. 4).

El contrato celebrado con PROMOCON corresponde a un contrato de adhesión, en la medida que ESPUMLATEX no tuvo la oportunidad de discutir las diferentes cláusulas que integran el CONTRATO y sus OTRO SIES, sino que le fue entregado por PROMOCON para su suscripción.

**TERCERO.- OBJETO DEL CONTRATO.-** El objeto del **CONTRATO** consiste según antes se señaló en (cláusula primera – no modificada):

“EL CONTRATISTA obrando por su cuenta y riesgo se obliga para con PROMOCON a ejecutar por el sistema de precios unitarios fijos la construcción de la obra CONSTRUCCION SISTEMA DE CUBIERTA EN PANEL PREFABRICADO PARA LOS EDIFICIOS DE ALMACEN, FABRICA, ACONDICIONAMIENTO Y DESPACHO Y EDIFICIO TECNICO PROYECTO EMULSIONES BELCORP TOCANCIPA, localizadas en VEREDA CANAVITA, de la ciudad de TOCANCIPA, dicha obra consiste en ver presupuesto anexo CUADRO DE CANTIDADES CONTRATO No. 034-2014, obras que adelantará con su propio personal, dirigirá y vigilará directamente a satisfacción del contratante. El recibo de estas obras estará a cargo del Director Residente o

Responsable de obra de Promocon S.A. y la interventoría. EL CONTRATISTA manifiesta que conoce el lugar en el cual se ejecutará la obra contratada.” (Prueba No. 2)

**CUARTO.- DURACION EN EL CONTRATO INICIAL.-** En el **CONTRATO** inicial (Prueba No. 2) se acordó que la duración del contrato será:

“... de SESENTA Y SEIS (66) días calendario contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, documento que hace parte integral del mismo. **PARAGRAFO PRIMERO:** El contrato terminará al vencimiento del plazo anteriormente previsto, pero se podrá prorrogar de común acuerdo entre las partes, antes de su vencimiento. (...).”

**QUINTO.- DURACION EN EL OTROSI No. 1.-** En el **OTRO SI** No. 1 celebrado en la misma fecha (25 de marzo de 2014 - Prueba No. 4)), en relación con la duración se indicó:

“**CLAUSULA CUARTA DURACION:** Las partes por medio del presente documento reconocen que el tiempo es un factor esencial (sic) en este contrato, en consecuencia EL CONTRATISTA debe someter a aprobación el cronograma detallado de ejecución de obra por frentes de trabajo, sin por este hecho poder modificar el tiempo contractualmente acordado, y deberá independizar los frentes de trabajo, especificar áreas a intervenir con fechas de entrega DE IGUAL MANERA ESTE CRONOGRAMA SE DEBE AJUSTAR AL CRONOGRAMA GENERAL DE LA OBRA. El tiempo de entrega de materiales en obra será de TREINTA Y SEIS CALENDARIO a partir del día veinticinco de marzo de 2014 fecha en la cual se definen conjuntamente las cantidades a producir y su instalación será realizada en treinta días calendario.”

**SEXTO.- DURACION EN EL OTRO SI No. 2.-** Con posterioridad al **OTROSI No. 1**, el 14 de mayo de 2014 fue celebrado el **OTROSI No. 2** (Prueba No. 5), por razón del cual la duración del contrato fue modificada motivada en la adición de nuevas obras al **CONTRATO** inicial, quedando así:

“Cláusula Cuarta “DURACION DEL CONTRATO” la cual quedará de la siguiente manera: La duración del presente contrato será de 96 días calendario contados a partir de la firma del acta de inicio debiéndose entregar la totalidad de los trabajos el día 30 de junio de 2014.”

**SEPTIMO.- ACTA DE INICIO.-** En la ciudad de Tocancipá (Cundinamarca) el 24 de marzo de 2014 fue suscrita el ACTA DE INICIO por parte de los representantes de PROMOCÓN y ESPUMLATEX (Prueba No. 6)

**OCTAVO.- TIEMPOS MUERTOS POR LLUVIA.-** En la ejecución del contrato se presentaron los siguientes tiempos muertos por clima (lluvia) en junio y julio de 2014 (Prueba No. 7):

<b>DIA</b>	<b>HORARIO</b>	<b>TIEMPO</b>
Junio 14	7:30 a 8:45 AM	1 h 15 m
Junio 17	2:00 a 3:10 PM	1 h 10 m
Junio 19	7:00 a 10:00 AM	3 h
Junio 21	9:45 a 12:00 M	2 h 15 m
Junio 24	8:00 a 10:00 AM	2 h
Junio 26	7:30 a 12:00 AM	4 h 30 m
Junio 30	1:00 a 3:00 PM	2 h
Julio 1	7:30 a 11:30 AM	4 h
Julio 2	10:00 a 11:30 AM	1 h 30 m
Julio 7	10:00 a 11:30 AM y 2:00 a 3:00 PM	2 h 30 m
Julio 10	2:30 a 3:12 PM	42 m
	<b>TOTAL HORAS MUERTAS</b>	<b>24 h 52 m</b>

**NOVENO.- TIEMPO MUERTO POR DEMORA EN EL INICIO DE LA EJECUCION DEL PROYECTO.-** La reunión del inicio de la obra se realizó el 27 de mayo de 2014, asistieron: José María Poveda, Zulma Gómez, Juan Carlos Castro de ESPUMLATEX, en dicha reunión se evidencia y se pone de presente que “la estructura del despacho y de la fabrica no tenían instaladas las canales”, lo que no hacía posible la instalación de los paneles. Esta circunstancia, que se prolongó hasta el 11 de junio de 2014, impidió que ESPUMLATEX iniciara la instalación de los paneles, debido al maltrato que se genera en la cubierta si la instalación de las canales se hace con posterioridad a la instalación de la cubierta. Lo anterior significó un tiempo muerto de 14 días (Prueba No.7);

**DECIMO.- TIEMPOS MUERTOS POR INTERVENTORIA.** La instalación de los paneles tampoco se pudo iniciar el 11 de junio de 2014, debido a que se le informó a ESPUMLATEX, que no se podía iniciar tal actividad hasta que la INTERVENTORIA no diera la orden de entrada, por lo que el día 12 de junio de 2014, no se pudo asistir a la obra. Esta situación conllevó a un tiempo muerto de 1 día (Prueba No. 7);

**DECIMO PRIMERO.- MODULACION PLANO DE TRASLUCIDAS.** Era obligación de la obra (proyecto) entregar a ESPUMLATEX “la distribución de los paneles de traslucidas”, cuando este documento fue entregado, se estableció que las “traslucidas” estaban ubicadas sobre las cerchas, por lo que se le solicitó a la obra el cambio de la modulación, la que le solicitó a ESPUMLATEX elaborar la modulación ella, aunque no era parte del contrato, pese a lo cual se decidió elaborar la modulación la que debía ser aprobada por DIMPRO. ESPUMLATEX entregó la modulación propuesta el 12 de junio de 2014 y sólo se recibió respuesta hasta el 17 de junio de 2014. Es decir, que se presentó un tiempo muerto de 6 días (Prueba No. 7);

**DECIMO SEGUNDO.- INASISTENCIA DE SISO.** El día 16 de junio de 2014 no fue posible realizar la instalación de paneles, debido a que el SISO de la obra, no se presentó a trabajar. Resulta así otro día de tiempo muerto (Prueba No. 7);

**DECIMO TERCERO.- APROBACION DE LA ESCUADRA DE INSTALACION DE PANEL.** El 18 de junio de 2014, la INTERVENTORIA de la obra, paró la misma indicando a ESPUMLATEX que se debía esperar la “aprobación de las guías de escuadra, para la instalación de paneles”, esta autorización llegó el 20 de junio de 2014. Por lo que se presentó otro tiempo muerto de 2 días (Prueba No. 7);

**DECIMO CUARTO.- SOLICITUD ESTRUCTURAS DEL GIMNASIO Y VESTIER.** Se recibió la solicitud de la obra de instalar las fachadas del gimnasio y del vestier el 1º de julio de 2014, fecha para la cual “no tenían instaladas las estructuras completas ni las canales”, lo cual hasta el 23 de julio de 2014 no se había cumplido (Prueba No. 7);

**DECIMO QUINTO.- SOLICITUD DE TRABAJO DIAS ADICIONALES.** El 17 de julio de 2014 se solicitó a la obra autorizar el trabajo los días sábado 19 y domingo 20 de julio de 2014 y nunca se recibió respuesta (Prueba No. 7);

**DECIMO SEXTO.- LAS ESTRUCTURAS SE TERMINABAN DESPUES DE LA INSTALACION DE LAS CUBIERTAS.-** En esta obra se presentó una situación absolutamente extraña y que entraña demoras en la ejecución del contrato, la cual era que el “contrato de la estructura” tenía fecha de terminación un (1) mes después de la terminación de la instalación, lo cual resulta un contrasentido, porque la estructura se debía acabar antes, de lo contrario como se terminaba la instalación de la cubierta;

**DECIMO SEPTIMO.- ENTREGA DE LA ESTRUCTURA DEL ALMACEN.** La obra tenía el compromiso de entregar la estructura del almacén el 16 de julio de 2014, para este día se evidencia que la estructura no esta lista y no tienen canales instaladas, por lo que la obra cambia la fecha para el 21 de julio de 2014. No obstante, el 17 de julio de 2014 se recibe un correo de la obra, informando que la fecha de la entrega de la estructura quedará pendiente hasta que el contratista de estructura



la entrega, por lo que era imposible empezar a ejecutar la instalación de los paneles, pruebas No. 8 y 9 (Correos electrónicos);

**DECIMO OCTAVO.- LIBERACION DE LA ESTRUCTURA DEL ALMACEN.-** La estructura del almacén tan sólo fue liberada el 1º de agosto de 2014 (Prueba No. 10), para poder empezar a instalar los paneles;

**DECIMO NOVENO.- LIBERACION DE LA ESTRUCTURA DEL GIMNASIO Y EDIFICIO TECNICO.-** El 29 de julio de 2014 se informó a ESPUMLATEX que la estructura del gimnasio ya está liberada y la del edificio técnico ya se terminaron los detalles pendientes por lo que se podía iniciar la instalación de los paneles; (Prueba No. 11)

**VIGESIMO.- DETALLES ARQUITECTONICOS LUCARNA.-** Para la instalación de los paneles en la LUCARNA (tragaluz o ventana en el techo) se requerían de los planos arquitectónicos y de detalles, finalmente se indica por PROMOCÓN que “las lucarnas va con panel en la parte superior y sin traslucidas, y sin panel de muro. Favor iniciar actividades lo más pronto posible.” (Prueba No. 12 – 6 correos electrónicos)

**VIGESIMO PRIMERO.- CONDICIONES EN LA OBRA.-** El material complementario para cumplir con la ejecución del proyecto no pudo llegar el día 25 de julio de 2014, sólo el 4 de agosto de 2014, pero debido a que las condiciones de la obra no eran óptimas para el descargue de contenedores, no se pudieron descargar y fue necesario hacerlo en otras instalaciones y ya descargado y sin contenedor llevarlo a la obra, lo que se pudo lograr el 21 de agosto de 2014. (Prueba No. 13)

**VIGESIMO SEGUNDO.- SITUACION EMPRESA DICUBIERTAS.** Indicó la contratante que el trabajo de la empresa DICUBIERTAS, encargada de la instalación de las cubiertas bajo la supervisión técnica de MONOVI, era “totalmente deficiente” y la supervisión técnica no existía. Al respecto les manifestó DAVID GARCIA de EUROPERFIL COLOMBIA que:

“Con respecto a Dicubiertas vale aclarar que, como ustedes bien saben, esta empresa fue sugerida por Oscar Cardona de Belcorp y fue requisito de ustedes que la instalación fuera con Dicubiertas, a Promocon se le paso la hoja de vida de la empresa y no tengo ninguna comunicación manifestando inconformidad alguna a que esta fuera la empresa que llevara a cabo la instalación, hasta la comunicación de la semana pasada donde ustedes sugieren cambiar la firma instaladora, bajo mi punto de vista, habiendo sido ustedes quienes condicionaron el contrato a que la instalación fuera con esta empresa debieron haber solicitado el cambio de instalador con antelación siendo que no cumplía con los rendimientos esperados.”

**VIGESIMO TERCERO.- ESPUMLATEX** mediante comunicación del 13 de agosto de 2014 (Prueba No. 14), en relación con escrito del 6 de agosto de 2014, le manifestó a PROMOCÓN lo siguiente:

“ASUNTO: Contestación comunicado 6 de Agosto de 2014

Respetados Señores:

La presente es con el fin de dar respuesta al comunicado realizado por ustedes del día 6 de Agosto de 2014, en el cual nos hacen saber el incumplimiento que se ha presentado durante la ejecución del contrato número 034 de 2014, cuyo objeto es: Construcción sistema de cubierta para los edificios de almacén, fabrica, acondicionamiento y despacho y edificio técnico en la ciudad de Tocancipa Cundinamarca. Para lo cual ESPUMLATEX S.A, quiere dejar en claro que no está de acuerdo y, que por lo tanto no aceptamos dicho incumplimiento, por lo tanto le solicitamos que se remitan a los comunicados que le hemos realizado:

1. 27 de Julio de 2014

Por consiguiente ESPUMLATEX S.A quiere reiterar que no está de acuerdo con el comunicado enviado por PROMOCÓN S.A. BELCORP.”

Debe aclararse que la comunicación de ESPUMLATEX es del 23 de julio de 2014 y no del 27 de julio de 2014. (Prueba No. 7)

**VIGESIMO CUARTO.-** *PROMOCON* respondió a la comunicación del 13 de agosto de 2014, por carta del 14 de agosto de 2014, en la que indicó:

*“Respetado señor Calderón*

*Por medio de la presente reiteramos nuestra gran preocupación y total inconformismo ante la mala planeación en el desarrollo de los trabajos de la referencia dado a la fecha y según lo informaron ayer en comité de obra no se cuenta con la totalidad de los materiales requeridos y según correo de días pasados emitido por el Arquitecto David García llegarán solo hasta el 12 de septiembre.*

*Como lo hemos informado en diferentes reuniones los recursos asignados por Belcorp para personal administrativo y otros costos indirectos del proyecto cubren solo hasta el 31 de Agosto, a partir de éste día los gastos necesarios de personal, campamento, etc. tanto de la Administración Delegada como de Gerencia e Interventoría del proyecto requeridos para el control, supervisión y recibo de los trabajos de instalación de cubierta serán asumidos por Espumlatex.” (Prueba No. 15)*

**VIGESIMO QUINTO.-** *El 14 de agosto de 2014 PROMOCON* remitió a *ESPUMLATEX* las cuentas de cobro números 1017 y 1018 de 2014, mediante las cuales cobraba una multa por incumplimiento por valor de: \$124.045.280 y hacía efectiva la *CLAUSULA PENAL* por un monto de: \$248.090.560. (Pruebas Nos. 16 y 17)

**VIGESIMO SEXTO.-** *ESPUMLATEX* por carta del 20 de agosto de 2014 devolvió las cuentas de cobro y al efecto señaló:

*“Ref: Devolución cuentas de cobro, según consecutivos 1017 2014 y 1018 2014*

*Cordial saludo.*

*A continuación, hacemos devolución de las siguientes órdenes de compra:*

- 1. Orden de compra de fecha del 14 de agosto de 2014, con consecutivo 1017 2014, por valor de \$124.045.280, por concepto de multa de incumplimiento al contrato 034-2014.*
- 2. Orden de compra de fecha del 14 de agosto de 2014, con consecutivo 1018 2014, por valor de \$248.090.560, por concepto de clausula penal según contrato 034-2014.*

*El motivo de la devolución, es el desacuerdo en los motivos de atraso que expresa *PROMOCON*, y que supuestamente, dan origen al cobro de la clausula penal y la multa estipulados en el contrato 034 - 2014.” (Prueba No. 18)*

**VIGESIMO SEPTIMO.-** *A la comunicación de ESPUMLATEX del 20 de agosto de 2014, contesto PROMOCON por carta del 11 de septiembre de 2014, recibida el 15 de septiembre del mismo año, lo siguiente:*

*“REF. CONSTRUCCION SISTEMA DE CUBIERTA EN PANEL PREFABRICADO EDIFICIOS DE ALMACEN, FABRICA, DESPACHO Y EDIFICIO TECNICO PROYECTO EMULSIONES BELCORP*

*Respetado señor Calderón*

*De acuerdo al proceso en curso para el cobro de multas contractuales por incumplimiento y cláusula penal notificado a Espumlatex en comunicados del 6 de agosto de 2014 y del 14 de Agosto de 2014 remitimos nuevamente las cuentas de cobro por este concepto según cláusula décima primera "cláusula penal" y cláusula décima tercera "Multas" del contrato y del otrosí número 1*

*Aclaremos que éste cobro se hará efectivo de los dineros adeudados a Espumlatex por concepto de suministro de materiales el cual se encuentra retenido dado el incumplimiento en la entrega del 100% de los materiales como estaba pactado contractualmente. Sin otro particular, cordialmente,*

*PROMOCON S.A.” (Prueba No. 19)*

*A la anterior comunicación acompaño PROMOCON las cuentas de cobro números 1154 y 1155 del 11 de septiembre de 2014. (Pruebas Nos. 20 y 21)*

**VIGESIMO OCTAVO.-** *A la comunicación del 11 de septiembre de 2014, replicó ESPUMLATEX con la carta del 24 de septiembre de 2014, en la que indicó:*

*“Ref: Respuesta comunicado 1310 — 2014*

*Respetado Ingeniero.*

*Con respecto a su comunicado de "PROMOCON —FEC-DOC-1310-2014" del 11 de Septiembre de 2014 donde nos remite nuevamente las cuentas de cobro, de las multas contractuales por incumplimiento y clausula penal del contrato "CONSTRUCCION SISTEMA DE CUBIERTA EN PANEL PREFABRICADO EDIFICIOS DE ALMACEN, FÁBRICA, DESPACHO Y EDIFICIO TÉCNICO PROYECTO EMULSIONES BELCORP", le informamos que no aceptamos estas cuentas de cobro, debido a que, no estamos de acuerdo con la afirmación de que ESPUMLATEX hubiera incurrido en incumplimiento por circunstancias y/o situaciones atribuibles a ESPUMLATEX, las circunstancias que han llevado a la no entrega oportuna del proyecto, son ajenas a ESPUMLATEX, adicional a esto, es importante aclarar que también existen situaciones que indican incumplimiento de parte del contratante.*

*Queremos recordar, que como siempre lo hemos afirmado, ESPUMLATEX, sigue comprometido en la terminación de la obra, en el más alto estándar de calidad.*

*Cordialmente.” (Prueba No. 22)*

**VIGESIMO NOVENO.-** *En relación con las actuaciones cumplidas por PROMOCON es necesario señalar que dicha sociedad en ningún momento, dentro del supuesto proceso de imposición de las sanciones contractuales a EXPUMLATEX atendió al “DEBIDO PROCESO” contemplado en el artículo 29 de la Constitución Nacional y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia en cuanto al agotamiento del “debido proceso” en las actuaciones correspondientes a la imposición de las sanciones contractuales. La misma es necesario agotarla en la medida que en nuestro País no existe la responsabilidad objetiva, después de la Constitución del año 1991, sino que en el juicio de responsabilidad correspondiente se debe demostrar que en el actuar del CONTRATISTA hubo dolo o culpa y permitir, además, que el deudor pudiera defenderse y acreditar, como en este caso, que se presentaron casos de fuerza mayor, causas extrañas, actos de terceros y culpa del mismo CONTRATANTE, más aún tratándose de un contrato de adhesión.*

**TRIGESIMO.-** *Por otra parte, tampoco procedía la exigencia y cobro de la CLAUSULA PENAL, en la medida que no se cumplían los supuesto previstos en la cláusula décima tercera del OTRO SI Núm. 01 del 25 de marzo de 2014, como quiera que en ningún momento se incumplieron “totalmente” las obligaciones contenidas en el contrato y no se dio la terminación del contrato del contrato por razón de las causales i) a viii) de la cláusula décima primera, pero además, en el proceso de imposición de las sanciones contractuales (que no lo hubo) no se demostró que el supuesto incumplimiento en la entrega de la labor encomendada superó el término de diez (10) días calendario en relación con el plazo establecido para la ejecución del Contrato, el cual valga indicarlo con los eventos y situaciones que se presentaron y que se describen en los HECHOS octavo a vigésimo primero y las labores adicionales contratadas no es fácil de determinar y no se puede arbitrariamente afirmar que fue el 30 de junio de 2014, puesto que existía controversia sobre el tema, empezando por la fecha exacta de terminación.*

**TRIGESIMO PRIMERO.-** Por razón de los hechos contenidos en los HECHOS anteriores deviene que las sanciones impuestas a ESPUMLATEX, son ilegales e inconstitucionales en la medida que infringieron el “derecho fundamental al debido proceso”, existía controversia sobre los incumplimientos e incluso sobre la fecha de terminación del contrato, por los diferentes eventos y situaciones que se presentaron en el desarrollo del CONTRATO, incluso atribuibles al CONTRATANTE - PROMOCÓN.

**TRIGESIMO SEGUNDO.-** El 31 de octubre de 2014 se suscribió el ACTA DE RECIBO FINAL DE PROYECTO A CONTRATISTA BELCORP correspondiente al Contrato EMULSIONES EBEL 034-2014, previa suscripción de las ACTAS DE LIBERACION (Prueba No. 23 – 7 actas), en la misma se advierte:

*“Habiendo cumplido a cabalidad el alcance de las obras y entregado completamente, hoy 31 de octubre de 2014 damos por recibido los trabajos indicados según anexo, haciendo parte integral de la presente acta el formato FO-15 de Detalles Pendientes para el recibo final de los trabajos a contratistas.*

*El plazo para la ejecución de los trabajos que se iniciaron el 14 de marzo de 2014, fue ampliado mediante otro sí No. 02 así como el valor. El alcance de su objeto contractual se cumplió a cabalidad. (...).” (Prueba No. 24)*

**TRIGESIMO TERCERO.-** El 18 de noviembre de 2014, en la ciudad de Tocancipa Cundinamarca se suscribió el ACTA DE RECIBO FINAL DE PROYECTO A CONTRATISTA BELCORP, así:

*“Tocancipa Cundinamarca. 18 de 11 de 2014*

ES-O-05-14

Señores:

**PROMOCÓN S.A. - BELCORP  
ATN. ING. WILLIAN SALAZAR.**

Coordinador de Proyectos

Dir.: Km.22 Carretera Central del norte

Tel. +57 (1) - 6226250 - 3132526457

e-mail: [wsalazar@promocon.net](mailto:wsalazar@promocon.net)

La Ciudad

REF. Construcción sistema de cubierta para los edificios de almacén, fabrica, acondicionamiento, despacho, edificio técnico, gimnasio y vestier, en la ciudad de Tocancipa Cundinamarca.

ASUNTO: ACTA DE RECIBO FINAL DE PROYECTO A CONTRATISTA BELCORP.

Contrato: 034-2014

Respetado Ingeniero:

En la ciudad de Tocancipa se reunieron en representación del contratante **PROMOCÓN S.A.NIT 800095750-5** El ingeniero **William Salazar** Y del contratista **ESPUMLATEX S.A. 860000596-8** El ingeniero **Wilmar Ramírez** para hacer entrega por parte del contratista a satisfacción de la construcción sistema de cubierta para los edificios de almacén, fabrica, acondicionamiento, despacho, edificio técnico, gimnasio y vestier en la ciudad de Tocancipa Cundinamarca.

Habiendo el contratante entregado en perfectas condiciones las áreas intervenidas, debidamente limpias y sin averías algunas en estructuras, muros, pintura, fachadas y ningún otro similar atribuibles al desarrollo de la ejecución de la OBRA MATERIAL BIEN INMUEBLE CONSISTENTE DE LA CONSTRUCCIÓN SISTEMA DE CUBIERTA PARA LOS EDIFICIOS DE ALMACÉN, FABRICA, ACONDICIONAMIENTO Y DESPACHO Y EDIFICIO TÉCNICO EN LA CIUDAD DE TOCANCIPA CUNDINAMARCA. OBRA BELCORP.

En constancia se firma a los 18 del mes de 11 del 2014.

(Firmado)

Nombre: Ing. William Salazar  
Cargo: Coordinador de Proyecto  
Contratante  
PROMOCON

(Firmado)

Nombre: Wilmar Ramírez  
Cargo: Ing de Obra  
Contratista  
Espumlatex

Nombre. Ianos Perez  
Cargo: Director de Interventoría  
DINPRO” (Prueba No. 25)

**TRIGESIMO CUARTO.-** Mediante comunicación del 18 de febrero de 2015 ESPUMLATEX reclamó a PROMOCON la “devolución retención en garantía” a la que se refiere el ANEXO No. 1 del Contrato EMULSIONES EBEL – 034-2014 del 25 de marzo de 2014 (Prueba No. 3) y el pago del saldo adeudado por las obras realizadas, al efecto manifestó:

“(…).

Ahora bien, se previó en la señalada estipulación contractual que habría lugar a la devolución de la mencionada retención a la terminación de la obra, lo que resulta lógico y razonable, pues al fin y al cabo, se trata de sumas de dineros retenidas del precio que se pactó por la obra, precio que en su cuantía total es la contraprestación por los trabajos realizados.

En ese orden de ideas, al haberse terminado en su totalidad la obra contratada, y adicionalmente a plena satisfacción de PROMOCON S.A. como empresa contratante, me permito SOLICITAR se nos haga la restitución o devolución de las sumas retenidas.

(…)” (Prueba No. 26)

La suma reclamada por ESPUMLATEX asciende a la suma de: CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 07/100 (\$124.048.235,07), correspondientes a: (i) \$17.765.982,87 del saldo adeudado por las obras realizadas y (ii) \$106.282.252,20 por retención en garantía. (Cuadro contenido en la Prueba No. 26)

**TRIGESIMO QUINTO.-** A la reclamación formulada por ESPUMLATEX, respondió PROMOCON con comunicación del 26 de febrero de 2015 (Prueba No. 27)(…)

**TRIGESIMO SEXTO.-** En relación con la comunicación de PROMOCON del 26 de febrero de 2015, resulta particularmente coincidencial y extraño que “el valor retenido corresponda exactamente al valor del descuento no hay saldo a favor de la empresa ESPUMLATEX S.A.” Parece un acomodamiento de las cifras por parte de PROMOCON en orden a no restituir suma alguna a ESPUMLATEX, más aún cuando existía un saldo a favor de la CONTRATISTA impagado por la CONTRATANTE.

**TRIGESIMO SEPTIMO.-** También manifestó en la comunicación del 26 de febrero de 2015 PROMOCON:

“(…)”

Que mediante correo de fecha diciembre 17 de 2014 el señor representante legal de la firma ESPUMLATEX S.A. acepto el pago de las multas contractuales correspondientes al 10% del valor del contrato. (…)

Esta sí que es una falsa interpretación del correo del 17 de diciembre de 2014, 02.33 p.m. de Rodrigo Andrés Calderón de ESPUMLATEX a William Salazar, Coordinador del Proyecto por parte de PROMOCON (Prueba No. 28): (..)

Nótese como lo manifestado por el representante de ESPUMLATEX es muy diferente a lo señalado por representante legal de PROMOCÓN en la comunicación del 26 de febrero a que nos referimos, pues en ningún momento “aceptó” el pago de las multas contractuales. En éstas condiciones resulta abusivo el comportamiento de PROMOCÓN al descontar las multas que eran objeto de cuestionamiento por ESPUMLATEX y que no observaron en su trámite el “derecho fundamental al debido proceso”, situación frente a la cual tales multas resultan ilegales e inconstitucionales y, debían ser objeto de un proceso arbitral, puesto que existía controversia en torno a las mismas.

**TRIGESIMO OCTAVO.-** Pero más aún en las ACTAS DE RECIBO FINAL del 31 de octubre de 2014 y 18 de noviembre de 2014, se indica que: “Habiendo cumplido a cabalidad el alcance de las obras y entregado completamente hoy 31 de octubre de 2014” (Prueba No. 24) y en la del 18 de noviembre de 2014 que hace: “entrega por parte del contratista a satisfacción de la construcción sistema de cubierta para los edificios de almacén, fabrica, acondicionamiento, despacho, edificio técnico, gimnasio y vestier en la ciudad de Tocancipa Cundinamarca” (Prueba No. 25). Nótese como no se dejó constancia, observación o salvedad alguna en torno a las multas y aplicación de la cláusula penal en tales actas.

**TRIGESIMO NOVENO.-** A la respuesta de PROMOCÓN del 26 de febrero de 2015, replicó ESPUMLATEX mediante comunicación del 13 de marzo de 2015:

“Bogotá, D.C.  
Marzo 13 de 2.015

Señor  
**JORGE HADAD LEMOS**  
Representante Legal  
**PROYECTOS MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. "PROMOCÓN S.A.**  
Ciudad.

Ref. Respuesta comunicación 208 2015 del 26 de febrero de 2.015

Respetado Sr. Hadad:

Me refiero a su comunicación de la referencia en la que pone de manifiesto que no hay saldo a favor de la sociedad que represento por la ejecución de la obra de construcción del sistema de cubierta en panel prefabricado para los edificios de almacén, fabrica, acondicionamiento y despacho y edificio técnico proyecto emulsiones Belcorp en Tocancipá, en razón a “que el valor retenido corresponde exactamente al valor del descuento aceptado”.

Al respecto debo señalar que como lo hemos manifestado en oportunidades precedentes, no estamos de acuerdo con la multa que ustedes insistentemente han pretendido hacer efectiva, ni mucho menos con la aplicación de la cláusula penal que igualmente nos han venido cobrando, desacuerdo que hemos puesto de presente en diferentes comunicaciones a ustedes enviadas, entre ellas, las calendadas los días 16 de julio, 13 de agosto y 24 de septiembre de 2.014.

Ahora bien, de la comunicación enviada del correo electrónico del señor Rodrigo Calderón, no se puede inferir de modo alguno que Espumlatex S.A. haya aceptado su exclusiva responsabilidad por la demora en la entrega de la obra final y si bien allí se indica que se asumiría el descuento del 10%, se hizo énfasis que ello sería para pagar los gastos adicionales en los que eventualmente hubiere podido incurrir Promocon.

Ahora bien, nuestro desacuerdo en la aplicación de la multa y de la cláusula penal, deriva de las siguientes consideraciones:

1. La finalidad de la multa, cuya estipulación en los contratos es más propio en los de tipo estatal, tiene una naturaleza estrictamente sancionatoria y su finalidad es la de servir de mecanismo para presionar al contratista en la ejecución del contrato cuando se presentan demoras o dificultades por causas exclusivamente suyas, mientras que la finalidad de la cláusula penal, es la de servir de estimación anticipada de perjuicios y que en el caso específico del contrato que suscribieron esa sociedad y mi representada para la ejecución de la mencionada obra, se causaba si Espumlatex incumplía "totalmente las obligaciones contenidas en el contrato o llegare a darse una terminación del contrato".

2. Dado el carácter sancionatorio que tiene la multa, su pertinencia está supeditada a que los motivos que dan lugar a la misma, sean responsabilidad exclusiva del eventual sancionado, lo que en este caso no consideramos que se da, pues si bien la obra no se entregó en la fecha que reza el contrato, ello no obedeció a circunstancia atribuibles exclusivamente a Espumlatex. Adicionalmente, teniendo la multa ese carácter sancionatorio, su imposición no puede hacerse a espaldas de principios esenciales como el llamado derecho de defensa y de tal forma, pueda el contratante imponerla sin que el contratista tenga la oportunidad de discutir los eventos que supuestamente den lugar a la misma.

3. Si bien en el contrato se pactó la figura de las multas, no se desarrolló en el mismo un procedimiento para su aplicación, particularmente el mecanismo que asegurara la protección del señalado derecho de defensa. Esta omisión podría hacer inviable la aplicación de este mecanismo sancionatorio.

4. En cuanto a la cláusula penal, resulta claro que la misma es improcedente en razón a que ninguno de los dos eventos ya mencionados y señalados en el contrato, se dan en el presente caso, pues ni hubo incumplimiento de todas las obligaciones, ni mucho menos hubo terminación del contrato.

5. Ahora bien, es posible que la no entrega de la obra en la fecha contractualmente prevista, le haya generado a Promocon algunos costos adicionales, los cuales en la medida de que sean debidamente justificados y que se deriven directamente de dicha no entrega, estaríamos dispuestos a asumirlos, proporcionalmente a los días de tardanza en la entrega que se hayan originado por causa atribuibles directamente a Espumlatex, pues respecto a los días de demora que obedecieron a circunstancias ajenas a Espumlatex, no resultaría sensato que Espumlatex asumiera los costos correspondientes a esos días. Ese es el sentido precisamente de lo expresado en el correo del 17 de diciembre cuando se indicó que asumiríamos el descuento del 10% para pagar los gastos adicionales.

6. La realización del descuento del 10% sin consideración a las circunstancias que originaron la tardanza en la entrega final de la obra, implicaría un claro desequilibrio contractual en beneficio del Contratante, entre otras, redactor del texto contractual, y en claro perjuicio para el contratista.

7. En nuestra comunicación fechada el 23 de julio de 2.014 se expusieron las razones que habían motivado la demora en la entrega, evidenciándose que muchas de ellas no tuvieron su origen en la acción u omisión de Espumlatex, no siendo por lo tanto responsabilidad suya la ocurrencia de las mismas. Tal comunicación no fue respondida por ustedes ni fue motivo de discusión.

Expuestas tales razones, la propuesta que hago entonces es que determinemos claramente los costos adicionales que ustedes debieron asumir y que a partir de allí y conforme a los criterios señalados en esta comunicación, se defina cuáles podrían ser del resorte de Espumlatex, de tal manera que solo los valores relacionados con estos últimos costos, sean motivos del descuento que pretenden.

*Por lo tanto, quedaría pendiente de que acordemos una reunión para que definamos el procedimiento para llegar a tal determinación y definición y poder así prontamente proceder con el acta final de liquidación del contrato y el pago de las sumas que resulten a favor de Espumlatex S.A.*

*Atentamente,*

**Hernando García Forero**  
Representante Legal  
**ESPUMLATEX S.A.”** (Prueba No. 29)

**CUADRAGESIMO.-** *Por medio de comunicación del 24 de marzo de 2015 (Prueba No. 30), el representante legal de PROMOCÓN da respuesta al escrito de ESPUMLATEX del 18 de febrero de 2015 (...):*

*Obsérvese como en este escrito se denota la falta de conocimiento y comprensión del CONTRATO, puesto que, de una parte, se desconoce el alcance de la cláusula penal inserta mediante el OTRO SI No. 01 al Contrato y como no era aplicable a esta situación sino se demostraba y era aceptado por ESPUMLATEX que el retardo en la entrega de las labores contratadas superó los diez (10) días y, de otra, cómo valiéndose del ejercicio del “principio de la autonomía privada” manifiesta que “los saldos cobrados están dentro de lo acordado por las partes y PROMOCÓN, de acuerdo con el texto contractual, fue autorizado expresamente por el contratista para descontarlo de los saldos a su favor”, olvidando que dicho principio debe, sobre todas las cosas, respetar las normas imperativas y el orden público y en este caso desconoció el derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 de la C. N.) y la existencia de diferencias y controversias en torno a la aplicabilidad de las multas, lo que conllevaba a que tuviera que acudir para dirimir las diferencias y controversias a un “proceso arbitral” y no al ejercicio de la justicia por propia mano (Cláusula Décima Novena del CONTRATO – Prueba No. 2).*

**CUADRAGESIMO PRIMERO.-** *A la comunicación del 24 de marzo de 2015 de PROMOCÓN dio contestación ESPUMLATEX, mediante carta del 7 de abril de 2015 (Prueba No. 31), en la que manifestó:*

*“Bogotá, D.C. Abril 7 de 2.015*

*Señor*  
**JORGE HADAD LEMOS**  
*Representante Legal*  
**PROYECTOS MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. PROMOCÓN S.A.**

**Ref.** *Respuesta comunicación 335 2015 del 24 de marzo de 2.015*

*Respetado Sr. Hadad:*

*Doy respuesta a su comunicación de la referencia, lo cual hago no tanto con el propósito de polemizar sino de precisar algunas expresiones contenidas en dicha comunicación que se apartan de lo que realmente ha afirmado o manifestado Espumlatex S.A., lo cual entiendo lo hace con el propósito de buscar una mejor posición para su representada, pero en detrimento de nuestros intereses. Por lo tanto, las precisiones que resultan pertinentes, son las siguientes:*

*1. La afirmación en el sentido de que "habiendo finalizado el plazo para la ejecución de los trabajos el contratista no terminó las obras contratadas" ,referida esa afirmación al plazo inicial del 31 de mayo de 2.014, no es exacta pues este plazo finalmente no se dio contractualmente, pues el Otrosí No. 02 en el que se modificó*



*la cláusula cuarta fijando como fecha de entrega de la obra el día 30 de junio de 2.014, se suscribió el 14 de mayo de ese año, de tal manera que la obra ya no tenía que entregarse el 31 de mayo como inicialmente se estipuló, y en tal virtud no hubo en esa fecha ninguna finalización de plazo.*

*2. Es posible que las multas se puedan pactar en un contrato en desarrollo de la autonomía de la voluntad privada, pero también es claro que su imposición no puede quedar al arbitrio de la parte contratante con total desconocimiento de los derechos fundamentales del contratista, más aun cuando éste no fue autor del texto contractual ni los de sus modificaciones. Por lo tanto la simple firma del contrato no puede interpretarse como único signo de aceptación de Espumlatex S.A. a las multas reguladas de manera incompleta en el contrato que elaboró la entidad contratante.*

*3. En ningún momento en la comunicación del 13 de marzo pasado se expresó que "ESPUMLATEX S.A., incumplió de manera reiterada con la entrega de las obras", ni aun siquiera se planteó expresamente un incumplimiento por parte de Espumlatex S.A. Si bien se indica que la obra no se entregó en la fecha indicada en el contrato, también se dejó claro que ello obedeció a circunstancias no atribuibles necesariamente a Espumlatex S.A., pues hubieron razones que contribuyeron a que no se entregara en tal fecha, atribuibles a la entidad Contratante, tal como lo expusimos en nuestra comunicación del 23 de julio de 2.014, a la que ustedes no dieron respuesta alguna.*

*4. En mi comunicación efectivamente señalo que "la finalidad de la cláusula penal, es la de servir de estimación anticipada de perjuicios" pero también expreso que en el caso específico que ocupa nuestra atención, no hay lugar al cobro de dicha cláusula pues en el contrato se indicó que esta procedía si Espumlatex incumplía "totalmente las obligaciones contenidas en el contrato o llegare a darse una terminación del contrato", eventos estos que no ocurrieron.*

*5. No es cierto que en mí señalado escrito del 13 de marzo y específica mente en la página 2, numeral 5 se haya expresado "que la empresa ESPUMLATEX S.A., incumplió con sus obligaciones contractuales". Reitero, Espumlatex no acepta como un incumplimiento suyo la no entrega de la obra en el plazo señalado en el otrosí No. 2 del Contrato. A lo sumo, que algunas de las varias circunstancias que llevaron a que no se hiciera la entrega en esa fecha, podrían de alguna manera atribuirse a Espumlatex.*

*6. Precisamente la invitación que hice en mi pasada comunicación estaba dirigida a que en una reunión que lleváramos a cabo, pudiéramos definir cuáles de las circunstancias que motivaron que la obra no se entregara en la fecha prevista en el Otrosí No. 2 del Contrato, pudieran ser atribuibles a ESPUMLATEX S.A. y con base en ello, definiéramos qué costos adicionales en los que ustedes hayan podido incurrir, pudieran ser asumidos por Espumlatex S.A.*

*En los términos anteriores entiéndase efectuadas las precisiones en torno a su comunicación citada en la referencia de este escrito. En todo caso y dado que no ha habido aceptación por parte suya a la invitación señalada, solo me resta reiterar la solicitud que efectué en mi escrito del 18 de febrero anterior, en el sentido de que se proceda con la restitución de las sumas que hacen parte del valor de la obra que ejecutamos en desarrollo del aludido contrato y que continúan retenidas por esa sociedad, así como de cualquier otra suma que resulte a nuestro favor.*

*Atentamente,*

**HERNANDO GARCIA FORERO**  
Representante Legal  
**ESPUMLATEX S.A.”**

**CUADRAGESIMO SEGUNDO.-** El 13 de abril de 2015 PROMOCÓN remitió a ESPUMLATEX el “original del acta de liquidación de la referencia debidamente firmado por el representante legal de Promocon S.A. por el coordinador del proyecto y dos testigos”, en la que se señala. (...)

*Nótese como PROMOCÓN quiso dar apariencia de legalidad a un acto que se encuentra viciado en la medida en que existían diferencias y controversias en torno a la aplicabilidad de las multas y de la misma cláusula penal, que conllevaban a que las mismas fueran solucionadas dentro de un proceso arbitral y no por el ejercicio de las propias razones desconociendo el derecho fundamental al debido proceso y fue así como descontó de manera arbitraria las multas contractuales ilegales e inconstitucionales del saldo por cancelar a ESPUMLATEX que dio como resultado de manera coincidencial y extraña un saldo a favor de la CONVOCANTE de 0.”*

### **1.3. Contestación de la demanda**

El apoderado de la parte Convocada contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros, principalmente aquellos que se refieren a la violación del debido proceso en la imposición de multas y sanciones.

En la contestación de la demanda se presentaron las siguientes excepciones de mérito:

- ✓ Incumplimiento contractual
- ✓ Cumplimiento de Promocon S.A.
- ✓ Compensación
- ✓ Contrato de obra civil
- ✓ Prescripción
- ✓ Excepción genérica

### **1.4 Pruebas decretadas y practicadas**

Por Auto No. 10 del 23 de enero de 2019, el Tribunal decretó las pruebas en el presente proceso (Acta No. 9 folios 170 a 174 del Cuaderno Principal No. 1).

#### **1.4.1 Pruebas documentales**

Se decretaron como pruebas documentales las aportadas con la demanda y la contestación.

#### **1.4.2 Interrogatorio de parte**

El interrogatorio a la señora **MARIELA CONSTANZA MERINO BARRETO** fue practicado el día 14 de Febrero de 2019 (Acta No. 13 folios 187 del Cuaderno Principal No. 1).

El interrogatorio al señor **FELIX HERNANDO GARCÍA FORERO** fue practicado el día 14 de Febrero de 2019 (Acta No. 13 Folio 186 del Cuaderno Principal No.1).

#### **1.4.3 Prueba pericial**

El Tribunal decretó el dictamen pericial con el ingeniero civil solicitado por la Convocada y concedió el término de 10 días hábiles para su aportación.

La parte Convocada presentó el dictamen decretado (Folio 207 del Cuaderno de Pruebas 1) del cual se corrió traslado a la parte convocante quien en ejercicio de su derecho de contradicción presentó un contra dictamen (Folio 427 del Cuaderno de Pruebas 1).

Ambos peritos fueron interrogados en audiencia del 29 de abril de 2019.

#### **1.4.4 Testimonios**

El Tribunal decretó los testimonios de **WILLIAM ORLANDO SALAZAR VELOZA, JAIRO ALBERTO SALAZAR VILLEGAS, ADITA ARELIS BONILLA GAMEZ y MONICA REYES PEÑA**, los cuales se llevaron a cabo en audiencias del 11 y 13 de febrero de 2019.

#### **1.5 Alegatos de conclusión**

Las partes formularon oralmente sus alegatos de conclusión en audiencia realizada el 13 de mayo de 2019, a los cuales el Tribunal se referirá al tratar cada uno de los temas y entregaron el resumen escrito.

## **II.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

#### **2.1 Presupuestos Procesales**

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso y para proferir pronunciamiento de fondo; así mismo, observa que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones

legales, y no advierte causal alguna de nulidad, por lo que puede dictar laudo de mérito, el cual, de acuerdo a lo previsto en el pacto arbitral, se profiere en derecho.

En efecto, se acreditó:

### **2.1.1. Demanda en forma**

En su oportunidad se verificó que la demanda cumple con las exigencias del artículo 82 –y concordantes- del C.G.P., por lo cual el Tribunal la sometió a trámite.

### **2.1.2. Capacidad**

En los documentos que obran en el expediente se observa que tanto la parte Convocante, como la parte Convocada, son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso; que su existencia y representación legal está debidamente acreditada, y que tienen capacidad para disponer por cuanto en la documentación no aparece restricción alguna. Además, por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes han comparecido al proceso por medio de apoderados debidamente constituidos.

### **2.1.3. Competencia**

En la primera audiencia de trámite, el Tribunal decidió “*Declarar la competencia del Tribunal para conocer y resolver en derecho las diferencias sometidas a su consideración, comprendidas en la demanda y su contestación,*” lo anterior, en el marco del artículo 116 de la Constitución Política y la cláusula compromisoria inserta en el Contrato No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA.

Frente a la cláusula compromisoria, el Tribunal constató que reúne los requisitos de existencia y validez exigidos por la ley para el pacto arbitral y para los actos jurídicos en general, y en especial los requisitos exigidos en el artículo 4 de la Ley 1563 de 2012.

El Tribunal verificó que ambas partes son personas jurídicas con capacidad plena para comparecer al proceso, pues de los documentos aportados no se advierte limitación alguna y, además, han comparecido a este proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados debidamente constituidos.

En cuanto a las diferencias puestas a su consideración el Tribunal señala que tienen origen en el Contrato suscrito entre las partes, están comprendidas dentro del ámbito de la cláusula compromisoria y son susceptibles de transacción.

### **2.1.4 Término para fallar**

El término para fallar empezó a correr el 23 de enero de 2019 y estuvo suspendido por 7 días hábiles, del 30 de abril al 10 de mayo de 2019, por lo cual vence 1 de agosto de 2019.

### **2.2. Síntesis de la controversia**

Solicita la parte Convocante en su demanda que el Tribunal declare que la Convocada incumplió el CONTRATO No EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA en lo atinente a la aplicación de las sanciones y cláusula penal.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, la Convocante solicita que el Tribunal condene a La Convocada a pagar la suma correspondiente a CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 07/100 (\$124.048.235.07) por capital así como la suma correspondiente a SETENTA Y UNA MILLONES OCHOCIENTOS VENTIDOS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$71.822.372.00) correspondiente a INTERESES CORRIENTES desde el 14 de abril de 2015 al 1 de abril de 2018 dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria del LAUDO.

La Convocada por su parte argumenta el cumplimiento a cabalidad de cada una de las obligaciones del CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA y asevera un incumplimiento por parte de la parte Convocante en sus obligaciones como contratista.

Así mismo, formula la parte Convocada las excepciones correspondientes a:

1. Incumplimiento contractual
2. Cumplimiento de Promoción S.A.
3. Compensación.
4. Contrato de obra civil “artículo 2056 del Código civil”.
5. Prescripción
6. Excepción genérica

### **2.3. Del contrato en cuestión.**

Obra en el expediente contrato suscrito el 25 de marzo de 2014 entre PROYECTOS MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. PROMOCON S.A. y ESPUMLATEX S.A. denominado CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014, debidamente

firmado por JORGE HADAD LEMOS en calidad de apoderado de la sociedad PROMOCON S.A. y por otro lado RODRIGO ANDRÉS CALDERON quien ostentaba la calidad de representante legal de la sociedad ESPUMLATEX S.A.

Allí Las Partes, con base en la autonomía de la voluntad decidieron pactar lo siguiente:

*“CLÁUSULA PRIMERA- OBJETO: EL CONTRATISTA obrando por su cuenta y riesgo se obliga para con PROMOCON a ejecutar por el sistema de precios unitarios fijos la construcción de la obra CONSTRUCCION SISTEMA DE CUBIERTA EN PANEL PREFABRICADO PARA LOS EDIFICIOS DE ALMACEN, FABRICA, ACONDICIONAMIENTO Y DESPACHO Y EDIFICIO TECNICO PROYECTO EMULSIONES BELCORP TOCANCIPA, localizadas en VEREDA CANAVITA, de la ciudad de TOCANCIPA, dicha obra consiste en ver presupuesto anexo CUADRO DE CANTIDADES CONTRATO No. 034-2014, obras que adelantará con su propio personal, dirigirá y vigilará directamente a satisfacción del contratante. El recibo de estas obras estará a cargo del Director Residente o Responsable de obra de Promocon S.A. y la interventoría. EL CONTRATISTA manifiesta que conoce el lugar en el cual se ejecutará la obra contratada.”* (Cuaderno de pruebas No.1, folio 05).

Del mismo modo, quedó claro que La Convocante tenía a su cargo las siguientes obligaciones:

*“CLÁUSULA SEGUNDA- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Para el cabal cumplimiento del objeto del contrato, EL CONTRATISTA se obliga a:*  
*(1) Reparar o corregir a su costo aquellas obras que a juicio de EL CONTRATANTE o LA INTERVENTORIA no cumplan con lo indicado en los planos, especificaciones y recomendaciones del director, Residente o Responsable de obra o presenten fallas en la construcción. [...] (8) autoriza a EL CONTRATANTE a descontar de la planilla o corte de obra, los valores que se causen por daños o pérdidas de materiales, equipos y herramientas de la obra o terceros [...] (21) Responder totalmente por la conservación de los bienes entregados en calidad de equipo o herramienta de trabajo. Cumplir en forma eficiente y oportuna las actividades encomendadas en el plazo y términos solicitados así como aquellas obligaciones que se generen de acuerdo con la naturaleza del servicio (37) reconstruir a su costo las obras mal ejecutadas o realizadas con especificaciones inferiores a las estipuladas o ejecutadas por fuera de los planos suministrados por el contratante y no autorizados por este (44) EL CONTRATISTA suministrará todos los materiales necesarios para el cumplimiento del contrato (Cuaderno de pruebas No.1, folios 05 a 07)”*.

En conclusión, se trata de un contrato de obra para la construcción de un “*SISTEMA DE CUBIERTA EN PANEL PREFABRICADO PARA LOS EDIFICIOS DE ALMACEN,*

*FABRICA, ACONDICIONAMIENTO Y DESPACHO Y EDIFICIO TECNICO PROYECTO EMULSIONES BELCORP TOCANCIPA*” con obligaciones a cargo del contratista como fueron citadas anteriormente y del contratante consistentes en pago de las obras ejecutadas, suministro de información y vigilancia así como un plazo específico de cumplimiento para la finalización de la mencionada obra.

#### **2.4. De la escogencia del contratista.**

Es claro para el Tribunal que uno de los factores fundamentales para que la parte Convocada eligiera a la parte Convocante para la ejecución del presente contrato eran los tiempos de ejecución y el tipo de producto o material que provenía de una empresa española (Europerfiles).

Justamente con miras a obtener la obra, es decir dicho “sistema de cubierta”, fue que se planteó y acordó el término de cumplimiento o plazo contractual y las demás condiciones contractuales, establecidas por las partes en el contrato. El objeto del contrato como se ha dicho era recibir un sistema de cubierta con materiales que eran suministrados por el contratista quien a su vez se había encargado de la instalación.

Se evidencia también que el contratista es una empresa colombiana que en Colombia vende productos de origen español (Europerfiles) y que es experta en la instalación de cubiertas.

En efecto según el interrogatorio del señor FELIX HERNANDO GARCIA, representante legal de la Parte Convocante:

*“[...] nuestros paneles tenían una consideración adicional que tenían mayor densidad, mejor plenitud y estaba demostrado que trabajaban bien en este tipo de cubiertas, en este tipo de pendientes.*

*Ellos hicieron de presente que era muy importante la fecha de entrega y en los documentos así está (cuaderno de pruebas No.1, folio 560)”*

Aunado a lo anterior, el Tribunal encuentra el testimonio del señor William Salazar quien ostenta la calidad de coordinador de proyectos de la empresa Promoción S.A. quien en la relación con lo aquí mencionado, indicó que:

*“SR. SALAZAR: Los pliegos o el proceso se desarrolló pues dentro de los lineamientos establecidos y se presentaron pues varias firmas, lo normal es*

*que se presenten 3 para este caso, 4 firmas tal vez fueron las que se presentaron, que se invitaron y se presentaron.*

*Presentaron sus ofertas económicas con sus condiciones técnicas, pues indicando las características del producto que nos ofrecían y pues en este caso el tiempo de ejecución que fue lo que más digamos que influyó en la adjudicación de la obra, por qué. Pues porque como llevo los tiempos de un proyecto de estos son pues muy, muy apretados y pues Espumlatex nos ofreció un plazo de entrega pues bastante atractivo, digamos que a pesar de que no había presentado la oferta económica más barata pues si un tiempo de entrega hizo que la decisión fuera adjudicarle en los trabajos a ellos, pues esta adjudicación como les digo pues es concertada pues con la gerencia, con la interventora y con el cliente quien es finalmente es quien entrega los recursos para hacer la obra” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 528).*

Es decir que el contratista fue elegido por el tipo de material que podía suministrar una vez lo importase de España y por tener experiencia y experticia en instalación de cubiertas, así como por los tiempos a los que se comprometió en comparación con los otros aspirantes.

## **2.5. Del contrato de obra.**

El contrato de obra civil se encuentra regulado por los artículos 2053 a 2062 en el capítulo De Los Contratos Para La Confección De Una Obra Material del Código Civil Colombiano y se aplica cuando la actividad a ejecutar por alguna de las partes es de construcción.

El articulado del Código Civil establece lo siguiente:

**“ARTICULO 2053. NATURALEZA DE LA CONFECCION DE UNA OBRA MATERIAL.** *Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.*

*Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no. Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento. Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.*

*El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicios de las especiales que siguen.”*



Ahora bien, es claro que para que exista un contrato de obra se necesita de los siguientes elementos:

- a) **Acto jurídico:** un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes se obliguen recíprocamente.
- b) **Ejecución de obras materiales:** la realización de la labor, del objeto contratado es la ejecución material a cambio de una remuneración.
- c) **Remuneración:** es la contraprestación que debe darse como pago de un precio a cambio de la ejecución de obra material, no siempre el precio es fijado al momento del contrato. En concordancia con el artículo 2054 del mismo Código se establece que “Si no se ha fijado precio, se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos”.
- d) **No Representación ni Subordinación:** en el contrato de obra se realiza la labor encomendada sin subordinación, esto es que no sigue reglas de horarios ni instrucciones, sin embargo si hay un proyecto y plan de trabajo. Así mismo se entiende que las partes son independientes y que el contrato se ejecuta por cuenta y riesgo del contratista.

De acuerdo con lo anteriormente manifestado, es claro para el presente Tribunal que concuerdan cada uno de los elementos esenciales del contrato en mención:

- a) **Acto jurídico:** Obra en el expediente el CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA CELEBRADO ENTRE PROYECTOS MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A. PROMOCIÓN S.A. Y ESPUMLATEX S.A. suscrito por las dos partes.
- b) **Ejecución de obras materiales:** De acuerdo con el contrato en mención La Convocante debía “*ejecutar por el sistema de precios unitarios fijos la construcción de la obra CONSTRUCCIÓN SISTEMA DE CUBIERTA EN PANEL PREFABRICADO PARA LOS EDIFICIOS DE ALMACÉN, FABRICA, ACONDICIONAMIENTO Y DESPACHO Y EDIFICIO TÉCNICO PROYECTO EMULSIONES BELCORP TOCANCIPIA*” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 05)
- c) **Remuneración:** De acuerdo con el contrato en mención el precio pactado fue de “*MIL DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOSMIL OCHOCIENTOS UN PESOS M/CTE. AIU E IVA INCLUIDO. Moneda corriente (\$ 1.240.452.801) (Cuaderno de pruebas No.1, folio 08)*”.
- d) **No Representación ni Subordinación:** De acuerdo con el contrato en mención en la cláusula séptima, las partes pactaron “*EXCLUSIÓN DE LAS*

## **RELACIONES LABORALES” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 09).**

En conclusión, es este el escenario bajo el cual se examinarán cada una de las diferentes vicisitudes que a lo largo del presente Laudo se resolverán por cuanto el Tribunal observa que el clausulado del contrato en mención presenta los elementos propios de la esencia del contrato de obra.

Es claro para este Tribunal que si bien la entrega final de la obra estaba sujeta a aprobación o visto bueno de la parte Convocada no lo es que el contrato estuviese sujeto a condición suspensiva alguna ni que fuese un contrato de venta a prueba como lo afirma la parte Convocante en sus alegatos de conclusión.

### **2.6. Contrato de obra por precio unitario**

La modalidad del contrato de obra por precios fijos unitarios no está definida como tal en la ley más allá de la definición del tipo contractual arriba mencionado. Así las cosas, habrá de acudirse a las definiciones dadas por la jurisprudencia y la doctrina al respecto.

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado el contrato de obra por precios unitarios fijos debe entenderse de la siguiente manera:

*“Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que **en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato. (...) en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales.***

(...)

*En el sub lite la forma de pago del contrato se pactó por el sistema de precios unitarios, definición que según la jurisprudencia implica que **si para lograr el fin o el objeto contractual se requiere adelantar una serie de actividades complementarias no previstas en el contrato, éstas deben ser desarrolladas y remuneradas partiendo de los precios unitarios previamente determinados***<sup>1</sup>.

Así las cosas, es claro que esta modalidad de pago del contrato de obra supone que se tomen los precios unitarios presentados (que no tendrán lugar a reajuste) y se multipliquen por lo efectivamente ejecutado para así obtener el valor de pagar por contraprestación.

De acuerdo al Consejo de Estado:

*“en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales.”*<sup>2</sup>

Se entiende que cualquier variación o reajuste no se llevara a cabo porque justamente el precio es fijo y las partes esperan que no haya lugar a variaciones en el mismo.

Así pues, se establece en el presente caso que el valor total y fijo del contrato según lo pactado era de **“MIL DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOSMIL OCHOCIENTOS UN PESOS M/CTE. AIU E IVA INCLUIDO. Moneda corriente (\$ 1.240.452.801).**

## **2.7. Pretensiones de la demanda**

Procede el Tribunal a analizar y resolver una a una las pretensiones formuladas en la demanda.

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Radicación: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080). Actor: PAVICON LTDA. Referencia: Acción de Controversias Contractuales Bogotá D.C., 31 de agosto de 2011.

<sup>2</sup> Laudo Arbitral. Tribunal Arbitral De Unión Temporal Segundo Centenario Contra Instituto Nacional De Vías - Invías Bogotá D.C., Veintitrés (23) De Mayo De Dos Mil Diecisiete (2017)

### **2.7.1. Pretensión No. 1**

**PRIMERA.- SE DECLARE que la sociedad PROMOCON S.A. infringió el derecho fundamental al DEBIDO PROCESO (artículo 29 de la C.N.) en el proceso de imposición de las multas y de la aplicación de la cláusula penal a ESPUMLATEX S.A., derivadas de la ejecución del CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA.**

#### **2.7.1.1. Posición de las partes**

En los hechos de la demanda, la Convocante afirmó que las partes celebraron el 25 de marzo de 2014 el Contrato No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA.

En los alegatos de conclusión manifestó que el contrato celebrado fue entre particulares, es decir, ninguno ostenta la calidad de entidad estatal por lo que mal haría en pactarse cláusulas exorbitantes. No obstante, menciona que aun en estos casos debe respetarse el debido proceso para la imposición de las respectivas multas.

Con base en ello, argumenta que no se respetó el derecho al debido proceso en la imposición de las respectivas sanciones contractuales.

La Convocada al contestar la demanda negó el respectivo hecho e indicó que se trataba de *“una apreciación subjetiva del demandado”*.

#### **2.7.1.2. Consideraciones del Tribunal**

##### **2.7.1.2.1. De la autonomía de la voluntad.**

La concepción moderna de contrato se sustenta en el acuerdo de voluntades de las partes. El artículo 864 del Código de Comercio colombiano señala: *“El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial”*; por su parte el Código Civil colombiano en su artículo 1495 dice: *“Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”* Por lo que resulta claro que para el derecho civil colombiano un contrato civil y/o comercial se basa esencialmente en la autonomía privada.

De igual forma, de dicha autonomía contractual se desprenden conceptos como la libertad contractual, el consentimiento de las partes y la fuerza obligatoria de los contratos interpartes. Por lo que se puede deducir que la interpretación de los contratos siempre debe limitarse al análisis de lo estipulado por las partes de conformidad con principios integradores de dicha voluntad como la buena fe.

El principio de la libertad contractual puede resumirse en lo dicho por la doctrinante María Victoria Bambach:

*“Al ponerse ambas partes, por su propia voluntad, de acuerdo sobre determinadas prestaciones y obligaciones, ninguna dependerá del arbitrio de la otra y ambas están en situación de velar por su propio interés. Al elevar su voluntad coincidente a la categoría de norma vinculante de su conducta recíproca, crean una relación jurídica. Al manifestar su voluntad en el contrato, existe una cierta garantía de que lo que ellas han establecido como vinculante es algo razonable y justo.”<sup>3</sup>*

Entiéndase entonces que la voluntad resulta ser totalmente subjetiva del individuo; es decir, que dicha voluntad no debe estar afectada por el consentimiento de terceros, ni por ningún otro sujeto, ni por el estado, ni por ninguna fuerza extraña. Siendo pues la libertad contractual la máxima expresión de anuencia libre de vicios de cada parte contractual. Lo anterior, explica que las decisiones de las partes en una relación contractual civil y/o comercial expresan su consentimiento con plena libertad contractual, por lo que el contrato resultará ser justo y equitativo, dado que cada parte al momento de tomar libremente sus decisiones custodió su propio interés.

Así pues, es el contrato el resultado final de la expresión y decisión de las partes que una vez consultado su legítimo interés plasman sus compromisos y expectativas de manera tal que dicho registro se convierta en la guía de sus actos y sea luz en caso de vicisitudes y divergencias. Lo anterior limitado por el marco de la ley y los principios generales de derecho en especial el de la buena fe.

#### **2.7.1.2.2. De las cláusulas abusivas y la posición dominante en la contratación**

Una cláusula abusiva es aquella que implica un atentado contra el principio de la buena fe en la medida en que involucra una desproporción significativa entre las

---

<sup>3</sup> BAMBACH SALVATORE, María Victoria. III Cláusulas Abusivas, pág. 1, Contratos, Jornadas de Derecho Privado, Universidad de Chile 1.993.

obligaciones y beneficios que adquieren las partes,<sup>4</sup> es decir que es aquella que consagra ventajas desproporcionadas a un solo contratante, genera un desequilibrio contractual y elimina la reciprocidad de las obligaciones.

Ha dicho la doctrina que incurre en un comportamiento abusivo en materia contractual quien asume en el ejercicio de sus derechos contractuales una conducta contraria a la buena fe exigida, con un sentido o finalidad social distinta a la consagrada, según un modelo objetivo de comportamiento.

Para un mayor entendimiento y tener la claridad de cuándo se presentan cláusulas abusivas el jurista Gustavo Ordoqui ha propuesto como criterios para la determinación del abuso contractual los siguientes:<sup>5</sup>

- Debe ser apreciado en el conjunto del contrato globalmente;
- Debe ser claro, importante, notorio o significativo.
- Causa un perjuicio.
- Debe ponderarse al origen del contrato o en el momento de perfeccionamiento.
- Debe ser injustificado; es decir, que la diferencia en la distribución de derechos y obligaciones carezca de razón o de causa o de contrapartida.

De lo anterior resulta pertinente realizar una diferenciación entre dos conceptos jurídicos que se suelen confundir y mezclar, por lo que una cosa es la tipificación de las cláusulas abusivas y otra es la posición dominante de una de las partes en el contrato. La posición dominante contractual *“se refiere a la posibilidad que tiene una persona por razones de superioridad originadas en causa de variada índole, de dictar o fijar los contenidos contractuales en un negocio concreto y específico, independientemente de si quien detenta tal superioridad comercial posee o no posición dominante frente al mercado en general”*<sup>6</sup>

Sin embargo, este tipo de contratos en los que se genere una posición dominante no son ilegales en sí mismos, bien ha hecho la Corte Suprema de Justicia en establecer pautas para identificar los mismos. Algunas de sus cláusulas o la calidad del contrato pueden llegar a ser ilegales, si presentan la totalidad de las siguientes características:<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores\* Verónica María Echeverri Salazar\*\* Opinión Jurídica - UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN

<sup>5</sup> Buena fe en los contratos, Ordoqui Gustavo; pág 179 y ss

<sup>6</sup> COLOMBIA. CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Laudo 23 de febrero de 2007. PUNTO CELULAR LTDA vs COMCEL S.A. Arbitros David Luna Bisbal, Sergio Muñoz Laverde y Pedro Nel Escorcia Castillo.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, expediente 5670, dos de febrero de dos mil uno (2001).

*"a) Que su negociación haya sido individual;"*.

*"b) Que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negociados, vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad, y"*.

*"c) Que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes."*

Queda entonces claro que, per se, el contrato de contenido predispuesto no es abusivo, sino que tal situación ocurre en tanto y en cuanto el predisponente use esa posición de dominio.

En el presente caso el Tribunal no encuentran que concurren elementos que permitan concluir que el contrato de obra suscrito entre las partes sea un contrato abusivo ni de adhesión.

#### **2.7.1.2.3. De las cláusulas unilaterales.**

Dentro del mencionado ejercicio de la autonomía de la voluntad, y con el fin de poder acordar de manera anticipada remedios contractuales frente a incumplimientos totales o parciales, las partes pueden válidamente pactar cláusulas que impliquen que una de las partes puede ejercer facultades unilaterales para apremiar o impulsar el cumplimiento del contrato o incluso para terminar la relación contractual sin que se haga necesaria la intervención judicial.

*En efecto como se ha señalado por la doctrina las partes cuentan con facultades "de adaptar el negocio a circunstancias sobrevenidas, de flexibilizar en general las condiciones del negocio acercándolo con mayor precisión a las necesidades de las partes y de los mercados en los que estos se desarrollan, incluso a las características del tipo comercial elegido, cuya plena realización puede comportar la necesidad de cierta libertad en el manejo de los elementos estructurales de este.*

*Si bien es cierto que estas facultades otorgadas a una de las partes conllevan un grado de discrecionalidad, no pueden estigmatizarse como abusivas per se, ni ser observadas a priori como un mecanismo de abuso de la posición de dominio, introducido en el contrato con la finalidad de concretar un aprovechamiento injusto de la prevalente posición de ventaja que sin duda*

*otorgan a la parte en favor de las que tales facultades han sido conferidas.” (Neme, M. (2018), página)<sup>8</sup>.*

Al respecto habrá que decirse que estas cláusulas contractuales que generan facultades unilaterales, no son per se abusivas, así se ha sostenido también por la doctrina arbitral: **“Admitida la posibilidad de terminación unilateral del contrato de suministro por incumplimiento, todo persuade de que cuando se esgrime esa atribución como proveniente de cláusula contractual que autoriza prescindir del pronunciamiento judicial previo, es menester que dicha cláusula sea nítida y terminante, cuanto lo primero, en la puntualización de las obligaciones cuyo incumplimiento tiene relevancia, y seguidamente, que el acreedor haga la prevención del caso, pero otorgando al deudor moroso un término congruo, prudencial, esto es, razonable, para la subsanación de su falla. De otra manera se estaría autorizando al acreedor para que con un requerimiento simple o relativo a un término exiguo, termine el contrato al calor de su explosión emocional o de su disgusto, sin miramiento por los principios de salvación del contrato (favor contractus) y de lealtad y corrección debidas por cada contratante al otro.”<sup>9</sup>**

Las cláusulas unilaterales no necesariamente son abusivas y tampoco son exclusivas de contratos públicos, por el contrario, cada vez tienen mayor usanza en contratos privados con el fin de tener como se ha dicho soluciones interpartes que no impliquen intervenciones judiciales, sino que puedan ser ejercidas por una de las partes, de manera unilateral, dentro de criterios de proporcionalidad y buena fe.

No todos los remedios propuestos por las partes tienen que ser de orden monetario pues pueden consistir en reparaciones, sustituciones de la cosa debida, eliminaciones de vicios, entre otros.

Así las cosas, bajo el principio de conservación del contrato se puede dar preferencia a la culminación de las prestaciones debidas para completar el objeto contractual con remedios que impulsen el cumplimiento o que sancionen el incumplimiento sin que necesariamente se llegue a una resolución o terminación anticipada del contrato.

---

<sup>8</sup> Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. Universidad Externado de Colombia.

<sup>9</sup> Laudo arbitral 19 de agosto de 2005. Tribunal de Arbitramento que entre Terpel de la Sabana S. A. y Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd.



En efecto, de acuerdo con la doctrina:

*“Los poderes modificativos unilaterales constituyen hoy en día una realidad del nuevo derecho de contratos con la cual es necesario enfrentarse y ante la cual no resulta oponible la exigencia de bilateralidad del consentimiento, que por demás se surte ab initio con la aceptación de los términos del contrato en el que se incluyen cláusulas de ese tenor; las cuales habrán de ser valoradas con las mismas exigencias de legitimidad que operan al interior de negocios en los que la expresión del consentimiento viene reducida por la modalidad de contratación<sup>10</sup>” (Neme, M, 2018)*

Bajo este entendido, las cláusulas unilaterales pactadas en el contrato en estudio son las siguientes:

*“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA- MULTAS: Si el contratista incurriere en mora o retardo en el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones incurrirá en una multa a favor de PROMOCÓN S.A. del uno (1%) por ciento del monto del contrato por cada día calendario de demora en efectuar dicha entrega hasta completar un máximo del diez por ciento (10%) del valor total del contrato.*

*[...] Parágrafo quinto: EL CONTRATISTA autoriza en forma expresa a EL CONTRATANTE **para que descuente automáticamente (compensación)** de las sumas de dinero que le adeude, en desarrollo de este contrato el valor de las multas pactadas en esta cláusula. (El subrayado es nuestro) (Cuaderno de pruebas No 1, folio 11)”.*

Encuentra el Tribunal que en el OTROSI No 1 al CONTRATO No EMULSIONES EBEL 034-2014 las partes, igualmente pactaron que:

*“CLÁUSULA DECIMA TERCERA MULTAS: Las partes establecen que además de las multas indicadas en la CLÁUSULA DECIMA TERCERA del contrato serán aplicables las siguientes sanciones:*

*A). SANCIÓN POR EL ATRASO EN EL INICIO, LA ENTREGA PARCIAL O FINAL: Si EL CONTRATISTA incumpliera los plazos estipulados en el*

---

<sup>10</sup> Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso. Universidad Externado de Colombia.

*cronograma para la entrega a satisfacción del proyecto o presentara incumplimiento de las entregas parciales acordadas en el contrato quedará constituida en mora, sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial, por una suma equivalente al uno por ciento (1%) sobre el valor total del contrato, diarios hasta la fecha de cumplimiento del plazo a título de multa. Dichos dineros se descontarán del importe de las actas parciales de obra a su favor. La imposición de dicha multa tendrá un tope máximo equivalente al diez (10%) del valor total del contrato después de lo cual, EL CONTRATANTE quedará facultado para dar por terminado el contrato por incumplimiento.*

*Si dicho incumplimiento de entrega supera el término de (10) días calendario en relación con el plazo establecido para la ejecución del contrato, EL CONTRATANTE tendrá derecho a cobrar en forma inmediata, el monto de la cláusula penal en los términos del presente contrato” (cuaderno de pruebas No 1, folio 27)*

Con base en todo lo anterior, el Tribunal concluye que las cláusulas pactadas no son abusivas por cuanto son válidas en este tipo de contratación y precisamente lo que buscan es mitigar el acaecimiento de posibles contingencias que lleguen a afectar los intereses de la parte interesada. Ello, de manera tal que no tuviesen que acudir las partes a una intervención judicial previa para decidir sobre la posible terminación o sanciones pactadas en el contrato.

Ahora bien, debe decirse que toda la ejecución del contrato debe estar regida por la buena fe y de manera muy especial el ejercicio de potestades unilaterales como las aquí anotadas. De ahí se deriva el respeto a las prerrogativas y derechos de la otra parte, ello no es otra cosa que el debido proceso. Garantía de respeto del ejercicio de los derechos de la otra parte, del conocimiento que deba tener esta de los hechos y circunstancias que se le endilgan, su correlativa oportunidad de dar explicaciones y descargos y de expresar su inconformismo y las evidencias que acrediten su posición y tengan la vocación de impedir posibles sanciones o consecuencias.

Justamente entonces el debido proceso consiste en que la parte a la que se atribuya responsabilidad por incumplimientos parciales o totales tenga conocimiento de la base de dicha atribución y puede presentar sus explicaciones y descargos o en su defecto aceptar las mismas y las consecuencias que de ellas puedan derivarse.

Entonces, el punto por dilucidar en el caso concreto es si la parte Convocada al dar aplicación a una potestad contractual (enmarcada en la autonomía de la voluntad)

violó o no el debido proceso. Sin embargo, debe detenerse el Tribunal en determinar si tal potestad contractual era válida o debería ser considerada como abusiva.

Debe observarse como en el presente caso las partes pactaron en el contrato su entendimiento de los aspectos que aseguraban su debido proceso. Lo entendieron y así lo pactaron. Producto de lo anterior, convinieron a través de la cláusula octava, en su parágrafo tercero lo siguiente:

***“PARÁGRAFO TERCERO:*** *En caso de que Promocon detecte anomalías en la prestación de los servicios o incumplimiento en las normas estipuladas, el RESIDENTE O DIRECTOR DE OBRA notificará por escrito al CONTRATISTA, sobre la existencia de tales inconformidades y lo instará a cumplir en un plazo definido por PROMOCIÓN” (Cuaderno de Pruebas No.1 folio 9) (el subrayado es nuestro).*

Lo anterior, deja entrever la voluntad de integrar a su relación una forma de mitigar los inconvenientes que se suscitaban en la relación contractual que aquí nos atañe.

Aunado a lo anterior, y como prueba de ello, vale recalcar que a lo largo del expediente se encuentran comunicaciones como la del 23 de julio de 2014 en el que la Convocante da respuesta a las *“inquietudes que se han generado con respecto al retraso de la ejecución”* por parte de La Convocada (cuaderno de pruebas No. 1, folio 77)

Allí, la Convocante afirma que *“los diferentes atrasos que se han presentado, han sido por diversas causas”* entre ellas lo que ellos mismos denominan *“tiempos muertos (lluvia), demora en el inicio de la ejecución del proyecto, modulación plano de traslucidas, parada de trabajos por inasistencia del siso, aprobación de la escuadra de instalación de panel, solicitud estructura de gimnasio y vestier, solicitud de trabajo días adicionales de fin de semana”* (cuaderno de pruebas No. 1, folios 77 a 79).

Del mismo modo, vale recalcar la comunicación del 16 de julio de 2014 en la cual, nuevamente, la Convocante da respuesta a un comunicado previo enviado por la Convocada argumentando que:

*“A partir de hoy vincularemos una nueva firma instaladora, la cual iniciará trabajos el día lunes 21 de julio del presente, lo anterior sin desvincular a Discubiertas, empresa que se encuentra actualmente adelantando los trabajos de instalación de panel de cubierta.*

*Con la vinculación de esta nueva empresa, tendremos la posibilidad de cubrir varios frentes de trabajo, según comité del día de hoy, esta firma se encargará de la instalación de los edificios de Almacén y Gimnasio, áreas que ustedes se comprometen a liberar para el día lunes 21 de julio.*

*Lamentamos los inconvenientes causados por el bajo rendimiento en la mano de obra de instalación y esperamos subsanar los atrasos en los que hemos incurrido en la fecha” (Cuaderno de pruebas No 1. Folio 81).*

Es claro para el Tribunal que las partes tuvieron acercamientos y conversaciones en las que se “notificó” tal y como lo indica la cláusula antes mencionada los presuntos incumplimientos de “la Convocada”.

Luego entonces, se dio oportunidad a la Convocante para exponer, en un primer lugar, las circunstancias que retardaban la ejecución del objeto contractual.

Del mismo modo, con base en las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, este Tribunal hace hincapié en la comunicación del 16 de julio de 2014 (Cuaderno de pruebas No 1, folio 81) en el que la Convocante indica:

*“Lamentamos los inconvenientes causados por el bajo rendimiento en la mano de obra de instalación y esperamos **subsanar** los atrasos en los que hemos incurrido a la fecha” (Cuaderno de pruebas No 1, folio 81) (el subrayado es nuestro).*

Resulta claro que la Convocada sabía y conocía de los hechos que se le imputaban y del incumplimiento del que se le acusaba, y no solo fue concedora de dicha situación, sino que dio explicaciones y manifestó su intención de poder “subsanar el atraso en que había incurrido.”

De tal modo que, como se reitera, se puede concluir que las partes tuvieron diálogos entre ellas en los que se colocaron de presente los presuntos incumplimientos en las que estaba incurriendo la Convocada. No se evidencia entonces que se haya procedido a aplicar directamente y sin aviso las multas y penalidades alegadas en la pretensión de la demanda.

A contrario sensu, se brindaron espacios para permitir a la Convocada manifestarse y subsanar los presuntos incumplimientos reclamados a lo largo de las comunicaciones.

Rescata el Tribunal, el comunicado del (13 de agosto de 2014) en el que la Convocante indica que “no está de acuerdo y, que por lo tanto no aceptamos dicho incumplimiento, por lo tanto, le solicitamos que se remitan a los comunicados que le hemos realizado” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 106).

Posteriormente, la Convocada a través del comunicado del 14 de agosto de 2014 responde a la Convocante e indica “gran preocupación y total inconformismo ante la mala planeación en el desarrollo de los trabajos de la referencia dado a la fecha y según lo informaron ayer en comité no se cuenta con la totalidad de los materiales requeridos [...]” (cuaderno de pruebas No.1, folio 109).

Se encuentra el comunicado del 20 de agosto de 2014 en el que la Convocante devuelve las órdenes de compra emitidas por la Convocada en las que se inicia el cobro de los conceptos correspondientes a la cláusula penal y multas por los incumplimientos suscitados durante la ejecución del contrato (Cuaderno de pruebas No.1, folio 115).

Siguiendo esta línea argumentativa, obra en el expediente la comunicación del 11 de septiembre de 2014 en la que la Convocada “remite nuevamente las cuentas de cobro” de acuerdo con comunicaciones previas sostenidas con la Convocante (Cuaderno de pruebas No.1, folio 117).

Finalmente, observa el Tribunal, la comunicación del 24 de septiembre de 2014 en la que la Convocante informa que

*“No aceptamos estas cuentas de cobro, debido a que, no estamos de acuerdo con la afirmación de que ESPUMLATEX hubiera incurrido en incumplimiento por circunstancias y/o situaciones atribuibles a ESPUMLATEX, las circunstancias que han llevado a la no entrega oportuna del proyecto, son ajenas a ESPUMLATEX, adicional a esto, es importante aclarar que también existen situaciones que indican incumplimiento por parte del contratante” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 123).*

Con base en lo anterior y mediante una lectura sistemática de cada una de las comunicaciones, encuentra el Tribunal que existía controversia respecto de la aplicabilidad de las multas y la cláusula penal. En distintas ocasiones fueron intercambiadas comunicaciones que dejan entrever al Tribunal, por un lado, inconformidad ante el incumplimiento por parte de las obligaciones por parte de la Convocante y por otro, esta, rechazo de tal imputación, así como de la imposición de las respectivas sanciones.

Así pues, si bien es cierto que había disputa en torno a la aplicabilidad de las multas y cláusula penal, también lo es que reposa en el expediente una comunicación del 17 de diciembre de 2014 en la que se afirma que:

*“Por medio de la presente, le solicito nos informe fecha de pago, de las facturas pendientes del contrato No. 034-2014, nosotros, somos conscientes de que algunas demoras generadas en la ejecución del proyecto, fueron debidas a causas nuestras, para lo cual, y según nuestra conversación, asumiremos el descuento del 10% del contrato, monto con el cual, se pagará los gastos adicionales en los que PROMOCON haya incurrido “(cuaderno de pruebas No. 1, folio 146).*

Sobre este particular y la interpretación de esta manifestación de voluntad el Tribunal ya ha expuesto su análisis, por lo que se remite a lo ya mencionado al efecto.

Es así que luego de las comunicaciones antes reseñadas, La Convocada de forma previa y a través del comunicado del 6 de agosto de 2014 notificó a La Convocante que se procedería a hacer efectivas las respectivas multas (Cuaderno de pruebas No.1, folio 102).

Acto seguido, la Convocante a través del comunicado del 13 de agosto de 2014 manifiesta su inconformidad respecto de la aplicación de las multas indicando claramente “que no está de acuerdo y, que por lo tanto no aceptan dicho incumplimiento” (cuaderno de pruebas No. 1, folio 106).

Otrora de lo anterior, obra en el expediente la declaración de la señora MÓNICA REYES quien ostentaba la calidad de la directora del proyecto del contrato No. EMULSIONES EBEL 034-2014 (cuaderno de pruebas No.1 folio 542 a 557) y en el que indicó que existió un procedimiento previo a su imposición.

Al respecto, el presente Tribunal observa la siguiente declaración:

*“Dr. Buitrago: Antes de esas cuentas de cobro a las que usted se refiere Promoción le pidió explicaciones por los retrasos y los incumplimientos?*

*Sra. Reyes: Sí, nos llamaba y nos preguntaba por qué los retrasos a raíz de esos cuestionamientos es que se genera el documento que yo entrego en donde detallamos el por qué?”“(Cuaderno de pruebas No.1, folio 552, el subrayado es nuestro).*

La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución colombiana como derecho fundamental de aplicación inmediata, comprende no solamente el derecho de defensa y las garantías a que alude el artículo 29 C. P., en términos de legalidad, al juez natural, al derecho de contradicción, y desde luego a la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características y a la presunción de inocencia, sino que hoy en día la jurisprudencia le otorga alcances más amplios. En efecto, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia, el derecho fundamental al debido proceso pretende garantizar un orden justo, por lo que comprende, *“no sólo las garantías del artículo 29 de la Carta, sino también otro cúmulo de valores y principios de la misma raigambre constitucional que hacen que vaya más allá del cumplimiento de los requisitos que la ley procesal impone, a través de la irrestricta observancia de los demás derechos que permitan la vigencia de un orden justo. Dentro de esos valores y principios, resulta relevante el análisis del principio de la buena fe”*.<sup>11</sup>

Además de todo lo anteriormente expuesto llama la atención de este Tribunal la comunicación del 23 de julio de 2014 en la que la parte Convocante manifiesta que *“los diferentes atrasos que se han presentado han sido por diversas causas, no todas debidas a ESPUMLATEX, algunas de las cuales se enumeran a continuación”* (Cuaderno de pruebas No.1, folio 77). Es decir, que la misma surtió una suerte de descargos en las que se argumentó las distintas causas de su incumplimiento.

Producto del proceso brindado al interior de las partes y corolario de lo anterior, obra en el expediente la comunicación remitida el día 17 de diciembre de 2014 por el entonces presidente ejecutivo de La Convocante, el Dr. Rodrigo Calderón quien afirma:

*“[...] somos conscientes de que algunas de las demoras generadas en la ejecución del proyecto, fueron debidas a causas nuestras, para lo cual, y según nuestra conversación, asumiremos el descuento del 10% del contrato, monto con el cual, se pagará los gastos adicionales en los que Promoción haya incurrido (cuaderno de pruebas No.1. Folio 146)”*.

Con base en ello y en las pruebas aquí mencionadas, el Tribunal concluye que la parte la parte Convocada brindó a la parte Convocante distintas oportunidades a través de las cuales ejerció el derecho de defensa, argumentando, discrepando

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-209 del 17 de marzo de 2006, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

manifestando su inconformidad con la imposición de las respectivas sanciones, así como ocasiones en las que rindiera los respectivos “descargos” por los incumplimientos suscitados.

Así lo manifestó la ingeniera MÓNICA REYES PEÑA:

*“De acuerdo, el proyecto que estaba contemplado para que no tuviéramos ningún tipo de inconveniente, ni retraso, pero cuando arrancó el desarrollo tuvimos una serie de tiempos muertos programamos nosotros, que significa **tiempos muertos**, significa diferentes situaciones en las que no podíamos hacer el avance normal del proyecto por motivos o causas ajenas a nuestro control como Espumlatex o como Espumlatex escuadra.*

*Los aspectos que generaron el avance no esperado, los pasos a enumerar, por ejemplo uno eran los tiempos muertos que se generaban por el clima, básicamente por lluvia en especial obvio, dado que este era un proyecto que requería gente que estuviera en la cubierta que por seguridad obviamente no podría trabajar, es importante aclarar en este momento que todos los tiempos muertos debidos a la lluvia o al clima quedaron registrados en un libro o bitácora de obra el cual siempre reposó en el proyecto [.....]*

*[...] Adicional a los temas de lluvia, tuvimos alguna serie de retrasos, por demora en la nivelación de las estructuras, en la primera demora que tuvimos es que para poder instalar la cubierta es necesario tener la instalación de las canales [...] (Cuaderno de pruebas No. 1, folio 545 a 546) (el subrayado es nuestro).*

Se observa entonces que la parte Convocante manifestó su aceptación del retraso atribuible a ella y propuso términos de subsanación. Como si lo anterior fuera poco, evidencia el tribunal manifestación unilateral de la parte convocante en la que mediante correo electrónico de fecha 17 de diciembre de 2014 se acepta la atribución de responsabilidad por el incumplimiento por lo menos parcial así como la consecuencia derivada de ello en el sentido que se pague por el convocante a la convocada el diez por ciento del valor del contrato.

De otra parte el mencionado correo electrónico es copiado a varias personas que habían estado en la ejecución del contrato y eran conocedoras del desempeño del contratista en el mismo. En efecto la señora Monica Reyes en su declaración señala:

*“DRA LOZANO: La redacción de ese correo fue hecha por ustedes de manera conjunta o fue que el señor Calderón la hizo y luego se las copio a ustedes o la pudieron discutir, la pudieron analizar?*



*SRA. REYES: No la redacción la hizo Rodrigo Calderón.*

*DRA. LOZANO: Y usted fue copiada?*

*SRA. REYES: Sí” (cuaderno de pruebas No.1, folio 556).*

Todo lo anterior, deja entrever al Tribunal que luego de un periodo de comunicaciones, el representante legal de la Convocante decide finiquitar y concluir tales actuaciones asumiendo el descuento correspondiente. Es de resaltar que hace expresa referencia a la suma equivalente al 10%, es decir, haciendo referencia a la aplicación de la sanción correspondiente por el incumplimiento parcial de las obligaciones de la sociedad a su cargo.

Es así que durante el interrogatorio WILLIAM ORLANDO SALAZAR VELOZA quien ostenta la calidad de coordinador de proyectos indicó que:

*“[...] Se les envía unas cuentas de cobro, ellos pues las regresaban, digamos que ese fue el proceso, un proceso de 2 o 3 meses de ese cobro, hasta que por allá en algún momento y después de varias reuniones con el cliente y con el representante legal de Espumlatex, el señor pues Calderón representante legal de Espumlatex emitió un correo electrónico diciendo, listo, nosotros somos conscientes de que tenemos estos atrasos, de que estamos afectando el proyecto y pues aceptamos el cobro de las multas contractuales, tengo el correo que también lo dejo aca a donde pues asumieron el descuento del 10% como sanción a este incumplimiento, digamos que esa fue como la parte final” (cuaderno de pruebas No.1, folio 531).*

Ahora bien, es de resaltar que el mencionado correo, no fue tachado por ninguna de las partes durante la etapa procesal correspondiente. Adicionalmente, encuentra el presente Tribunal que la directora del proyecto, la ingeniera Mónica Reyes afirmó que:

*“DRA. LOZANO: Lo que menciona ese comunicado se lo leo es “según nuestra conversación asumiremos el descuento del 10% del contrato, monto con el cual se pagarán los gastos adicionales en los que promoción haya incurrido” quisiera oír su opinión respecta de la frase final de ese comunicado?*

*SRA. REYES: Sí, lo que generaba era que como íbamos a demorar más tiempo, era que a ellos le implicaba pagar por un mes más el Siso, la gente de seguridad, la gente que tenían ellos como ingenieros que si fuera por un tiempo X que la verdad no recuerdo ellos tendrían que pagar todos esos*

salarios adicionales por la demora, yo lo que recuerdo que si no estoy mal era el señor..... **Calderón me dijo que eso está bien para llegar a un acuerdo amigable nosotros asumimos eso que fue así como el 10% algo así**” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 550) (La negrilla y subrayado es nuestro).

Observa el Tribunal que se respetó la garantía de conocimiento de los hechos que se endilgaban a la parte Convocante, así como la oportunidad para sus descargos y expresión de inconformismo, hasta que al final en comunicación que ya se analizó su representante en ejercicio de su capacidad volitiva manifiesta aceptación de incumplimiento por lo menos parcial en el retraso presentado.

En consecuencia, se entiende que la Convocada no vulneró el derecho al debido proceso, por cuanto se le brindó a la Convocante varias oportunidades para presentar los respectivos descargos e incluso producto de ello su presidente ejecutivo aceptó un incumplimiento parcial de las obligaciones a su cargo y el respectivo descuento razón por la cual no prospera la pretensión No. 1 de la demanda y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive del Laudo.

## **2.7.2. Pretensión subsidiaria primera a la primera principal**

*“SE DECLARE que la sociedad PROMOCION S.A. incumplió el CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA, al aplicar las multas y la cláusula penal a ESPUMLATEX S.A., desconociendo las correspondientes estipulaciones contractuales que lo regulan”.*

### **2.7.2.1. Posición de las partes**

La Convocante afirma que no se le otorgó la posibilidad de brindar sus descargos frente a los incumplimientos suscitados con ocasión de la ejecución del CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA. Adicionalmente, menciona que no se cumplió con el proceso de imposición de multas por cuanto *“no fue deducida durante la vigencia del contrato y (ii) no fue descontada de las actas parciales de obra o de las sumas que se le debieran por VIA EJECUTIVA”* (alegatos de conclusión parte CONVOCANTE, folio 20).

En la contestación de la demanda la Convocada niega el hecho mencionado e indica que fueron pactadas de manera “bilateral” e incluso alega la no aplicación de la cláusula penal aun cuando los trabajos fueron entregados extemporáneamente.

### **2.7.2.2. Consideraciones del Tribunal**

Previo a decidir sobre la pretensión en cuestión, el presente Tribunal debe realizar un recuento sobre las disposiciones que dotan de análisis a la presente discusión.

En primer lugar, de conformidad con la cláusula cuarta del CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA este tendría una duración de “SESENTA Y SEIS (66) días calendario contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio” (cuaderno de pruebas No. 1, folio 08).

Del mismo modo, las partes de común acuerdo celebraron el OTROSI No. 01 AL CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 en la cláusula cuarta establecieron que:

*“CLÁUSULA CUARTA. DURACIÓN: Las partes por medio del presente documento reconocen que el tiempo es un factor esencial en este contrato en consecuencia EL CONTRATISTA debe someter a aprobación el cronograma detallado de ejecución de obra por frentes de trabajo, sin por este hecho poder modificar el tiempo contractualmente acordado, y deberá independizar los frentes de trabajo especificar áreas a intervenir con fechas de entrega DE IGUAL MANERA ESTE CRONOGRAMA SE DEBE AJUSTAR AL CRONOGRAMA GENERAL DE LA OBRA. El tiempo de entrega de materiales en obra será de TREINTA Y SEIS DIAS CALENDARIO a partir del día veinticinco de marzo de 2014 fecha en la cual se definen conjuntamente las cantidades a producir y su instalación será realizada en treinta días calendario” (Cuaderno de pruebas No 1, folio 24).*

El Tribunal puede observar cómo quedaron claramente especificados los términos de ejecución de la obra contratada.

No obstante, las partes actuando en virtud de la autonomía de la voluntad decidieron “modificar” la cláusula cuarta a través del OTROSI No 02 al CONTRATO No EMULSIONES EBEL 034-2014. Así quedó establecido que:

*“Cláusula CUARTA “DURACIÓN DEL CONTRATO” la cual quedará de la siguiente manera: La duración del presente contrato será de 96 días calendario contados a partir de la firma del acta de inicio debiéndose entregar la totalidad de los trabajos el día 30 de junio de 2014. (Cuaderno de pruebas No. 1, folios 73)”.*

Por otro lado, es claro para el Tribunal que, en el contrato, EL CONTRATISTA se obligó a:

*“CLÁUSULA SEGUNDA- OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Para el cabal cumplimiento del objeto del contrato, EL CONTRATISTA se obliga a: 21) [...] cumplir en forma eficiente y oportuna las actividades encomendadas en el plazo y términos solicitados, así como aquellas obligaciones que se generen de acuerdo con la naturaleza del servicio. (Cuaderno de pruebas No 1, folios 06)”*

Con base en ello, las partes decidieron pactar que el CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 tendría una duración de 96 días calendario y que la parte Convocante se sometía a los mencionados términos para el desarrollo del objeto contratado. A contrario sensu, si el mismo desconocía las mencionadas estipulaciones contractuales sería objeto de las sanciones a que hubiera lugar.

Luego, a partir de los incumplimientos parciales de la parte Convocante, la Convocada procedió a efectuar las respectivas acciones contractuales con las que se había dotado el contrato celebrado.

Ahora bien, como se ha manifestado a lo largo del presente Laudo y bajo la facultad de este Tribunal de integración e interpretación del contrato y de las diferentes actuaciones de las partes en el desarrollo del mismo, como se ha manifestado en pretensiones anteriores, resulta evidente que la manifestación de su presidente ejecutivo constituye una aceptación de la atribución de responsabilidad del contratista en los retrasos presentados y la aceptación expresa de la consecuencia derivada de la misma: asumir el diez (10) por ciento de descuento del contrato.

Si bien la palabra descuento no hace referencia expresa ni específica al tipo de sanción o remedio al que corresponde bien sea de multa, clausula penal u otras es claro para este tribunal que la intención de la parte era manifestar y aceptar que asumía la suma correspondiente al diez por ciento del valor del contrato en virtud y con ocasión de los retrasos presentados.

Pretender desconocer dicha aceptación (tanto de la atribución de responsabilidad como del descuento) porque la manifestación no se refiera en concreto a qué tipo de remedio o sanción pudiera corresponder equivaldría a desconocer por este tribunal la fuerza vinculante de la manifestación expresa e inequívoca de una de las partes que tras el retraso presentado acepta su participación y responsabilidad en el mismo y la consecuencia derivada de ello, desconocer dicha manifestación

atentaría de manera grave contra los postulados de buena fe y corrección contractuales y contra la esencia misma de la autonomía de la voluntad.

Debe precisar también el Tribunal que el hecho que dicha manifestación del convocante se refiera a “los pagos adicionales en que Promoción haya incurrido” no implica que debe abrirse debate o imponerse al Convocado la carga de comprobar ni el monto de pagos adicionales ni la destinación específica del descuento del diez por ciento. Se trata como se ha dicho en reiteradas oportunidades de una manifestación que conllevó una solución remedial al atraso presentado y aceptado por la Convocante con base en el clausulado pactado a propósito.

Adicionalmente, observa el Tribunal que la Convocada y el Convocante, en relación con la cláusula penal, afirman que la misma “*no fue finalmente cobrada*” (alegatos parte Convocante, página 20) de tal modo que los intereses de la parte Convocante no se vieron afectados por lo que no vale la pena redundar sobre el mencionado asunto.

Es así que mal haría el presente Tribunal en condenar a la Convocada con base en la vulneración a un procedimiento que no tiene relevancia en el asunto en mención dado que, como se reitera, no existió una afectación a los intereses de la Convocante por cuanto las mismas no fueron “cobradas” lo que genera que su procedimiento sea inocuo.

Corolario de lo anterior, el Tribunal concluye que no se presentó un incumplimiento contractual por parte de la Convocada en lo atinente a la aplicación de la cláusula de multas y cláusula penal por cuanto:

1. Respecto de las multas., en distintas ocasiones tuvo lugar el intercambio de comunicaciones alegando, informando y dando un procedimiento interno a la imposición de las multas.
2. Conclusión del proceso de intercambio de comunicaciones en las que el Convocante no solo puso de presente sus explicaciones, dicha parte de manera expresa manifiesta la aceptación de sus incumplimientos parciales (en razón del tiempo de ejecución) por hechos imputables a ella y el descuento del diez por ciento del valor del contrato.
3. Respecto a la cláusula penal, observa el Tribunal que ambas partes afirman que no fue finalmente cobrada. Por tanto, su procedimiento pasa a ser

irrelevante por cuanto no hay una afectación a los intereses de la parte Convocante.

En consecuencia, no se encuentra probado el incumplimiento del contrato por parte del Convocado por lo cual no prospera la pretensión subsidiaria primera de la demanda y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive del Laudo.

### **2.7.3. Pretensión subsidiaria segunda a la primera principal**

*“SE DECLARE que la sociedad PROMOCON S.A. en el proceso de imposición de multas y de la aplicación de la cláusula penal a ESPUMLATEX S.A. no demostró que ésta hubiera obrado con dolo o culpa”*

#### **2.7.3.1. Posición de las partes**

Manifestó la Convocante en la demanda que, dentro del proceso de imposición de las sanciones contractuales, en ningún momento, se atendió el debido proceso y no se realizó el respectivo juicio de responsabilidad correspondiente en el que se demostrara que el actuar de la Convocante fue dolosa o culposamente sin permitir a este acreditar causas extrañas o fuerza mayor que permitiesen su defensa.

Por su parte la Convocada en la contestación de la demanda negó este hecho y aclaró que consiste en una apreciación subjetiva de la Convocante.

#### **2.7.3.2. Consideraciones del Tribunal**

Con base en todo lo expuesto hasta ahora, el Tribunal observa que se encuentra en el escenario de un contrato de obra en el que están delimitadas las obligaciones a cargo del Convocante.

Se ha mencionado por este Tribunal que el compromiso y la prestación debida era justamente la entrega de un sistema de cubierta con materiales e instalación a cargo del contratista. En tanto, encuentra el Tribunal que se acreditó e incluso se aceptó de manera expresa por la Convocante un incumplimiento por lo menos parcial de sus obligaciones.

De acuerdo con el material probatorio que obra en el presente procedimiento arbitral, se presentó y aceptó un incumplimiento de las obligaciones convenidas por parte de la Convocante que conllevó a la asunción de descuentos como lo manifestó

de su presidente ejecutivo, por lo tanto, el escenario de discusión no era la atribución de dolo o culpa del Contratista.

De tal manera que resultaba intrascendente para las consecuencias contractuales la prueba del dolo o culpa.

A pesar de ello le asiste razón al Convocante en el sentido que en el proceso contractual de imposición de multas no se probó el dolo o culpa, sin que dicha situación tenga consecuencias de exoneración en virtud de la aceptación, tanto de su incumplimiento parcial, como del descuento con el que se debería proceder.

De esta manera el Tribunal declarará que en el proceso contractual no se probó dolo o culpa, sin que dicha declaración tenga efectos condenatorios, por lo ya expuesto, frente a la aceptación del incumplimiento parcial y su consecuencial descuento.

En virtud de lo anterior, prospera la pretensión subsidiaria segunda de la primera principal y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive del Laudo.

#### **2.7.4. Pretensión subsidiaria tercera a la primera principal**

*“Se declare que la sociedad PROMOCON S.A. en el proceso de imposición de multas y de la aplicación de la cláusula penal a ESPUMLATEX S.A., ante la controversia suscitada en relación con la procedencia de su imposición y aplicación debió acudir a solucionar tales diferencias mediante un TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO (cláusula décima novena del CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA), lo que no hizo.”*

##### **2.7.4.1. Posición de las partes**

Señaló la Convocante en su demanda que existían diferencias y controversia en torno a la aplicabilidad de las multas lo que implica que estas debían ser dirimidas a través de un Tribunal de Arbitramento.

La parte Convocante manifiesta en los alegatos de conclusión que existían diferencias en la viabilidad o procedencia de las sanciones y dado que no se arreglaron amigablemente se debían resolver por un tribunal de arbitramento.

En la contestación de la demanda la Convocada admite los hechos ateniéndose

únicamente al contenido del documento, negando las apreciaciones o suposiciones del demandante.

#### **2.7.4.2. Consideraciones del Tribunal**

Como se ha manifestado a lo largo del presente Laudo existen dos tipos de vías remediales frente al incumplimiento del deudor. A saber, una contractual (con facultades unilaterales) y otra judicial, según la cual, para la imposición de cualquier sanción o terminación del contrato debe acudirse como previamente a la declaración jurisdiccional.

Pues bien, en el contrato se encuentran distintas cláusulas unilaterales, sobre las cuales, la parte Convocada ejecutó sus facultades en conjunto con una comunicación emitida por el presidente ejecutivo de la parte Convocante el señor Rodrigo Calderón.

El presente Tribunal concluye que no existió un incumplimiento por parte de la Convocada por no acudir a la vía jurisdiccional con miras a resolver las circunstancias suscitadas con ocasión al desarrollo del contrato porque así lo permitía el mismo a través de sus distintas cláusulas unilaterales.

Ahora bien, frente al ejercicio de estas facultades por parte de la Convocada, la Convocante no estuvo de acuerdo y decidió acudir a este Tribunal con la finalidad de dirimir las diferencias presentadas.

Por tanto, no prospera la pretensión subsidiaria tercera de la demanda y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive del Laudo.

#### **2.7.5. Pretensión No. 2**

*“SE DECLARE que la liquidación del CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA efectuada unilateralmente por PROMOCÓN S.A. infringió el derecho fundamental al DEBIDO PROCESO (artículo 29 de la C.N.)”.*

##### **2.7.5.1. Posición de las partes**

En la demanda la parte Convocante indicó que la liquidación del contrato fue realizada con la finalidad de dotar de apariencia de legalidad por cuanto aun existían diferencias y controversias en torno a la aplicabilidad de las multas y de la misma



cláusula penal que implicaba la solución de las mismas a través de un Tribunal Arbitral y no por el ejercicio de las propias razones en detrimento del debido proceso practicando así los descuentos de las multas.

La parte Convocada respondió a este hecho admitiendo el mismo y ateniéndose únicamente al contenido del documento, negando las apreciaciones o suposiciones de la parte Convocante.

### **2.7.5.2. Consideraciones del Tribunal**

Obra en el expediente el CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA CELEBRADO en el que las partes decidieron pactar la cláusula vigésima quinta en lo atinente a la liquidación del mismo:

*“CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA- LIQUIDACIÓN: Una vez se encuentre finalizada la obra contratada, EL CONTRATISTA tendrá un término de diez días hábiles para la suscripción del Acta de liquidación de obra. Si cumplido este término, y por razones ajenas a la voluntad de EL CONTRATANTE, EL CONTRATISTA no ha suscrito dicha acta, EL CONTRATANTE se encuentra plenamente facultado para realizarla sin que haya reclamación posterior” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 13).*

De acuerdo con lo anterior, la liquidación del contrato tendrá lugar una vez se encuentre finalizada la obra contratada. Es decir, y de acuerdo con el cuaderno de pruebas la obra fue finalizada el día 31 de octubre de 2014:

*“Habiendo cumplido a cabalidad el alcance de las obras y entregado completamente, hoy 31 de octubre de 2014 damos por recibido los trabajos indicados según el anexo. Haciendo parte integral de la presente acta el formato FO-15 de Detalles Pendientes para el recibo final de los trabajos a contratistas” (Cuaderno de pruebas No. 1, folio 133).*

Posteriormente, se encuentra en el expediente el documento correspondiente a “acta de recibo final de proyecto a contratista Belcorp” con fecha del 18 de noviembre de 2014 (Cuaderno de pruebas No.1, folio 137) en el que se realiza la entrega final, “luego de atendidos los detalles pendientes que se señalaron en el formato FO-15” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 139).

Finalmente, observa el Tribunal que, luego de reiteradas comunicaciones, según lo manifiesta la parte Convocada, el día 13 de abril de 2015 procedió a enviar el acta de liquidación del contrato en mención precisando que:

*“Ante la negativa de Espumlatex para firmar el acta de liquidación del contrato enviada el día 17 de febrero de 2015 y pese a comunicados emitidos el 26 de febrero, 9 de marzo y 13 de marzo de 2015 solicitando su firma y radicación del acta debidamente firmada por Promocon S.A. en las oficinas de Espumlatex el día 5 de marzo”*

*De acuerdo a la cláusula decima primera “CONDICION RESOLUTORIA DEL CONTRATO Y CLÁUSULA PENAL”, Promocon S.A. notifica a Espumlatex mediante comunicado enviado el 31 de marzo de 2015 que procederá a realizar la liquidación unilateral del contrato.*

*Cumplido el plazo establecido contractualmente a partir de la notificación realizada a Espumlatex se firma por Promoción S.A. ante dos testigos el presente documento el día 13 de abril de 2015” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 162).*

Obra en el expediente la comunicación con fecha del 26 de Febrero de 2015 en el que la parte Convocada finaliza su escrito instando a la parte Convocante para que firme y envíe el acta de liquidación:

*“Así mismo con el fin de realizar el cierre del proyecto solicitamos nos hagan llegar el original del acta de liquidación adjunta debidamente firmada por el representante legal” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 144).*

Ahora bien, el presente Tribunal observa que en la comunicación del 13 de marzo de 2015 la parte Convocante indicó estar en desacuerdo *“en la aplicación de la multa y de la cláusula penal” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 148)* razón por la cual:

*“Quedaría pendiente de que acordemos una reunión para que definamos el procedimiento para llegar a tal determinación y definición y poder así prontamente proceder con el acta final de liquidación del contrato y el pago de las sumas que resulten a favor de Espumlatex S.A.” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 150).*

Es decir, que para la parte Convocante la firma de la respectiva acta de liquidación se encontraba supeditada a la “reunión” que permitiese definir la suma retenida por concepto de multas.

Bajo este razonamiento, desconoce la parte Convocante la estipulación contractual antes citada y los actos realizados por su propio representante legal quien asumió el descuento correspondiente al 10% por los distintos incumplimientos que se habían presentado durante la ejecución de dicho contrato. No existe explicación ni evidencia alguna de en virtud de qué fundamento o razón pudiera desconocerse dicha manifestación más allá de un cambio de parecer.

No es de recibo para el presente Tribunal, el argumento de la parte Convocante relacionado con la discusión en torno a la aplicación de la cláusula penal para su

renuencia a suscribir el acta de liquidación final aun cuando su presidente ejecutivo ya había manifestado la voluntad de asumir el descuento.

Adicionalmente, encuentra el Tribunal que no tiene cabida una presunta violación al debido proceso. Lo anterior, teniendo en cuenta que la liquidación unilateral del contrato fue realizada posteriormente a la comunicación del 26 de febrero de 2015, en la que la parte Convocada, instó a la parte Convocante para que firmara la misma y no fue sino hasta el 13 de abril de 2015, es decir, más de un mes que procedió a enviar el acta de liquidación unilateral.

Al respecto la parte Convocante indicó:

*“Que a pesar de las diversas citaciones al contratista por la revisión y firma del acta de liquidación del contrato, éste no se presentó, por lo que la empresa en uso de las facultades contractuales procede a la liquidación unilateral del contrato” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 161).*

Si bien es cierto que en el expediente no reposan algunas de las comunicaciones previamente enunciadas, si lo es que existió un procedimiento previo (comunicación del 26 de febrero de 2015) en la que se solicitó a la parte Convocante firmara el acta de liquidación luego de que el contrato terminara su ejecución.

No obstante, la renuencia de la parte Convocante basada en el “desacuerdo” con la aplicación de la cláusula penal y las multas, aun cuando este Tribunal ha dejado claro que existió una manifestación inequívoca de la voluntad de su representante legal de zanjar las vicisitudes y aceptar los descuentos del 10%, conllevó a que cerca de más de un mes se hiciera, finalmente, la liquidación de manera unilateral.

Es claro entonces, para el presente Tribunal, que la parte Convocante contaba con “un término de diez días hábiles para la suscripción del Acta de liquidación de obra” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 13) pues luego de ello, bien podía la parte Convocada proceder con la liquidación de forma unilateral, realizó el requerimiento del 26 de Febrero de 2015, dio oportunidad a la misma para ser escuchada (observe comunicación del 13 de marzo de 2015 (Cuaderno de pruebas No.1, folio 148), comunicación del 7 de abril de 2015 (Cuaderno de pruebas No.1, folio 155) y aun con todo ello la parte Convocante fue renuente a proceder con la firma de la misma.

De esta forma, concluye el Tribunal que no hay lugar a declarar una vulneración al debido proceso en la liquidación por cuanto se dio el término y oportunidad suficientes para acercarse entre las partes y aun con todo ello, la parte Convocante no procedió a la firma del mencionado documento por lo que se hizo efectivo el descuento anunciado y aceptado por la parte Convocante

Por tanto, no prospera la pretensión segunda de la demanda y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive del Laudo.

## 2.7.6. Pretensión subsidiaria primera a la segunda principal

*“SE DECLARE que la liquidación del CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA efectuada unilateralmente por PROMOCIÓN S.A., desconoció las correspondientes estipulaciones contractuales”.*

### 2.7.6.1. Posición de las partes

En la demanda la parte Convocante indicó que la liquidación del contrato fue dotada de apariencia de legalidad por cuanto aun existían diferencias y controversias en torno a la aplicabilidad de las multas y de la misma cláusula penal que implicaba la solución de las mismas a través de un Tribunal Arbitral y no por el ejercicio de las propias razones en detrimento del debido proceso practicando así los descuentos de las multas.

La parte Convocada respondió a este hecho admitiendo el mismo y ateniéndose únicamente al contenido del documento, negando las apreciaciones o suposiciones de la parte Convocante.

### 2.7.6.2. Consideraciones del Tribunal

Obra en el expediente el CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA CELEBRADO en el que las partes decidieron pactar la cláusula vigésima quinta en lo atinente a la liquidación del mismo:

*“CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA- LIQUIDACIÓN: Una vez se encuentre finalizada la obra contratada, **EL CONTRATISTA tendrá un término de diez días hábiles para la suscripción del Acta de liquidación de obra.** Si cumplido este término, y por razones ajenas a la voluntad de EL CONTRATANTE, EL CONTRATISTA no ha suscrito dicha acta, EL CONTRATANTE se encuentra plenamente facultado para realizarla sin que haya reclamación posterior” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 13) (el subrayado y la negrilla es nuestro).*

Observa el Tribunal que LAS PARTES pactaron un término de diez días hábiles para suscribir el “acta de liquidación de obra” una vez esta finalizara. Como dejó claro el presente Tribunal, obra en el expediente la comunicación con fecha del 26 de febrero de 2015 en el que la parte Convocada finaliza su escrito instando a la parte Convocante para que firme y envíe el acta de liquidación:

*“Así mismo con el fin de realizar el cierre del proyecto solicitamos nos hagan llegar el original del acta de liquidación adjunta debidamente firmada por el representante legal” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 144).*

Por otro lado, en la comunicación del 13 de marzo de 2015 la parte Convocante indicó estar en desacuerdo “*en la aplicación de la multa y de la cláusula penal*” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 148) razón por la cual:

*“Quedaría pendiente de que acordemos una reunión para que definamos el procedimiento para llegar a tal determinación y definición y poder así prontamente proceder con el acta final de liquidación del contrato y el pago de las sumas que resulten a favor de Espumlatex S.A.”* (Cuaderno de pruebas No.1, folio 150).

Es decir, en principio la parte Convocante prolongó el término de suscripción de la respectiva “acta final de liquidación del contrato” bajo la premisa del desacuerdo en la aplicación de la multa y la cláusula penal.

Adicionalmente, encuentra el Tribunal que la liquidación unilateral luego de un mes como quedó mencionado en ocasiones anteriores.

Bajo esta misma argumentación, la estipulación es clara al indicar que si “*por razones ajenas a la voluntad de EL CONTRATANTE, EL CONTRATISTA no ha suscrito dicha acta, EL CONTRATANTE se encuentra plenamente facultado para realizarla sin que haya reclamación posterior*” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 13).

Con base en ello, es menester mencionar la cláusula citada establece que si “*por razones ajenas a la voluntad de EL CONTRATANTE*” no se suscribe el acta, este podrá realizarlo de manera unilateral.

Es así, que incluso pasaron más de diez (10) días (de acuerdo con las comunicaciones mencionadas anteriormente) sin que la misma fuera firmada y no fue sino hasta el 13 de abril de 2015 que finalmente se ejecutó de manera unilateral la mencionada liquidación.

Fue en este momento que la parte Convocada accionó su facultad, luego del intercambio de distintas comunicaciones y escuchar la posición de la parte Convocante.

Como bien lo ha establecido el presente Tribunal, no es de recibo que la parte Convocante se eximiera de sus obligaciones amparada en el “desacuerdo” de la misma con la aplicación de las respectivas multas y cláusula penal cuando en ocasiones anteriores, su representante legal, el señor ANDRES CALDERON afirmó a través de una comunicación la aceptación del descuento del 10%.

En tanto, mal hace la parte Convocante en asentar su incumplimiento y renuencia en pactar los términos de liquidación del contrato bajo una situación en la que fue su presidente ejecutivo quien dotó de legalidad el acto, vinculando así a la sociedad representada por él.

Es así que en el presente caso es claro que la palabra dada por la Convocante en el mencionado correo electrónico del Señor Calderón, no podía ser desconocida sin fundamento como se pretende ahora, dicha palabra que como se ha dicho fue manifestada de forma clara e inequívoca en el sentido de aceptar incumplimiento por lo menos parcial de sus obligaciones y el descuento del diez por ciento constituye la base del entendimiento de la otra parte de efectuar el descuento como sanción remedial por el incumplimiento parcial aceptado.

Lo anterior, genera en la Convocada un entendimiento, de buena fe, que implicaba la aceptación de las sanciones correspondientes.

Al respecto, ha indicado la jurisprudencia que:

*“Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás; en síntesis, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad. Y cabalmente, a tan amplio espectro de actuación se refiere el citado artículo 863 del Código de Comercio, de manera, pues, que el proceso de creación de las relaciones obligatorias debe sujetarse a ciertas normas sociales concretas que subyacen en la conciencia ético-jurídica de las comunidades, o sectores de las mismas y **que imponen a las personas guardar fidelidad a la palabra dada**, no traicionar la confianza despertada en los demás, no interrumpir abrupta e injustificadamente las negociaciones, entre otras”<sup>12</sup> (Corte Suprema de Justicia, MP Jorge Antonio Castillo Rugeles, sentencia del 9 de agosto, 2000) (el subrayado es nuestro)*

Bajo este mismo eje conceptual, la Doctrina indica que:

*“La determinación del sentido del contrato tiene como presupuesto básico el tenor mismo de las declaraciones contractuales, es decir, la interpretación literal, la cual no agota la actividad interpretativa, pero si constituye el primer momento, dado que representa la aproximación inmediata a lo que las partes acordaron. Las declaraciones se producen normalmente con el propósito de manifestar un significado deducible de las palabras usadas conforme al contexto social donde se expiden.*

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de agosto de 2000,exp. 5372, M. P.: JORGE ANTONIO CASTILLO RUGELES

*El método, también llamado filológico, consiste en la determinación del significado de las palabras particulares empleadas por las partes, y por tanto su significado, primero, individual, y luego común. Para ello deberán utilizarse, además de todos los criterios gramaticales y lógicos no codificados, mucho de los que se han convertido en cánones legales; es decir, serán utilizados para dar luz sobre el significado de un término, las prácticas precedentes individuales o comunes de las partes, los comportamientos o manifestaciones sucesivas, los usos locales, el tipo contractual de que se trata y las otras partes del contrato donde se emplea el mismo término.*

*La afirmación de la prevalencia de la común intención no puede llevar a minusvalorar la importancia del sentido literal de la declaración, pues este no puede ser desmentido ni siquiera por los mismos contratantes, sino en el caso de que ambos den una específica demostración de un significado que contraste con la letra de las expresiones usadas, según hayan utilizado un código o lenguaje propio y partícula. (...) <sup>13</sup> (Franco, 2019, pág. 136)*

Aunado a lo anterior, encuentra el presente Tribunal que para la suscripción del “acta de liquidación final” transcurrió más de un mes y medio, por lo que, de acuerdo con la cláusula pactada entre las partes fue un término más que suficiente para proceder con la liquidación unilateral y no existe un desconocimiento de esta ni de las demás estipulaciones contractuales.

Por tanto, no prospera la pretensión segunda subsidiaria primera de la demanda y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive del Laudo.

### **2.7.7. Pretensión subsidiaria segunda a la segunda principal.**

*“SE DECLARE que la sociedad PROMOCON S.A. en la liquidación del CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA, ante la controversia suscitada en relación con la procedencia de la imposición de las multas y aplicación de la cláusula penal debió acudir a solucionar tales diferencias mediante un TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO (cláusula Décima Novena del CONTRATO), lo que no hizo”.*

#### **2.7.7.1 Posición de las partes**

En la demanda la parte Convocante indicó que la liquidación del contrato fue dotada de una apariencia de legalidad por cuanto aun existían diferencias y controversias en torno a la aplicabilidad de las multas y de la misma cláusula penal que implicaba

---

<sup>13</sup> Franco, D. (2019). Interpretación de los contratos civiles y estatales. Universidad Externado de Colombia.

la solución de estas a través de un Tribunal Arbitral y no por el ejercicio de las propias razones en detrimento del debido proceso practicando así los descuentos de las multas.

La parte Convocada respondió a este hecho admitiendo el mismo y ateniéndose únicamente al contenido del documento, negando las apreciaciones o suposiciones de la parte Convocante.

#### **2.7.7.2 Consideraciones del Tribunal**

En este caso, el Tribunal reafirma lo indicado en el punto 2.7.4, en el sentido de indicar a lo largo del contrato analizado en el caso concreto, se encuentran distintas cláusulas unilaterales, sobre las cuales, la parte Convocada ejecutó sus facultades en conjunto y de buena fe con una comunicación emitida por el presidente ejecutivo de la Convocante el señor Rodrigo Calderón.

Por tanto, no prospera la pretensión segunda subsidiaria segunda de la demanda y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive del Laudo.

#### **2.7.8. Pretensión No. 3**

*“SE DECLARE como consecuencia de la DECLARACIÓN de la infracción al derecho fundamental al DEBIDO PROCESO (artículo 29 de la C.N.) en la imposición de las multas y aplicación de la cláusula penal a ESPUMLATEX S.A. que PROMOCION S.A. le adeuda la suma de: CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 07/100 (\$124.048.235.07), correspondientes a: (i) \$17.765.982.87 del saldo adeudado por las obras realizadas y (ii) \$106.282.252.20 por retención de garantía”.*

##### **2.7.8.1. Consideraciones del Tribunal**

El presente Tribunal observa que la anterior pretensión es accesoria a la pretensión principal en la que la parte Convocante solicita se declare la vulneración al debido proceso por parte de la convocada. Por tanto y teniendo en cuenta que la pretensión principal no prosperó, la presente pretensión no prospera y así se declarará en la parte resolutive del presente laudo.

##### **2.7.9. Pretensión No.3 subsidiaria primera de la tercera principal**

*“SE DECLARE como consecuencia de la DECLARACIÓN del incumplimiento del CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA, al aplicar las*



*multas y la cláusula penal a ESPUMLATEX S.A., le adeuda la suma de: CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 07/100 (\$124.048.235.07), correspondientes a: (i) \$17.765.982.87 del saldo adeudado por las obras realizadas y (ii) \$106.282.252.20 por retención en garantía”.*

#### **2.7.9.1. Consideraciones del Tribunal**

El presente Tribunal observa que la anterior pretensión es accesoria a la pretensión principal en la que la parte Convocante solicita se DECLARE el incumplimiento por parte de la Convocada al aplicar las multas y cláusula penal desconociendo las estipulaciones contractuales del contrato. Por tanto y teniendo en cuenta que la pretensión principal no prosperó, la presente pretensión no prospera y así de declarará en la parte resolutive del presente laudo.

#### **2.7.10. Pretensión No.3 subsidiaria segunda de la tercera principal**

*“SE DECLARE como consecuencia de la DECLARACIÓN que en la imposición de las multas y de la cláusula penal PROMOCÓN S.A. no demostró que ESPUMLATEX S.A. hubiera actuado con dolo o culpa, le adeuda la suma de: CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 07/100 (\$124.048.235,07), correspondientes a: (i) \$17.765.982,87 del saldo adeudado por las obras realizadas y (ii) \$106.282.252,20 por retención de garantía.*

#### **2.7.10.1. Consideraciones del Tribunal**

El presente Tribunal observa que a pesar de que esta pretensión es consecuencial a la pretensión subsidiaria segunda a la primera principal, que prospera, tal y como se mencionó en el punto 2.7.3. dicha declaración no puede tener efectos condenatorios por todo lo allí anotado y de manera especial porque la atribución de responsabilidad se deriva de la aceptación expresa del incumplimiento parcial y de su consecuencial descuento.

Por tanto, esta pretensión no prospera y así se declarará en la parte resolutive del presente Laudo.

### **2.7.11. Pretensión No.3 subsidiaria tercera de la tercera principal**

*“SE DECLARE como consecuencia de la DECLARACIÓN que ante la controversia suscitada en relación con la imposición de las multas y aplicación de la cláusula penal, PROMOCON S.A. no acudió a solucionarlas mediante un TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO (Cláusula décima novena del CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA), adeuda a ESPUMLATEX S.A. la suma de: CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 07/100 (\$124.048.235,07), correspondientes a: (i) \$17.765.982,87 del saldo adeudado por las obras realizadas y (ii) \$106.282.252,20 por retención en la garantía.*

#### **2.7.11.1 Consideraciones del Tribunal**

El presente Tribunal observa que la anterior pretensión es accesoria a la pretensión principal en la que la parte Convocante solicita se DECLARE que la parte Convocada no acudió a solucionar las controversias suscitadas en relación con la imposición de las multas y aplicación de la cláusula penal mediante un tribunal de arbitramento. Por tanto y teniendo en cuenta que la pretensión principal no prosperó, la presente pretensión no prospera y así se declarará en la parte resolutive del presente laudo.

Una vez resueltas las pretensiones de índole declarativo de la demanda, el presente Tribunal procederá a resolver lo concerniente a las pretensiones condenatorias:

### **2.7.12. Pretensión primera de condena**

*“SE CONDENE a PROMOCON S.A. a pagar a ESPUMLATEX S.A. la suma de: CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 07/100 (\$124.048.235,07)”.*

#### **2.7.12.1. Consideraciones del Tribunal**

En lo atinente a la citada pretensión, el Tribunal, de acuerdo con el material probatorio analizado a lo largo del presente fallo, no encuentra motivos para condenar a la parte Convocada a pagar la suma allí relacionada. Como quedó establecido, la suma correspondiente al 10% de descuento aceptado por el presidente ejecutivo de la parte Convocante por lo que mal haría este Tribunal en hallar razón a un acto realizado mutuo propio y del que luego buscan retrotraerse sus efectos argumentando, entre otros, otro sentido al comunicado enviado por el mismo.

Con base en lo anterior, la presente pretensión no prospera y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive.

### **2.7.13. Pretensión segunda de condena**

*“SE CONDENE a PROMOCÓN S.A. a pagar a ESPUMLATEX S.A. la suma de: SETENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIDOS MILS TRESCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$71.822.372,00), correspondientes a INTERESES CORRIENTES desde el 14 de abril de 2015 al 1° de abril de 2018”.*

#### **2.7.13.1. Consideraciones del Tribunal**

Dado que la suma principal demandada por la parte Convocante correspondiente a CIENTO VEINTICUATRO MILLONES CUARENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS CON 07/100 (\$124.048.235,07) no fue concedida por el presente Tribunal, la suma correspondiente a intereses corrientes se hace inocua su posibilidad de concesión. Por tanto, esta pretensión no está llamada a prosperar y así de declarará en la parte resolutive.

### **2.7.14. Pretensión tercera de condena**

*“Que como consecuencia de las anteriores condenas SE ORDENE a PROMOCON S.A. a efectuar el pago de las sumas solicitadas y de las que llegaren a decretarse, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del LAUDO que así lo disponga”.*

#### **2.7.14.1. Consideraciones del Tribunal**

Teniendo en cuenta que el presente Tribunal no concedió ninguna de las pretensiones de índole CONDENATIVO, la presente pretensión no está llamada a prosperar y así lo declarará en la parte resolutive.

### **2.7.15. Pretensión cuarta de condena**

*“Que SE CONDENE a PROMOCON S.A. al pago de los correspondientes intereses moratorios a la máxima tasa autorizada por la ley, en caso de mora en el pago de las CONDENAS decretadas en el LAUDO ARBITRAL”.*

#### **2.7.15.1. Consideraciones del Tribunal**

Teniendo en cuenta que el presente Tribunal no concedió ninguna de las pretensiones de índole CONDENATIVO, la presente pretensión no está llamada a prosperar y así lo declarará en la parte resolutive.

## **2.7.16. Pretensión quinta de condena**

*“Que SE CONDENE a PROMOCON S.A. al pago de las costas y gastos en que haya incurrido ESPUMLATEX S.A. en el TRAMITE ARBITRAL, incluidas las agencias en derecho conforme a las normas reglamentarias correspondientes”.*

### **2.7.16.1 Consideraciones del Tribunal**

En lo atinente a la mencionada pretensión, el Tribunal lo decidirá en la parte resolutive del presente laudo.

## **2.7.17. Juramento estimatorio**

El juramento estimatorio está regulado en el artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, de la siguiente forma:

*“Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

*Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.*

*Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.*

*Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.*

*El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.*

*El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.*

*PARÁGRAFO. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

*La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.*

De esta manera, la regulación procesal otorga al juramento estimatorio un alcance triple, a saber: (i) como requisito formal de la demanda; (ii) como medio de prueba y (iii) como mecanismo sancionatorio:

- *Como requisito de la demanda, así se evidencia en los artículos 87 -numeral 7-, 90 -numeral 9- y 78 -numeral 13- del Código General del Proceso.*
- *Dado que en el presente caso se solicita el reconocimiento de perjuicios, el requisito era exigible.*
- *Como medio de prueba, el juramento estimatorio tiene ese carácter, en cuanto sirve para demostrar el monto de los perjuicios solicitados en la demanda cuando, incorporado a ella como requisito que es según lo dicho, no sea objetado por la parte contraria en el término de traslado; la consecuencia de la no objeción es que la cuantía de los daños se tiene por probada.*

- *Como mecanismo sancionatorio, el artículo 206 del Código General del Proceso trae varios supuestos para la aplicación de las consecuencias de ese talante que allí se consagran, de la manera que conviene comentar.*

El inciso cuarto consagra una sanción para el caso de la sobreestimación de la cuantía que se reclama; se entenderá sobreestimada cuando la cantidad jurada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada en el proceso.

A su vez, el parágrafo del artículo en comento prevé la sanción para el caso en el cual la pretensión no prospere por falta de demostración de los perjuicios, caso en el cual la sanción será del 5% *“del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas”*.

Este parágrafo fue declarado exequible condicionalmente en la sentencia C-157 de 2013 de la Corte Constitucional, *“bajo el entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”*.

Así las cosas, son dos las hipótesis en las cuales es posible aplicar alguna sanción: por un lado, la sobreestimación de las pretensiones, con una sanción del 10%, y por otro lado, la falta de prueba del daño como tal, con una sanción del 5%.

De esto se puede concluir que cuando la decisión absuelva al demandado por circunstancias distintas a las mencionadas, como por ejemplo la inexistencia de la obligación, no habrá lugar a sanción alguna por no configurarse ninguna de las dos hipótesis contenidas en el artículo 206 ya mencionado.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra el Tribunal que la no condena no obedece al actuar negligente o temerario de las mismas, por lo cual, a la luz de lo establecido por la Corte Constitucional, no procede la imposición, en cabeza de ninguna de ellas, de la sanción contemplada por la ley.

## **2.8. Excepciones formuladas por la Convocada**

El presente Tribunal procederá a manifestarse respecto de las excepciones invocadas por la parte Convocada en su escrito de contestación de demanda.

### **2.8.1. Incumplimiento contractual**

*“Los contratos son ley para las partes, por tal razón la aquí demandante incumplió con las **OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA** estipuladas en anexos y otrosí 1 y 2” (...)* Lo anterior con fundamento al expuesto en los hechos de contestación de la

*demanda, téngase en cuenta que entregó la obra faltando a sus deberes y fuera de los términos pactados”.*

#### **2.8.1.1. Consideraciones del Tribunal**

Argumenta la Convocada que la Convocante incumplió con las obligaciones del contratista, teniendo en cuenta que entregó la obra fuera de los términos pactados.

Para el presente Tribunal, de acuerdo con la lectura del contrato, es importante recalcar y observar los términos (duración) pactados entre las partes con miras a determinar el incumplimiento de las obligaciones allí.

Es así como, de conformidad con la cláusula cuarta del CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA este tendría una duración de “SESENTA Y SEIS (66) días calendario contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio” (cuaderno de pruebas No. 1, folio 08).

Del mismo modo, las partes de común acuerdo celebraron el OTROSI No. 01 AL CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 en la cláusula cuarta establecieron que:

*“CLÁUSULA CUARTA. DURACIÓN: Las partes por medio del presente documento reconocen que el tiempo es un factor esencial en este contrato en consecuencia EL CONTRATISTA debe someter a aprobación el cronograma detallado de ejecución de obra por frentes de trabajo, sin por este hecho poder modificar el tiempo contractualmente acordado, y deberá independizar los frentes de trabajo especificar áreas a intervenir con fechas de entrega DE IGUAL MANERA ESTE CRONOGRAMA SE DEBE AJUSTAR AL CRONOGRAMA GENERAL DE LA OBRA. El tiempo de entrega de materiales en obra será de TREINTA Y SEIS DIAS CALENDARIO a partir del día veinticinco de marzo de 2014 fecha en la cual se definen conjuntamente las cantidades a producir y su instalación será realizada en treinta días calendario” (Cuaderno de pruebas No 1, folio 24).*

El Tribunal puede observar cómo quedaron claramente especificados los términos de ejecución de la obra.

No obstante, las partes actuando en virtud de la autonomía de la voluntad decidieron “modificar” la cláusula cuarta a través del OTROSI No 02 al CONTRATO No EMULSIONES EBEL 034-2014. Así quedó establecido que:

*“Cláusula CUARTA “DURACIÓN DEL CONTRATO” la cual quedará de la siguiente manera: La duración del presente contrato será de 96 días*

*calendario contados a partir de la firma del acta de inicio debiéndose entregar la totalidad de los trabajos el día 30 de junio de 2014. (Cuaderno de pruebas No. 1, folios 73)”.*

Frente a este argumento el Tribunal reitera lo ilustrado en los dictámenes periciales, en los distintos elementos probatorios y en el alcance de las obligaciones pactadas; toda vez, que con ello resulta claro que el contratista incumplió con su obligación de resultado de cumplir con la ejecución detalla del cronograma de la obra entregando la misma en el tiempo pactado inicialmente en el contrato, faltando así a sus deberes contractuales. Adicionalmente no se probaron causales de exoneración que justificaran el cumplimiento tardío. Al respecto, la doctrina reza:

*“Integra la disciplina de las obligaciones ha solido enfocar, podría decirse que exclusivamente, el desempeño del deudor, que debe orientar desde un comienzo sus pasos de modo de poder ejecutar la prestación exactamente y, por lo mismo, reducir al mínimo los riesgos de incumplimiento, especialmente cuando la prestación se ha de proyectar en el tiempo y, más cuando demanda preparativos, alistamiento, acopio de insumos, etc., un programa<sup>14</sup>” (...)* (Hinestrosa, F. 2002)

Bajo esta misma línea argumentativa, dicho incumplimiento se acredita en las distintas comunicaciones que entre las partes intercambiaron como lo son:

1. El oficio enviado por Espumlátex a Promoción el 23 de julio de 2014 en el que la parte convocante manifiesta que los retrasos que se han presentado en la ejecución de la obra, *“han sido por diversas causas, no todas debidas a ESPUMLATEX.”*<sup>15</sup>
2. El comunicado del 16 de julio de 2014 en el que el Representante Legal del momento de Espumlátex el señor Rodrigo Andrés Calderón informa a Promoción que una nueva empresa se vinculara a la obra con el fin de: *“subsanan los atrasos en los que hemos incurrido a la fecha”*<sup>16</sup>
3. El correo electrónico de fecha 14 de diciembre de 2014 remitido por el señor Rodrigo Andrés Calderón Representante Legal de Espumlátex al Coordinador de proyecto Planta de Emulsiones de Belcorp el ingeniero William Salazar en el que reconocía a la convocante un descuento del 10% del contrato, así: *“(…)somos conscientes de que algunas de las demoras generadas en la ejecución del proyecto, fueron debidas a causas nuestras, para lo cual, y según nuestra conversación, asumiremos el descuento del*

---

<sup>14</sup>

<sup>15</sup> Transcripción folio 77 cuaderno principal del expediente.

<sup>16</sup> Transcripción folio 81 cuaderno principal del expediente.



*10% del contrato, monto con el cual, se pagará los gastos adicionales en los que Promoción haya incurrido.”<sup>17</sup>*

Del análisis de cada uno de los documentos se observa un incumplimiento, ya que:

*“Dentro de la programación que normalmente se realiza para cualquier tipo de construcción, se tiene en cuenta las horas de posible lluvia y que implican un paro de actividades, pero teniendo un tiempo límite de entrega de obra inamovible, por consiguiente no es factible argumentar que para el caso (24 horas y 52 minutos) es una razón para incumplir con el plazo establecido, pues este tiempo es fácilmente recuperable con horas extras o aumentando la mano de obra u operarios de obra [...]” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 236).*

El término de duración se estipuló en 66 días calendario, luego las partes a través de un OTROSI No.2 aumentaron a 96 días y en realidad llegó a entregarse el día 31 de octubre de 2014.con detalles pendientes que finalmente fueron resueltos el 18 de noviembre de 2014.

Entretanto, al interpretar el contrato pactado entre las partes y su contexto es claro para el Tribunal que la ejecución exacta de la obligación debida para el logro de la función del negocio jurídico no era otra que entregar al contratante un sistema de cubierta. Dentro del poder integrador de la buena fe se establece que el contratista no previó con la debida diligencia los tiempos que necesitaba para el suministro del material a su cargo, teniendo en cuenta de manera especial que se trataba de un material traído de España que requería tiempos de nacionalización e importación que han debido ser debidamente calculados por el contratista.

Al respecto vale recalcar lo mencionado en la doctrina arbitral:

*“De manera que la buena fe objetiva en los contratos impone un deber de corrección entre las partes que intervienen en un acto o negocio jurídico y tiene cabida desde la etapa previa a la formación del contrato hasta la extinción del vínculo. La buena fe así entendida enriquece el conjunto de derechos y deberes primarios surgidos de las manifestaciones de voluntad vertidas en los textos contractuales, y se erigen como deberes secundarios o colaterales pero no por ello menos importantes en las tareas que corresponden al juez para interpretación, calificación e integración del contenido del contrato. Tales deberes secundarios se enfocan en cooperar*

---

<sup>17</sup> Transcripción folio 146 cuaderno principal del expediente.

*las partes para lograr el cometido del negocio –más que en contraponer intereses- y se traducen, de manera importante, entre otros, en los deberes de información, coherencia, lealtad y reserva. Así, el contenido y alcance de las obligaciones y derechos contractuales deben entenderse en forma amplia y acorde con su propósito, pero cuidándose el intérprete de no desnaturalizar el acuerdo ni apresurarse a declarar un incumplimiento contractual a menos que haya prueba inequívoca que ha existido infracción manifiesta de uno o varios de tales deberes”<sup>18</sup>.*

Adicionalmente, encontramos que en cada uno de los ítems alegados por la Convocante fueron desvirtuados por cuanto:

- *“No es factible argumentar que para el caso (24 horas y 52 minutos) es una razón para incumplir con el plazo establecido, pues este tiempo es fácilmente recuperable con horas extras o aumentando la mano de obra u operarios de obra” (cuaderno de pruebas No 1, folio 236).*
- *No es cierto que constructivamente se deba necesariamente tener instaladas las canales para la construcción de una cubierta (cuaderno de pruebas No 1, folio 237).*
- *[...] Se debería conocer con la debida anticipación la iniciación de cualquier actividad y con ello poder solicitar a la interventoría el inicio de ese ítem. (cuaderno de pruebas No 1, folio 237).*
- *[...] Como se mencionó anteriormente, el importador e instalador de los materiales de cubierta fue ESPUMLATEX S.A. y de hecho es de suponerse que él conoce las características del material que va a instalar y sus medidas; lo cual implica que la modulación en referencia, única y exclusivamente la puede realizar el constructor (conocedor de las medidas del material) y por ello es el único que puede realizar los planos de detalle constructivos, [...] para realizar esta actividad se debió prever todas las contingencias en la programación que debería hacer el constructor, junto con los planos pertinentes y en el peor de los casos,*

---

<sup>18</sup> Laudo arbitral tribunal de arbitraje obras civiles y construcciones para la industria petrolera s.a. Occipetrol contra Petrominerales Colombia Ltd. Sucursal Colombia Bogotá D.C., Catorce (14) de septiembre de dos mil quince (2015).

*como bien está escrito en el contrato y sus otrosíes, debería haber avisado oportunamente al contratante [...]” (cuaderno de pruebas No.1, folio 238).*

- *Es obligación del contratista tener mínimo un SISO durante todo el tiempo de la obra, no es culpa del contratante tal inasistencia (cuaderno de pruebas No 1, folio 238)”*
- *APROBACIÓN DE LA ESCUADRA DE INSTALACIÓN DE PANEL [...] No se previó por parte del constructor este evento, aparentemente por falta de conocimiento del rodaje de una obra, por falta de dirección, por falta de conocimiento y/o por falta de la programación, [...] de tal forma que no se puede argumentar un tiempo muerto [...] (cuaderno de pruebas No 1, folio 239).*

Justamente el cumplimiento del contrato supone el logro integral de las finalidades de este. Ello implica no solo que la obra tenga las calidades y características esperadas y prometidas, sino que la obra sea ejecutada en los términos de tiempo y plazo acordados. En el presente caso se ha analizado como el plazo inicial de 96 días tuvo un atraso de 123 días para un total de 219 días en total; es decir que el plazo evidentemente fue más del doble de lo esperado lo que evidentemente implica que la expectativa de lo prometido no fue satisfecha a cabalidad y que la finalidad del contrato en cuanto a su tiempo de ejecución no fue cumplida.

Al respecto vale recalcar lo siguiente:

*“DRA LOZANO: Es decir, entre julio y octubre que es la fecha de entrega final existe algún otro tipo de explicación técnica respecto al retraso referido a esos meses?*

*SRA. REYES: Yo la verdad no recuerdo, para hacer en honor a la verdad no recuerdo los motivos exactos, yo recuerdo que si hubo atrasos, pero no recuerdo exactamente cuales fueron como puedo tener constancia y recordar lo del comunicado de julio 23” (cuaderno de pruebas No.1, folio No.555).*

Posteriormente, la Sra. Reyes declaró:

*“DR. PAEZ: Por qué si tenían experiencia en importación para qué se obligaban según su dicho a realizar un tiempo menor sabiendo que los tiempos estaban muy cortos?*

*SRA. REYES: Ahí si no le puedo dar alguna razón al respecto porque ese tiempo habrá quedado así” (cuaderno de pruebas No.1, folio 557).*

Por otro lado, debe mencionar el presente Tribunal que, en caso de no estar de acuerdo con los términos mencionados, la parte Convocante debía dejárselo saber a la parte Convocada.

Ello, con base en la declaración del Sr. Félix García, el cual indicó que:

*“DRA. LOZANO: Y qué termino bien ustedes, porque el contrato señalaba que para esos suministros se iban a desarrollar 36 días, es así?*

*SR. GARCÍA: Sí, nosotros inicialmente habíamos sugerido 44 días, pero como el contrato quedó firmado con ellos, es un contrato de adhesión, entonces cuando fuimos a firmar el contrato de adhesión se puso 36 días.*

*DRA. LOZANO: Y ustedes sobre eso dejaron alguna evidencia, de que no estaban de acuerdo, que no podía cumplirse ese término?*

*SR. GARCÍA: No, no tengo documentación al respecto” (cuaderno de pruebas No.1, folio 559).*

Es de resaltar para el presente Tribunal que es la parte Convocante quien tiene la experticia en el desarrollo del objeto del tipo contractual aquí debatido. Es decir, que los tiempos y los posibles advenimientos que puedan acaecer durante la ejecución de este deben preverse de forma tal que riesgo se vea reducido.

En tanto, en el caso que aquí nos atañe era de vital importancia los días de la importación de los productos que lograran cumplir con el suministro de los materiales requeridos.

Al respecto vale citar lo mencionado por representantes de la parte Convocada:

*“DR. PAEZ: Pregunta No.1. Esos sobre costos a los que usted alude quisiera me explicara qué tanta experiencia tiene usted en la instalación de cubiertas, ¿cuántos tipos de estos negocios han hecho en la trayectoria de la compañía?*

*SR. GARCÍA: Espumlatex es una compañía que ya lleva 40 años en diferentes actividades, nosotros desde el inicio de nuestras actividades nuestro objeto social es la fabricación de productos con Polipétalo (cuaderno de pruebas No.1, folio 564)*

Ahora bien, la sra MÓNICA REYES en lo atinente al proceso de importación indicó que:

*“SRA REYES: Después de la firma del contrato que fue para ese 24 de marzo si no estoy mal, es el momento en el que procede a la importación del producto, esa importación del producto es una importación que puede tomar entre fácilmente 30 y 45 días pudiera ser un poco menos indudablemente, pero realmente hay tantos aspectos en los que intervienen en este tipo de procesos de importaciones que nunca o casi nunca es menor de ese tiempo.*

*Y obviamente no se podía tomar la decisión de importar el producto sin tener un contrato firmado, el tiempo que pasó desde esa firma del contrato fue el tiempo en el que se hizo la solicitud del producto la importación (cuaderno de pruebas No.1, folio 549).*

Para reiterar lo anterior, el presente Tribunal encuentra lo siguiente:

*“DRA. LOZANO: Normalmente la experiencia de ustedes de junta directiva de administración, cuánto tiempo tarda eso que denominaríamos suministro que es para el caso de ustedes, pues lo que me dice usted de tomar las medidas, proceder con la producción en España y posteriormente hacer todo el envío y la respectiva importación y la nacionalización hasta poderlos tener en el punto:*

*SR. GARCÍA: Entre 45 y 60 días” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 559).*

De otra parte, el dictamen pericial realizado por el arquitecto FABIO OLARTE PINZÓN indicó que:

*“El tiempo que las partes acordaron para la realización de la obra es más que suficiente para la ejecución de construcción de la cubierta contratada” (Cuaderno de pruebas No 1, folio 242).*

Aunado a lo anterior, a contrario sensu de lo argumentado por la parte Convocante en su escrito de demanda, el arquitecto FABIO OLARTE PINZÓN indica que:

- *“No es factible argumentar que para el caso (24 horas y 52 minutos) es una razón para incumplir con el plazo establecido, pues este tiempo es fácilmente recuperable con horas extras o aumentando la mano de obra u operarios de obra” (cuaderno de pruebas No 1, folio 236).*
- *No es cierto que constructivamente se deba necesariamente tener instaladas las canales para la construcción de una cubierta (cuaderno de pruebas No 1, folio 237).*
- *[...] Se debería conocer con la debida anticipación la iniciación de cualquier actividad y con ello poder solicitar a la interventoría el inicio de ese ítem. (cuaderno de pruebas No 1, folio 237).*
- *[...] Como se mencionó anteriormente, el importador e instalador de los materiales de cubierta fue ESPUMLATEX S.A. y de hecho es de suponerse que él conoce las características del material que va a instalar y sus medidas; lo cual implica que la modulación en referencia, única y exclusivamente la puede realizar el constructor (conocedor de las medidas del material) y por ello es el único que puede realizar los planos de detalle constructivos, [...] para realizar esta actividad se debió prever todas las contingencias en la programación que debería hacer el constructor, junto con los planos pertinentes y en el peor de los casos, como bien está escrito en el contrato y sus otrosíes, debería haber avisado oportunamente al contratante [...]” (cuaderno de pruebas No.1, folio 238).*
- *Es obligación del contratista tener mínimo un SISO durante todo el tiempo de la obra, no es culpa del contratante tal inasistencia (cuaderno de pruebas No 1, folio 238)”*
- *APROBACIÓN DE LA ESCUADRA DE INSTALACIÓN DE PANEL [...] No se previó por parte del constructor este evento, aparentemente por falta de conocimiento del rodaje de una obra, por falta de dirección, por falta de conocimiento y/o por falta de la programación, [...] de tal forma que no se puede argumentar un tiempo muerto [...] (cuaderno de pruebas No 1, folio 239).*

Bajo la misma argumentación, llama la atención por parte el Tribunal que el perito de la parte Convocante en su apartado “CONDICIONES DE LA OBRA” indica que:

*“Es importante evidenciar que hasta el 4 de agosto de 2014 seguían llegando materiales que debían estar en obra al finalizar el mes de abril de 2014, adicionalmente el contratista conocía antes de firmar el contrato, los espacios y áreas donde se realizaría el trabajo y por ende podría almacenar los insumos necesarios.” (Cuaderno de pruebas No.1, folio 241).*

Por tanto, observa el Tribunal que, además de las comunicaciones en las que la Convocante asume su responsabilidad, se encuentra el peritaje aportado por la parte Convocada suficiente para demostrar que el incumplimiento radicó en cabeza de la parte Convocante independientemente del título de atribución al que se haga referencia.

Todo lo anterior, Conlleva al presente Tribunal a concluir que:

1. La parte Convocante contaba con la experticia necesaria para desarrollar el objeto contractual.
2. La parte Convocante no logró probar que existiera un incumplimiento esencial en las obligaciones de la parte Convocada.
3. La parte Convocante tenía la obligación de programar y prever los tiempos requeridos para la importación de los productos requeridos para el correcto desarrollo del objeto contractual.
4. La parte Convocante no cumplió en tiempo la obligación principal a su cargo.

Ahora bien, respecto del atraso evidenciado no acreditó ni demostró la parte Convocante que el Convocado hubiere incurrido en actos, omisiones o atrasos que de manera significativa y determinante hubieren influido en el atraso final presentado.

En efecto en el análisis particular de las causas invocadas por el Convocante para atribuir a la convocada responsabilidad en el atraso presentado quedó claro en especial respecto de la aprobación de la escuadra y la instalación de canales que existían diferentes opiniones de los peritos al respecto y que en todo caso no se evidenciaba la existencia de requerimientos escritos o verbales en los que se haya apremiado al Convocado al cumplimiento de dicha aprobación o a la instalación de canaletas como medida previa necesaria para continuar con las actividades a cargo del contratista. En la concreta realidad comercial de las partes en la que el Convocante era el experto en la materia (sistema de cubierta) tanto por representar

en la venta de materiales a la empresa extranjera fabricante como por su experiencia en instalación de cubiertas; es claro que era justamente el contratista el llamado a señalar con claridad los requerimientos necesarios para proceder con sus actividades.

Dentro de las obligaciones de solidaridad, diligencia y coherencia ha debido prever los tiempos muertos, las posibles vicisitudes que se pudieren presentar en este tipo de construcción (como la lluvia) para así poder plantear y comprometerse con el término de ejecución contractual de 96 días que evidentemente superó en por lo menos el doble.

Así pues, en este caso el contratista tenía de manera evidente dentro de sus obligaciones y deberes contractuales, que acompañan su obligación principal de suministro e instalación, que prever factores imposibilitantes de su obligación y entre ellos determinar los que de manera ordinaria pudieran presentarse como previsibles y resistibles, Así las cosas, factores como días de lluvias en una ciudad como Bogotá no pueden ser justificantes del incumplimiento presentado.

Aunado a lo anterior debe mencionarse que el contratista fue escogido por ser un representante de materiales suministrados por empresa extranjera con capacidad y experticia en la materia, es decir en instalación y suministro de sistemas de cubierta.

De la lectura de las anteriores consideraciones del Tribunal, en consecuencia, prospera la excepción No. 1 y así lo declarará en la parte resolutive de este Laudo.

### **2.8.2. Cumplimiento de PROMOCON S.A.**

*“La sociedad aquí demandada cumplió todas y cada una de las obligaciones que le correspondían y estaba a cargo como **CONTRATANTE**, “**CONTRATO No. EMULSIONES EBEL 034-2014 CIVIL DE OBRA**” entre estas*

**“CLAUSULA-TERCERA-OBLIGACIONES DE PROMOCIÓN:** Esta se obliga a:

1. *Pagar a EL CONTRATISTA el valor de las actividades realizadas de conformidad con lo establecido en las cláusulas de valor y forma de pago.*
2. *Supervisar el desarrollo de las actividades realizadas por EL CONTRATISTA y designar una persona al efecto.*



3. *Suministrar la información requerida por EL CONTRATISTA, que se encuentre a su alcance con el fin de desarrollar el objeto del presente contrato”.*

### **2.8.2.1. Consideraciones del Tribunal**

Manifiesta la Convocada que cumplió con todas las obligaciones contractuales que le correspondían.

- 1) Ello con base en que el Tribunal no observa que la parte Convocante alegara incumplimiento en sus pagos, salvo la suma correspondiente a \$17.000.000 que en todo caso nunca se prueba a que corresponden por lo que el Tribunal no observa ningún incumplimiento en este caso.
- 2) En este caso observa el Tribunal, de acuerdo con las distintas actas de liberación (Cuaderno de pruebas No.1, folio 125 a 131) el ingeniero William Salazar fue el encargado de supervisar el desarrollo del mismo en su calidad de coordinador del proyecto. Por tanto, esta obligación se entiende cumplida.
- 3) En razón al suministro de la información requerida para el inicio del proyecto, en el expediente no obran prueba que lleven al Tribunal a afirmar una posición sobre ello. Por tanto y dado que se ejecutó el contrato, el presente Tribunal puede concluir que si se brindó la información correspondiente para la ejecución de este.

Es así como la parte Convocante no logró acreditar que la parte Convocada haya incumplido con las obligaciones que estaban a su cargo. Como muestra el Tribunal las obligaciones que estaban en cabeza de la Convocada fueron cumplidas, de forma tal que no puede atribuírsele incumplimiento alguno.

Por las razones arriba expuesta prospera la excepción propuesta por la parte Convocada y así lo manifestará el Tribunal en la parte resolutive del Laudo.

### **2.8.3. Compensación**

*“Establecen los artículos 1714 y 1715 del Código Civil, a propósito de la figura jurídica denominada compensación, lo siguiente*

**ARTICULO 1714. COMPENSACIÓN.** *Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.*

**ARTICULO 1715. OPERANCIA DE LA COMPENSACION.** *La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:*

- 1.) *Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.*
- 2.) *Que ambas deudas sean liquidadas; y*
- 3.) *Que ambas sean actualmente exigibles.*

*Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.”*

### **2.8.3.1. Consideraciones del Tribunal**

En lo atinente a la citada excepción, el Tribunal, de acuerdo con lo expresado anteriormente, encuentra que, en la cláusula décima tercera del contrato de suministro e instalación en lo referente al porcentaje y montos de las multas, las partes acordaron lo siguiente:

*“Parágrafo quinto: EL CONTRATISTA autoriza en forma expresa a EL CONTRATANTE para que descuente automáticamente (compensación) de las sumas de dinero que le adeude, en desarrollo de este contrato el valor de las multas pactadas en esta cláusula.”* (El subrayado es nuestro)

Es decir, fue por determinación de ambas partes que el contratante descontara de las acreencias del contratista el valor que este último adeudara al contratante. En virtud de esto, el descuento del 10% de la totalidad del contrato que el presidente ejecutivo de la convocante el señor RODRIGO ANDRÉS CALDERON, adjudica a la convocada mediante comunicado del 14 de diciembre de 2014, hace referencia al 10% que el contratante adeudaba a la contratista como devolución de la retención en garantía.

Con base en ello, es menester mencionar que es la autonomía de la voluntad la que media en este tipo de contratos, por lo que las partes pueden configurar los contratos e incorporar en ellos una serie de cláusulas que permitan proteger los intereses de cada uno.

En consecuencia, de las anteriores consideraciones del Tribunal, prospera la excepción No. 3 y así lo declarará en la parte resolutive de este Laudo.

#### **2.8.4. Contrato de obra civil**

*"Honorable Tribunal se encuentra acreditado los presupuestos normativos de que trata el artículo 2056 del Código Civil que señala:*

*Artículo 2056. Indemnización por incumplimiento Habrá lugar a reclamación de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una o por otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución.*

*Por consiguiente, el que encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra.*

*Lo anterior con fundamento a la contestación de los hechos efectuada."*

##### **2.8.4.1. Consideraciones del Tribunal**

Frente a esta excepción, el Tribunal no encuentra elementos de juicio que le permitan realizar un análisis jurídico de la misma frente al caso en concreto; toda vez que la parte convocada se limita a hacer una transcripción exacta de la ley sin argumentar la incidencia del artículo citado al objeto de litigio.

En consecuencia, el Tribunal, niega la excepción No. 4 y así lo declarará en la parte resolutive de este Laudo.

#### **2.8.5. Prescripción**

*"Según la cual los términos de prescripción extintiva de las acciones deben comenzar a correr desde el momento en que los perjudicados con dicho fenómeno vean agredidos sus derechos, sería tanto como admitir o añadir una causa legal de interrupción y/o renuncia de la prescripción no consagrada en el ley (sic), sino también permitir que dicho término fuera controlado y manejando a su antojo por el acreedor perjudicado", con el peligro de que los litigantes fabriquen sus propios medios de prueba."*

##### **2.8.5.1. Consideraciones del Tribunal**

Frente a esta excepción, el Tribunal encuentra que la parte convocada más allá de copiar un fragmento sin la respectiva cita y/o referencia, de la sentencia (Radicación n° 05101 31 03 001 2011 00097 01) de la Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco de la Corte Suprema de Justicia - Sala Casación Civil; no alega fundamentos concretos que le permitan a este Tribunal siquiera tener en consideración la presente excepción por cuanto la misma no fue desarrollada.

En consecuencia, el Tribunal, niega la excepción No. 5 y así lo declarará en la parte resolutive de este Laudo.

### **2.8.6. Excepción genérica**

*“Solicito a la señora juez, declarar oficiosamente cualquier hecho que resulte probado a lo largo del presente proceso incluso después de radicado el presente escrito, y que conduzca a rechazar las pretensiones de la demanda. Lo anterior de conformidad con el artículo 282 del Código General del Proceso.”*

#### **2.8.6.1. Consideraciones del Tribunal**

En virtud de las facultades que el artículo 282 del Código General del Proceso le reconoce a la autoridad competente, este Tribunal reitera lo concerniente a las consideraciones de las pretensiones; haciendo énfasis, en que no existió una violación al debido proceso en la imposición de multas y cláusula penal por parte de la Convocada.

Como se ha observado, el debido proceso se entiende como un principio y mandato que debe ser cumplido y bajo este supuesto, se extiende al régimen contractual y guía la conducta de las partes.

*“La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el hecho de que el artículo 29 de la Constitución establezca que el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas implica que “en todos los campos donde se haga uso de la facultad disciplinaria, entiéndase ésta como la prerrogativa de un sujeto para imponer sanciones o castigos, deben ser observados los requisitos o formalidades mínimas que integran el debido proceso.”<sup>19</sup>*

De lo anterior, no hay duda para este Tribunal que la parte Convocada dio cumplimiento al debido proceso y permitió a la parte Convocante conocer los hechos base del incumplimiento endilgado, así como dar explicaciones sobre los mismos y manifestar su posición al respecto. Posición que como se ha dicho, llevó a la aceptación de un incumplimiento parcial del contrato y al descuento derivado de dicha aceptación.

Por lo tanto, el Tribunal declarará de oficio probada la excepción de cumplimiento del debido proceso.

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia T- 852 (28 de octubre 2010). MP Humberto Antonio Sierra.

## 2.6. Costas

El Tribunal, con fundamento en lo previsto en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P. no proferirá condena en costas. En consideración a que prospera parcialmente la demanda por la declaratoria de la pretensión declarativa segunda subsidiaria de la primera principal.

### III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de los antecedentes y consideraciones antes expuestos, el Tribunal Arbitral instalado para decidir en derecho las diferencias surgidas entre **ESPUMLATEX S.A.**, de una parte, y **PROYECTOS MONTAJES Y CONSTRUCCIONES S.A.- PROMOCIÓN**, de la otra, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE

**PRIMERO: DECLARAR** que prosperan las excepciones denominadas incumplimiento contractual, cumplimiento de Promoción S.A. y compensación.

**SEGUNDO: DECLARAR** de oficio la excepción de cumplimiento del debido proceso.

**TERCERO: NEGAR** las excepciones denominadas contrato de obra y prescripción.

**CUARTO: DECLARAR** que prospera la pretensión declarativa subsidiaria segunda de la primera pretensión principal.

**QUINTO: NEGAR** las pretensiones declarativas primera principal y sus subsidiarias primera y tercera; segunda principal y sus subsidiarias; tercera principal y sus subsidiarias

**SEXTO: NEGAR** las pretensiones condenatorias primera, segunda, tercera, cuarta y quinta.

**SÉPTIMO: DECLARAR** causado el saldo de los honorarios del Árbitro y de la Secretaria. El Árbitro procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos y expensas del funcionamiento del Tribunal, y a devolver el remanente a las partes en proporciones iguales, quienes entregarán al Árbitro y

la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada una de ellas.

**OCTAVO: DISPONER** la entrega de copias auténticas de este Laudo a cada una de las partes.

**NOVENO: ENTREGAR** para su archivo el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, de conformidad con el artículo 47 de la Ley 1563 de 2012, en la oportunidad procesal correspondiente.

**DÉCIMO:** Sin costas a cargo a ninguna de las partes de acuerdo con la parte motiva de esta Providencia.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.

**MÓNICA MARCELA LOZANO GUZMÁN**  
Árbitro único

**LILIANA OTERO ÁLVAREZ**  
Secretaria