

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**GEOFUNDACIONES S.A.**

**Vs.**

**CONSORCIO CONSTRUCTORES ASOCIADOS DE COLOMBIA CONASCOL S.A. -  
IMPREGILO S.P.A. SUCURSAL COLOMBIA**

**ACTA N° 23**

**AUDIENCIA DE FALLO**

En la ciudad de Santafé de Bogotá, a las Nueve de la mañana (9:00 a.m.), del día Veintidós (22) de Abril de Mil novecientos noventa y ocho (1.998), fecha y hora señaladas en providencia de Diez y ocho (18) de Marzo de Mil novecientos noventa y ocho (1.998), notificada en estrados a los señores apoderados judiciales de la sociedad demandante Geofundaciones S.A. (en adelante y para los efectos de este documento, "Geofundaciones") y de las entidades demandadas Constructores Asociados de Colombia Conascol S.A. e Impregilo S.p.A. Sucursal de Colombia, quienes integran el consorcio denominado Conascol S.A. Impregilo S.p.A. Puente Plato (en adelante y para los efectos de este documento "el Consorcio"), se reunieron en la sede del Tribunal ubicada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (Carrera 9a. N° 16-21 Piso 4º), los doctores Julio César Uribe Acosta, Presidente del Tribunal, María Cristina Morales de Barrios y Jorge Suescún Melo, árbitros y el suscrito, Luis Arturo de Brigard Caro, secretario, con el fin de llevar a cabo la Audiencia de Fallo. Se encontraban presentes en la audiencia los doctores Fernando Londoño Hoyos, apoderado de Geofundaciones y Fernando Sarmiento Cifuentes, apoderado de las sociedades que integran el Consorcio.

Abierta la audiencia, el Presidente autorizó al Secretario para dar lectura al laudo que pone fin al proceso, el cual se pronuncia en derecho y es acordado por unanimidad por los árbitros.

## LAUDO ARBITRAL

Santafé de Bogotá, Veintidós (22) de Abril de Mil novecientos noventa y ocho (1.998)

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que finaliza el proceso arbitral seguido de una parte por Geofundaciones S.A. (en adelante y para los efectos de este documento, "Geofundaciones") y por la otra las entidades Constructores Asociados de Colombia Conascol S.A. e Impregilo S.p.A. Sucursal de Colombia, quienes integran el consorcio denominado Conascol S.A. Impregilo S.p.A. Puente Plato (en adelante y para los efectos de este documento "el Consorcio").

### I. ANTECEDENTES

#### A. Pacto Arbitral

Entre las citadas partes procesales se celebró un Subcontrato cuyo objeto fue la ejecución de una obra denominada "Pilotajes para la cimentación del Puente Plato sobre el Río Magdalena y sus accesos, en la carretera Carmen - Bosconia en las localidades de Plato y Zambrano" (en adelante, "el Subcontrato").

En la Cláusula Vigésima Quinta del Subcontrato aparece el pacto arbitral, en los siguientes términos:

"CLAUSULA VIGESIMA QUINTA. COMPROMISORIA: Las partes acuerdan que las controversias se (sic) surjan con ocasión de la ejecución, terminación liquidación e interpretación del presente subcontrato, estarán sujetas al arbitramento comercial institucional a través de los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, quienes fallarán en derecho y se regirán por las normas que regulan la materia."

#### B. Tribunal de Arbitramento

Mediante escrito presentado el 18 de Febrero de 1.997 ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá (el "Centro de Arbitraje"), Geofundaciones, por intermedio de su apoderado, presentó demanda para la convocatoria del Tribunal de Arbitramento para solucionar las controversias surgidas con el Consorcio en virtud del Subcontrato. Ella fue admitida por el Centro de Arbitraje el 24 de Febrero de 1.997, el cual ordenó correr traslado de la solicitud de convocatoria al Consorcio de conformidad con el Artículo 428 del Código de Procedimiento Civil ("C.P.C.") y reconoció personería al apoderado de Geofundaciones.

Mediante escrito presentado el 11 de Marzo de 1.997 ante el Centro de Arbitraje, el Consorcio, por intermedio de su apoderado, presentó la contestación de la demanda instaurada por Geofundaciones. Asimismo, mediante sendos escritos presentados en la misma fecha por su apoderado, el Consorcio presentó Demanda de Reconvención contra Geofundaciones y solicitó al Tribunal el llamamiento en garantía de Generali Colombia Seguros Generales S.A. El Centro de Arbitraje, por su parte, mediante providencia del 17 de Marzo de 1.997, admitió la demanda de reconvención; ordenó correr traslado de la misma a Geofundaciones en los términos del Artículo 428 C.P.C. y reconoció personería al apoderado del Consorcio

Mediante escrito presentado el 8 de Abril de 1.997, Geofundaciones presentó contestación a la demanda de reconvención del Consorcio. El 21 de Abril del mismo año, el Consorcio presentó escrito de respuesta a la oposición presentada por Geofundaciones a la demanda de reconvención.

Notificadas que fueran las partes y sus apoderados por el Centro de Arbitraje, el 30 de Abril de 1.997 se celebró en sus instalaciones la Audiencia de Conciliación, en la cual se estableció la imposibilidad de llegar a un acuerdo en relación con las diferencias

objeto del arbitramento. En la misma audiencia las partes dispusieron de común acuerdo modificar la Cláusula Compromisoria en el sentido de que serían ellas mismas las que de común acuerdo designarían los árbitros, a lo cual procedieron en reunión celebrada el 13 de Mayo de 1.997. Los señalados árbitros, notificados de su nombramiento, manifestaron su aceptación oportunamente.

Posteriormente, en audiencia celebrada el 19 de Junio de 1.997, se procedió a la instalación del Tribunal, en el curso de la cual se nombró como presidente al Doctor Julio César Uribe Acosta, quien aceptó en el acto y como Secretario al Doctor Luis Arturo de Brigard Caro, quien oportunamente manifestó su aceptación y tomó posesión de su cargo. Mediante Auto proferido en la misma audiencia, se decretó legalmente instalado el Tribunal de Arbitramento y se fijaron las sumas correspondientes a los honorarios de los árbitros y del secretario y los gastos de administración del Tribunal. Asimismo, se ordenó informar a la Procuraduría General de la Nación de la constitución del tribunal, en los términos del Artículo 45 del Decreto 2279 de 1.989. El Tribunal dispuso fijar su sede en las instalaciones del Centro de Arbitraje en la Carrera 9 N° 16-21 Piso 4° de la ciudad de Santafé de Bogotá, y la sede de la Secretaría en la Carrera 9 N° 74-08, Oficina 409 de la misma ciudad.

### **C. Presupuestos Procesales**

Antes de entrar a decidir sobre el fondo se hace necesario establecer si en el presente proceso se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, o sea, los requisitos indispensables para la validez del proceso, para poder así proferir un laudo de mérito.

En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal, aparece:

Las partes son personas jurídicas, regularmente constituidas y han acreditado en legal forma su existencia y representación.

Ambas partes, en su calidad de sociedades comerciales de carácter privado, tienen capacidad para transigir sobre las materias objeto de la controversia.

Por disposición de las partes expresada en el pacto arbitral, el laudo habrá de proferirse en derecho. Al no establecer las partes el término de duración del proceso, éste será de seis meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, conforme a lo dispuesto por el Artículo 103 de la Ley 23 de 1.991.

Las pretensiones formuladas por la parte demandante en la demanda, así como las planteadas por la parte demandada en la reconvenición, son susceptibles de transacción, por lo cual es procedente su conocimiento y decisión mediante proceso arbitral.

Por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados, según lo dispone el Artículo 26 del Decreto 2279 de 1989. Geofundaciones está representada por el doctor Fernando Londoño Hoyos, y el Consorcio por el doctor Fernando Sarmiento Cifuentes, según poderes especiales conferidos por las partes y que obran en el expediente

### **D. El Proceso**

Habiendo las partes consignado oportunamente el valor que les correspondió por concepto de honorarios de los árbitros y del secretario y de gastos del arbitramento, el Tribunal asumió competencia mediante Providencia proferida en el curso de la primera audiencia de trámite que se celebró el 5 de Agosto de 1.997.

En la misma Providencia, el Tribunal aceptó el desistimiento presentado por el Consorcio en relación con su solicitud de llamamiento en garantía a Generali Colombia Seguros Generales S.A. y negó la solicitud del mismo Consorcio para que se citara al proceso a la ya nombrada compañía de seguros, por cuanto, a juicio del Tribunal, el

único evento en el que cabe la citación de terceros dentro del proceso arbitral es en el caso de que exista un litisconsorcio necesario en relación con dicho tercero, para lo cual debe mediar sólo una relación jurídica entre las partes, circunstancia que no se da en el caso sub-examine, pues se registran dos situaciones jurídicas (entre las partes, y entre estas y el tercero que se pretende citar) susceptibles de ser resueltas separadamente. Concluyó el Tribunal, entonces, que el alcance del Artículo 30 del Decreto 2279 de 1.989 es el de permitir en el proceso arbitral la intervención de personas distintas de quienes suscribieron el pacto arbitral sólo en el caso del litisconsorcio necesario, es decir, cuando respecto de las mismas se generen efectos de cosa juzgada con el laudo, por ser integrantes de una única relación sustancial.

Al no haberse propuesto excepciones previas por las partes, el Tribunal decretó las pruebas en el proceso, incluyendo, además de las documentarias aportadas por las partes con la demanda, la reconvenición y las respectivas contestaciones, los testimonios de trece testigos, el interrogatorio de parte del representante legal de Geofundaciones, el dictamen de peritos ingenieros y peritos navales, las inspecciones judiciales con exhibición de documentos en las instalaciones de Geofundaciones, del Consorcio y de la firma interventora en el Subcontrato, los oficios de solicitud de informes a entidades oficiales, y las de oficio decretadas por el Tribunal consistentes en la exhibición de documentos por los representantes de las partes y el reconocimiento de documentos por parte de terceros. Todas las pruebas decretadas por el Tribunal se practicaron, con excepción de la recepción de algunos testimonios, a cuya práctica renunciaron las partes.

Para la práctica de las pruebas periciales decretadas el Tribunal nombró como peritos ingenieros a los señores Jaime Bateman y Luis Fernando Vesga, de la lista que al efecto le proporcionó la Sociedad Colombiana de Ingenieros, y como peritos navales a los señores José Ignacio Castelblanco y José Hover Morales, de la lista que al efecto le suministró la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional DIMAR.

Mediante providencia proferida por el Tribunal en audiencia del 25 de Febrero de 1.998, habiéndose practicado la totalidad de las pruebas decretadas por el Tribunal, con excepción de aquellas respecto de cuya práctica desistieron las partes oportunamente, se declaró el cierre de la etapa de pruebas en el presente proceso y se citó a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión en audiencia que se celebró el 18 de Marzo de 1.998, en la cual los apoderados de las partes expusieron oralmente sus alegaciones, y presentaron un resumen escrito de las mismas.

Surtidas en legal forma todas las etapas procesales del arbitramento, encuentra el Tribunal que se halla dentro del término legal para proferir el presente laudo, habida cuenta de que el plazo de seis meses de que dispone para ello comenzó a correr en la fecha de la primera audiencia de trámite, celebrada el Cinco (5) de Agosto de 1.997, habiendo sido suspendidos los términos en varias oportunidades por solicitud conjunta de las partes, así: entre Octubre 30 y Noviembre 17 de 1.997 (ambos inclusive); entre Noviembre 27 y Diciembre 10 de 1.997 (ambos inclusive); entre Diciembre 17 de 1.997 y Enero 15 de 1.998 (ambos inclusive); y entre Enero 21 y Febrero 11 de 1.998 (ambos inclusive), para un total de Ochenta y cinco (85) días comunes de suspensión de términos.

## **E. La Demanda de Geofundaciones**

### **I.- Pretensiones:**

Mediante apoderado especial, debidamente reconocido por el Tribunal dentro del proceso, Geofundaciones solicita al Tribunal despachar favorablemente las siguientes:

**“PRIMERA.-** Que EL CONSORCIO asumió la obligación contractual de, por su cuenta y riesgo, poner a disposición de GEOFUNDACIONES S.A. un planchón o plataforma adecuado para colocar y transportar la maquinaria y equipo de propiedad de GEOFUNDACIONES S.A. sobre el Río Magdalena y encargarse de su funcionamiento,

operación y mantenimiento, en la ejecución del pilotaje del Puente Plato que GEOFUNDACIONES S.A. adelantaba para EL CONSORCIO.

**SEGUNDA.-** Que EL CONSORCIO incumplió su obligación contractual de suministrar y mantener en óptimas condiciones de funcionamiento un planchón adecuado para que GEOFUNDACIONES S.A. adelantara sus labores como subcontratista de pilotaje del CONSORCIO en la obra de la construcción del Puente Plato sobre el Río Magdalena.

**TERCERA.-** Que EL CONSORCIO asumió la obligación de amparar en una póliza “Todo Riesgo Maquinaria” todos los equipos de propiedad de GEOFUNDACIONES S.A. mientras se encontraran en el sitio de la obra y al servicio del “subcontrato para la ejecución del pilotaje para la cimentación de la obra de la construcción del puente plato sobre el Río Magdalena y sus accesos, en la carretera Carmen-Bosconia”.

**CUARTA.-** Que EL CONSORCIO incumplió su obligación contractual de amparar en una póliza “Todo Riesgo Maquinaria” todos los equipos de propiedad de GEOFUNDACIONES S.A. mientras se encontraran en el sitio de la obra y al servicio del “subcontrato para la ejecución del pilotaje para la cimentación de la obra de la construcción del puente plato sobre el Río Magdalena y sus accesos, en la carretera Carmen-Bosconia”.

**QUINTA.-** Que como consecuencia de las declaraciones segunda y cuarta, el subcontrato “para la ejecución del pilote para la cimentación de la obra de la construcción del Puente Plato sobre el Río Magdalena y sus accesos, en la carretera Carmen-Bosconia” suscrito entre EL CONSORCIO y GEOFUNDACIONES S.A., deberá declararse resuelto por el incumplimiento de EL CONSORCIO, quien será además responsable por los daños y perjuicios injustamente causados a GEOFUNDACIONES S.A.

**SEXTA.-** Que en consecuencia, EL CONSORCIO debe devolverle a GEOFUNDACIONES S.A. el equipo y maquinaria cuyo salvamento se ha logrado, debidamente reparado y en las mismas condiciones de operación en las que se encontraba trabajando en la ejecución del contrato suscrito con EL CONSORCIO.

**SEXTA.- SUBSIDIARIA.-** En subsidio, que EL CONSORCIO deberá devolverle a GEOFUNDACIONES S.A. el equipo y maquinaria cuyo salvamento se ha logrado, junto con la suma de dinero que sea suficiente para ponerlo en las mismas condiciones de operación en las que se encontraba trabajando en la ejecución del contrato suscrito con EL CONSORCIO.

**SEPTIMA.-** Que en consecuencia, y además, EL CONSORCIO debe pagarle a GEOFUNDACIONES S.A. a título de indemnización el valor de reposición de los equipos y maquinaria cuyo salvamento no fue posible a la fecha de la Sentencia, a los precios que se demostrarán en el proceso.

**OCTAVA.-** Que en consecuencia, y además, EL CONSORCIO deberá pagarle a GEOFUNDACIONES S.A. a título de indemnización el lucro cesante que ha sufrido por la falta de disponibilidad de las máquinas y equipos indispensables para el desarrollo de éste y otros contratos, por el valor que se probará dentro del proceso, suma que se liquidará a valores constantes a la fecha de la Sentencia.

**NOVENA.-** Que EL CONSORCIO deberá pagar las costas y gastos del presente proceso.”.

II.- Fundamentos de la demanda:

Como fundamento de sus pretensiones, Geofundaciones expuso los hechos que a continuación se relacionan en forma resumida:

El Consorcio celebró el Contrato N° 490-93 con el Fondo Vial Nacional, para la construcción del Puente Plato sobre el Río Magdalena y sus accesos en la carretera Carmen-Bosconia; en desarrollo de dicho contrato, el Consorcio subcontrató con Geofundaciones la ejecución del pilotaje para la cimentación de la obra, mediante la celebración del Subcontrato de fecha 13 de Marzo de 1.996.

En el referido Subcontrato se establecieron con claridad los equipos que cada una de las partes debía conseguir y poner a disposición de la obra, y específicamente se convino que era obligación de Geofundaciones el transporte, operación, funcionamiento y mantenimiento de los equipos que debía suministrar, que eran los mismos señalados en la oferta que sirvió de base para la celebración del Subcontrato, al paso que en la Cláusula 4.2. se estipuló: “Equipos a cargo del Consorcio: El consorcio por su cuenta y riesgo exclusivos, asignará al cumplimiento de este Subcontrato y pondrá a disposición del Subcontratista, sin que por esto se genere costo ni pago alguno a cargo del Subcontratista . a.- Uno o más planchón(es) o plataforma(s) adecuado(s) para el transporte en agua hasta el sitio del pilotaje, de todos los equipos del subcontratista necesarios para este tipo de obras: incluida su contratación, movilización, mantenimiento, permisos de navegación, adecuación y demás relacionados con este servicio, son por cuenta del Consorcio.”.

En la Cláusula Décimo Sexta del Subcontrato el Consorcio se obligó a “incluir dentro de su póliza de “todo riesgo maquinaria”, y sin costo alguno para el Subcontratista, todos los Equipos de propiedad del Subcontratista, mientras se encuentren en el sitio de la obra y al servicio del presente Subcontrato.”.

El Consorcio arrendó al señor Marcos Borré un planchón para dar cumplimiento a sus obligaciones en el sentido atrás indicado frente a Geofundaciones, planchón éste que era operado y manejado por el señor Borré. Todas las operaciones de cargue, desplazamiento, manejo y operación del planchón fueron siempre efectuadas por el personal del señor Borré, bajo la supervisión del ingeniero Antonio Orozco, empleado del Consorcio.

Desde el principio el planchón asignado dio muestras de no ser el adecuado para su utilización, pues continuamente aumentaba el nivel de agua en las bodegas lo que obligaba a sus operarios a retirarla diariamente, inclusive en ocasiones con la colaboración de Geofundaciones mediante la prestación del servicio de motobombas. A pesar de los hechos que se venían presentando, el Consorcio no hizo nada para asegurar el adecuado funcionamiento del planchón, ni para reemplazarlo, y ni siquiera adoptó mínimas medidas de seguridad para evitar su hundimiento, a sabiendas de las deficiencias que presentaba.

En la madrugada del día 28 de Julio de 1.996 el planchón se hundió en el Río Magdalena, y con él los equipos y maquinaria que Geofundaciones venía utilizando para la realización de la obra, con un valor total de \$1.008'140.000,00, cuya descripción y valores unitarios se indican en el Anexo N° 1 de la demanda (que obra a folio 50 del Cuaderno de Pruebas N° 2).

Mediante carta del 29 de Julio de 1.996, Geofundaciones presentó su reclamación al Consorcio, solicitándole hacer efectiva la póliza “todo riesgo maquinaria” que este se había comprometido a extender para amparar todos los equipos de Geofundaciones mientras se encontraran en el sitio y al servicio de la obra, a lo cual respondió el Consorcio, mediante comunicación del 31 de Julio del mismo año, que los equipos habían sido incluidos en la referida póliza y que los derechos económicos derivados de la misma habían sido cedidos a Geofundaciones, por lo que la reclamación la debían emprender conjuntamente las partes.

Al propio tiempo en que el Consorcio respondió lo anterior a Geofundaciones, vino a conocer ésta última la copia de la póliza N° RM/A50.618/1323, Anexo 68609, contratada por el primero con la Compañía Granadina de Seguros S.A. (hoy Generali Colombia Seguros Generales S.A.), y encontró que la póliza no solamente no era “todo

riesgo maquinaria”, pues amparaba apenas lo conocido como “rotura de maquinaria”, sino que, además, en el anexo de renovación de la póliza el único beneficiario era el Consorcio y no Geofundaciones, la cual estaba en consecuencia imposibilitada para hacer efectiva la póliza.

En vista de lo anterior, Geofundaciones solicitó nuevamente al Consorcio el reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos con ocasión de la pérdida de los equipos que se hallaban a bordo del planchón, solicitud esta que fué negada mediante comunicación del 26 de Agosto de 1.996.

Como consecuencia del hundimiento del planchón, Geofundaciones quedó imposibilitada para continuar con la ejecución de las obras subcontratadas, como quiera que perdió el equipo indispensable para hacerlo. El Consorcio, luego, contrató la culminación de las obras objeto del Subcontrato con la firma R. y A. Galante Herrera Ltda.

A finales del Octubre de 1.996 el Consorcio contrató con el señor Carlos Alberto Clavijo, propietario del establecimiento de comercio denominado Taller Ancla, el rescate del planchón y de la maquinaria hundidos el 28 de Julio de 1.996, habiendo sido posible rescatar buena parte de los equipos de Geofundaciones, los cuales, sin embargo, al haber estado tres meses bajo el agua, se encontraban gravemente deteriorados y no podían ser utilizados sino después de reparados por expertos, con la asesoría de las casas fabricantes. La relación de la maquinaria, equipos y herramientas rescatados y no rescatados se encuentra en el Anexo 2 de la demanda (que obra a folio 51 del Cuaderno de Pruebas N° 2). A pesar de lo anterior, el Consorcio ha pretendido que Geofundaciones reciba los equipos rescatados, sin recibir suma alguna por concepto de su reparación y del tiempo en que han de permanecer inutilizados.

Geofundaciones cumplió estricta y oportunamente con todas las obligaciones a su cargo derivadas del Subcontrato, hasta la fecha en que ocurrió el hundimiento del planchón.

III.- Contestación de la demanda y proposición de excepciones por parte del Consorcio.

El Consorcio contestó oportunamente la demanda y se pronunció sobre los hechos expuestos por Geofundaciones, negando algunos, aceptando otros, total o parcialmente y en la mayoría de los casos formulando aclaraciones o pronunciamientos relativos a ellos.

Así mismo, el Consorcio propuso las excepciones de mérito de (i) contrato no cumplido por Geofundaciones (Non adimpleti contractus); (ii) de fuerza mayor o caso fortuito; (iii) de culpa contractual del demandante y (iv) la excepción genérica consagrada en el Artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

Mediante memorial presentado ante el Tribunal en audiencia del 2 de Octubre de 1.997, el señor apoderado del Consorcio manifestó su desistimiento de la Cuarta excepción, genérica, planteada en la contestación de la demanda.

#### **F.- La Demanda de Reconvención del Consorcio**

En oportunidad procesal el Consorcio, por intermedio de su apoderado debidamente reconocido, instauró demanda de reconvención contra Geofundaciones

I.- Pretensiones:

**“PRIMERA.-** Declárase que la sociedad GEOFUNDACIONES S.A. incumplió el subcontrato de fecha Marzo 13 de 1.996, celebrado con el consorcio Construcciones Asociados de Colombia CONASCOL S.A. - IMPREGILO S.p.A. Sucursal de Colombia, para la construcción del pilotaje del Puente Plato.

**SEGUNDA.-** Condenar a la sociedad GEOFUNDACIONES S.A. a pagar a favor del consorcio CONASCOL -IMPREGILO la cantidad de \$110'705.901.28 moneda legal, por concepto de los costos de recuperación del pilote N° 8 de la pila N° 13 del Puente Plato.

**TERCERA.-** Condenar a GEOFUNDACIONES S.A. a pagar a favor del Consorcio CONASCOL-IMPREGILO, por concepto de multas por el atraso o mora en el plazo contractual, en 25 días, la suma de \$1'250.000.00 moneda legal.

**CUARTA.-** Condenar a la sociedad GEOFUNDACIONES S.A. a pagar a favor del consorcio CONASCOL-IMPREGILO, por el monto del rescate del equipo hundido en el río Magdalena, equipo que es de propiedad exclusiva de la misma, en el área de trabajo de pilotaje del Puente Plato, la suma de \$108'617.000 moneda legal, que el consorcio pagó por Geofundaciones para cumplir con el contrato principal 490-93 con el Instituto Nacional de Vías.

**QUINTA.-** Condenar a la sociedad Geofundaciones S.A. a pagar a favor del Consorcio Conascol-Impregilo el valor del equipo hundido, de propiedad del Consorcio, en el río Magdalena, en el área del pilotaje de Puente Plato, la suma de \$323'142.204 moneda legal.

**SEXTA.-** Las sumas de condena determinadas, para la fecha de presentación de la demanda, serán indexadas por el H. Tribunal, para mantener el valor adquisitivo de la moneda. Sobre las mismas se reconocen los intereses comerciales, bancarios corrientes y/o de mora a partir de la fecha del laudo, según las máximas tasas, autorizadas por la Superintendencia Bancaria.

**SEPTIMA.-** Condénase en costas a la demandada en reconvención, la sociedad Geofundaciones S.A.”

## II.- Fundamentos de la Demanda de Reconvención

Como fundamento de sus pretensiones, el Consorcio expuso los hechos que a continuación se relacionan en forma resumida:

El Consorcio y el Fondo Vial Nacional (hoy Instituto Nacional de Vías), a la cual en adelante se hará referencia como “Invías” celebraron el Contrato N° 490-93, para la construcción del Puente Plato sobre el Río Magdalena y sus accesos en la carretera Carmen - Bosconia, a la altura de las localidades de Plato y Zambrano; dentro de la ejecución de dicho contrato, el Consorcio celebró el Subcontrato con Geofundaciones, para la construcción de pilotajes para la cimentación de las pilas 13 y 15 del Puente Plato.

Geofundaciones construyó el pilote 8 de la pila 13, el cual resultó defectuoso, como se desprende del resultado de las pruebas de integridad efectuadas por la firma consultora del Invías “Espinosa y Restrepo”, según las cuales el citado pilote, en lugar de tener una longitud útil de 42,42 metros (de acuerdo al registro de perforaciones y fundiciones) la tuvo apenas de 38,05 metros. Por tal motivo, la interventoría del Invías y el diseñador-constructor del proyecto han ordenado que se construya otro pilote adicional al N° 8, a lo cual accedió el Consorcio.

Geofundaciones fue advertida oportunamente y por escrito por el Invías del grave defecto de construcción del pilote y de la necesidad de arreglo y reparación, cuya responsabilidad estaba a cargo de aquella dado que el Subcontrato exige la construcción y entrega de los pilotes íntegros y de buena calidad. Geofundaciones se ha negado a reconocer los costos de reparación del pilote 8 de la pila 13 y ha pretendido que se trata de una imposición del Consorcio, cuando en realidad su deficiencia ha sido advertida no solo por el Consorcio sino también por las entidades controladoras del contrato principal y por los consultores de la obra Puente Plato.



En el Subcontrato se pactó, de acuerdo con la oferta de Geofundaciones, un término de ejecución del mismo de 45 días contados a partir de la fecha de terminación del primer elemento, el cual se terminó de construir el 19 de Mayo de 1.996, por lo cual el plazo contractual venció el 3 de Julio de 1.996. Por consiguiente, para la fecha del siniestro Geofundaciones tenía un atraso respecto de la ejecución del Subcontrato de 25 días y había concluido el 75% de los pilotes contratados (de 24 pilotes por ejecutar, sólo había construido 18 y uno de ellos defectuoso). El Consorcio advirtió a Geofundaciones y le reclamó por escrito el retraso, sin que ésta corrigiera las situaciones que la pusieron en mora.

En desarrollo de lo pactado en la Cláusula 16.1 del Subcontrato, el Consorcio incluyó dentro de su póliza N° 50.618/1323 los equipos de Geofundaciones, por un valor de \$660'000.000,00, adicionado luego en su cuantía y mediante anexo N° 68609 se estableció que "Los derechos derivados de la póliza arriba citada sobre los equipos distribuidos en relación adjunta, quedan cedidos a favor de Geofundaciones S.A., hasta el monto de la acreencia y sin exceder al neto del deducible, si lo hubiere". Dentro de las obligaciones surgidas del contrato de seguros y de la ley comercial, está a cargo del beneficiario poner a salvo los restos del siniestro o los elementos de rescate del mismo.

Hacia las tres de la mañana del 28 de Julio de 1.996 se produjo el naufragio del Pontón "Rómulo P7" de propiedad del señor Marcos Borré Chemas, alquilado por el Consorcio, surto en el Río Magdalena a la altura de las localidades de Plato y Zambrano, amarrado por cuatro puntos firmes, adecuadamente distribuidos a las pilas 13 y 16 del puente, mediante cabos de acero de una pulgada de diámetro, produciéndose también el hundimiento de los equipos de Geofundaciones.

Dado que los equipos de Geofundaciones estorbaban la navegación fluvial y la ejecución del pilotaje, el Invías y la entidad responsable de la cuenca del Río Magdalena exigieron el retiro de tales elementos, a lo cual procedió el Consorcio y no Geofundaciones. Para este efecto el Consorcio contrató los servicios del establecimiento de comercio denominado Taller Ancla, de propiedad del señor Carlos Alberto Clavijo Franco, el cual efectuó el rescate de los equipos, siendo posible sacar algunos de ellos, al paso que otros no se pudieron rescatar. Geofundaciones se niega a reconocer y pagar al Consorcio el valor de la recuperación de los equipos.

El Subcontrato estipula en la Cláusula Décima Séptima una multa diaria a Geofundaciones de \$50.000.

El Consorcio perdió en el naufragio del "Rómulo P7" equipos de su propiedad por un valor total de \$323'142.204.

III.- Contestación de la Demanda de Reconvención y proposición de excepciones por parte de Geofundaciones.

Geofundaciones contestó oportunamente la demanda de reconvención del Consorcio y se pronunció sobre los hechos expuestos por éste, negando algunos, aceptando otros, total o parcialmente y en la mayoría de los casos formulando aclaraciones o pronunciamientos relativos a ellos.

Así mismo, Geofundaciones propuso las excepciones de mérito de (i) inexistencia del hecho básico en que se fundan las pretensiones (ii) la excepción genérica consagrada en el Artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

Posteriormente, el apoderado del Consorcio presentó un memorial en el cual hace referencia a las contestaciones de los hechos formuladas por Geofundaciones frente a la demanda de reconvención.

## **II.- OBJECIONES POR ERROR GRAVE FORMULADAS POR EL CONSORCIO**

Antes de determinar cuáles son los hechos que se encuentran probados en el proceso, corresponde al Tribunal analizar las objeciones por error grave formuladas por el señor apoderado del Consorcio a los dictámenes periciales rendidos por los Ingenieros Navales señores JOSE I. CASTELBLANCO y JOSE H. MORALES y por los Ingenieros Civiles JAIME D. BATEMAN y LUIS FERNANDO VESGA ; esto con el fin de establecer la eficacia de los medios probatorios y su aptitud para conferir al Tribunal certeza sobre los hechos técnicos que fueron objeto de su examen.

Los dos medios probatorios fueron decretados por el Tribunal a solicitud de las dos partes procesales. Mediante providencia de 11 de Julio de 1.997 se designaron los Ingenieros Morales y Castelblanco de lista enviada para el efecto por la Dirección General Marítima DIMAR, y a los Ingenieros Bateman y Vesga de lista enviada al proceso por la Sociedad Colombiana de Ingenieros. Una vez posesionados, rindieron los dictámenes en las fechas fijadas por el Tribunal y las partes en ejercicio de su derecho de contradicción, les solicitaron adiciones y aclaraciones, las cuales fueron oportunamente respondidas .

El apoderado del Consorcio dentro del término del traslado previsto por el N° 4 del Art. 238 del CPC objetó por error grave los dos dictámenes periciales y solicitó la práctica de diversas pruebas para su demostración. El Tribunal consideró que tales pruebas no eran pertinentes para la verificación de los alegados errores sino que por el contrario se orientaban a la repetición de medios probatorios ya practicados en el proceso, razón por la cual negó su práctica. Considera importante el Tribunal referirse nuevamente a la petición de ordenar el rescate del planchón hundido, que en esa oportunidad hizo el objetante a manera de prueba, con el fin, según expresó, de determinar la causa del siniestro.

La competencia asumida por este Tribunal para decidir en derecho las controversias de las partes no puede ir más allá de la función de conocimiento de los hechos en que ellas se basan mediante la práctica de pruebas, en los términos del proceso civil. El rescate del planchón es un hecho material en cuya ocurrencia no tiene ingerencia alguna la autoridad jurisdiccional del Tribunal, y es por ello que al respecto no podía resolver como si se tratara de la práctica de un medio probatorio. Tampoco la actividad oficiosa en materia probatoria incluye poderes que faculden al juez para ordenar a las partes la realización de actuaciones diferentes a la búsqueda de la verdad real, mediante su demostración sobre los hechos ocurridos, en las formas de la práctica legal probatoria.

No obstante lo anterior, el Tribunal dejó abierta la posibilidad de volver sobre el asunto y considerar la pertinencia de decretar una prueba de oficio en el evento de que el planchón fuera rescatado antes del Fallo, circunstancia esta que no se dió.

Es el laudo, por mandato del Art. 113 de la Ley 23 de 1.991, la oportunidad procesal para decidir las objeciones formuladas y por tanto para determinar la eficacia de las pruebas periciales y su idoneidad para probar los hechos técnicos allí analizados.

Procede entonces el Tribunal, por separado, a decidir el tema en cuestión pero antes de hacerlo considera de la mayor importancia precisar los límites del error grave y dentro de ellos analizar la ocurrencia de aquellos formulados como base de las objeciones.

"El código judicial que rigió hasta la expedición del actual (que es la Ley 105 de 1.931)<sup>1</sup> no hablaba de error grave sino de error esencial, calificación que aproximaba el problema a las normas de filosofía.

"La jurisprudencia de aquellos tiempos<sup>2</sup> vinculaba el error esencial que la ley exigía como causa justificativa de la objeción a un dictamen, a la esencia de la cosa, es

---

<sup>1</sup> El doctrinante -Antonio Rocha Alvira- escribió este texto durante la vigencia de la Ley 105 de 1.931, antecedente de los decretos 1400 y 2019 de 1970 (CPC); este código fue reformado por el D. 2282 de 1989, actual Código de Procedimiento Civil.

<sup>2</sup> Luis F. Latorre. "Jurisprudencia razonada del Tribunal Superior de Bogotá", 1.917 a 1.923, Tipografía Moderna, Bogotá, números 261 a 272.

decir, a sus atributos permanentes e invariables y que constituyen su ser y su naturaleza, no a las cualidades accidentales de ella, como lo sería su valor o su precio, lo cual no impedía que pudiera haber error esencial en los avalúos, o lesión enorme en las ventas apreciadas pericialmente. El actual código sólo exige el error grave.

"Grave es lo que pesa, grande, de mucha entidad o importancia; y grave es en procedimiento judicial lo que afecta seriamente el interés legítimo de las partes en la demostración de un hecho. La noción es, sin embargo, un poco relativa y estará, en últimas, sujeta su apreciación a la prudencia del juez, como lo está la misma valoración del dictamen pericial ...".

(...)

"Error grave es no verificar con diligencia la calidad o aptitud de un terreno para la agricultura, o para la ganadería, o para la irrigación, o para soportar el peso de un edificio; error grave es no verificar la resistencia de materiales por parte del arquitecto; o la herida que pudo ser mortal, o la incapacidad resultante; y lo será también equivocarse no tan sólo sobre la materia de que está hecha una cosa (antigua noción de sustancia para determinar el error que invalida las obligaciones) sino sobre las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y las distingue, o sobre calidades objetivas, pero que determinan el consentimiento; no es lo mismo el original que la copia de un cuadro de Goya, o de Borrero.

"Desde luego, el error debe demostrarse y la calidad de grave apreciarse.".<sup>3</sup>

El actual Código de Procedimiento Civil, Decreto 2282 de 1.989, en su Artículo 238 regula el procedimiento para la contradicción de la pericia y en su N° 4 confiere a las partes el derecho de objetarla por error grave "... siempre que el error haya sido determinante de las conclusiones a que hubiesen llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas ..." (El Código de Procedimiento Civil anterior, Decreto 1400 de 1.970, en el Artículo 238, solamente decía "objeción por error grave").

Esto significa que la norma actual le exige al juez la apreciación de la prueba, permitiéndole separar aquellos temas que a pesar de estar equivocados, son irrelevantes, pues no inciden en los resultados y conclusiones de la pericia.

#### **A. Errores graves formulados al dictamen rendido por los ingenieros navales Jose I. Castelblanco y Jose H. Morales**

Entiende el Tribunal que el objeto de esta prueba fue el tratar de establecer, por ambas partes, en forma técnica, las razones del hundimiento del Planchón "Rómulo P.7": El Consorcio para demostrar la ocurrencia de una fuerza mayor y Geofundaciones para comprobar las condiciones deficientes del planchón.

Los peritos examinaron la documentación existente sobre las características del artefacto naval, sus condiciones de navegación y las circunstancias que precedieron al hundimiento tales como los registros del estado del tiempo, el peso del equipo que permanecía en cubierta y que se hundió por razones del siniestro y así proyectaron tres hipotéticas causas del accidente como conclusiones de su estudio.

Los errores graves en que se basan las objeciones del señor apoderado del Consorcio se refieren específicamente a la apreciación de la calidad del material del Planchón y a la interpretación del plano y de las fotografías que del mismo obran en el expediente. También se refieren a la transcripción que de un texto técnico sobre estabilidad de barcos realizaron los peritos para fundamentar sus cálculos. Como error general, además, señala el objetante el contenido hipotético de las conclusiones.

En efecto, el Tribunal encuentra que el resultado de la prueba es teórico, por cuanto las conclusiones son especulativas; pero este examen corresponde a la técnica de

---

<sup>3</sup> ROCHA, Antonio. De la Prueba en el Derecho, Universidad Nacional de Colombia, pág. 241, Bogotá, 1.949.

valoración o apreciación de la prueba propia de la actividad que realizará al estudiar los hechos relativos a las condiciones del planchón y su hundimiento.

El método de interpretación de planos, fotografías y documentos sobre el mantenimiento del planchón no es equivocado en modo alguno, como tampoco lo es el basarse en criterios generales especializados sobre las características físicas de los barcos, ya que recurrir a opiniones autorizadas sobre una materia es una disciplina utilizada por todos los profesionales. El que el contenido de las conclusiones sea teórico, obedece a la imposibilidad de los peritos de encontrar información diferente de la que obra en el expediente que les hubiera permitido llegar a conclusiones concretas para explicar la causa del hundimiento. Por estas razones, no puede calificar el Tribunal como errores graves los señalados en la objeción y no encuentra que los métodos empleados en el dictamen hayan determinado las teóricas conclusiones de los peritos.

Así las cosas, no prosperará la objeción y el valor de la prueba será examinado en conjunto por el Tribunal con los demás medios que obran en el proceso.

### **B. Errores graves formulados al dictamen rendido por los ingenieros civiles Jaime D. Bateman y Luis Fernando Vesga.**

Del contenido de esta prueba deduce el Tribunal que su objeto fue el de obtener, por las dos partes, la evaluación de sus pretensiones con fundamento en documentación contable y en cálculos realizados por expertos en materias financieras relativas a costos de construcción, especialmente de equipos y elementos necesarios para este tipo de obras.

Los errores graves señalados por el objetante se refieren, en primer lugar, a los cálculos de la utilidad operacional de Geofundaciones, tanto en el Subcontrato con el Consorcio como en otros contratos examinados por los peritos; en segundo lugar, a los valores de reparación de los equipos, que, en criterio de los peritos son los que deberán cancelarse para cualquier indemnización, y en tercer lugar, al fundamento aleatorio que contiene la respuesta del dictamen relativa al valor de las cuatro licitaciones, proyectos o contratos en que Geofundaciones no estuvo en capacidad de participar, por no tener disponibles los equipos hundidos en el río Magdalena. También cuestiona el apoderado del Consorcio la eficacia de la prueba, por cuanto los peritos dejaron de examinar algunos elementos que al objetante le parecen relevantes y además porque interpretaron, en forma equivocada, la obligación del Consorcio de asegurar los equipos de Geofundaciones y los términos de duración del contrato.

Estudiado por el Tribunal el dictamen rendido por los Ingenieros Civiles, encuentra que a folio 7 se expresa "la rentabilidad resultó del 58% antes de costos administrativos, costos financieros, etc."; también a folio 10 se lee : "se aclara que esta rentabilidad es antes de costos administrativos, costos financieros, etc.". (subrayas del Tribunal).

En el documento de aclaraciones, a folio 5 se lee "Para la determinación del lucro cesante también se puede partir de la utilidad neta que Geofundaciones venía obteniendo en el subcontrato de pilotaje del Puente Plato y sumarle todos los costos administrativos y financieros en los que incurrió. El anterior método arroja matemáticamente el mismo resultado que con el método empleado por los peritos, solo que el método utilizado para el dictamen es mucho más sencillo, ya que no hay que devanarse los sesos determinando cada uno de estos costos administrativos y financieros que deben restársele a la utilidad bruta para obtener la neta, para luego tener que volver a sumar los mismos valores a la utilidad neta, para determinar el lucro cesante.

"De esta forma se hace énfasis en que una rentabilidad del 58%, antes de costos administrativos y financieros puede acercarse a una utilidad neta esperada del 6%".

Puede verse en estas respuestas claramente diferenciada la utilidad bruta y la utilidad neta calculada por los peritos; corresponde al Tribunal en su labor de apreciación de la prueba determinar si los elementos para calcular la una y la otra le confieren confiabilidad y certeza sobre los valores que se pretendieron establecer, pero no encuentra

demostradas equivocaciones en los criterios utilizados por los peritos, sino solamente diferencias conceptuales con las planteadas como errores por el objetante .

Los demás errores señalados en la objeción, se orientan algunos a descalificar los conceptos de los peritos por carecer de soportes algunas de sus respuestas, y otros por no incluir elementos que, a juicio del objetante, habrían cambiado los resultados de la prueba. Anota el Tribunal que en toda esta crítica se vislumbra un desacuerdo con las conclusiones del dictamen y los procedimientos para llegar a ellas, pero no se expresan cuáles hubieran sido esas conclusiones o resultados, de haberse aplicado métodos diferentes. Por todas las razones anteriores, se considera que el dictamen en estudio, no adolece de errores graves determinantes de sus conclusiones.

El Artículo 241 del C.P.C. contiene los parámetros básicos para la crítica del dictamen pericial por parte del juez, cuales son, la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso. Es esta labor la que realizará el Tribunal para analizar cuáles hechos resultaron probados.

### **III.- HECHOS DEMOSTRADOS EN EL PROCESO**

Dado que las decisiones que se toman mediante este laudo arbitral deberán basarse en los hechos demostrados mediante pruebas regularmente obtenidas en el proceso, procede el Tribunal a establecer aquellos que constituyen su fundamento y su prueba. Para ello, siguiendo el orden de las pretensiones de la demanda y de las excepciones de fondo formuladas contra ellas y de las pretensiones de la demanda de reconvenición, determinará los hechos que constituyen su causa petendi y los medios probatorios que sirvieron para su demostración.

#### **PRETENSION PRIMERA**

Que el Consorcio asumió la obligación contractual de, por su cuenta y riesgo, poner a disposición de Geofundaciones S.A., un planchón o plataforma adecuado para colocar y transportar la maquinaria y equipo de propiedad de Geofundaciones S.A., sobre el río Magdalena y encargarse de su funcionamiento, operación y mantenimiento, en la ejecución del pilotaje del Puente Plato que Geofundaciones S.A. adelantaba para el Consorcio.

#### **PRETENSION SEGUNDA**

Que el Consorcio incumplió su obligación contractual de suministrar y mantener en condiciones de funcionamiento un planchón adecuado para que Geofundaciones adelantara sus labores como subcontratista de pilotaje del Consorcio en la obra de la construcción del Puente Plato sobre el río Magdalena

Para el Tribunal estas dos pretensiones se refieren a la existencia, contenido y duración de la obligación asumida por parte del Consorcio de suministrar a Geofundaciones un planchón para el transporte en el río de los equipos del contratista y su sostenimiento en el sitio del pilotaje mientras la duración de la obra.

Los hechos a examinar son los siguientes :

**1º La oferta de suministrar un planchón para el transporte de los equipos, presentada por el Consorcio a Geofundaciones .**

Pruebas Documentales:

Comunicación sin firma, de 15 de Febrero de 1.996, dirigida por Mauricio Arango López, Gerente de Geofundaciones a Aurelio Galeani, Supervisor del Consorcio, donde se lee: "CONDICIONES GENERALES. Además de las del anexo, son condiciones para la propuesta las siguientes: 1. Un planchón para la movilización y el traslado en el río, del

equipo de pilotaje, con la capacidad adecuada para soportarlo y de tipo fijo o flotante según el método a utilizar".

Subcontrato para la ejecución del pilotaje para la cimentación de la obra de la construcción del Puente Plato sobre el Río Magdalena y sus accesos, en la carretera Carmen - Bosconia, suscrito por Geofundaciones y el Consorcio el 13 de Marzo de 1.996: "4.2. Equipos a cargo del Consorcio. El Consorcio por su cuenta y riesgo exclusivos, asignará al cumplimiento de este subcontrato y pondrá a disposición del subcontratista, sin que por ello se genere costo ni pago alguno a cargo del Subcontratista: a. Uno (o más) planchón(es) o plataforma(s) para el transporte en agua hasta el sitio del pilotaje, de todos los equipos del subcontratista necesarios para este tipo de obras: Incluida su contratación, movilización, mantenimiento, permisos de mantenimiento, adecuación y demás relacionados con este servicio, son por cuenta y riesgo exclusivos del Consorcio..." .

**2º El acuerdo entre el Consorcio y Marcos Borré para el arrendamiento del planchón. El desarrollo de las labores de cargue, desplazamiento y manejo del planchón le correspondía a operarios de Marcos Borré bajo la coordinación del Ingeniero Antonio Orozco, funcionario del Consorcio.**

Pruebas Documentales:

Contrato de arrendamiento entre Impregilo y Marcos Borré, aportado durante la inspección judicial del Tribunal en las oficinas del Consorcio (fl. 318 Cuad. Exhibición Consorcio)

Concepto escrito del Capitán Sigifredo Ramírez aportado por el Consorcio, según el cual el alquiler del planchón se inició el 26 de Febrero de 1.996.

Contestación de la demanda al hecho 10: El Consorcio tomó bajo contrato de arrendamiento un Pontón denominado "Rómulo P.7", (...) para la instalación de los equipos de propiedad de Geofundaciones, destinados por ésta para la ejecución del pilotaje, bajo su propia operación.

Testimonios:

Marcos Borré. Dueño del planchón (folio 103 Cuad. de testimonios)

Aurelio Galiani. Supervisor de las obras del Consorcio (fl. 177 a 180)

Néstor Simón Osorio. Director de Obra del Consorcio (fl. 46).

**Considera el Tribunal:**

Está demostrada la existencia de la obligación del Consorcio de poner a disposición de Geofundaciones un planchón para el transporte de sus equipos al sitio de la obra; para ello el Consorcio tomó en arrendamiento el Pontón "Rómulo P.7" a Marcos Borré, quien por su cuenta asignó para su operación y mantenimiento a dos empleados.

**3º El planchón fue construido en 1.981. Era apto para transportar y sostener el peso de los equipos de Geofundaciones; durante la operación le entraba agua la cual debía ser retirada constantemente mediante el uso de motobombas por los operarios. La patente de navegación se vencía el 5 de Agosto de 1.996; la última reparación había sido en agosto de 1.993 .**

Pruebas Documentales:

Informe INCOMAR: "Según la información obtenida, la fecha de la construcción de la barcaza fue en 1.981 (...) es decir, pasado el límite de los 12 años, después de los cuales

puede empezar a presentarse zonas de desgaste acelerado con posibilidades de vías de agua.

"Desconocemos la condición de mantenimiento de la barcaza (según se menciona estuvo en dique en Agosto de 1.993, hace 3 años), por lo cual nos abstenemos de hacer comentarios" (fl. 19) ... La patente de navegación N° 981 expedida por la Dirección de Navegación y Puertos del Ministerio de Obras Públicas y Transporte registra las características de la barcaza (...) consideramos que la barcaza "Rómulo P.7" se encontraba en condiciones de navegabilidad por el hecho de tener vigente la PATENTE DE NAVEGACION válida hasta 05 Agosto /96".

Testimonios :

Aurelio Galeani. El planchón estaba bien; era apto para el peso de los equipos que debía transportar; siempre hubo actividad de motobombas (fl. 180, 188 Cuad. de testimonios).

Sigifredo Ramírez. Contratado por IMPREGILO para determinar las causas del hundimiento; conoció los hechos 8 meses después del accidente: El planchón era adecuado para el propósito para el cual fue alquilado; tenía las licencias en orden; la actividad de las motobombas es normal (fls. 138,146,148).

Mauricio Arango. Gerente de Geofundaciones: El planchón era adecuado; sinembargo, tenía entradas de agua; siempre había que estar retirando el agua con bombas (fls. 66, 68, 77); Geofundaciones no solicitó cambio del planchón; desde el principio aceptaron colocar los equipos sobre el Pontón.

Néstor Osorio. Director de Obra del Consorcio: El mantenimiento del planchón dependía del dueño, había que achicar agua; no se presentaron reclamos por parte de Geofundaciones (fl. 46, 48).

Eduardo Charry. Coordinador de Obras de Geofundaciones: Achicar agua era una actividad permanente, siempre había motobombas. Nunca hubo reclamos por parte de Geofundaciones (fls. 13, 16, 17).

Domingo Miranda y Gregorio Pallares. Marineros del planchón contratados por Borré; estaban la noche del accidente: Había bombas para sacar el agua (fls. 203, 204, 194).

Marcos Borré, Dueño del Planchón: El planchón era viejo; lo habían revisado tres años antes del accidente (fl. 109).

### **Considera el Tribunal :**

La obligación del Consorcio, contenida en la Cláusula Cuarta del Subcontrato para la ejecución del pilotaje no se limitaba a poner a disposición de Geofundaciones un planchón sino a mantenerlo en buen estado mientras estuviera al servicio de la obra. De acuerdo con las pruebas examinadas, el Planchón "Rómulo P.7" era apto para transportar los equipos y para sostener su peso, sinembargo, tenía 15 años de construido y su última reparación había sido 3 años antes del accidente. La patente de funcionamiento se vencía el 05 de Agosto de 1.996 y está demostrado para el Tribunal, dada la coincidencia de las declaraciones y de los diversos conceptos que obran en el expediente, que durante los tres meses de servicio requirió de bombas de agua para achicar aquella que constantemente entraba en su casco.

### **4º El accidente del 28 de Julio de 1.996 y su causa.**

Excepción de fuerza mayor o caso fortuito (formulada por el Consorcio): "Efectivamente, se trata de un acontecimiento autónomo, imprevisto, imprevisible e irresistible. Si se analiza este hecho y sus circunstancias, se encontrará que tal acontecimiento no proviene de persona alguna, y menos aún del Consorcio, sino estrictamente de fuerzas de la naturaleza, hipótesis que prevén la doctrina y la jurisprudencia. Fue además, un acontecimiento imprevisto e imprevisible, puesto que, ni en el momento de contratar, ni

durante la ejecución del contrato, se presentó circunstancia alguna que hiciera prever o asumir el naufragio. Finalmente, por sus características y por las circunstancias que lo rodean, se trata de un acontecimiento irresistible, esto es, que no había manera alguna de superarlo o conjurarlo. Bien se sabe que la fuerza mayor o el caso fortuito es una de las causas extrañas, eximitorias de responsabilidad civil, y en tal calidad la invoco en esta excepción".

Prueba pericial:

Peritazgo Ingenieros Navales: "CONCLUSION FINAL...TUVO QUE SUCEDER UNA AVERIA MAYOR, SIN DESCARTAR FRACTURA DEL CASCO. Es decir, se produjo pérdida de resistencia longitudinal del casco que conllevó a la pérdida de estabilidad transversal. Pudo ser causada por "excesivos" momentos flectores y esfuerzos de corte, conjuntamente con el mal estado debido al desgaste por fatiga del material y corrosión. O pudo deberse a haber sido colisionado mientras se encontraba amarrado; pues todo indica que sufrió severos cambios de sus propiedades hidrostáticas que ocasionaron mayor entrada de agua... Caso este agravado de seguro por la libre comunicación entre bodegas y relojas (mamparos internos agujereados ) ..." .

Pruebas documentales:

Informe INCOMAR. Realizado a solicitud de IMPREGILO el 3 de Enero de 1.997. "Causa probable del siniestro: ...no queda otra opción ante los hechos que el desplazamiento del centro de gravedad (G) en forma horizontal se debió a la entrada de agua a uno o varios tanques o relojas de uno de los costados, debido a una vía de agua que pudo originarse por el choque de un tronco bajando a alta velocidad con la corriente del río, ayudado tal vez por la debilidad del casco (poco espesor) en la zona del impacto, situación que pudo agravarse por posible comunicación interna entre estos tanques (fl. 15)... Por lo tanto, consideramos que la causa probable del siniestro fue la entrada de agua a una de las relojas de la barcaza por vía de agua".

Investigación Administrativa N°665/97. División Cuenca Fluvial Río Magdalena (sin concluir).

Acta de Protesta del Capitán Manuel Alvarino Baldovino: "Se presume que lo que motivó este accidente del bote "Rómulo P.7", es el EMBALSAMIENTO, es decir, la acumulación de vegetación que viene río abajo (madera, tapón, basura) y toda clase de materiales flotantes que baja por el río en época de invierno. Esta gran cantidad de sucio se va acumulando en el plan del bote hacia cualquier lado y se forma un espeso colchón que hace resistencia a la corriente del agua y presiona con mucha mayor fuerza sobre los amarres del bote, y que a su vez con la fuerza del viento "puede" reventar amarres y escorar el bote hacia cualquier lado, produciendo la caída de la maquinaria hacia el lado escorado con tanta rapidez que no hay tiempo para maniobrar, ni evitar el accidente".

Contestación al hecho 14 de la demanda: Todo indica que los equipos de Geofundaciones estaban sueltos sobre la cubierta, es decir no fijados a ella, debido a negligencia y culpa del demandante, por lo que este hecho posiblemente fue causante del siniestro.

Testimonios:

Capitán Sigifredo Ramírez: Cuatro causas posibles: Vía de entrada de agua, golpe con un objeto arrastrado por el río, colisión con otra embarcación, y la que en su criterio es la única posible: una explosión deliberada o provocada intencionalmente. (fl. 142). Descartado el embalsamiento y la entrada de agua.

Mauricio Arango: Causa: Entrada de agua permanente. Exceso de agua en la bodegas; descuido de los celadores; tarulla del río. (fls. 66,68,77).



Juan Rodrigo Ospina. Gerente Aseguradora. Por causa del buchón, según el informe del ajustador; sin embargo, no se ha establecido claramente la causa (fls. 82, 94).

Néstor Simón Osorio: No sabe nada, las condiciones del río y del tiempo la víspera del hundimiento eran normales.

Eduardo Charry: Se quedaron dormidas las personas que sacaban agua; la víspera del accidente había buen tiempo y las condiciones del río eran normales; sin embargo, bajaba mucha tarulla en la corriente del río; el pontón quedó debidamente asegurado (fls. 15, 28, 25).

Gregorio Pallares y Francisco Miranda: Sintieron un ruido e inmediatamente el planchón se volteó; debieron saltar al agua para ser rescatados posteriormente; la maquinaria no estaba bien colocada; el río estaba crecido; ellos no se dormían mientras estaban de turno.

### **Considera el Tribunal:**

Según las pruebas anteriores, está demostrado el hundimiento del Pontón "Rómulo P.7" , más no su causa; las versiones y los conceptos no son concurrentes respecto del hecho que produjo el accidente, sino se basan en hipótesis y conjeturas; por tanto, el acervo probatorio no ofrece certeza al Tribunal sobre la existencia de una causa extraña concreta que pueda calificarse de fuerza mayor.

### **PRETENSION TERCERA**

Que el Consorcio asumió la obligación de amparar en una póliza "todo riesgo maquinaria, todos los equipos de propiedad de Geofundaciones S.A. mientras se encontraran en el sitio de la obra y al servicio del "subcontrato para la ejecución del pilotaje para la cimentación de la obra de la construcción del puente Plato sobre el Río Magdalena y sus accesos, en la carretera Carmen - Bosconia" .

### **PRETENSION CUARTA**

Que El Consorcio incumplió su obligación contractual de amparar en una póliza "todo riesgo maquinaria, todos los equipos de propiedad de Geofundaciones S.A., mientras se encontraran en el sitio de la obra y al servicio del "subcontrato para la ejecución del pilotaje para la cimentación de la obra de la construcción del puente Plato sobre el Río Magdalena y sus accesos, en la carretera Carmen - Bosconia" .

Estas pretensiones se basan en la obligación contractual a cargo del Consorcio de asegurar toda la maquinaria de Geofundaciones al servicio y durante la duración de la obra.

Los hechos a examinar son los siguientes :

### **1º Existencia y contenido de la obligación conforme con la Cláusula 16 del subcontrato para la ejecución del pilotaje.**

Pruebas Documentales:

Cláusula Décimo Sexta del Subcontrato y su cumplimiento por parte del Consorcio. "16.2. Por su parte el Consorcio se compromete a incluir dentro de su póliza de "todo riesgo maquinaria", y sin costo alguno para el Subcontratista, todos los equipos de propiedad del Subcontratista, mientras se encuentren en el sitio de la obra y al servicio del presente subcontrato".

Carta de la Compañía Granadina de Seguros S.A. al Sr. Felice Bruno (Cogefar-Impresit) de 14 de Junio de 1.994 (fl. 88 Cuad. Inspección Judicial Consorcio), mediante la cual se refiere al aseguramiento del siguiente artefacto:

"PLANCHON TIPO : RENDRAG SECTIONAL BARGE o BARCAZA DE SECCIONES  
 DIMENSION PONTON UNITARIO : ESLORA : 40 pies  
 MANGA : 10 pies  
 PUNTAL : 7 pies

Número de pontones : (17) diecisiete

Capacidad : 15 toneladas cada uno

CARACTERISTICAS CUANDO ESTAN MONTADOS LOS 17 PONTONES :

ESLORA : 90 pies

MANGA : 80 pies

PUNTAL : 7 pies

CALADO VACIO : 1 pie

CALADO MAXIMO : 5 pies

Capacidad de carga : 485 toneladas

Peso vacío : 255 toneladas

Fecha de construcción : 1982 - 1986".

Póliza N° RM/50618/1323. Tomador: Cogefar-Impresit y/o Conascol y/o Colven. Asegurado: Cogefar-Impresit y/o Conascol y/o Colven. Beneficiario: Cogefar-Impresit y/o Conascol y/o Colven. Vigencia : Jul. 12/94 a Jul.12/95 (asegura pontón y maquinaria auxiliar -fls. 13 a 33 ib.-).

Carta del Consorcio a Geofundaciones de fecha mayo 16/96, remisoría del anexo N° 68608 de la póliza RM 50618/1323.

Carta de Geofundaciones a IMPREGILO de mayo 21 de 1.996, informando el traslado de tres equipos a Plato, Magdalena, para trabajar en la obra y comunicando sus valores para ser incluidos en la póliza de seguros (fl. 192 ib.)

Carta de Conascol S.A. a los Corredores de Seguros G.P.A. Urrutia de 23 de mayo de 1.996, solicitándoles incluir en la póliza de seguros los tres equipos mencionados y sus valores.

Anexo N° 68608 de la Póliza RM/50618/132, mediante el cual, a solicitud de Impregilo, se aumenta la suma asegurada para la póliza citada en 660 millones de pesos por la inclusión de los equipos relacionados en hoja anexa (págs. 195,196 ib.). Vigencia desde abril 8/96 a julio 12/96.

Anexo N° 68609, mediante el cual se renueva la póliza RM/50618/132, por el período comprendido entre el 12 de Jul./96 y el 12 de Jul./97. Se aumenta la suma asegurada a 1.342.706.451; incluido el índice variable del 24% anual para el Pontón (fls. 344, 345 y 346 ib.)

Declaraciones:

Mauricio Arango. Gerente de Geofundaciones: "La póliza era excelente" (fl. 79 Cuad. de testimonios)

Juan Rodrigo Ospina. Gerente de la Aseguradora General Colombia (fl. 83): "... esa póliza es un tanto peculiar porque cubre el riesgo de una base flotante, un Pontón sobre el cual existe una maquinaria destinada a unos trabajos sobre el río Magdalena. Se trata de amparar el casco y la maquinaria que sobre ella se encuentra ...".

## **2º Planchón y Equipos asegurados.**

Pruebas Documentales:

Hoja N° 1 Póliza (Descripción Pontón y maquinaria)

Anexo N° 68608 . Relación de equipos anexa (fl. 196 ib.)

Anexo N° 68609. Relación de equipos anexa (fl. 54,55 ib.)

Carta de GRANADINA COMPAÑIA DE SEGUROS al Consorcio, con fecha 14 de Junio/94 de cotización para el aseguramiento de los riesgos relacionados con el pontón RENDRAG SECTIONAL BARGE.

Carta de G.P.A. URRUTIA & CIA. CORREDORES DE SEGUROS de 30 de junio /94 dirigida a la compañía GRANADINA DE SEGUROS S.A. confirmando los datos para la expedición de la póliza para amparar el pontón tipo Rendrag Sectional Barge.

Carta de Corredores de Seguros de agosto 30 de 1996 (fl. 108 Cuad. Exhib. Doc. del Consorcio)

### **3º Reclamación de Geofundaciones al Consorcio por la responsabilidad del siniestro**

Pruebas Documentales:

Carta de Geofundaciones a IMPREGILO de Jul. 29/96 manifestando conocimiento del hundimiento del planchón y solicitando requerir a la Compañía de Seguros para el pago de las pérdidas (fl. 256).

Respuesta de IMPREGILO a Geofundaciones de Jul. 31/96 (fl. 255) solicitando el envío de los documentos relativos a la propiedad de los equipos y sus características técnicas para la reclamación.

Carta de los Corredores de Seguros G.P.A. URRUTIA & Cía a Geofundaciones de agosto 28/96 (fl. 237) solicitándole información relacionada con el siniestro presentado por el hundimiento del planchón.

Carta de Geofundaciones al Consorcio de agosto 20/96 (fl. 240 a 245) solicitando la indemnización de todos los perjuicios sufridos con ocasión del hundimiento del planchón. Contiene relación de equipo y valoración.

Respuesta de la Cía. Aseguradora a Impregilo Sucursal Colombia de septiembre 6/96: "Si bien es cierto que esta Aseguradora no ha recibido solicitud formal de ustedes para ser indemnizados, acompañada de los documentos que acrediten la realización de los hechos y la cuantía de las eventuales pérdidas, consideramos adecuado referirnos al tema en forma oficial y hacerles conocer nuestra apreciación sobre los hechos ocurridos y sus consecuencias en relación con la Póliza antes mencionada (...) 3. La descripción e individualización del planchón cubierto por la póliza, corresponde al señalamiento del mismo comunicado por sus corredores de seguros, la firma G.P.A. URRUTIA & Cía., en carta de 30 de junio de 1994 (...) 2. El planchón o pontón que naufragó era de propiedad del señor Marcos Borré, correspondía al nombre de "Rómulo P.7" y tiene unas especificaciones distintas de las correspondientes a las que individualizan el mismo artefacto que fue efectivamente amparado bajo los términos de la citada póliza, que pereció con ocasión del naufragio del planchón en el cual estaba instalada, se encontraba en sitio distinto al señalado en la póliza y que constituía la identificación de la identidad local del riesgo (...). En relación con la maquinaria que pereció en los mismos hechos, asumiendo que sea la descrita en el objeto de la póliza 50618, hemos de señalar que, si así fuere, tal maquinaria no se encontraba amparada pues fue asegurada en cuanto se encontrara instalada sobre el planchón cubierto bajo los términos de la misma póliza 50618. Establecido que la maquinaria se encontraba en el planchón distinto del que fue asegurado, se entiende que respecto de los riesgos que sobre ella pesaban se configuró un cambio de identidad local derivado de actos voluntarios del asegurado que, conforme con el art. 1060 del C. Co., por el hecho de no haber sido avisados con antelación de 10 días a tal variación, ocasionaron la terminación del seguro para tal fecha (...) ... que GENERALI COLOMBIA SEGUROS GENERALES S.A., responsable actual como aseguradora en los términos de la póliza 50618, no tiene obligación alguna de

indemnizar a IMPREGILO S.p.A. Y/O CONASCOL por las pérdidas que puedan haber sufrido en los sucesos de 28 de julio de 1996 que han sido precisados en esta comunicación y, consecuentemente, declina toda responsabilidad por indemnización de los asegurados bajo los términos de las varias veces citada póliza 50618".

Testimonios :

Juan Rodrigo Ospina: La compañía no ha recibido reclamación formal ni del asegurado ni del beneficiario ... (fl. 82) (...) Le manifesté a Impregilo que la compañía estudiaría la reclamación que se le formulara pero era fundamental para que el proceso variara en algo que Impregilo desvirtuara los argumentos que habían sido esgrimidos en la carta que nosotros les enviamos (fl. 89).

#### **4º Riesgo Asegurado.**

Pruebas Documentales:

Póliza de Seguro de Rotura de Maquinaria N° 50618. "art. 3º riesgos cubiertos" a), e) Riesgos Adicionales.

Anexos 64400 64398 68608, 68609 y 68974.

Concepto escrito del capitán Sigifredo Ramírez: "En la negociación de la póliza, empezando por la oferta hecha por GRANADINA DE SEGUROS S.A., se habló siempre del Pontón DEBORA. En las sucesivas renovaciones de la póliza, en julio 12/95 (Anexo 64400) y en 12 de julio /96 (Anexo 68974 de 29 jun./96) se volvió a hablar del Pontón Débora. Cuando el Pontón Débora fue cambiado por el Pontón "Rómulo P.7" el 26 de feb./96, no se informó a la aseguradora de tal cambio. Peor aún, como hemos visto, cuando se efectuó la última renovación de la póliza a partir de 12 de junio/96, en el anexo 68974 se volvió a consignar el nombre del Pontón Débora a pesar que este había sido reemplazado por el Pontón "Rómulo P.7" hacia ya casi cinco (5) meses. Indudablemente, con este proceder CONASCOL LTDA. incumplió la obligación contractual de mantener el estado de riesgo y violó también su obligación de avisar a Granadina S.A. el cambio del estado del riesgo cuando cambió las embarcaciones (...) La posición de la aseguradora es, genéricamente hablando, correcta y sólida. Pero, con base en lo dicho en el numeral 6, claramente se ve que, estrictamente, no hubo agravamiento del riesgo; éste se aumentó y se concretó, no por el cambio de los pontones, sino porque el siniestro fue causado, presumiblemente, por una fuerza mayor como por ejemplo una explosión; y en ello " no habría existido acción ni omisión del asegurado -CONASCOL- que implicara incumplimiento de sus obligaciones de garantía y mantenimiento del estado del riesgo".

Informe INCOMAR. "Como hemos podido determinar a través del estudio, es evidente que existía similitud de condición operativa del Pontón Débora y de la barcaza "Rómulo P.7", ya que las condiciones iniciales de estabilidad estática para ambas unidades es positiva. Sin embargo, también es evidente y lo demuestran los cálculos que las condiciones de estabilidad dinámica para el Pontón Débora eran mejores que para la barcaza Rómulo P. 7.

"Lo anterior conduce a concluir que era mejor riesgo el uso del Pontón Débora que el uso de la barcaza "Rómulo P.7", es decir que bajo las mismas condiciones de avería o daño del casco por fuerzas externas, el riesgo de volcamiento para el Pontón Débora eran menores que para la barcaza Rómulo P. 7.

"Si analizamos la situación de cambio de unidad respecto a la identidad, podemos señalar que hubo modificación o cambio del riesgo " .

Testimonios :

Juan Rodrigo Ospina: "La póliza de todo riesgo está diseñada para amparar las pérdidas y daños que sufra la maquinaria por cualquier causa no específicamente incluida, por un hecho súbito, accidental e imprevisto, pero tiene una exclusión y tiene que ver con la forma como se contrata con los reaseguros y se maneja el tema de los contratos con

reaseguradoras, es una exclusión de carácter absoluto para nosotros que no permite asegurar maquinaria, embarcaciones por una parte o maquinaria de otra parte (...). La compañía alegó, expuso en su carta de negativa de la posible reclamación una eventual agravación del estado del riesgo, en la medida en que para la compañía no era indiferente el cambio del Pontón por una barcaza, un elemento flotante, toda vez que el Pontón que estábamos asegurando nos brindaba mejores seguridades, estaba anclado al piso, anclado a las bases del puente que ya se habían hecho y consideramos que una plataforma flotante, sencillamente flotante, independientemente de la capacidad de carga que tenga, puede constituir un riesgo ... (...) Lo pongo como ejemplo en el ramo de un incendio. Yo estoy asegurando la Cámara de Comercio de Bogotá de la calle 16 con carrera. 9ª y todo lo que en ella haya; si se cambia para el edificio de enfrente, cambia la ubicación del riesgo, ya no es el mismo sitio, implica que lo que yo estoy cubriendo no es lo que originalmente dije. En el caso del Pontón pasa exactamente eso, en el análisis que la compañía ha hecho sobre el seguro que va a otorgar, está hecho con base en un pontón determinado y al producirse el cambio de la maquinaria a otro pontón es como si fuera distinto, si fuera un carro distinto al que yo aseguré".

### **Considera el Tribunal:**

En la póliza N° RM 50618 del Consorcio denominada "todo riesgo maquinaria" fueron incluidos los equipos que Geofundaciones informó estarían al servicio de la obra. También fue incluido un pontón tipo "RENDRAG SECTIONAL BARGE", de las características descritas en el mismo texto de la póliza y en las cartas enviadas por los corredores de seguros, conocido con el nombre Débora en otros documentos del proceso.

El argumento que la aseguradora expresó al Consorcio para negar cualquier pago derivado de la cobertura de la póliza mencionada, se basó en la denominada "agravación del estado del riesgo" o "variación de la identidad local", referidas estas circunstancias al cambio del pontón que sostenía los equipos de Geofundaciones (el "Débora" por el "Rómulo P.7"), sin aviso previo a la aseguradora.

### **EXCEPCION DE MERITO DEL CONSORCIO FORMULADA EN LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: CULPA CONTRACTUAL DEL DEMANDANTE**

" (...) Geofundaciones al producirse el siniestro, estaba en mora, no consentida, sino antes bien, reclamada por el Consorcio que en efecto le dirigió comunicación reclamando el cumplimiento del plazo por parte de Geofundaciones, requiriéndola para la terminación del trabajo subcontratado. En estas condiciones, es evidente que la propia culpa de la víctima es otra de las causas extrañas eximitorias de responsabilidad presunta civil".

Para el estudio de esta excepción se examina el siguiente hecho:

#### **Término del Contrato.**

Pruebas Documentales:

Subcontrato para la ejecución del pilotaje para la cimentación de la obra de la construcción del puente Plato sobre el río Magdalena y sus accesos en la carretera Carmen - Bosconia. Cláusula Décimo Segunda: "Plazo. 12.1 El subcontratista se obliga a iniciar la movilización de sus equipos y tenerlos colocados y montados en el sitio de la obra, a los diez días siguientes de haber recibido el Consorcio, la orden de iniciación. Una vez instalado el subcontratista se compromete a complementar la ejecución de la obra dentro de los siguientes plazos: 45 días. 12.2. Sin perjuicio de lo anterior, las partes podrán prorrogar estos plazos mediante otrosí, suspender estos plazos, o terminar el contrato anticipadamente conforme a lo previsto en las demás cláusulas de este subcontrato."

Comunicación del Consorcio a Geofundaciones 058096 de fecha Mayo 21 de 1.996. (fl. 126 Cuad. Pruebas N°2): "Desde los primeros días del mes de abril hasta el día 28 del

mismo, ustedes alistaron tanto en tierra como en el sitio de su construcción más precisamente la pila número 13, los equipos necesarios para iniciar los trabajos de la referencia. El día 29 de abril comenzaron a excavar el pilote número 17, sin embargo, por los inconvenientes presentados como fue el atascamiento del tubo perforador, se hizo necesario cambiar el programa propuesto y después de que hincaron las camisas metálicas de los pilotes 14, 15 y 16, comenzaron el día 15 de mayo de 1996 las excavaciones para el pilote número 16 el cual se concretó el día 19 de mayo de 1996 y en el que la Piloteadora R-12 quedó neutralizada antes de ejecutar el descabece del pilote. Como pueden ver, en casi un mes y medio ustedes han ejecutado un solo pilote y han hincado cuatro camisas (...) Por lo tanto, con un plazo de 45 días de ejecución por parte de ustedes es imposible de cumplirlo en estos momentos, se hace fundamental que nos comuniquen como intensificarán el avance de la obra "

Comunicación de Geofundaciones al Consorcio 0159-96 mayo 30 de 1996 (fl. 128 Cuad. Pruebas N° 2): "(...) Sin embargo a la fecha se han normalizado las actividades habiendo fundido 4 pilotes a la fecha de la presente, obteniendo un rendimiento de 2,5 días por pilote el cual se descompone así  
(...)  
"Con este rendimiento nos tardaremos 50 días hábiles a partir de la fecha, para finalizar los 24 pilotes contratados (...)"

Comunicación del Consorcio a Geofundaciones 0590-96 de junio 6/96 (fl. 130 Cuad. Pruebas N°2): "Nos permitimos enviarles la programación de la ejecución de los pilotes faltantes en la pila número 13 del Puente de la referencia.

<b>ELEMENTO</b>	<b>FECHA</b>
P - 18	Junio 7 de 1996
P - 12	Junio 10 de 1996
P - 10	Junio 14 de 1996
P - 8	Junio 16 de 1996
P - 11	Junio 18 de 1996
P - 9	Junio 20 de 1996 "

Comunicación del Consorcio a Compañía de Estudios e Interventorías 0611-96 de junio 22 de 1996 (fl. 175 Cuad. de Pruebas N°2): "(...) El Consorcio ha sido responsable y honesto con la construcción de Puente Plato - Zambrano y es consciente que los problemas que se han presentado durante la construcción de los pilotes de la pila N° 13 han afectado la programación, pero también es cierto que en ningún momento ha permitido que se afecte la calidad de los trabajos "

Comunicación del Consorcio Puente Plato a Gerente General Impregilo, Ing. Antonio Nonis de julio 22/96 (fl. 261 Cuad. Exhibición documentos Consorcio): "(...) En el pilote N° 8 cuando se estaba penetrando la armadura el aro de sostenimiento de la última sección se partió y se cayó al fondo, se tomaron medidas técnicas que llevaron tiempo pero finalmente se garantizó el pilote".

(...)  
"El pilote N° 8 no se ejecutó porque las fuertes corrientes mueven la camisa.

(...)  
"En algunos casos hubo problemas en los equipos de Geofundaciones y en los equipos del Consorcio, pero fueron solucionados rápidamente" .

Comunicaciones de Geofundaciones al Consorcio 0183 de junio 26/96 (fl. 177 Cuaderno de Pruebas N° 2), N° 195 de julio 23/96 (fl. 179 ibidem): (relatan dificultades de construcción de la pila).

Comunicación del Consorcio a Geofundaciones 1149-96 de agosto 9/96 (fl. 186 Cuaderno de Pruebas N° 2): "...les confirmamos que Impregilo S.p.A. les autoriza la continuación del pilotaje del puente en referencia, incluyendo los pilotes de las protecciones de las pilas bajo las siguientes condiciones:

1) Los precios unitarios quedan iguales a los del contrato suscrito entre Geofundaciones e Impregilo S.p.A.

2) Geofundaciones S.A. se compromete a tener en obra todo el equipo necesario para la perfecta ejecución del pilotaje para el 30 de septiembre de 1996. Al no cumplir con este último requisito, Impregilo S.p.A. tendrá la facultad de escoger otra firma contratista ."

#### Pruebas Periciales:

Peritazgo ingenieros civiles. Aclaraciones: "Dentro del expediente no existe oficio dando la orden de iniciación al subcontratista, y por lo tanto no se tiene la fecha exacta de iniciación de los trabajos.

"Aún así, en el oficio del ítem N° 3 de la Tabla N° 2 , se puede deducir que el inicio de los trabajos fue a comienzos de abril de 1996. Si se adopta 5 de abril como la fecha de iniciación, el plazo de ejecución sería hasta el 20 de mayo de 1996. Si se calcula el tiempo de retraso desde el 20 de mayo, este sería de 48 días hasta la fecha del siniestro.

"En el oficio del ítem N° 5 de la tabla N°2 del dictamen inicial, Geofundaciones manifiesta que a partir de la fecha del mismo (30 de mayo de 1996) se tardarían 50 días hábiles para finalizar los pilotes contratados, con lo cual la fecha de terminación sería el 30 de julio de 1996. La fecha del siniestro fue el 28 de julio y por lo tanto se estaría dentro del plazo, pero a dos días de su finalización.

"Por otra parte, si se analizan las causas que dieron lugar al retraso, en los oficios incluidos en la tabla N° 2 se pueden encontrar innumerables inconvenientes, muchos de los imprevisibles, que afectaron el proceso de construcción de pilotes tanto en los trabajos a cargo de Geofundaciones como en los que estaban a cargo del Consorcio.

(...)

"En el oficio incluido en el ítem N° 19 de la tabla N° 2 , con fecha 9 de agosto de 1996, el Consorcio confirma la autorización a Geofundaciones para continuación del pilotaje faltante y también para la construcción de pilotes adicionales" .

#### Testimoniales:

Néstor Simón Osorio. Director de Obra del Consorcio: "Por esa razón una de las medidas que se tomó fue desplazar pilotes y de desplazaron muchos pilotes de los 24 por esas razones, porque nos encontramos con condiciones del perfil del río completamente extrañas que nos obligó, que no nos permitió hincar las camisas por mas que se luchó no penetraron las camisas, nos encontramos con otros problemas ..."

#### Considera el Tribunal:

Del acervo probatorio examinado se deducen las dificultades imprevistas que se presentaron en la construcción de los pilotes, las cuales tuvieron como consecuencia inmediata la prolongación material del término previsto por las partes para la construcción de cada pilote en el contrato. Observa el Tribunal que durante la ejecución de estas obras el Consorcio fue consciente de que las condiciones adversas que se presentaron no fueron imputables a Geofundaciones y además, que a pesar de ellas, el contratista efectuó su trabajo sin afectar la calidad de las obras. Por otra parte, está demostrado que las partes de común acuerdo habían realizado nuevas programaciones para el avance de los trabajos, basados en los hechos desfavorables que sucedieron. Es clara para el Tribunal, la intención del Consorcio de obtener de Geofundaciones la terminación del pilotaje faltante con posterioridad al hundimiento del pontón Rómulo P. 7, por tanto, tal como se verá en el análisis jurídico del tema no podrá considerarse que Geofundaciones estaba en mora de cumplir lo pactado en el contrato.

#### PRETENSION QUINTA

Que en consecuencia de las declaraciones segunda y cuarta, el subcontrato "para la ejecución del pilotaje para la cimentación de la obra de la construcción del puente Plato sobre el río Magdalena y sus accesos, en la carretera Carmen - Bosconia", suscrito entre el Consorcio y Geofundaciones S.A., deberá declararse resuelto por el incumplimiento del Consorcio, quien será además responsable por los daños y perjuicios injustamente causados a Geofundaciones S.A.

Por tratarse de un punto de derecho planteado en esta petición, respecto de un contrato bilateral de tracto sucesivo, el Tribunal hará posteriormente, en capítulo separado, las consideraciones jurídicas respectivas.

#### **PRETENSION SEXTA DE LA DEMANDA .**

Que en consecuencia, el Consorcio debe devolverle a Geofundaciones S.A. el equipo y maquinaria cuyo salvamento se ha logrado, debidamente reparado y en las mismas condiciones de operación en las que se encontraba trabajando en la ejecución del contrato suscrito con el Consorcio.

La pretensión se fundamenta en el siguiente hecho :

#### **Equipo rescatado por el Consorcio.**

Pruebas Documentales:

Fotografías

Contrato Rescate de equipo hundido entre el Consorcio y Taller Ancla (Fl. 291 a 293 Cuaderno Exhibición Consorcio).

Factura 0983 de Taller Ancla al Consorcio por concepto del rescate del equipo \$20'340.000,00.

Factura de Venta N° 014 Buzmaco Ltda. por concepto de servicio de buceo por inspección subfluvial para la recuperación del equipo hundido.

Factura del Consorcio a Geofundaciones por valor de \$108.612.000,00 (fl. 190 Cuad. de Pruebas n°2)

Periciales:

Peritazgo Ingenieros Civiles. pág. 2 equipos rescatados

#### **Considera el Tribunal :**

Está demostrado el rescate de algunos equipos de Geofundaciones por parte del Consorcio; en cuanto a la obligación de devolverlos, el Tribunal entiende que dichos equipos fueron puestos a disposición de Geofundaciones con posterioridad a su rescate.

Como el Tribunal no podrá acceder a la petición contenida en la pretensión sexta de la demanda, por no encontrar la razón jurídica para ello, procede a examinar los hechos que soportan la pretensión sexta subsidiaria :

#### **PRETENSION SEXTA SUBSIDIARIA DE LA DEMANDA.**

En subsidio, que el Consorcio deberá devolverle a Geofundaciones S.A. el equipo y maquinaria cuyo salvamento se ha logrado, junto con la suma de dinero que sea suficiente para ponerlo en las mismas condiciones de operación en las que se encontraba trabajando en la ejecución del contrato suscrito con el Consorcio.

La pretensión se fundamenta en el siguiente hecho:

#### **Costos de Reparación del Equipo y Maquinaria Rescatada.**

Pruebas Periciales:



Peritazgo Ingenieros Civiles. Respuesta a la pregunta 1.1 de Geofundaciones (págs. 2, 3 y 4) y Aclaraciones (pág. 2):

"a) Valor de reparación de la Piloteadora SOILMEC R 12.

Los peritos manifiestan que el valor de reparación de este equipo puede superar el valor de compra de la máquina y por lo tanto se debe adoptar como valor de reparación el valor de reposición del equipo, el cual se incluye en el dictamen inicial de los peritos presentado al tribunal el 18 de noviembre de 1997 y es el siguiente :

Valor del equipo	US\$ 262.600 =
Costos de fletes y seguros	US\$ 20.413 =
Arancel (13%)	US\$ 34.138 =
IVA (16%)	<u>US\$ 36.764 =</u>
TOTAL	US\$ 353.915 =

"Se anexa el memorando recibido de la casa fabricante del equipo, en el cual SOILMEC manifiesta que la reparación del equipo es seguramente el doble del costo del equipo en el tiempo del accidente.

"b) Valor de reparación de la grúa LINK-BELT

" ..... \$67.000.000,00

"c) Valor de reparación Vibrador y unidad FOSTER

" ..... \$97.000.000,00

"d) Desarenador FOSTER

" ..... \$16.000.000,00"

#### **PRETENSION SEPTIMA DE LA DEMANDA.**

Que en consecuencia y además el Consorcio debe pagarle a Geofundaciones S.A. a título de indemnización el valor de reposición de los equipos y maquinaria cuyo salvamento no fue posible a la fecha de la sentencia a los precios que se demostrarán en el proceso .

La pretensión se fundamenta en el siguiente hecho :

#### **Equipos no Rescatados y su costo.**

Pruebas Periciales:

Dictamen pericial ingenieros civiles. Respuesta a la pregunta 1.2 de Geofundaciones (pág. 4) y aclaraciones (pág. 4):

"EQUIPO	TIPO	VALOR REPOSICION
Balde	1500TG	\$ 17.036.828
Balde	900N	\$ 9.750.752
Broca Roca	900	\$ 10.000.000
Polipasto	50 ton	\$ 2.000.000
Tapa Balde	1500N	\$ 5.600.000
Tubería Desarenador 4 X 54 m		\$ 2.000.000
Transformador	75 KVA	\$ 4.000.000
Winche Hidráulico	2 ton	\$ 10.000.000
Equipo de oxicorte		\$ 700.000
Pulidora		\$ 450.000
Motobomba	4X16 hp	\$ 2.000.000
Máscaras		\$ 12.000.000
Caja de Herramientas R-12		\$ 4.500.000
Caja de Herramientas LS108 HD		\$ 10.000.000
Caja de Herramientas Foster		\$ 2.000.000
Extensión eléctrica 3X10X40		\$ 100.000
Extensión eléctrica 3X8X50		\$ 180.000
Botella de Oxígeno		\$ 350.000
Cilindro de Gas		\$ 100.000
Grilletes	Crosby	\$ 2.500.000

Manguera de Succión 4X6	\$ 600.000
Barras	\$ 20.000
Palas	\$ 10.000
Macho	\$ 30.000
VALOR TOTAL	\$95.920.580

(...)

"Se reconocieron por medio de fotografías que fueron tomadas durante la ejecución de los trabajos y que hacen parte del expediente. Además se trata de equipos que se emplean normalmente en el desarrollo de construcciones de pilotes por medio del sistema de preexcavación y fundición in situ" .

#### **Considera el Tribunal :**

Dada la seriedad y fundamentación del dictamen pericial rendido por los ingenieros civiles, el Tribunal acogerá, previas las consideraciones jurídicas que se expresan más adelante, las anteriores respuestas para considerar demostrado cuales fueron los equipos hundidos que se encontraban a bordo del planchón "Rómulo P.7" en la fecha del accidente, y sus costos; cuáles de ellos fueron rescatados y cuáles no, y respecto de estos últimos halla plenamente respaldada la necesidad de utilización de estos equipos en ese tipo de obras, según dicho de los peritos y su existencia al servicio del Subcontrato por aparecer en las fotografías que obran en el expediente..

#### **PRETENSION OCTAVA DE LA DEMANDA.**

Que en consecuencia y además el Consorcio deberá pagarle a Geofundaciones S.A. a título de indemnización el lucro cesante que ha sufrido por la falta de disponibilidad de las máquinas y equipos indispensables para el desarrollo de este y otros contratos, por el valor que se probará dentro del proceso, suma que se liquidará a valores constantes a la fecha de la sentencia.

El Tribunal examinará los elementos demostrados en el proceso que conforman el lucro cesante:

Pruebas Periciales:

Dictamen Pericial ingenieros civiles. Respuesta a la pregunta 1.3 de Geofundaciones (págs. 5 a 10). Aclaraciones (págs. 4 a 7).

#### **Considera el Tribunal:**

Los peritos ingenieros civiles revisaron el cálculo efectuado por Geofundaciones en el anexo N° 3 de la demanda y concluyeron no estar de acuerdo con este. Al responder a la pregunta 1.4 de Geofundaciones elaboraron cuatro métodos de cálculo del lucro cesante para que el Tribunal determine cuál fue la rentabilidad dejada de percibir por Geofundaciones por razón de la imposibilidad de utilizar los equipos hundidos en el accidente del planchón Rómulo P. 7.

En capítulo separado, posteriormente, el Tribunal explicará cuál de los métodos fue el acogido y las razones para ello.

#### **RECONVENCION PRETENSIONES**

**PRIMERA.** Declárase que la Sociedad Geofundaciones S.A. incumplió el subcontrato de fecha marzo 13 de 1996, celebrado con el Consorcio Conascol S.A. - Impregilo S.p.A. para la construcción del pilotaje del Puente Plato.

**SEGUNDA.** Condenar a la sociedad Geofundaciones S.A. a pagar a favor del Consorcio Conascol - Impregilo la cantidad de \$110.705.901,28 moneda legal, por concepto de los costos de recuperación del pilote N° 8 de la pila N° 13 del Puente Plato

Los hechos que el tribunal debe establecer son los siguientes:

### **El pilote N° 8 de la pila N° 13 resultó defectuoso .**

#### Pruebas Documentales:

Comunicación de Geofundaciones al Consorcio 0183-96 junio 26/96 (fl. 213): Relata todos los incidentes durante la construcción del pilote N°8 de la pila N° 13.

Comunicación de Impregilo S.p.A. a Geofundaciones 244-97 feb. 12/97 (fl. 200 Cuad. Pruebas N° 2): " Con la presente les comunicamos que una vez efectuada la prueba de integridad del pilote N° 8 de la pila N°13, ésta nos indica que el mencionado pilote resulta tener una longitud de 38,05 metros contra los 42,42 metros de construcción. Lo anterior muestra que el pilote a la cota -29.05 se encuentra cortado por una filtración de arena y por lo tanto resulta estar simplemente apoyado en la arcillolita, sin tener penetración alguna en ella.

"A raíz de lo anterior, la interventoría del contrato en referencia nos ha exigido la construcción de un pilote adicional que reemplace el pilote N° 8."

Comunicación de Geofundaciones al Consorcio 053-97 de Feb. 18/97 (fl. 205 Cuad. Pruebas N°2): "(...) Sobre el pilote N° 8 puedo decirle que nuestros registros de obra indican que fue terminado con las especificaciones exigidas en el subcontrato firmado entre Geofundaciones y el Consorcio. Estamos seguros que el trabajo realizado por Geofundaciones en la construcción de este pilote ha sido intachable . "

Comunicación de Darío Farias & Cía Ltda. a Impregilo S.p.A. 06697 marzo 5/97 (fl. 136 Cuad. Pruebas N° 2): " (...) De acuerdo con las anteriores consideraciones existe una gran probabilidad de que el extremo inferior del pilote se encuentre apenas en contacto con la arcillolita, caso en el cual no cumple con las necesidades de capacidad de carga y empotramiento dentro de la arcillolita, por lo cual se recomienda ser sustituido "

#### Pruebas Periciales:

Dictamen peritos ingenieros civiles, respuestas a las preguntas 2.1, 2.2 y 2.3 del Consorcio (págs. 10 a 12).

#### **Considera el Tribunal:**

Del acervo probatorio se desprende que el Pilote 8 de la Pila 13 construido por Geofundaciones fue reemplazado posteriormente, en razón de recomendaciones de carácter preventivo, pero sin que se hubiese demostrado que el referido pilote quedó defectuosamente construido; de esta forma, no está acreditado para este proceso que se hubiese presentado un incumplimiento por parte de Geofundaciones en relación con la construcción del referido Pilote. Este análisis se tendrá en cuenta para despachar la excepción de fondo formulada por el Consorcio de Contrato no Cumplido, así como las pretensiones primera y segunda de la demanda de reconvención del Consorcio, cuyos hechos y pruebas se examinan en esta parte.

#### **IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL PLANTEADA**

La demanda que dió origen a este proceso versa, según lo admiten las dos partes, sobre un caso de responsabilidad civil contractual, pues con ella se persigue que a la demandante **-GEOFUNDACIONES S.A.-** se le indemnicen los perjuicios que alega le fueron irrogados por el demandado **- CONSORCIO CONSTRUCTORES ASOCIADOS DE COLOMBIA CONASCOL S.A. IMPREGILO S.P.A. SUCURSAL COLOMBIA PUENTE PLATO-**, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por este último en el "Subcontrato para la ejecución del pilotaje para la cimentación de la obra de la construcción del Puente Plato sobre el río Magdalena y sus accesos, en la carretera Carmen-Bosconia", suscrito por las mencionadas partes el 13 de Marzo de 1.996.

## 1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Entratándose, según lo dicho, de un caso de responsabilidad contractual, no existe discusión en cuanto a los elementos que la conforman, pues unánimemente se admite que se requiere del incumplimiento de una obligación asumida por el deudor, que dicho incumplimiento le sea imputable a éste, es decir, que se haya originado en su culpa o en su dolo y que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor. A estos ingredientes debe agregarse el de la mora del deudor, si la obligación incumplida es positiva, tal como lo disponen los Artículos 1.608 y 1.615 del Código Civil.

En consecuencia, para obtener la indemnización perseguida, es menester que el acreedor pruebe la existencia del contrato y de la obligación a cargo del demandado; que demuestre igualmente su incumplimiento, si esto es posible, o en caso contrario, es decir, si se trata de una negación indefinida, que simplemente lo alegue y que acredite que se le causó un perjuicio cierto, directo y, en principio previsible y allegue las pruebas para cuantificarlo. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte, según la cual, “para la prosperidad de súplicas de este linaje, se requiere que aparezca: a) El contrato, como fuente de obligaciones que afirma haberse incumplido; b) La mora del demandado; c) El incumplimiento de tales obligaciones; d) El daño sufrido como consecuencia de ese incumplimiento”<sup>4</sup>.

En autos aparece fehacientemente probada la celebración del Subcontrato antes mencionado entre Geofundaciones y el Consorcio, respecto del cual las partes no han cuestionado su existencia, ni su validez, ni su aptitud para producir los efectos jurídicos perseguidos por ellas.

Las obligaciones derivadas del señalado acto jurídico que la actora afirma fueron incumplidas por el demandado son principalmente dos, a saber: que el Consorcio no observó su compromiso de suministrar y mantener un bote adecuado para que Geofundaciones llevara a cabo el pilotaje y que el Consorcio incumplió la obligación de amparar en una póliza “todo riesgo maquinaria” los equipos de Geofundaciones destinados a la ejecución de dicho pilotaje.

Se debe por tanto precisar si el demandado asumió en efecto las aludidas prestaciones, el alcance de las mismas y si cumplió o no tales compromisos.

## 2. LAS OBLIGACIONES CUYO INCUMPLIMIENTO SE ALEGA

### 2.1. Suministro y mantenimiento de un bote adecuado

A este respecto cabe señalar que las partes, en la Cláusula 4.2 del Subcontrato, denominada “Equipos a cargo del Consorcio”, estipularon lo siguiente: “el Consorcio por su cuenta y riesgos exclusivos, asignará al cumplimiento de este subcontrato y pondrá a disposición del subcontratista, sin que por ello se genere costo ni pago alguno a cargo del subcontratista, a -uno (o más) planchón(es) o plataforma(s) adecuado(s) para el transporte en agua hasta el sitio del pilotaje, de todos los equipos del subcontratista necesarios para este tipo de obras; incluida su contratación, movilización, mantenimiento, permisos de navegación, adecuación y demás relacionados con este servicio, son por cuenta y riesgos exclusivos del Consorcio”.

Así las cosas, el Consorcio asumió de manera expresa la obligación, por su cuenta y riesgos exclusivos, de poner a disposición de Geofundaciones un bote adecuado para los propósitos del contrato y por tanto seguro, es decir, con condiciones apropiadas de flotabilidad e idóneo para su desplazamiento al ser remolcado, así como apto para recibir y soportar los equipos de Geofundaciones necesarios para las labores de pilotaje. Además, esas condiciones iniciales de seguridad debía preservarlas a todo lo

---

<sup>4</sup> Sentencia de Casación Civil del 3 de Noviembre de 1.977.

largo de la ejecución contractual, para lo cual se obligó a darle al bote mantenimiento. Según aparece acreditado en el proceso, el Consorcio puso en efecto a disposición de Geofundaciones el Planchón “Rómulo P.7” y encargó de su operación y mantenimiento a su propietario, señor Marcos Borré. Así las cosas, el Consorcio escogió al citado señor para cumplir por su intermedio algunos de los compromisos contractuales contraídos por el demandado, lo que significa que las eventuales falencias, descuidos o negligencias de este último respecto del control, operación y mantenimiento del bote han de hacer responsable al Consorcio, según los principios de la responsabilidad indirecta basada en culpa in vigilando, o en culpa in eligendo, pues como lo ha señalado la Corte, “incurre en culpa quien necesitando encomendarle a otra persona la ejecución de determinadas actividades no tiene el cuidado suficiente en la escogencia, y por esta falta de cuidado causa daños a terceros...”<sup>5</sup>.

Es del caso hacer notar que en la cláusula que se dejó transcrita las partes reiteran que la puesta a disposición del planchón, así como su movilización y mantenimiento, lo serían por “cuenta y riesgo exclusivos del Consorcio”. Esto significa, de una parte, que Geofundaciones no tenía obligación alguna de pagar, ni de contribuir a pagar los costos de alquiler del planchón, ni los relativos a su operación, vigilancia o mantenimiento. Y de otra, que, dentro de la distribución de riesgos que contiene el contrato, el Consorcio asumió todos los relacionados con el planchón mismo, así como con su operación, previsión ésta absolutamente válida, toda vez que en este campo tiene plena observancia la autonomía de la voluntad privada mediante la cual un contratante puede llegar, incluso, a aceptar como propios los riesgos del acaecimiento de todos los eventos de fuerza mayor, según las voces del Artículo 1.732 del Código Civil.

Pero la asunción de riesgos por parte del Consorcio no se detiene (y no se detuvo) en las vicisitudes que pudiere afrontar el planchón exclusivamente, pues a juicio del Tribunal va más allá, por cuanto cubre también, al menos de cierta manera, los equipos de propiedad de Geofundaciones. En efecto, a esta conclusión se llega si se tiene en cuenta que el Consorcio se obligó a incluir dentro de su póliza de “todo riesgo maquinaria”, y sin costo alguno para Geofundaciones, todos los equipos de ésta mientras se adelantara la ejecución contractual. Es evidente que la aceptación del Consorcio a pagar el valor del amparo de los equipos de la demandante, pone en evidencia su voluntad de mantener indemne a esta última por los daños o pérdidas que pudieren sufrir sus equipos durante la vida del contrato, dentro del marco de la póliza “todo riesgo maquinaria” que mantenía el demandado. Ahora bien, los compromisos así asumidos por el Consorcio se aproximan a lo que la doctrina denomina “obligación de garantía”<sup>6</sup>, puesto que en este caso el demandado se obligó a suministrar y a mantener un planchón seguro y para el evento de que la maquinaria de Geofundaciones sufriera daños o pérdidas, se comprometió a que su seguro, el del Consorcio, se los indemnizaría, sin que Geofundaciones tuviere que hacer desembolso alguno para gozar de ese amparo. La combinación de estas prestaciones es lo que podría conformar la llamada obligación de garantía.

### **2.1.1. Las obligaciones relativas al suministro y mantenimiento de un planchón seguro son obligaciones de resultado.**

En su alegato de conclusión el señor apoderado del Consorcio manifiesta que las obligaciones de su representado eran de medios, por cuanto el suministro del planchón era una “obligación de colaboración”, que parece identificar con la de suministrar asistencia técnica, agregando que el demandado “ningún resultado garantizó ni hubiera podido garantizar... en relación con esa operación, en la que como es obvio, tenía más control y dirección Geofundaciones, propietaria y operadora de la maquinaria”.

El Tribunal no puede coincidir con los anteriores planteamientos, pues a su juicio la obligación de suministrar un planchón seguro y de darle mantenimiento son si duda obligaciones de resultado, entendidas como aquellas en que el deudor está obligado a

<sup>5</sup> Casación Civil del 18 de Agosto de 1.949.

<sup>6</sup> Philippe le Tourneau et Loic Cadiet. Droit de la Responsabilité. Dalloz - 1.996. pág. 403.

cumplir un propósito específico o llegar a un resultado dado, el cual garantiza, de manera que no le basta al obligado con tomar las medidas enderezadas a lograr el resultado, sino que efectivamente debe lograrlo, por cuanto la consecución de esta meta no excede lo que el acreedor puede razonablemente esperar y exigir del deudor.

En efecto, reñiría con la lógica de lo razonable admitir que el Consorcio no estaba obligado a suministrar un planchón seguro, sino que su compromiso estaba limitado a obrar con diligencia para tratar de conseguir un planchón adecuado, pero sin garantizar que así sería. Tampoco sería de recibo el argumento de que el Consorcio no estaba obligado a proveer un mantenimiento idóneo a dicho artefacto, sino tan sólo a tomar las medidas o a emplear los medios para que tal mantenimiento tuviera lugar, pero sin asegurar que a la postre así se hiciera.

Nótese que el señor apoderado del Consorcio en su alegato de conclusión señala como prototipo de las obligaciones de resultado las derivadas del contrato de transporte, en el cual, lo mismo que acontece en el caso en estudio, el obligado debe emplear también un buque seguro y darle mantenimiento adecuado durante su travesía.

Si estas obligaciones fundamentales fueran de medios, no se entendería cómo la obligación final del porteador pudiera ser de resultado. Es indiscutible, sin embargo, que las obligaciones que nacen para el transportador -ya se trate de transporte terrestre, aéreo, marítimo o férreo- son sin duda obligaciones de resultado, pues el porteador asume la tarea de movilizar sanos y salvos a los pasajeros o sin deterioro alguno a las mercancías recibidas. Resultaría inaceptable manifestar que la obligación del transportador consiste en hacer lo posible para trasladar las personas y las cosas en las mismas condiciones que tenían al emprender el viaje, pero sin garantizar esos resultados. Se trata, entonces, de obligaciones de resultado, cualquiera que sea el medio empleado y lo propio puede decirse de los compromisos asumidos por el Consorcio en el Subcontrato que se analiza respecto de la puesta a disposición de Geofundaciones de un planchón seguro, y del suministro de un mantenimiento adecuado.

Con todo, el Tribunal destaca que en nuestro derecho la ingeniosa clasificación de las obligaciones en de medios y de resultado, tiene, como lo ha subrayado un sector de la doctrina, utilidad para determinar el contenido y alcance de las distintas prestaciones y para precisar cuándo hay incumplimiento del obligado y en qué consiste tal incumplimiento. Pero no tiene esta clasificación la virtualidad de modificar el régimen común de responsabilidad en lo tocante a la prueba o presunción de la culpa, ni respecto a los medios de defensa que puede plantear el deudor. Es verdad que en las llamadas obligaciones de medio que se presentan, sobre todo, en el cumplimiento defectuoso de prestación de servicios, el acreedor demandante debe probar la culpa del deudor, lo que representa una excepción al régimen común de responsabilidad contractual, en el cual se presume la culpa del deudor en caso de incumplimiento de la prestación. Sin embargo, este efecto particular se produce no porque una norma especial lo disponga, sino por el hecho de que, en estas obligaciones, debiendo el demandante probar el incumplimiento del deudor-demandado (prueba que es necesaria y posible), demuestra con ello mismo y de manera automática la culpa del obligado, pues inejecución y culpa se confunden en este caso.

Por lo demás, el mencionado régimen general establece que el deudor de obligación contractual, contra quien se presume la culpa del incumplimiento, puede exonerarse con la prueba de la causa extraña y de la diligencia o cuidado (ausencia de culpa), la cual tiene aplicación cuando la causa de la inejecución es desconocida. En ocasiones, el legislador suprime la segunda defensa mencionada o, incluso, solo permite algunas de las variantes de la causa extraña, pero no todas. Este tratamiento no proviene de que la obligación sea de resultado, sino del deseo de mejorar, en ciertos eventos, la situación del perjudicado y de trasladarle al deudor profesional los riesgos inherentes a la actividad que desarrolle, en particular por pérdidas y daños generados por causas desconocidas o indeterminadas.

En consecuencia, independientemente de que el Tribunal haya llegado a la conclusión de que las obligaciones a cargo del Consorcio son de resultado, ha de precisarse que las reglas aplicables al caso que nos ocupa son las que constituyen el régimen común de responsabilidad contractual.

### **2.1.2. El régimen aplicable a la obligación de suministrar y mantener un planchón seguro.**

Para la determinación del régimen de responsabilidad que ha de gobernar las relaciones que se derivan del Subcontrato celebrado entre el Consorcio y Geofundaciones debe tenerse en cuenta que el objeto principal consistía en la ejecución del pilotaje para la cimentación del Puente Plato sobre el Río Magdalena. Se trataba, entonces, de un contrato primordialmente destinado a la confección de una obra material, regulado por los Artículos 2.053 y siguientes del Código Civil, dentro de los cuales merece destacarse la norma contenida en el Artículo 2.056, a cuyo tenor en esta clase de actos jurídicos “habrá lugar a la indemnización de perjuicios, según las reglas generales de los contratos, siempre que por una parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución”.

No obstante es necesario resaltar que dentro de las obligaciones asumidas por el Consorcio se encontraba la de proveer un planchón seguro y la de hacerle el mantenimiento adecuado, prestaciones éstas ajenas a la mecánica usual de los contratos de arrendamiento de obra o de confección de obra material, lo que lo convierte en un contrato complejo y atípico, pues en él se combinan prestaciones pertenecientes a diversos contratos típicos. En efecto, en él se encuentran presentes las notas características del contrato de obra, pero también las de otras relaciones negociales en las que han de suministrarse naves o artefactos navales, con el compromiso adicional de operarlos y mantenerlos.

En cuanto al régimen aplicable a los contratos complejos o mixtos la mayoría de la doctrina considera que en estos actos jurídicos, en los cuales se insertan elementos típicos de varias figuras contractuales, lo más aconsejable es dar aplicación a la normatividad inherente a cada uno de ellos, según el caso, lo que se conoce como la teoría de la combinación, la que actualmente se prefiere a la teoría de la absorción (la que predica la aplicación de la normatividad del elemento o prestación preponderante) y a la teoría de la aplicación analógica (que propone regular el contrato en su integridad con las disposiciones del contrato típico más afín)<sup>7</sup>. Esto es así por cuanto la teoría de la combinación presenta notorias ventajas, pues se adecúa mejor a la naturaleza del contrato mixto, permitiendo que cada elemento o prestación sea regulado por las disposiciones del contrato legal o socialmente típico del cual proviene.

Esto significa que el cumplimiento o incumplimiento de la obligación de suministrar un artefacto naval seguro, así como de darle mantenimiento, debe analizarse a la luz del régimen propio de los contratos que usualmente contienen este tipo de prestaciones, los cuales se encuentran regulados en el Libro Quinto del Código de Comercio, más concretamente en su primera parte que regula la navegación acuática.

Adicionalmente, dado que en nuestro régimen normativo no existen reglas que gobiernen las relaciones contractuales propias de la navegación fluvial, es del caso aplicar las que regulan situaciones análogas en el derecho marítimo, según lo preceptuado por el Artículo 8º de la Ley 153 de 1.887.

No sobra precisar, de otra parte, que el Planchón “Rómulo P.7” es un artefacto naval, según se desprende de las voces del Parágrafo 1º del Artículo 1.432 del Código de Comercio, el cual previene que si tales artefactos se destinan a desarrollar actividades reguladas en el mencionado Libro Quinto, le serán aplicadas sus normas.

### **2.1.3. La presunción de culpa**

<sup>7</sup> Renato Scognamiglio. Teoría general del Contrato. Págs. 181 y ss.

Ahora bien, está acreditado en el proceso que el Planchón Rómulo P. 7 zozobró en el Río Magdalena en la noche del 28 de Julio de 1.996, habiéndose hundido con él la maquinaria de Geofundaciones que se encontraba a bordo.

Ante este hecho, y de acuerdo con el régimen general de responsabilidad contractual, ha de presumirse culpa del Consorcio, que, al tenor de las estipulaciones contractuales, asumió la obligación de suministrar un planchón seguro, de operarlo y de darle mantenimiento adecuado.

Con esto se sigue la tesis preponderante en nuestro país, pues, aunque con algunas excepciones aisladas<sup>8</sup>, la jurisprudencia<sup>9</sup> y la gran mayoría de la doctrina<sup>10</sup> coinciden en reiterar que el Artículo 1.604 del Código Civil establece, como principio general, en materia contractual, una presunción de culpa contra el deudor incumplido, con lo cual se alivia la tarea probatoria del acreedor que persigue el resarcimiento de perjuicios. La existencia de esta presunción la reconocen también quienes, en lugar de hablar de responsabilidad contractual, hablan de “responsabilidad concreta” en contraste con la que denominan “responsabilidad por encuentro social”<sup>11</sup>.

Este régimen probatorio ha sido también reconocido por la jurisprudencia en lo tocante al derecho de la navegación acuática, que como se dijo está contenido en la primera parte del Libro Quinto del Código de Comercio al precisar que “el criterio cardenal sobre el que descansa el sistema (de responsabilidad del armador) no es otro distinto al que normalmente impera cuando se trata de obligaciones contractuales, según el cual el deudor de obligaciones de tal estirpe se encuentra de pleno derecho en falta cuando no las ejecuta y no puede demostrar que esa ejecución no le incumbe, lo que de hecho significa instituir una presunción de culpa...”<sup>12</sup>.

En el derecho comparado de la navegación -que sin duda contribuye a esclarecer y a precisar el alcance y contenido de nuestras instituciones jurídicas, que han tenido en este campo tan escasas elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales- es incuestionable que a quien tiene la obligación de suministrar una nave o un artefacto naval, se le presume culpable por los daños y pérdidas que se presenten por la falta de condiciones de navegabilidad o por su hundimiento, de manera que es éste quien debe asumir la carga de la prueba para desvirtuar tal presunción.

El concepto de navegabilidad es complejo y relativo pues, según el caso, tiene una extensión distinta. En efecto, comprende las calidades náuticas de la nave o del artefacto, en particular que su casco sea suficientemente sólido y estanco, de manera que mantenga su flotabilidad y pueda navegar; debe contar igualmente con el equipamiento adecuado para el propósito buscado y requiere además contar con la estructura, estabilidad y resistencia necesarias en sus bodegas, puentes y demás compartimientos interiores para recibir y soportar los bienes que haya de tener a bordo<sup>13</sup>.

Frente, entonces, a la ocurrencia de daños o pérdidas de las cosas de terceros que se encuentren a bordo, se dice que el armador es Prima Facie responsable, o, en otras

<sup>8</sup> Javier Tamayo J. Culpa Contractual. N° 68 y ss.

<sup>9</sup> Casación Civil de Octubre 29 de 1.945; Casación Civil de Noviembre 3 de 1.977; Casación Civil del 4 de Marzo de 1.988; Casación Civil de 24 de Junio de 1.988 y Casación Civil del 12 de Junio de 1990, entre otras.

<sup>10</sup> Guillermo Ospina Fernández. Régimen General de las Obligaciones N° 152; Ricardo Uribe Holguín. Cincuenta Breves Ensayos sobre Obligaciones y Contratos. Ensayo N° 17; Felipe Vallejo G. La Responsabilidad Civil Médica. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia N° 300 - 301. (Mayo - Noviembre, 1.993). Pág. 75.

<sup>11</sup> Fernando Hinestrosa F. Responsabilidad Civil. Estudio publicado en escritos varios. Pág.704.

<sup>12</sup> Casación Civil del 12 de Junio de 1.990. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de Casación Civil del 4 de Marzo de 1.988 y 24 de Junio de 1.988.

<sup>13</sup> René Rodière. Traité Général de Droit Maritime. T. I. pág. 171 y ss.



palabras, que, en principio se presume su culpa, lo que significa que tal presunción es desvirtuable por el deudor, quien tiene la carga de la prueba para demostrar que dichos daños o pérdidas no le son imputables, tal como lo han reiterado numerosas jurisprudencias pronunciadas bajo el derecho anglosajón<sup>14</sup>.

Para ilustrar esta regla sobre la carga de prueba impuesta a quien debe suministrar una nave o un artefacto naval seguros, se suele traer a colación el caso de *Pendle & Rivett Ltd., vs. Ellerman Lines, Ltd.* que fue decidido en 1.927 y en el cual se concluyó que el armador tiene la carga de explicar lo ocurrido cuando se presenta una pérdida, de donde se infiere la existencia de la presunción de culpa. En este caso se presentó un siniestro cuya causa específica no pudo establecerse. Por ello la Corte formuló las explicaciones siguientes, que el Tribunal transcribe en traducción libre: “Existe en verdad un misterio acerca de la pérdida ocurrida. En estas circunstancias una de las partes debe ganar el caso. No puedo otorgarle la victoria a ambas. Pienso que el único resultado lógico es declarar responsable a la parte que tiene la carga de explicar aquello que de otro modo sería inexplicable. Tal carga le corresponde asumirla al armador que estaba obligado a suministrar y a mantener una nave segura”<sup>15</sup>. Lo mismo se reiteró en el caso *Ralston Purina Co. vs. U.S.A.* en el que se puntualizó: “cuando la causa del daño... permanece desconocida, la regla aplicable ha sido siempre la de presumir la culpa del armador en el sentido de no haber obrado con la debida diligencia para mantener el buque en condiciones adecuadas”<sup>16</sup>. No sobra señalar, además, que esta misma presunción se ha aplicado en el caso de hundimiento de gabarras o planchones, por causas desconocidas, cuando las aguas se encontraban en calma<sup>17</sup>.

#### 2.1.4. Los medios de defensa del deudor

Así las cosas, establecida como queda la presunción de culpa del Consorcio, es del caso precisar los medios de defensa con que cuenta el demandado para desvirtuar tal presunción y si en el presente caso tuvo éxito, o no, en esa tarea demostrativa.

De acuerdo con el régimen general, para destruir la presunción de culpa el legislador dota al deudor de dos instrumentos de señalada importancia: el de probar el acaecimiento de una fuerza mayor, esto es, el de justificar el incumplimiento por la ocurrencia de un hecho que le es extraño, imprevisible e irresistible, lo que en últimas demostrará que no hay reproche alguno que hacerle al deudor, pues nadie está obligado a lo imposible. El otro instrumento es el de probar la debida prudencia y diligencia (Artículo 1.604 - inciso 3º del Código Civil) o, en otras palabras la ausencia de culpa, pues a través de esta prueba se pondrá en evidencia que el deudor tomó todas las medidas que razonablemente podían esperarse de una persona medianamente prudente y diligente colocada en igualdad de circunstancias para cumplir la obligación, si bien a la postre dicho cumplimiento no se obtuvo. Todo esto llevará al juez a la certeza de que no hubo culpa del deudor, y de que no hay reproche que hacerle a su conducta, de suerte que no podrá deducirse responsabilidad, pues ésta es, en nuestro derecho, una responsabilidad subjetiva, lo que requiere una calificación moral adversa para el deudor.

Algunos autores sostienen que la prueba de la fuerza mayor no está dirigida propiamente a desvirtuar la presunción de culpa, pues su efecto es el de destruir el vínculo causal entre el incumplimiento de la obligación y el perjuicio. Al respecto señalan que al exigir el legislador la prueba de la causa extraña “lo que pide es la prueba de la de la ruptura del vínculo causal”<sup>18</sup>. Otros piensan, por el contrario, que la fuerza mayor no tiene la connotación de romper el vínculo de causalidad sino de negar

---

<sup>14</sup> William Tetley. *Marine Cargo Claims*. International Shipping Publications. 3ª Edición. Pág. 133 y ss.

<sup>15</sup> *Pendle & Rivett, Ltd. vs. Ellerman Lines, Ltd.* (1.927). *Lloyds List Law Reports* 133. pág. 136.

<sup>16</sup> *Ralston Purina Co. vs. U.S.A.* 1.952. *American Maritime Cases* 1496. pages 1.498 y ss.

<sup>17</sup> William Tetley. *op. cit.* pág. 379 y ss.

<sup>18</sup> Javier Tamayo J. *Culpa Contractual*. Pág. 42.

y excluir la culpa<sup>19</sup>. Para el Tribunal la causa extraña gravita sobre el terreno de la autoría, de manera que determina la existencia o no del vínculo causal.

En estricto sentido, la primera causal de exoneración ha de considerarse conformada por la fuerza mayor o caso fortuito, entendida como el hecho imprevisible al cual es imposible resistir, así como por el hecho exclusivo de un tercero -por los cuales no deba responder el deudor- y por el hecho exclusivo de la víctima, hipótesis éstas que en conjunto conforman el hecho extraño o la causa extraña, que es la causal más general para que el deudor destruya la presunción establecida contra él, o, más precisamente, para que rompa el vínculo de causalidad supuesto entre el incumplimiento culposo y el daño producido, ya que la causa extraña vendrá a demostrar que tal incumplimiento no obedece a un hecho u omisión culposo del deudor, sino que se explica por el acaecimiento de circunstancias ajenas, que se encuentran por fuera de su control.

#### **2.1.4.1. La ocurrencia de fuerza mayor**

Para el señor apoderado del Consorcio, según lo afirma en el alegato de conclusión, en el proceso quedó demostrado que la causa del hundimiento del Planchón “Rómulo P.7”, ocurrido en la noche del 28 de Julio de 1.996, fue una fuerza mayor y muestra su predilección por la hipótesis de que se presentó una explosión subacuática producida deliberadamente por terceros.

No obstante, la revisión de las pruebas que obran en el expediente, en éste se registra que se dieron múltiples y variadas explicaciones sobre las causas que pudieron haber originado el siniestro.

Es así como los peritos navales designados por el Tribunal conceptuaron que el hundimiento pudo ser causado por (1) excesivos momentos flectores y esfuerzos de corte, conjuntamente con el mal estado debido al desgaste por fatiga del material y corrosión; o (2) pudo deberse a haber sido colisionado mientras se encontraba amarrado; .... caso este agravado de seguro por la libre comunicación entre bodegas y relojas (mamparos internos agujereados); de otra parte, del estudio de la firma INCOMAR aportado por el Consorcio, se desprende que el hundimiento (3) pudo originarse por el choque de un tronco bajando a alta velocidad con la corriente del río, ayudado tal vez por la debilidad del casco (poco espesor) en la zona del impacto, situación que pudo agravarse por posible comunicación interna entre estos tanques; otra teoría se encuentra en el acta de protesta presentada por el capitán Manuel Alvarino, según la cual (4) se presume que lo que motivó el siniestro fue el “embalsamiento”, es decir la acumulación de toda clase de materiales flotantes que bajan por el río que forma un colchón que hace resistencia a la corriente; también en la contestación de la demanda se intenta otra teoría según la cual (5) la causa del siniestro fue la maquinaria que no se encontraba fijada a la cubierta; otra cosa opina el representante legal de Geofundaciones, para quien el accidente se debió (6) a la entrada de agua permanente en el planchón y al exceso de acumulación de la misma en las bodegas, aunada a que posiblemente los celadores se descuidaron; finalmente, el Capitán Sigifredo Ramírez hizo referencia en su testimonio a cuatro causas posibles del hundimiento, a saber: (7) vía de entrada de agua; golpe con un objeto arrastrado por el río; colisión con otra embarcación, y finalmente, la que considera más posible, (8) una explosión deliberada o provocada intencionalmente.

Nos encontramos así ante un cúmulo de suposiciones no coincidentes, ninguna de las cuales pudo demostrarse ni siquiera somera o parcialmente. Así las cosas, la fuerza mayor que plantea el demandado es totalmente hipotética.

A este respecto debe precisarse que la fuerza mayor ha de probarse en su materialidad específica, demostrando el deudor el hecho preciso y puntual que le impidió cumplir su obligación y generó con ello un daño al acreedor. Ese hecho específico y puntual debe haber sido para el demandado imprevisible e irresistible. La doctrina nacional expresa

---

<sup>19</sup> Ricardo Uribe Holguín. op. cit. pág. 98.

que nuestra jurisprudencia no ha definido aún si puede prosperar la defensa de la fuerza mayor cuando la causa del daño permanece oculta. Señala, sin embargo, que la orientación mayoritaria es la de exigir la identificación de la causa para que se admita la exoneración por la intervención de un elemento extraño<sup>20</sup>.

La doctrina extranjera sigue esta misma orientación, reafirmando nítidamente que la fuerza mayor debe acreditarse concretamente, demostrando el transportador, por ejemplo, que una carga se perdió porque la nave encontró una tempestad inusual e irresistible, para lo cual deberá probarse, con ayuda de los servicios de meteorología, la fuerza y la velocidad de los vientos. No sería admisible que se alegara como defensa una hipotética fuerza mayor, diciendo, verbigracia, con apoyo en el dicho de peritos, que la única causa que razonablemente explicaría el daño o la pérdida sería una hipotética tempestad inusitada. Esta excepción no puede ser acogida, pues la causa extraña debe acreditarse en el proceso en su materialidad específica, toda vez que los motivos hipotéticos no son suficientes para liberar al deudor<sup>21</sup>.

Así lo ha entendido también la doctrina y la jurisprudencia españolas, según las cuales “no puede llegarse a la afirmación de la existencia del caso fortuito por exclusión o mera presunción, pues tiene declarado el Tribunal Supremo que siendo negativo el resultado de la prueba practicada, al no aparecer demostrada la causa productora de un siniestro, no puede el Tribunal considerar el accidente como caso fortuito<sup>22</sup>”.

Lo propio ocurre, igualmente, en el derecho anglosajón, en el que tuvo lugar un sonado caso, en que el buque Popi M<sup>23</sup> se hundió encontrándose el mar en calma sin que se conociera ni probara la causa del siniestro. En este caso, más conocido como el “yellow submarine”, el juez de primera instancia concluyó que el hundimiento del buque se debía a una de dos posibilidades: o bien un submarino, desconocido y sumergido, colisionó con el buque, o bien el siniestro ocurrió por el uso y desgaste de la nave. El juez se inclinó por la teoría del submarino y lo mismo hizo la Corte de apelaciones.

En la Cámara de los Lores se revocó la sentencia con las siguientes precisiones de Lord Brandon, que el Tribunal transcribe en traducción libre:

“El juez de instancia se equivocó en el análisis que hizo en este caso, al creer que estaba obligado a acoger entre las dos teorías indicadas, a pesar de considerarlas extremadamente improbables, toda vez que respecto de una creía que era extremadamente improbable y la otra virtualmente imposible. Sin embargo, el juez ha debido tomar una tercera alternativa, esto es, que el acervo probatorio le dejaba grandes dudas respecto de la causa que originó la rotura del casco del buque, de manera que en tales circunstancias ha debido concluir que no se demostró la ocurrencia de la fuerza mayor alegada”.

Todo lo anterior demuestra claramente, que los distintos sistemas jurídicos rechazan la fuerza mayor hipotética. En consecuencia, de acuerdo con lo explicado, no puede el Tribunal acoger la defensa de la fuerza mayor planteada por el Consorcio.

#### **2.1.4.2. La prueba de la debida prudencia y diligencia**

Ante todo, para la recta interpretación de este medio de defensa es del caso dilucidar los aspectos que lo distinguen de la causa extraña y los campos de aplicación en que procede.

Sobre la noción, naturaleza y alcance de los medios de defensa que la ley le otorga, como regla general, al deudor, cada autor parece tener su propia y particular

<sup>20</sup> Fernando Hinestrosa F. La Responsabilidad Civil. En estudios varios. pág. 707 y ss.

<sup>21</sup> René Rodière. Traité de Droit Maritime. T. II. pág. 259.

<sup>22</sup> José Castan Tobeñas. Derecho Civil Español, común y foral. T. II. Pág. 265.

<sup>23</sup> The Popi M (1.983) 2 Lloyds Reports 235.

interpretación, de manera que es bien difícil señalar cuál es la tendencia mayoritaria en nuestro derecho.

Según una primera posición, causa extraña y debida prudencia son dos medios de exoneración distintos. A este respecto los Hermanos Mazeaud señalan que la diferencia entre estas dos defensas es "de grado", pues para saber si existe ausencia de culpa "hay que preguntarse si una persona cuidadosa se habría comportado como el demandado". Y para saber si hay fuerza mayor hay que preguntarse "si una persona cuidadosa se habría encontrado en la imposibilidad de obrar de manera distinta que el demandado". Agregan, respecto de la primera causal de exoneración, que el deudor de una obligación general de prudencia y diligencia (obligación de medios) puede demostrar que él no incurrió en culpa alguna, sin estar obligado a probar ningún acontecimiento de fuerza mayor; basta, entonces, con que pruebe la ausencia de culpa, es decir, que una persona cuidadosa habría obrado como él<sup>24</sup>.

Entre nosotros algunos comentaristas coinciden con el anterior planteamiento, arguyendo que fuerza mayor y prueba de la prudencia y diligencia (o de la ausencia de culpa) son dos mecanismos distintos de exoneración y que ambos pueden ser utilizados por el deudor para desvirtuar la presunción de culpa, a menos que la ley le impida al deudor emplear el segundo de ellos<sup>25</sup>.

El tratadista Javier Tamayo Jaramillo formula una segunda teoría al considerar que causa extraña y la prueba de la diligencia (o ausencia de culpa) son lo mismo, si bien la ley y la jurisprudencia son más exigentes para aceptar la demostración de la primera. Al respecto señala que "la distinción entre ausencia de culpa y causa extraña es práctica y no teórica, pues desde el punto de vista lógico, son la misma cosa; el legislador o los tribunales son los que han establecido la diferencia, tornando más severo el régimen probatorio cuando se exige causa extraña..."<sup>26</sup>.

Agrega este autor, sin embargo, que en los casos en que se presume la culpa, esta presunción puede desvirtuarse con la prueba de la diligencia y cuidado o con la de causa extraña, según lo decida el legislador<sup>27</sup>, dando así la idea de que son dos medios de defensa distintos, pero vuelve a su planteamiento inicial manifestando que hay diferencias solo prácticas entre los dos, pues para acreditar la diligencia y cuidado basta demostrar que se fue diligente pese a la ocurrencia del daño, mientras que para la causa extraña debe probarse, además, que el daño fue causado por un evento distinto del comportamiento del deudor, lo que significa que además de probar que no cometió culpa, debe romper el nexo de causalidad entre su conducta y el daño. Explica, igualmente, que cuando el legislador le permite al deudor demostrar ausencia de culpa, le autoriza a liberarse de responsabilidad con solo probar diligencia y cuidado, es decir, que sin detenerse en la causa del daño, el deudor puede demostrar que obró con la prudencia y diligencia exigidas para evitar el hecho. Precisa que "la argucia lógica que permite en la práctica probatoria hacer la distinción entre ausencia de culpa y causa extraña radica en que la primera realmente no le exige al deudor todo el rigor probatorio de una verdadera ausencia de culpa, rigor que sí demanda en el caso de la causa extraña".

Se remata esta teoría señalando que la única manera de probar la ausencia de culpa es demostrando la causa del daño y que dicha causa le es completamente ajena al deudor, de manera que para exonerarse de responsabilidad -bien mediante la ausencia de culpa o mediante causa extraña- es imprescindible que el deudor pruebe la causa del daño y luego establezca que fue diligente y prudente pero que, pese a ello, no pudo impedir el hecho causante del perjuicio.

---

<sup>24</sup> H. L. et J. Mazeaud. Op. Cit. Pág. 121 y ss.

<sup>25</sup> G. Ospina F. Op. Cit. N° 169.

<sup>26</sup> J. Tamayo J. Op. Cit. Pág. 18.

<sup>27</sup> J. Tamayo J. Op. Cit. Pág. 22.

Así, pues, concluye diciendo que "aquello que lógicamente es idéntico el legislador lo diferencia en la práctica, al permitir mostrar la ausencia de culpa mediante la prueba de diligencia y cuidado, mientras que al exigir la causa extraña lo que pide es la prueba de la ruptura del nexo causal"<sup>28</sup>.

Otros autores, que representan una tercera doctrina, son de la opinión de que diligencia y cuidado y causa extraña son los dos elementos configurativos de una misma y única defensa del deudor, debiendo éste demostrarlos ambos para liberarse de responsabilidad. Así las cosas, los dos factores serían ontológicamente diferentes pero no medios de defensa independientes, sino ingredientes necesarios de un solo mecanismo de defensa complejo. Entre quienes sostienen esta posición se encuentra el Doctor Carlos Holguín Holguín, quien señala "que el deudor, que se presume o se demuestre culpable por la inejecución de su prestación, debe demostrar, por regla general, la fuerza mayor que le ha impedido cumplir el contrato. Pero ello no le basta, pues tiene, además, que acreditar que esa fuerza mayor no ocurrió por su culpa, según el grado de diligencia que le incumbe según el correspondiente contrato". Añade que el deudor incumplido no tiene dos medios de exoneración distintos, sino dos pruebas diferentes y consecutivas: "a) Que la obligación fue imposible de cumplir, por fuerza mayor... y b) Que el deudor empleó la diligencia y cuidado necesarios para evitar que la fuerza mayor ocurriera. Esto último, según el grado de diligencia que le incumbe conforme al contrato celebrado"<sup>29</sup>.

Esta posición coincide con algunas normas que requieren que el deudor, para exonerarse de responsabilidad, pruebe tanto la causa extraña como la debida prudencia y diligencia. Este es el caso, por ejemplo, del Artículo 10º del Decreto 01 de 1.990 que sustituyó el Artículo 992 del Código de Comercio sobre responsabilidad del transportador. Esta disposición establece que "el transportador solo podrá exonerarse, total o parcialmente, de su responsabilidad por la inejecución o por la ejecución defectuosa o tardía de sus obligaciones, si prueba que la causa del daño le fue extraña..., y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiera tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación". La misma doble exigencia probatoria la contempla el Artículo 1.880 del Código de Comercio para el transporte aéreo de pasajeros.

También algunas sentencias de la Corte han seguido este raciocinio tanto al interpretar el alcance del Artículo 1.604 del Código Civil, esto es, para delimitar el régimen general de responsabilidad contractual, como para perfilar regímenes especiales, como el del contrato de transporte. Ejemplo del primer caso es este aparte: "al deudor, para exonerarse de responsabilidad no le basta probar el caso fortuito, sino también que empleó la diligencia o cuidado debido para hacer posible la ejecución de su obligación"<sup>30</sup>.

Y en cuanto al sistema particular del contrato de transporte se ha señalado: "para que el transportador pueda exonerarse de responsabilidad por la pérdida de la cosa transportada, tendrá que probar la ocurrencia del hecho extraño constitutivo de fuerza mayor y que tal ocurrencia no se debió a su culpa, negligencia o descuido"<sup>31</sup>.

Los anteriores planteamientos no toman en consideración que para que exista fuerza mayor como tal, es menester que el deudor que la invoque no haya tenido participación, ni culpa alguna en su acaecimiento. Por eso la jurisprudencia, reiteradamente, ha señalado, dentro de los requisitos indispensables para la existencia de la fuerza mayor,

<sup>28</sup> J. Tamayo J. Op. Cit. Págs. 25, 41 y 42.

<sup>29</sup> Carlos Holguín H. Op. Cit. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia Nº 302 - 303. Pág. 134 y ss.

<sup>30</sup> Casación Civil del 7 de Julio de 1.931.

<sup>31</sup> Casación Civil del 26 de Enero de 1.982.

"no ser imputable al deudor" y "no haber concurrido con una culpa de éste"<sup>32</sup>. Ha sido en virtud de esta exigencia, que la doctrina ha precisado que la fuerza mayor, y en general la causa extraña, son incompatibles con la culpa del deudor, cualquiera que ésta sea<sup>33</sup>. En el mismo sentido se ha dicho que "la fuerza mayor niega y excluye la culpa; de consiguiente, son dos cosas que no pueden coexistir"<sup>34</sup>.

Así las cosas, si el deudor logra demostrar que una fuerza mayor le impidió cumplir la obligación a su cargo, con esa demostración habrá acreditado plena y automáticamente que no hay ninguna culpa que le sea imputable, de manera que debe ser exonerado de responsabilidad con la sola prueba de la fuerza mayor. Exigirle, además, que demuestre su diligencia, previsibilidad y cuidado, o, en otros términos, su ausencia de culpa, es someterlo a una duplicidad probatoria, por cuanto se le demanda demostrar dos veces que el incumplimiento de la obligación no le es imputable<sup>35</sup>.

Una cuarta posición sobre la naturaleza y alcance de la prueba de la diligencia y cuidado está representada por quienes afirman que ésta es el medio para demostrar el pago efectuado por el deudor de las obligaciones cuyo objeto consiste en la realización de una serie de actos. Al respecto se explica que "entratándose de aquellas obligaciones en que la prestación que constituye su objeto no es un acto simple sino una serie de actos, se dice que el deudor se exonera probando diligencia y cuidado (tan solo). Esta demostración, que también se conoce como ausencia de culpa, es la manera de probar el pago (definido como la prestación de lo que se debe - Artículo 1.626 del Código Civil) de los actos o hechos que se deben, por ser plurales o complejos ("medios"), y no un modo exculpatario de la inejecución, como lo es evidentemente la fuerza mayor. La prueba de la diligencia y cuidado no es nada distinto a la prueba de ejecución de los hechos ("medios") convenidos"<sup>36</sup>. Así las cosas, identificando la prueba de la diligencia y cuidado con la demostración del pago, se señala que presumida la culpa en razón del incumplimiento del deudor, "ora sea su obligación de resultado, ora sea de medios, la única prueba eficaz para destruir esa presunción y exonerarlo de responsabilidad es la de la fuerza mayor.

El deudor de obligación de medios a quien el acreedor exija responsabilidad, solo tiene dos defensas posibles: probar el pago o demostrar la fuerza mayor. Por este concepto no hay, pues, diferencia alguna entre aquella y ésta"<sup>37</sup>.

Se puede estar de acuerdo con el anterior planteamiento -en el que se asimila prueba de la diligencia y cuidado con la demostración del pago- en cuanto a las llamadas obligaciones de prudencia y diligencia u obligaciones de medios, pues en éstas el deudor se compromete a realizar "una serie de actos" de manera previsiva, acuciosa, diligente o solícita, lo que equivale a prestar o a utilizar los medios a su alcance para lograr el fin perseguido. Como se ve, en estas obligaciones obrar con diligencia y cuidado es lo mismo que utilizar los medios necesarios y disponibles y ambas expresiones equivalen a cumplir las prestaciones a cargo del deudor, es decir, a pagar. De esta forma, la prueba de la diligencia y cuidado es la demostración del pago. Pero no puede decirse lo mismo de las obligaciones llamadas de resultado, en las cuales la falta de pago no es sinónimo de negligencia y descuido, pues la inejecución de la prestación puede provenir de causas no imputables al deudor, aún en ausencia de fuerza mayor.

<sup>32</sup> Casación Civil del 5 de Julio de 1.935.

<sup>33</sup> J. Tamayo J. Op. Cit. Pág. 34 y ss.

<sup>34</sup> R. Uribe Holguin. Op. Cit. Pág. 98.

<sup>35</sup> J. Tamayo J. Op. Cit. Pág. 39.

<sup>36</sup> Felipe Vallejo G. La Responsabilidad Civil Médica. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. N°s. 300-301. Mayo-Noviembre de 1.90393. Pág. 78. En el mismo sentido R. Uribe Holguin. Op. Cit. Pág. 100.

<sup>37</sup> R. Uribe Holguin. Op. Cit. Pág. 100.

Quienes sostienen esta cuarta posición no dicen cómo opera la defensa consistente en la prueba de la diligencia y cuidado en relación con las obligaciones de resultado, o en aquellas cuyo objeto consiste en la realización de un acto simple.

De otra parte, para el Tribunal no cabe duda de que la fuerza mayor y la debida prudencia son dos defensas con caminos probatorios distintos, pues difieren en la forma como deben acreditarse, pero ambas tienen el propósito común de llevar al juez al convencimiento de la inocencia del deudor, o, en otras palabras, a demostrarle al juzgador que, si bien hubo incumplimiento, éste no es imputable o atribuible al deudor por provenir de causas extrañas a éste y por tanto fuera de su control, lo que, en otras palabras, equivale a decir que el deudor no incurrió en culpa.

Ahora bien, como ya se dijo, la fuerza mayor debe probarse en su materialidad específica, demostrando el deudor el hecho preciso y puntual que le impidió cumplir su obligación y generó con ello un daño al acreedor. Ese hecho específico y puntual debe haber sido para el demandado imprevisible e irresistible. Los Hermanos Mazeaud concluyen que al haber intervenido una fuerza mayor ha de admitirse que el incumplimiento no se debe al hecho del deudor y que éste no ha incurrido en culpa alguna. "Hay necesariamente ausencia de culpa"<sup>38</sup>.

A falta de fuerza mayor -y para saber si existe ausencia de culpa- es necesario preguntarse si una persona cuidadosa y diligente se habría comportado como el demandado. En cambio, para establecer si hay fuerza mayor debe preguntarse si una persona cuidadosa y diligente se habría encontrado en la imposibilidad de obrar de manera distinta que el demandado<sup>39</sup>.

Existe así, según un sector de la doctrina, una diferencia de grado entre la fuerza mayor y la ausencia de culpa, diferencia en verdad muy tenue cuando se conoce con certeza la causa del incumplimiento. Por el contrario, si dicha causa es desconocida la diferencia de los dos mecanismos de exoneración recobra importancia por la forma y el método en que se lleva a persuadir al juez de la inocencia del demandado.

En algunos casos, a pesar del avance de la ciencia, no puede conocerse la causa eficiente de ciertos siniestros, en especial entratándose de navegación aérea y marítima. Para poner un caso extremo, supongamos que un buque zozobra y se pierde con su carga, sin que sea posible determinar la causa del accidente. La situación del porteador marítimo será más ventajosa si se le permite probar la debida prudencia y diligencia, es decir, la ausencia de culpa. Si solo tiene como excepción la de la fuerza mayor estará perdido, pues de antemano sabemos que no se conoce la causa de la pérdida de la nave.

Si el régimen aplicable admite la prueba de la debida diligencia, se comenzará por hacer un inventario de las posibles causas del accidente y frente a cada una de ellas el transportador habrá de demostrar que obró con el debido cuidado y la previsibilidad propios de un naviero normalmente prudente y diligente. Para este efecto allegará pruebas para acreditar que el buque no era obsoleto; que tenía vigentes sus certificados de clasificación; que era apto para el servicio y para el área a los cuales estaba destinado; que la nave se sometía a mantenimiento de acuerdo con las reglas internacionales; que era objeto de revisiones en los períodos señalados por la técnica, en astilleros reconocidos y empleando para su reparación piezas y repuestos clasificados; que llevaba a bordo Ingenieros y personal de máquinas idóneos y experimentados; que el personal de cubierta era igualmente licenciado y capaz, etc., todo lo cual llevará al juez, a través de una vía indirecta, al convencimiento de que el deudor obró con la debida prudencia, o en otras palabras, a la "ausencia de culpa", lo que hará que se le exonere.

---

<sup>38</sup> H. L. et J. Mazeaud. Op. Cit. N° 452.

<sup>39</sup> H. L. et J. Mazeaud. Op. Cit. N° 452.

Lo anterior deja en claro que para que sea admisible la prueba de la debida prudencia y diligencia no es indispensable que se conozca la causa del incumplimiento o del daño, como erróneamente lo sugieren algunos autores<sup>40</sup>, sino que, por el contrario, es la situación más apta para que la prueba de la prudencia y diligencia tenga verdadera aplicación e interés.

En efecto, si se analizan bien las cosas, cuando se conoce concretamente la causa del incumplimiento, la defensa que verdaderamente cabe es la de la causa extraña y no la de la debida prudencia o la de la ausencia de culpa, que se reservaría, en sana lógica, para cuando no se conoce la causa.

Así, pues, no es remoto pensar que siempre que se esté ante la causa conocida del incumplimiento la defensa que en verdad procede es la de la causa extraña. Y no podría ser de otra manera, pues si a pesar de haber tomado todas las medidas y precauciones que razonablemente podían adoptarse (es decir las que tomaría un hombre normalmente prudente y diligente colocado en circunstancias similares) el incumplimiento se produce, es porque la causa generadora del mismo superó lo usual, lo corriente, lo previsible, para entrar en el campo de lo extraordinario o excepcional, configurándose así una fuerza mayor, para cuya demostración es necesario probar que se tomaron las medidas y precauciones ordinarias para tratar de cumplir la obligación y para impedir el acaecimiento del hecho que a la postre no permitió dicho cumplimiento.

En cambio, la prueba de la ausencia de culpa o de la debida prudencia y diligencia tendrá aplicación práctica cuando no se conozca la causa del incumplimiento, haciendo en este caso una lista de las posibles causas que pudieron generar el incumplimiento y observando si para cada una de ellas el deudor obró con la previsibilidad y la diligencia necesarias y usuales.

En ambos casos -causa extraña o ausencia de culpa- si la labor probatoria del deudor es exitosa, se llevará al juez al convencimiento de que el incumplimiento no es imputable al deudor, que no hay reproche que formularle a su conducta y que por tanto no hay culpa. Que han sido hechos por fuera de su control los que originaron o debieron originar el incumplimiento y con él el daño sufrido por el acreedor. Pero en el caso de la causa extraña la certeza del juez es directa, específica, puntual y precisa en el sentido de que sabe que el deudor no intervino en la producción de la causa generadora del incumplimiento, el cual se originó por un hecho extraño demostrado. En la debida prudencia y diligencia, el convencimiento del juez es deductivo o indirecto, a él desemboca por eliminación de posibles causas llegando, casi que por sustracción de materia, a la conclusión de la no imputabilidad del deudor.

Esta tesis fue clara y convincentemente expuesta por la Corte Suprema de Justicia desde hace 60 años<sup>41</sup> en una sentencia que inexplicablemente no ha tenido la repercusión que merecía en la jurisprudencia posterior. Señaló la Corte en aquella oportunidad:

"Un rigor más o menos grande he ahí, en efecto, frente a aquel a quien incumbe la carga de destruir la presunción, lo que distingue la prueba de la ausencia de culpa y la del caso fortuito o fuerza mayor; tal es el aspecto práctico de la cuestión. Si se investiga la diferencia de naturaleza que a él corresponde, aparecerá que bajo cierto punto de vista el caso fortuito o la fuerza mayor debe ser algo más que la ausencia de culpa y que tal punto de vista es el del distinto valor de la prueba. La prueba de la ausencia de culpa consiste en eliminar, sucesiva y completamente, de la conducta de un individuo, si no todas las culpas humanamente posibles, cualesquiera que ellas sean, por lo menos todas aquellas que, dadas las circunstancias concretas del caso, habrían sido por su naturaleza determinantes del hecho perjudicial determinado".

"Cuando se trata de la ausencia de culpa, en efecto, es necesario no olvidar que la causa permanece desconocida, porque cuando es conocida, no se prueba la ausencia de culpa, se prueba el hecho preciso, generador del daño, que excluye la culpa. Si la causa es

---

<sup>40</sup> J. Tamayo J. Culpa Contractual. Pág. 42.

<sup>41</sup> Casación Civil del 30 de Noviembre de 1.935.



imposible de descubrir, todo lo que se puede hacer es mostrar que, cualquiera que sea la causa, no podría consistir ella en una culpa del individuo cuya responsabilidad está en juego. Por lo cual él demostrará que no se ha hecho culpable de las culpas que, de costumbre, son cometidas en semejante ocasión; o más bien indicará las precauciones que ha tomado, lo que dará a la prueba su aspecto positivo. La objeción de la negativa indefinida cae, pues, pero al precio de la certeza. Porque es evidente que la prueba perfecta de la ausencia de culpa sería una negativa indefinida. Para escapar a ella, es necesario dejar a duda un cierto campo; demostrar que tales o cuales culpas no han sido cometidas no prueba que tal otra, en la cual no se piensa, no lo haya sido. De suerte que, por paradójico que ello parezca, la prueba llamada de la ausencia de culpa no es más que una prueba imperfecta e indirecta: Imperfecta, porque no da la certeza absoluta de lo que ella pretende establecer; indirecta, pues sin precisar la causa de daño, tiende a certificar por eliminación que no es una culpa".

"Al contrario, cuando el demandado puede precisar el hecho generador, la prueba es perfecta. Nada más fácil que constatar su existencia y asegurarse que él estaba exento de culpa; pues entonces la ausencia de culpa de que se trata está concentrada en un radio estrecho, fácil de explorar, y no tiene que ser analizado bajo formas infinitas e inasibles, a través de toda la conducta del individuo; por otra parte, existen multitud de acontecimientos cuya sola existencia parece por sí misma excluir la culpa. En este caso, no da ya lugar para la duda; cuando se conoce la causa precisa de un daño y se la sabe exenta de culpa, es incontestable que el hecho cuya consecuencia es, no deriva de una culpa. Lo que está demostrado es aún la ausencia de culpa, pero con esta particularidad, que ella lo está con certeza, porque constituye la cualidad, fácil de constatar, de un hecho positivo directamente probado. Ahora bien, sabemos cómo se llaman los acontecimientos así calificados por la ausencia de culpa: casos fortuitos o fuerza mayor. Llegamos, en suma, a esta conclusión: que, en todos los casos, es únicamente la ausencia de culpa lo que se trata de probar, para apartar la responsabilidad, y no podría ser de otra manera en una legislación que funda la responsabilidad, contractual o delictual, en la culpa. No hay dos pruebas para llegar a ella; pero el objeto único a demostrar es susceptible de dos modos de prueba desiguales en valor como en dificultad; el uno negativo, indirecto, que sólo proporciona una probabilidad, por poderosa que ella sea; el otro positivo, el cual facilita una certidumbre".

Así, pues, prudencia y diligencia por una parte, y causa extraña, por la otra, demuestran ausencia de culpa del deudor, pero a través de distintos métodos y con un rigor probatorio de distinta intensidad. Aquella, aplicable a los casos en que se desconozca la razón específica del incumplimiento, es imperfecta, por no dar al juez certeza plena, e indirecta por desprenderse de un proceso en el cual se elimina de entre las posibles causas de la inejecución, una eventual culpa del deudor. Esta es, en cambio, directa, por conocerse la causa del incumplimiento, y perfecta en cuanto otorga al juzgador certidumbre absoluta de la inocencia del deudor.

Pero una precisión adicional debe hacerse para evitar confusiones. Tal precisión se endereza a puntualizar que si bien las dos causales de exoneración prueban la ausencia de culpa -pues en últimas ambas demuestran que no hay reproche que formularle al deudor- no es menos cierto que cada una de esas causales juega en planos distintos. La prueba de la debida diligencia opera sobre el plano de la culpa, para negar su existencia. La de la causa extraña gravita sobre el terreno de la autoría y, en tal sentido, destruye el vínculo de causalidad entre el error de conducta presunto del deudor y el incumplimiento de la obligación.

En la responsabilidad contractual se presentan dos vínculos distintos de causalidad. El primero entre el comportamiento culposo del deudor y el incumplimiento de la obligación a su cargo; y el segundo entre este incumplimiento y el perjuicio irrogado al acreedor.

Cuando se demuestra el incumplimiento, la ley supone el primer vínculo, vale decir, que el incumplimiento es efecto de la culpa del obligado, de manera que presume dos elementos: la culpa misma y su relación causal con el incumplimiento.

La demostración de la fuerza mayor o de la ocurrencia de un hecho extraño, viene a romper esta relación causal, poniendo en evidencia que el incumplimiento no fue el resultado de acciones u omisiones culposas del deudor, sino el efecto inevitable de circunstancias ajenas a su control. La prueba del hecho extraño, en consecuencia, muestra que el deudor no tuvo ingerencia o no intervino en las causas que desembocaron en la inejecución de la obligación. Por tanto, esta causal juega en el plano de la autoría y no propiamente en el de la culpa, pues lo que destruye es la relación causal presunta entre el error de conducta del deudor y la inejecución de la prestación. Por eso, quienes coinciden con este planteamiento señalan que "la relación de causalidad se trunca, o mejor, queda al descubierto su ausencia, con la prueba del elemento extraño (extraño al demandado)"<sup>42</sup>. Y la Corte también ha precisado que "el caso fortuito y la fuerza mayor excluyen la responsabilidad por falta de la relación de causalidad entre la culpa y el daño"<sup>43</sup>.

Es bien sabido, de otra parte, que no siempre la plenitud de los medios de exoneración de responsabilidad, establecidos en forma general por la ley, pueden ser invocados por el deudor-demandado.

En efecto, dentro de la tendencia del derecho moderno a mejorar la situación de quien demanda reparación por haber sufrido un daño, la ley en ciertos casos limita las defensas del demandado, colocándolo en una situación más rigurosa, impidiéndole en ciertos eventos la prueba de la causa extraña o de alguna o algunas de sus variantes (fuerza mayor, culpa de la víctima o culpa de tercero). En otras hipótesis se le permite al demandado la demostración de cualquiera de las variantes de la causa extraña, pero se le niega la posibilidad de demostrar la ausencia de culpa, mediante la prueba de la diligencia y cuidado.

Con todo, ha de precisarse que en nuestro derecho los casos en que se restringen las defensas del deudor son excepcionales y requieren, por ende, de normas especiales que así lo establezcan.

Respecto de la obligación del Consorcio de suministrar y mantener un planchón seguro debe indicarse que no existe disposición que lo coloque dentro de un esquema más riguroso, de manera que ninguna norma limita los medios de defensa que puede invocar según el régimen común. Más aún, dentro de las reglas que gobiernan los contratos relativos a la navegación acuática -los que por tanto conllevan la obligación de suministrar y mantener buques seguros- se prevé expresamente la posibilidad de que el deudor plantee como exoneración la debida prudencia y diligencia, o la ausencia de culpa, cuando quiera que los bienes que se encuentren a bordo de una nave se dañen o pierdan por falta de condiciones de navegabilidad de la misma. Esto ocurre, incluso, en el contrato de transporte marítimo, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia unánimemente coinciden en admitir que de dicho contrato se desprenden obligaciones de resultado.

Las normas a que se ha hecho referencia están contenidas en diversos artículos del Código de Comercio, a saber: el Artículo 1.582, a cuyo tenor "el transportador responderá de las pérdidas o daños provenientes de la falta de condiciones de la nave para navegar, a menos que acredite haber empleado la debida diligencia para ponerla y mantenerla en el estado adecuado, o que el daño se deba a un vicio oculto que escape a una razonable diligencia". Otro tanto preceptúa el ordinal 6º del Artículo 1.609, según el cual el transportador estará exonerado de responsabilidad por pérdidas o daños que provengan "de cualquier vicio oculto de la nave que escape a una razonable diligencia". Y respecto del contrato de fletamento el Artículo 1.668 dispone que "el fletante será responsable de los daños derivados del mal estado del buque para navegar, a menos

---

<sup>42</sup> F. Hinestrosa F. Curso de Obligaciones. Pág. 362.

<sup>43</sup> Casación Civil del 27 de Septiembre de 1.945.

que pruebe que se trata de un vicio oculto susceptible de escapar a una razonable diligencia”.

Disponía, pues el Consorcio de la más amplia libertad probatoria para acreditar la debida prudencia y diligencia que lo exonerara de responsabilidad, pues con este medio de defensa, debía desvirtuar la presunción de culpabilidad que le impone la ley como consecuencia del hundimiento del Pontón “Rómulo P.7”.

Como quedó explicado, para la correcta aplicación de esta defensa se debe elaborar una lista de las posibles causas que, según la experiencia, pudieron haber generado el siniestro, a fin de que frente a cada una de ellas el deudor demuestre su comportamiento acucioso, previsivo y cuidadoso.

Los dictámenes periciales practicados dentro del proceso, así como los estudios de expertos aportados por el Consorcio, muestran que dentro de las posibles causas del siniestro algunas habrían sido -de haberse demostrado- ajenas al demandado, en forma total o parcial. Este es el caso de la explosión, o de la colisión de un tronco que bajaba por el río, en la medida que no concurría con una debilidad injustificada del casco del planchón. También esto podría predicarse de la acumulación de la vegetación, de haber sido ésta súbita e imprevisible. Pero junto a estos eventos se encuentran otros que, de haber sido comprobada su injerencia en el acaecimiento del siniestro, demostrarían negligencia del Consorcio, vale decir, un error de conducta que le sería imputable. Frente a estos supuestos, para liberarse de responsabilidad el Consorcio debía demostrar su diligencia y cuidado para prevenirlos y evitar sus consecuencias. Tales supuestos se refieren a una posible debilidad del casco, por poco espesor, lo que habría contribuido a que se generara una rotura del mismo al ser colisionado por un objeto externo; a una posible comunicación interna entre bodegas y relojas por mal estado de sus mamparos interiores que se podrían encontrar agujereados, lo que habría impedido que las relojas cumplieran su función; a una fractura de su casco debido a desgaste por fatiga de material y corrosión; y a la existencia de entradas de agua hacia las bodegas, debiendo éstas ser estancas.

A juicio del Tribunal, el Consorcio no demostró su debida diligencia y cuidado, o su ausencia de culpa, para evitar que se presentaran las falencias, debilidades o defectos del planchón que se acaban de describir.

En el proceso aparece demostrado que el planchón fue construido en 1.981, es decir, que para la fecha del siniestro tenía más de quince años de construido lo que le exigía un programa más acentuado de mantenimiento y revisiones en astillero, según lo confirma el informe de INCOMAR aportado al proceso por el Consorcio, de acuerdo con el cual, pasado el límite de los doce años, este tipo de artefactos pueden empezar a presentar zonas de desgaste acelerado con posibilidades de vías de agua.

A pesar de lo anterior, consta en el informativo, según el testimonio rendido por el dueño del planchón, Sr. Marcos Borré, que en 1.993 se le había hecho una revisión al planchón; también aparece en el expediente, dentro de los documentos remitidos por la División Cuenca Fluvial del Magdalena, un “certificado de reparación” expedido el 5 de Agosto de 1.996 por “Astilleros La Peña” (es decir, una semana después de ocurrido el hundimiento), en el que se hace constar, sin ningún soporte documentario como facturas pagadas, recibo de las reparaciones, planos o descripción del trabajo, etc., que entre el 23 de Diciembre de 1.995 y 9 de Enero de 1.996 se le efectuaron al Bote “Rómulo P.7” las siguientes reparaciones: cambio de 26 mts. de Lumbre en Lámina de 3/8; cambio de 6 Láminas de 5/16 en el plan; cambio de 9 Curvas; cambio de 15 Planchuelas y soldadura en general. Es más, a diferencia de otros equipos de propiedad del mismo señor Marcos Borré, el “Rómulo P.7” es el único que no tiene registradas reparaciones en la División de la Cuenca Fluvial del Río Magdalena. Tampoco aparece prueba alguna respecto del mantenimiento o reparación de los mamparos internos del buque, a pesar de que su posible mal estado, por corrosión y agujeros, fue mencionado por los expertos como eventual causa generadora del siniestro, toda vez que con ello se habría permitido la entrada de agua y su libre

comunicación entre bodegas y relojas, con lo cual estas últimas no podrían haber cumplido su función.

Ahora bien, no se podría admitir que la debida prudencia y diligencia del Consorcio para mantener el planchón en condiciones adecuadas quedó demostrada por encontrarse vigente, al momento del accidente, la patente de navegación expedida por la autoridad de navegación correspondiente.

Para el Tribunal dicho documento no es prueba suficiente, pues la demostración de la ausencia de culpa ha de hacerse de manera concreta y puntual, vale decir, demostrando las precauciones, medidas y correctivos específicos adoptados por el deudor para precaver o evitar la presencia de cada una de las posibles causas generadoras del siniestro que podrían atribuírsele. Ya se había señalado que la prueba de la ausencia de culpa es de suyo imperfecta -porque no ofrece certeza absoluta al juez sobre lo ocurrido ni sobre el comportamiento providente del deudor- e indirecta por desprenderse de un proceso en el cual se elimina de entre las posibles causas una eventual culpa del deudor, lo cual no impide que otra culpa, que no se tuvo en cuenta, hubiere sido la verdadera razón del insuceso. Si además de estas sombras o zonas oscuras que deja este medio de exoneración, se permitiera que el deudor se relevara de la carga probatoria que le incumbe mediante un documento que se refiere a una aptitud general del planchón para prestar servicios, certificada hace 3 años, se reduciría a su mínima expresión la virtualidad probatoria de este medio, pues con él, en lugar de esclarecimientos, se le incrementarían al juez las incertidumbres y perplejidades. Sería, en verdad, darle más valor a las formas que las realidades.

Este planteamiento es el mismo adoptado en el derecho comparado, tal como lo explica la doctrina especializada. En efecto, a pesar de que las llamadas sociedades de clasificación -que son las entidades que expiden certificados sobre las condiciones de navegabilidad- gozan de gran reputación en el mundo por su seriedad e idoneidad técnica, son múltiples las decisiones judiciales en que se señala que la presentación de tales certificados vigentes no es prueba suficiente para acreditar la debida diligencia del armador. En este sentido se encuentran, por ejemplo, sentencias pronunciadas en los Estados Unidos, Canadá y Francia. Es ilustrativo un caso fallado en Estados Unidos en el que se consideró que el certificado no era prueba de la debida diligencia del armador, a pesar de que el buque tenía solo 3 años de construido. Y una sentencia proferida por la Corte de Apelaciones de París que señaló que el certificado -expedido 18 meses antes del siniestro- no era prueba adecuada de la debida diligencia del armador<sup>44</sup>.

En consecuencia, ha de concluirse que el Consorcio no demostró la debida prudencia y diligencia, o en otras palabras, su ausencia de culpa frente a las posibles causas que pudieron haber producido el hundimiento del Planchón "Rómulo P.7". Así las cosas, el demandado no pudo acreditar ninguno de los dos medios exonerativos de que disponía para desvirtuar la presunción de culpa que la ley le impone.

### **2.1.5. El vínculo de causalidad**

Consolidada como queda la culpa del Consorcio, por no haberse destruido su presunción, lo propio acontece con el vínculo de causalidad.

Sobre el particular cabe reiterar que cuando el legislador presume la culpa, como sucede en la responsabilidad contractual, la doctrina explica que también se invierte la carga de la prueba del vínculo causal, de suerte que la presunción de culpa es al mismo tiempo una presunción de causalidad, pues de otra manera la presunción de culpa perdería todo interés práctico<sup>45</sup>. Así las cosas, cada vez que la ley establece una presunción de culpa, esta presunción se extiende al vínculo de causalidad, con lo que

<sup>44</sup> Ver William Tetley. *Marine Cargo Claims*. págs. 379 y ss.

<sup>45</sup> Henri et León Mazeaud. *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*. T. II. Nº 1.432 y ss.

el demandante solo tiene que probar el incumplimiento de la obligación y el daño cuya reparación demanda<sup>46</sup>.

Sin embargo, para una adecuada precisión de este tema, debe reiterarse que existen dos vínculos de causalidad, ambos necesarios para que surja la responsabilidad civil. El primer vínculo causal se presenta entre la culpa y el incumplimiento del deudor; el segundo entre ese incumplimiento y el daño producido al acreedor.

El primero de dichos vínculos es el que, según se explicó, se presume con la culpa. El otro, es decir, el que debe existir entre el incumplimiento y el daño experimentado por el acreedor, no se presume y corresponde probarlo al acreedor demandante. Esta tarea probatoria la realiza al demostrar la naturaleza del daño sufrido, pues el actor ha de acreditar que ese daño es directo, esto es, que es la consecuencia inmediata del incumplimiento, o, en otras palabras, que la inejecución de la obligación explica íntegramente la generación del perjuicio. En síntesis, el demandante debe demostrar que existe una relación directa -de causa a efecto- entre el no cumplimiento de lo pactado y el demérito sufrido.

Así las cosas, el hundimiento del planchón puso en movimiento una presunción de culpa a cargo del Consorcio que se descompone así: se entiende que el planchón no se encontraba en condiciones adecuadas (incumplimiento) por omisiones imputables al demandado (culpa) y que la falta de tales condiciones fue la causa del siniestro (vínculo causal). Al no haberse desvirtuado la mencionada presunción de culpa, queda también en firme la existencia del señalado vínculo causal.

El segundo vínculo causal, que se debe acreditar con la demostración de la naturaleza directa del perjuicio sufrido por Geofundaciones, no ofrece mayores complicaciones en este caso, pues es evidente que el hundimiento del planchón, con la maquinaria de la demandante que se encontraba a bordo, fue la causa de los daños patrimoniales experimentados por esta última.

## **2.2. La obtención de un seguro que amparara la maquinaria de Geofundaciones.**

Esta es la segunda obligación contractual a cargo del Consorcio que a juicio de Geofundaciones fue violada por el demandado. Para el análisis de esta materia es del caso precisar que el contrato para la ejecución del pilotaje suscrito entre las mencionadas partes contiene en su numeral 16.2 la siguiente estipulación: “Por su parte el Consorcio se compromete a incluir dentro de su póliza de “todo riesgo maquinaria”, y sin costo alguno para el subcontratista, todos los equipos de propiedad del subcontratista, mientras se encuentre en el sitio de la obra y al servicio del presente subcontrato”.

Respecto del cumplimiento de esta prestación, obran en el expediente las pruebas necesarias para que se den por demostrados los siguientes hechos:

- Que el Consorcio tomó la póliza de seguro de rotura de maquinaria N° RM/50.618/1323 Compañía Granadina de Seguros S.A. (hoy Generali Colombia Seguros Generales S.A).
- Que los equipos que Geofundaciones informó al Consorcio fueron incluidos en el Seguro.

---

<sup>46</sup> Louis Josserand. Derecho Civil. T. IV. N° 471 y ss; Planiol y Ripert. Derecho Civil Francés. T. VI. N° 659.

- Que el representante legal de Geofundaciones manifestó su satisfacción por el amparo que le otorgaba dicha póliza.
- Que ocurrido el siniestro el asegurador rechazó la solicitud de indemnización sobre la base del cambio de identidad local y de la agravación del estado del riesgo.

Ahora bien, el rechazo de la compañía aseguradora se basó en el cambio de identidad local y agravación del riesgo, pues el amparo de la maquinaria tenía como presupuesto el que ésta se encontrara a bordo de un planchón de determinadas características rigurosamente descritas en la Póliza (“PONTÓN TIPO RENDRAG SECTIONAL BARGE, DIMENSIONES ANCHO 80 PIES, LARGO 90 PIES, SECCIONES 15 A 17 TONELADAS CADA UNA. CAPACIDAD DE CARGA 485 TON.”); descripción ésta que correspondía al Planchón Débora, que fue el artefacto naval utilizado por el Consorcio anteriormente y al cual se refirió de manera específica la póliza RM/50618/1323.

Está en efecto demostrado que el Consorcio no informó a la compañía aseguradora sobre el cambio del planchón, con lo cual dió lugar al rechazo de la reclamación por parte de la Aseguradora.

Las pruebas que obran en el proceso demuestran que el Débora ofrecía mejores condiciones de “estabilidad dinámica” que el “Rómulo P.7”. Así se desprende del informe de INCOMAR aportado al proceso por el Consorcio, en el cual se lee que “Lo anterior conduce a concluir que era mejor riesgo el uso del Pontón DEBORA que el uso de la barcaza ROMULO P7, es decir, que bajo las mismas condiciones de avería o daño del casco por fuerzas externas, el riesgo de volcamiento para el Pontón DEBORA eran menores que para la barcaza ROMULO P7. Si analizamos la situación de cambio de unidad respecto a la identidad, podemos señalar que hubo modificación o cambio del riesgo”. Estas calificadas opiniones vienen a coincidir con las bases jurídicas que esgrimió la Compañía de Seguros para rechazar la reclamación, con base en el Artículo 1.060 del Código de Comercio, el cual otorga al asegurado o al tomador un plazo de diez días para notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local. La misma norma previene que la falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato.

Frente a las circunstancias descritas, no podría admitirse que el Consorcio cumplió con su obligación de resultado de asegurar y mantener asegurados los equipos de Geofundaciones. En efecto, no se trataba, simplemente, de que el Consorcio obtuviera un anexo a su póliza en el que se declarara que los equipos de aquella quedaban incluidos en dicha póliza, sino que debía conseguir un amparo efectivo para los bienes de Geofundaciones, lo que en verdad no ocurrió, pues de acuerdo con la preceptiva del citado Artículo 1.060 del Código de Comercio, la cobertura no se mantuvo por encontrarse los bienes a bordo de un planchón diferente a aquel que estaba especificado en la Póliza y por no haberse notificado su cambio a la Aseguradora.

De otra parte, el texto de la obligación asumida por el Consorcio, y la real voluntad de las partes, muestran que el demandado debía tomar todas las medidas conducentes para que los equipos de Geofundaciones permanecieran asegurados mientras se encontraran en el sitio de la obra y en ejecución del contrato.

Lo anterior significa que, para la preservación de la cobertura, el Consorcio debía, en lo que de él dependiera, no agravar el estado del riesgo y no variar su identidad local, o de hacerlo debía notificar oportunamente al asegurador, pues el amparo dependía de que los equipos de Geofundaciones se encontraran a bordo de un planchón de determinadas características específicamente indicadas al asegurador y para el cual el Consorcio había conseguido cobertura. Esta circunstancia, de otra parte, corresponde con lo preceptuado al efecto en el Artículo 1.046 del Código de Comercio, el cual dispone que “Las obligaciones que en este título se imponen al asegurado, ...” (dentro

de las que se encuentra la de informar al asegurador sobre la variación de la identidad local o la modificación del estado del riesgo) "... se entenderán a cargo del tomador o del beneficiario cuando sean estas personas las que estén en posibilidad de cumplirlas".

No cabe duda que en el caso sub-examine era al Consorcio a quien le correspondía, de conformidad con el Subcontrato, proporcionar un bote seguro, que era de su escogencia y que habría de ser suministrado por su exclusiva cuenta y riesgos para que en él se ubicaran los equipos de Geofundaciones, siendo así que era el Consorcio y solamente él, el que estaba en posibilidad de cumplir la obligación de mantener la identidad local y el estado del riesgo en el sentido atrás indicado, o de otro modo, de informar oportunamente a la Aseguradora sobre la variación de uno y/u otro.

No importa que la Cláusula 16.2 del contrato no haya descrito en forma minuciosa estas obligaciones del demandado, pues ellas han de considerarse como implícitas o sobreentendidas. En efecto, el Artículo 1.603 del Código Civil dispone que "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella". Esta misma regla se repite, casi textualmente, en el Artículo 871 del Código de Comercio.

Esta aplicación puntual del principio de la buena fe, corresponde a la noción objetiva<sup>47</sup> de la misma, que interesa particularmente a los contratos, pues con ella se cumple una función integradora o complementadora de las manifestaciones de voluntad; por ello se dice que "la buena fe objetiva tiene valor normativo, no sólo por figurar entre los preceptos legales del ordenamiento, sino por autorizar al Tribunal para determinar los efectos jurídicos del contrato en discusión, ampliando, precisando o restringiendo el tenor del acto jurídico según las circunstancias..."<sup>48</sup>.

Esta función integradora del principio de la buena fe ha sido resaltada por la Doctrina como una evolución del derecho privado en las últimas décadas, evolución en este caso basada en la idea de confianza, como elemento básico de las relaciones negociales, lo que ha permitido emplear dicho principio de la buena fe para, entre otras cosas, "determinar judicialmente obligaciones conexas con lo principal, pero que no han sido pactadas expresamente"<sup>49</sup>.

Así las cosas, "cualquiera que sea el tipo de la obligación y la naturaleza de la prestación, el obligado no sólo debe realizar lo especialmente previsto, sino todas las consecuencias que sean conformes a la buena fe. Si el obligado ... no lo hace así y se limita a realizar lo específicamente previsto, no habrá cumplido la obligación. Pese a haber realizado lo que el acto creador de la obligación preveía, existirá incumplimiento con todo lo que ello comporta"<sup>50</sup>.

En el mismo sentido se reitera que "el principio de la buena fe sirve para suplir, integrar y corregir el contenido del negocio, en función interpretativa; o lo que es lo mismo, desde otro punto de vista la buena fe interviene en la configuración de la norma del negocio jurídico, situándose en el mismo lugar que los usos del tráfico, o la norma

<sup>47</sup> La noción subjetiva, o Bona Fides, es la creencia que, por efecto de un error excusable, tiene la persona de que su conducta no contraviene el derecho. Por tanto, es la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así; aunque haya error.

<sup>48</sup> Jorge López Santamaría. Los Contratos (parte general). Santiago de Chile. 1.986. págs. 291 y ss.

<sup>49</sup> Enrique Barros. Derecho y Moral. Citado por Jorge López Santamaría. op. cit. pág. 294.

<sup>50</sup> Jesús González Pérez. El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo. Madrid, 1.988, pág. 74.

dispositiva, constituyendo por ello, en sí misma una norma dispositiva; fundamentada, por otra parte, en un objetivo criterio de conducta...”<sup>51</sup>.

La noción objetiva de la buena fe es, por ende, un elemento morigerador de la autonomía de la voluntad, ya que permite, cuando ello sea procedente, apartarse del tenor literal del contrato bien para ampliarlo, bien para restringirlo, en razón de las circunstancias propias del caso. De allí que la Doctrina reconozca que la mencionada noción tiene un valor normativo flexible, pues se va precisando de modo casuístico, según los hechos presentes en cada especie.

El Tribunal considera, al interpretar el alcance de la obligación de asegurar que tenía el Consorcio, que éste estaba obligado a mantener el estado del riesgo y a no variar su identidad local, de lo que se infiere que debía suministrar un planchón en el que fuere efectiva la cobertura de la maquinaria de Geofundaciones y, en caso de que lo cambiara, tenía el deber de informarlo oportunamente a la aseguradora con el fin de preservar la efectividad del amparo.

No actuó así el Consorcio, de manera que con ello incumplió la obligación de asegurar y mantener asegurados los equipos de Geofundaciones. Dicho incumplimiento conlleva la presunción de culpa del Consorcio y con ella, como se explicó anteriormente, la presunción de la existencia del vínculo causal entre el error de conducta y el incumplimiento de la prestación, presunciones que el demandado no pudo desvirtuar.

### **3. EXCEPCIONES DEL DEMANDADO**

El Consorcio, en la contestación de la demanda, propuso tres excepciones, a saber: Excepción de contrato no cumplido por parte de Geofundaciones, fuerza mayor o caso fortuito y excepción de culpa contractual del demandante.

La segunda de tales excepciones, esto es, la de la fuerza mayor ya fue analizada y rechazada por el Tribunal en las consideraciones precedentes.

Las otras dos excepciones son comunes al incumplimiento de las dos obligaciones del Consorcio a las que hace referencia el Capítulo anterior, incumplimiento que en los dos eventos ha quedado probado, como lo ha destacado el Tribunal.

La excepción del contrato no cumplido se basa en que Geofundaciones tenía un plazo de 45 días para ejecutar los trabajos que se le encomendaron, plazo que, a juicio del Consorcio, fue injustificadamente excedido, arguyendo que, de haber cumplido dentro del término estipulado, Geofundaciones no se habría visto afectada por el siniestro, pues para cuando éste ocurrió ya habrían terminado los trabajos.

Para respaldar la excepción de culpa contractual del demandante se dan básicamente las mismas argumentaciones que se acaban de señalar en cuanto al incumplimiento de los plazos de ejecución del pilotaje.

Así las cosas, según las argumentaciones del Consorcio, planteadas en la demanda y reiteradas en el alegato de conclusión, la mora de Geofundaciones es constitutiva de culpa, la cual le hace asumir al que en ella incurre los riesgos de la fuerza mayor que ocurran mientras subsista dicha mora. La culpa exclusiva de la víctima es, además, eximente de responsabilidad.

Como puede observarse las dos excepciones que se analizan se apoyan en la mora de Geofundaciones.

A este respecto debe tenerse en cuenta que las dificultades imprevistas que se presentaron en la construcción de los pilotes, tuvieron como consecuencia inmediata la prolongación material del término previsto por las partes para la construcción de cada pilote en el contrato. El Consorcio fue consciente de que las condiciones adversas que se

<sup>51</sup> José Luis de los Mozos. El Principio de la Buena Fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español. Barcelona. 1.965. pág. 46.



presentaron no fueron imputables a Geofundaciones y además, de que a pesar de ellas, el contratista efectuó su trabajo sin afectar la calidad de las obras. Está también demostrado que las partes de común acuerdo habían realizado nuevas programaciones para el avance de los trabajos, basados en los hechos desfavorables que sucedieron. De otra parte, es clara para el Tribunal, la intención del Consorcio de obtener de Geofundaciones la terminación del pilotaje faltante con posterioridad al hundimiento del planchón “Rómulo P. 7”; como se vió al examinar las pruebas que al respecto obran en el expediente.

El mero retardo en el cumplimiento de la obligación no conlleva, de manera automática, la responsabilidad del deudor, pues esta clase de responsabilidad es también subjetiva, lo que requiere que dicho retardo le sea imputable al obligado, por dolo o por culpa, toda vez que es menester un error de conducta, vale decir, que pueda hacerse al deudor un reproche a su comportamiento, o una valoración negativa a su conducta.

Con estos planteamientos coinciden la doctrina y la jurisprudencia. En efecto, la doctrina define la mora debitoria como “un retardo culpable del deudor...”, explicando que se trata de una “especie de omisión dolosa o culposa”, lo que le da un innegable cariz subjetivo<sup>52</sup>. En consecuencia, para que haya responsabilidad por mora es necesario que esta le sea imputable al deudor, lo que significa que debe haber ocurrido por su negligencia o por su mala fe. Así lo ha reiterado también la jurisprudencia de la Corte al señalar que la mora requiere de un “retardo imputable en el cumplimiento de la obligación”, agregando que dicho retardo “equivale ... a la falta de cumplimiento en tiempo oportuno, no producida por fuerza mayor o caso fortuito”<sup>53</sup>. Igual posición ha sido adoptada en otras providencias, en las cuales se ha precisado que la mora “además de constituir una dilación del deudor en el cumplimiento de su prestación, también requiere que le sea imputable a éste...”<sup>54</sup>.

Ahora bien, para la evaluación del comportamiento del deudor tendiente a establecer si el retardo en que incurrió le fue imputable o no, examinada la abundante prueba documental que obra dentro del expediente, el Tribunal llega a la conclusión, sin lugar a espacios para la duda, de que Geofundaciones no incurrió en mora. El plazo para la ejecución de los trabajos de pilotaje venció el día 19 de Mayo de 1.996, pero es cierto, igualmente, que mediante la comunicación 0596 el Consorcio aceptó prorrogarlo hasta el día 20 de Junio de 1.996, y fue ampliado posteriormente hasta el 22 de Julio del mismo año. A partir de este momento el fallador encuentra que la conducta del Consorcio, frente a las dificultades encontradas por Geofundaciones S.A., en la construcción de los pilotes de la Pila 15, fue comprensiva ante las dificultades encontradas por el actor en este frente de trabajo, conducta que se concreta en la comunicación que el Consorcio le envió a LA INTERVENTORIA el día 22 de Junio de 1.996, en la cual le expresa:

“... que es consciente que los problemas que se han presentado durante la construcción de los pilotes de la Pila N° 13 han afectado la programación, pero también es cierto que en ningún momento ha permitido que se afecte la calidad de los trabajos”.

En la interpretación de la conducta humana, que en más de una ocasión reviste más importancia que la de la propia ley, el Tribunal anota que resulta significativo que el Consorcio no haya impuesto multas a Geofundaciones, autorización pactada en la Cláusula Décima Séptima del Subcontrato, precisamente para apremiar al contratista que no cumple su labor dentro del término acordado.

Dentro del marco probatorio que obra dentro del informativo, y al cual se ha hecho referencia parcial en los apartes anteriores, el Tribunal concluye que, a la luz de la ley y el derecho, el Consorcio no puede venir ahora contra SUS ACTOS PROPIOS. En esta

<sup>52</sup> Guillermo Ospina F. Régimen General de las Obligaciones. pág. 155 y ss.

<sup>53</sup> Sentencia de Casación Civil del 8 de Noviembre de 1.993.

<sup>54</sup> Sentencia de Casación Civil del 15 de Marzo de 1.983.

materia el Profesor Alejandro Borda, en su obra "LA TEORIA DE LOS ACTOS PROPIOS", destaca:

"Esta teoría ha sido definida tanto por autores nacionales y extranjeros como por la jurisprudencia. Entre ellos podemos citar a Enneccerus-Nipperdey, quienes afirman que "a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contracción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe". Cabe aclarar que estos autores no se refieren específicamente a la teoría de los actos propios, sino al *brocardo venire contra factum proprium*, pero entendemos que la definición cabe, en líneas generales, en el concepto de la mencionada teoría.

Por su parte, Puig Brutau añade al concepto dado que "la base de la doctrina está en el hecho de que se ha observado una conducta que justifica la conclusión o creencia de que no se hará valer un derecho" o que tal derecho no existe.

El Tribunal Supremo de España ha tenido oportunidad también de referirse a la teoría de los actos propios. De sus resoluciones puede establecerse que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos cuando éstos son expresión del consentimiento de quien los ejecuta, y obedecen al designio de crear, modificar o extinguir relaciones de derecho. En otras palabras, no es lícito ir contra los propios actos cuando se traten de actos jurídicos que causan estado, definiendo en una forma inalterable la posición jurídica de su autor.

En la doctrina nacional, Compagnucci de Caso entiende que la doctrina de los propios actos importa "una barrera opuesta a la pretensión judicial, impidiéndose con ello el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probado en las relaciones jurídicas", y agrega que no es posible permitir que se asuman pautas que susciten expectativas y luego se autocontradigan al efectuar un reclamo judicial.

Por su parte, Safontás define el brocardo *viniere contra factum proprium nulli conceditur* (que como hemos dicho constituye el antecedente más importante de la teoría de los actos propios) como el aforismo consistente "en impedir un resultado, conforme al estricto derecho civil pero contrario a la equidad y a la buena fe".

Para Alsina Aienza la doctrina de los actos propios "se reduce a que, quien, mediante cierta conducta, positiva o negativa, infunde o crea en otra persona, la confianza fundada de que aquél mantendrá su comportamiento en lo sucesivo, deberá, sí, mantenerlo efectivamente, aunque en su fuero interno hubiere abrigado otro propósito en realidad".

Vives afirma que es un principio general del derecho, aplicable en ausencia de otra expresa solución legal para el caso, que torna inoponible la conducta de un sujeto de derecho cuando es contradictoria con otra anterior, jurídicamente válida y eficaz, emanada del mismo sujeto.

Gozini, al conceptualizar la teoría de los actos propios, señala que un acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, que contradice el sentido que -conforme a la buena fe- ha de darse a la conducta anterior del titular, constituye una extralimitación; "luego esa pretensión contradictoria con la propia conducta resulta inadmisibles y debe ser desestimada por los Tribunales".

Finalmente los Tribunales han sostenido "que las partes no pueden contradecir en juicio sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, como asimismo que devienen inadmisibles las pretensiones que ponen a la parte en contradicción con sus comportamientos anteriores jurídicamente relevantes".

Podemos afirmar, en conclusión, que la teoría de los propios actos constituye una regla derivada del principio general de la buena fe que puede ser aplicada con bastante

amplitud pero que tendrá decisiva importancia en el trámite de los procesos judiciales”<sup>55</sup>.

En relación con la excepción de Contrato no Cumplido que se apoya en la mora de Geofundaciones y en la construcción defectuosa del Pilote N° 8 de la Pila N° 13 el Tribunal destaca que ella no tiene vocación de prosperidad pues ella está sustentada, en lo esencial, en el fenómeno “mora” de Geofundaciones que, como ya se analizó en otro aparte de este fallo, no se dió. Por lo demás, el universo jurídico que ella tiene exige que el excepcionante indique claramente qué obligación contractual se niega a cumplir mientras la otra parte, a su turno, no cumpla la suya. Así, y por vía de ejemplo, el arrendatario puede negarse a pagar la renta si no ha obtenido el goce de la cosa arrendada; el arrendador puede negarse a efectuar las reparaciones obligatorias si no se le ha pagado el precio del arrendamiento. En el caso sub-examine, y tal como está sustentada la excepción, se impondría preguntar: Se allanaría el Consorcio a indemnizar a Geofundaciones todos los perjuicios que se le causaron con la pérdida y deterioro de sus equipos, a cambio del cumplimiento por parte de ésta de una cualquiera de las obligaciones enlistadas en la literatura que sirve de apoyo o fundamento al medio exceptivo propuesto? Si la respuesta fuese afirmativa, tendría que concluirse, en sana lógica, que el Consorcio acepta su responsabilidad por el accidente y habría estado dispuesto, en todo momento, a pagar el monto de los perjuicios causados. En conclusión: En el caso sub-examine la exceptio non adimpleti contractus no prospera, tal como fue sustentada, porque LA OBLIGACION QUE SE DICE INCUMPLIDA NO REPERCUTE SOBRE LA CAUSA DE LA CONTRAPRESTACION. El Profesor Jean Carbonnier<sup>56</sup>, enseña:

“a) La excepción es un medio meramente DEFENSIVO, de modo que el deudor no toma iniciativa alguna, limitándose a DENEGAR EL CUMPLIMIENTO cuando el acreedor reclama por vía judicial o amistosa... b) La excepción es un recurso PURAMENTE TEMPORAL, pues el contrato únicamente se suspende y el acreedor, rechazado en principio, PUEDE OBTENER SATISFACCION TAN PRONTO COMO CUMPLA SU PROPIA OBLIGACION...”.

Por todas las anteriores consideraciones, no habiendo incurrido Geofundaciones en un retardo que le sea imputable, no pueden prosperar las excepciones del contrato no cumplido, ni la de la culpa del demandante propuestas por el demandado.

Debe señalarse que dentro de la excepción de contrato no cumplido el Consorcio se apoya también en la alegada construcción defectuosa del pilote N° 8 de la pila N° 13 del Puente Plato, punto que será definido al analizar las pretensiones de la contrademanda formulada por el mismo Consorcio.

## **4. LOS PERJUICIOS SUFRIDOS POR GEOFUNDACIONES**

### **4.1. Marco Conceptual**

Para el recto entendimiento del perjuicio como elemento configurativo de la responsabilidad civil, y antes de llevar a cabo el análisis de su cuantificación, según los dictámenes periciales rendidos dentro del proceso, el Tribunal hace las siguientes precisiones:

4.1.1. En nuestro sistema jurídico la reparación del daño busca colocar al afectado en la misma situación que tendría de no haberse incumplido la obligación estipulada. Así las cosas, debe hacerse una composición imaginaria de lugar para determinar cuál habría sido la conformación patrimonial del acreedor de no haberse presentado la inejecución total o parcial o la ejecución defectuosa o tardía de la prestación. Esto permitirá deducir en qué medida dejaron de entrar o se redujeron los activos del

<sup>55</sup> Alejandro Borda. La teoría de los actos propios, Premio Jorge Joaquín Llambías, Segunda Edición, Abeledo Perrot, págs. 51 y ss.

<sup>56</sup> Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. El Derecho de las obligaciones y la situación contractual. pág. 675 y ss.

lesionado o en qué monto se incrementaron sus pasivos como consecuencia del incumplimiento del deudor.

En el presente caso quedó probado que el Consorcio incumplió dos de las obligaciones que contrajo en el negocio jurídico que celebró con Geofundaciones. De esos incumplimientos se desprende la responsabilidad civil del demandado, pues se tiene establecido que dichos incumplimientos le son imputables y que ellos contribuyeron, de manera necesaria, a la causación de los daños cuya reparación demanda Geofundaciones. Pero los daños que se generaron son, en principio, los mismos, cualquiera que sea la obligación incumplida, pues trátase de la falta de un seguro efectivo, o del no suministro y mantenimiento de un planchón en buenas condiciones, en ambos casos el resarcimiento que se busca es el mismo: daño emergente consistente en los valores de reposición de los equipos que se perdieron o del monto de la reparación de aquellos que pudieron salvarse; y lucro cesante por el período durante el cual los equipos no pudieron operar.

Esto significa que cada obligación incumplida no conlleva unos perjuicios particulares, que debieren sumarse, sino que las dos desembocan en la producción del mismo demérito económico.

Sin embargo, el monto de las indemnizaciones que en uno y otro caso pudieren obtenerse tienen una intensidad distinta.

En efecto, en el incumplimiento de la obligación de asegurar los equipos de Geofundaciones, las indemnizaciones que de allí hubieren de obtenerse estarían necesariamente delimitadas por lo convenido en el contrato de seguro. Recuérdese que la composición de lugar que debe hacerse es la de imaginar en qué situación se habría encontrado Geofundaciones si el Consorcio no hubiere violado esa obligación, vale decir, si hubiere amparado de manera efectiva los equipos de la demandante. En esa suposición Geofundaciones contaría con un seguro adecuado que le habría permitido obtener del asegurador la indemnización contemplada en la póliza. Pero, del análisis de su clausulado se deduce que la indemnización se habría limitado al daño emergente -según los bienes y valores asegurados- con exclusión del lucro cesante, de manera que Geofundaciones no habría podido reclamar las pérdidas de ingresos durante el período que la ley le concede al asegurador para analizar y resolver la reclamación que se le formule, ni durante el lapso necesario para el salvamento de los equipos y para su reparación o para la reposición de los demás. Con este análisis, en cuanto al alcance del seguro, concuerda el Doctor Andrés Ordóñez en el concepto que presentó la parte demandada como parte integrante de su alegato de conclusión.

Estas restricciones no se presentan en el desenlace de la otra obligación incumplida, es decir, en la de suministrar y mantener un planchón seguro. En esta hipótesis, la composición de lugar que ha de llevarse a cabo consiste en vislumbrar qué hubiere sucedido si el deudor no hubiere violado la mencionada prestación, con lo cual se tendría que el planchón habría contado con las condiciones adecuadas, de manera que su hundimiento no habría ocurrido (la efectividad del seguro aparece, en cambio, una vez acaecido el siniestro). En este evento, Geofundaciones no habría recibido perjuicio alguno, ni por daño emergente ni por lucro cesante, de suerte que está legitimada para reclamar del Consorcio la totalidad de los perjuicios ciertos, directos y previsibles que resulten probados.

Ante la diferencia de alcance indemnizatorio que tienen las dos obligaciones incumplidas, el Tribunal entiende que debe hacer la liquidación de los perjuicios con base en la inejecución de la obligación de suministrar y mantener un planchón seguro, pues con ella la demandante tiene acceso a una indemnización íntegra, tal como la que solicita en la demanda.

4.1.2. Geofundaciones arguye en el alegato de conclusión que debe condenarse al Consorcio a resarcirle la plenitud de los daños sufridos, aún si algunos de ellos fueren imprevisibles, por cuanto el demandado incurrió en culpa grave. Esta petición se basa

en los términos del Artículo 1.616 del Código Civil, según el cual el deudor, a quien le sea imputable una culpa de tal grado, debe responder por la totalidad de los perjuicios directos que se hayan producido, ya sean éstos previsibles o imprevisibles.

Sobre esta materia el Tribunal ha de señalar que la calificación de la culpa grave respecto del incumplimiento de la obligación de asegurar los equipos de Geofundaciones no tiene ninguna relevancia práctica, toda vez que este incumplimiento no es el que habrá de tenerse en cuenta para la evaluación de los perjuicios, según se dejó antes explicado.

En cuanto al incumplimiento de la obligación de suministrar y mantener un planchón seguro no se ha demostrado que el deudor hubiere incurrido en culpa grave, tarea probatoria que le correspondía a Geofundaciones, por cuanto esta culpa no se presume entrándose de la inejecución de obligaciones nacidas de contratos bilaterales, en los cuales la culpa presumida es la culpa leve (Art. 1.604 del Código Civil), lo que significa que si el acreedor quiere obtener las mayores ventajas económicas que se deriven de la culpa grave tiene que demostrarla.

Nótese, sobre este particular, que la causa del hundimiento del Pontón "Rómulo P.7" no pudo precisarse en su materialidad específica. Tan solo se indicaron algunas posibles causas hipotéticas que pudieron haber producido el siniestro. Frente a ellas el Consorcio no pudo demostrar su comportamiento diligente y cuidadoso, esto es, no acreditó su ausencia de culpa, de suerte que la presunción de culpa leve no fue desvirtuada. Pero así como no se pudo demostrar la causa puntual del accidente, tampoco se comprobó una culpa grave del demandado.

4.1.3. Para efectos de la cuantificación del daño emergente es del caso tener presente que algunos equipos de Geofundaciones que se encontraban en el planchón, y que se hundieron con éste, no fueron reportados por el demandante al Consorcio para que éste los incluyera dentro del amparo de su póliza "todo riesgo maquinaria".

No obstante, en el Subcontrato quedó establecido, en términos generales, el tipo de equipos, utensilios y herramientas que Geofundaciones debía emplear en la ejecución de los trabajos encomendados, todos los cuales debía poner a bordo del planchón, toda vez que este era el sitio mismo de operaciones, esto es, el lugar desde el cual laboraban los técnicos y demás trabajadores de la demandante. A este respecto la Cláusula Cuarta del contrato, en el numeral 4.1., se ocupa de los equipos a cargo del subcontratista, señalando que éste "se compromete, por su cuenta, a transportar y a poner al servicio de este subcontrato los equipos señalados por sus ofertas, incluyendo sus herramientas, piezas, partes, repuestos y demás necesarios para estar en buenas condiciones de funcionamiento y mantenimiento durante el plazo del subcontrato".

La demandante, en el Anexo N° 2 de la demanda indica los bienes y elementos que no fue posible recuperar, los cuales coinciden con aquellos que no fueron enlistados en las pólizas de seguros.

Sin embargo, los peritos Ingenieros Civiles admiten que se encontraban a bordo del planchón, mediante las siguientes explicaciones que se leen en el escrito de ampliación y aclaración del dictamen, explicaciones que al Tribunal le merecen credibilidad:

"Se reconocieron por medio de las fotografías que fueron tomadas durante la ejecución de los trabajos y que hacen parte del expediente. Además se trata de equipos que se emplean normalmente en el desarrollo de construcciones de pilotes por medio del sistema de preexcavación y fundición in situ".

Así, pues, la pérdida de estos equipos constituye un daño cierto -pues se encontraban a bordo del planchón- y previsible.

A este respecto cabe recordar que, los perjuicios previsibles son aquellos que el deudor pudo anticipar o prever al momento de celebrar el contrato<sup>57</sup>. Para su determinación la doctrina es unánime en afirmar que en cada caso, de acuerdo con las circunstancias puntuales del mismo, le corresponde al juez apreciar lo que es previsible para un deudor diligente, el cual debe prever lo que es usual, corriente, ordinario, o normal, de acuerdo con sus conocimientos y experiencia.

Con este marco de referencia, el Tribunal entiende que el Consorcio razonablemente podía anticipar, al momento de celebrar el contrato, que de zozobrar el planchón las máquinas de Geofundaciones que se hundirían por estar a bordo, serían aquellas indicadas expresamente y por escrito al demandado, con señalamiento de su valor asegurado, para que éste las incluyera en su póliza, junto con todos los implementos, utensilios, herramientas, piezas, partes y repuestos que ya se anunciaban en el texto del contrato, y que son indispensables para llevar a cabo el tipo de trabajos que debía realizar Geofundaciones, lo cual obviamente era de conocimiento del Consorcio dada su larga experiencia en esta clase de obras de ingeniería.

En conclusión, la reparación del daño emergente sufrido por Geofundaciones deberá comprender la totalidad de sus bienes, maquinarias y equipos hundidos con el Planchón “Rómulo P.7”

4.1.4. En lo que hace relación con la determinación del lucro cesante, la demandante pide, en la octava pretensión de la demanda, que se condene al Consorcio “a pagarle... a título de indemnización el lucro cesante que ha sufrido por la falta de disponibilidad de los equipos indispensables para el desarrollo de éste y otros contratos...”.

Las pruebas que obran en el proceso demuestran que una vez ocurrido el siniestro el 28 de Julio de 1.996, las partes iniciaron un prolongado y controvertido debate respecto de a quién correspondía recuperar los equipos y mandarlos reparar, así como quién era la parte legitimada para reclamar de la Aseguradora la indemnización correspondiente. Entre tanto, las máquinas continuaban en el lecho del río, con lo cual Geofundaciones se veía privada de la posibilidad de emplearlas en otros frentes de trabajo. Dicha situación se mantuvo por varios meses después del hundimiento del planchón “Rómulo P7”.

Para situaciones como la presente, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en admitir que cuando el bien afectado puede ser reemplazado o reparado, la víctima tiene derecho a ser indemnizada mediante el reconocimiento del lucro cesante correspondiente al llamado “período de inmovilización” del bien.

Pero también se advierte que en ocasiones “se presentan retardos en la reparación efectiva y entonces es necesario acudir a otro principio según el cual el lucro cesante por la inmovilización del bien dañado solo abarca lo que normalmente, en el medio local, tarda una reparación o reemplazo de las mismas características”<sup>58</sup>. Esta es la posición acogida por nuestra jurisprudencia, toda vez que la Corte ha hecho aseveraciones del siguiente tenor: “Parece lo más razonable que el período en cuestión (se refiere al del lucro cesante) solo puede extenderse desde la fecha en que quedó inutilizado el carro del tranvía por razones del choque con la locomotora, hasta el vencimiento de un término prudencial que se considera suficiente para la adquisición por la empresa de un nuevo carro destinado a reemplazar al que fue destruido”<sup>59</sup>.

Y en otra ocasión reiteró la Corte que “para la estimación del lucro cesante se tendrá en cuenta el tiempo que, dada la naturaleza de los daños recibidos, era necesario para la reparación”<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Sentencias de Casación Civil del 23 de Octubre de 1.931; 29 de Octubre de 1.945; 3 de Agosto de 1.949, entre otras.

<sup>58</sup> Javier Tamayo Jaramillo. De la Responsabilidad Civil. Tomo 2 Editorial Temis pág. 320 y ss.

<sup>59</sup> Sentencia de la Sala de Negocios Generales del 22 de Febrero de 1.945.

<sup>60</sup> Sentencia de la Sala de Negocios Generales del 31 de Octubre de 1.950.

En el caso bajo estudio, como se indicó, la recuperación de los equipos y su ulterior reparación tomó mucho tiempo mientras discurrían las controversias que sostenían las partes. Debe dilucidarse, entonces, quién debe asumir las pérdidas que se produjeron durante el tiempo de inmovilización que excedió el lapso razonable para la recuperación y reparación o reposición de los equipos.

Para este análisis el Tribunal toma en consideración algunos criterios del derecho comparado que coinciden plenamente con los principios imperantes en nuestro medio, propios del derecho de daños.

De una parte, como aplicación concreta del principio de ejecución de buena fe de los contratos, el derecho europeo continental señala que la parte lesionada, es decir, el acreedor a quien se le ha incumplido una obligación estipulada, debe actuar con diligencia y acuciosidad para reducir, tanto como le sea posible, el perjuicio que ha sufrido<sup>61</sup>. No sobra señalar que esta interpretación está basada sobre un texto normativo esencialmente igual al plasmado en el Artículo 1.603 de nuestro Código Civil y 871 del Código de Comercio.

De otra parte, en el derecho anglosajón está bien cimentado el principio de que cuando un incumplimiento contractual ocurre, la víctima del mismo debe tomar, de manera rápida y razonable, las medidas conducentes a disminuir sus perjuicios, en el entendido de que los gastos y expensas incurridos en la ejecución de tales medidas le serán reembolsados por la parte incumplida dentro de la indemnización de perjuicios que ordenan los jueces. Esto es lo que se conoce como la obligación de mitigar los daños o "the duty to mitigate the damages"<sup>62</sup>. A este respecto la doctrina considera que el comportamiento diligente de la víctima para reducir sus propios perjuicios es lo que la legitima jurídica y moralmente para obtener la reparación de los mismos, de manera que los jueces analizan con detenimiento las gestiones adelantadas en tal sentido por el perjudicado. Una vez que éste ha demostrado que cumplió su obligación de mitigar los deméritos económicos, la parte incumplida puede tratar de demostrar que las medidas adoptadas no fueron razonables.

Este principio del derecho anglosajón también se basa en la ejecución de buena fe como se preconiza en un caso en el que se señaló que "el acreedor lesionado debe proceder razonablemente con el objeto de no estimular indebidamente la generación de los perjuicios causados por el incumplimiento. Para ello se requiere, tan solo, que obre de buena fe y con razonable diligencia"<sup>63</sup>.

Es sin duda necesario -desde el punto de vista ético, social, jurídico y económico- establecer un patrón de conducta que evite la deslealtad y promueva la diligencia y la acuciosidad frente a la causación de perjuicios, pues no es posible admitir la inercia del acreedor afectado, quien se sienta a ver crecer sus propios daños con el convencimiento de que todas las secuelas adversas que se desprendan del incumplimiento del deudor le serán íntegramente reparadas.

Es frecuente el caso en que un buque contratado para transportar bienes perecibles, como bananos, por ejemplo, no se presenta en el lugar de cargue, en la fecha estipulada, dejando la fruta expuesta a un rápido deterioro. El dueño de la misma, obviamente, no puede alegrarse de la situación considerando haber "vendido de contado" el cargamento, en el entendimiento de que el transportador incumplido tendrá que pagárselo en su integridad. No; esa no puede ser la actitud del acreedor perjudicado, razón por la cual las Cortes de los países anglosajones le exigen un comportamiento diligente para conseguir otro transporte que evite la pérdida total de la mercancía, en cuyo caso le reconocerán, como parte de la indemnización, el mayor

<sup>61</sup> Jean Pierre Van Ommeslaghe. *Droit des Obligations*. Vol. I. Pág. 26 y ss.

<sup>62</sup> Sobre este tema es ilustrativo el estudio de Lucienne Carasso Bulow. "Consequential damages and the duty to mitigate in New York Maritime Arbitrations". Artículo publicado en *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*. 1.984. pág. 622 y ss.

<sup>63</sup> *Ellerman Lines Ltd. vs. The President Harding*. Citado por L. Carasso Bulow. op. cit. pág. 638 y ss.

costo que deba pagar por el transporte sustituto. Así, pues, en cada caso y según las circunstancias, se evalúa la rapidez en la reacción del acreedor y las medidas providentes que haya adoptado.

Estas pautas de conducta también deben ser observadas plenamente en nuestro derecho por tratarse de una clara y saludable aplicación del principio de la buena fe, plasmado expresamente en nuestro derecho positivo, y condición insustituible para la convivencia social.

El Tribunal entiende, por lo demás, que la obligación de actuar con diligencia para reducir los propios daños está implícitamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. No otra cosa ponen en evidencia las sentencias antes mencionadas, en las cuales se limita el resarcimiento del lucro cesante al período normal de “desmovilización”, esto es, al lapso que usualmente se emplearía en la reparación o sustitución del bien dañado. Esto obliga al acreedor a reaccionar con prontitud, pues sabe que el tiempo que exceda ese período razonable corre por su cuenta. Por eso la doctrina ha señalado que “cualquier demora imputable a decisión o culpa de la víctima hace que el lucro cesante de ese tiempo no tenga porqué ser pagado por el demandado”<sup>64</sup>.

Así mismo para el análisis de los hechos del presente caso, son ilustrativas las siguientes orientaciones del Doctor Javier Tamayo Jaramillo: “IMPOSIBILIDAD DE REPARACION POR FALTA DE DINERO DE LA VICTIMA.- Ya vimos cómo, cuando la víctima retarda la reparación o reposición del bien destruido o deteriorado, el lucro cesante solo puede abarcar el período que normalmente sea indispensable para efectuar la reparación o reemplazo. Pero puede ocurrir que el bien no haya podido ser reemplazado o reparado por carencia de medios económicos de aquella para hacerlo. Tal el caso del taxista cuya única fortuna estaba constituida por el vehículo afectado. Creemos que en este caso el responsable está obligado a pagar la totalidad del lucro cesante, puesto que su culpa es la única causa del daño y por tanto el retardo en la reparación no le es imputable a la víctima. En conclusión, aunque la reparación se hubiera podido efectuar en menos tiempo de haber existido el dinero suficiente para pagarla, en este caso el causante del daño debe pagar el lucro cesante que afecte la totalidad del período de inmovilización del bien”.

Es exactamente el mismo caso que, sometido a la consideración de la Corte Suprema de Justicia, produjo como resultado la decisión de esta alta Corporación en igual sentido; esto es, que si la víctima acredita que en razón de su pobreza no se hallaba en condiciones de proveer a la reparación del taxi, la indemnización ha de ser plena; por el contrario, de echarse de menos tal prueba en el proceso, la solución ha de ser una indemnización parcial, correspondiente al lucro cesante que se produjo en el período que empieza con el daño del vehículo y termina el día en que razonablemente habría quedado reparada la cosa<sup>65</sup>.

De los anteriores párrafos se infiere que el acreedor lesionado debe actuar con diligencia para reducir, tanto como le sea posible, el lucro cesante por el daño de sus bienes, lo que lo obliga a ordenar su reparación con razonable prontitud, o de otra manera será él quien deba asumir las mayores pérdidas que se presenten. Pero si no cuenta con los medios para llevar a cabo dicha reparación en el término usual, el deudor incumplido será el llamado a reparar el período completo de inmovilización. Con todo, en esta última hipótesis, la víctima deberá aportar las pruebas suficientes para demostrar la carencia de recursos y las gestiones diligentes, aunque infructuosas, llevadas a cabo para conseguirlos. En este sentido es claro que los costos financieros de las sumas empleadas en la reparación, deberán reconocérsele al acreedor perjudicado, lo mismo que habrán de serle reembolsados los intereses que haya debido pagar en los préstamos que hubiere conseguido con el mismo propósito.

---

<sup>64</sup> Javier Tamayo J. op. cit. pág. 321.

<sup>65</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación, Junio 24 de 1.996. Expediente 4424. Magistrado Ponente Dr. José Fernando Ramírez Gómez.



El hundimiento del Planchón “Rómulo P.7” conllevó el hundimiento de diversas máquinas de propiedad de Geofundaciones, indispensables para la ejecución de los trabajos que constituyen su actividad principal de negocios. Era, pues, la demandante la llamada a actuar con diligencia para reducir el período del lucro cesante a que estaba expuesta, no solo por ser la dueña de los equipos, lo que le hacía asumir de entrada la pérdida (Res perit domino), sino porque con ellos generaba parte importante de sus ingresos sociales. En consecuencia, ha debido Geofundaciones tomar todas las medidas razonables a su alcance para recuperar sus máquinas y hacerlas reparar o sustituirlas en el menor tiempo posible. Pero no hizo nada de esto, o al menos no se tienen pruebas de lo realizado con tal propósito. Tampoco se demostró que careciera de los recursos necesarios para emprender dichas tareas, ni se acreditó que hubiera adelantado gestiones adecuadas para conseguir en el mercado los recursos señalados. Por esta razón, para la cuantificación del lucro cesante el Tribunal solo tendrá en cuenta el período de inmovilización razonable, dadas las circunstancias del siniestro, para la recuperación de los equipos de Geofundaciones y para su reparación o sustitución.

La lógica de lo razonable, “... debe impregnar y dirigir la labor de interpretación encomendada al jurista; y de hecho la impregna y la dirige en laguna medida, aunque no siempre en toda la medida que es deseable...”<sup>66</sup>. Ella toma apoyo en la realidad concreta del mundo social humano en el cual se opera, está regida por valoraciones concretas, esto es, referidas a una determina situación, y toma en cuenta los fines y los medios con miras a buscar una corrección ética de los medios. Por lo demás, la lógica de lo razonable se orienta por las enseñanzas sacadas de la experiencia individual y social y se desenvuelve al calor de tal experiencia. Todas estas verdades explican bien que en el mundo jurídico de hoy tanto la doctrina como la jurisprudencia hagan esfuerzos para delimitar el universo jurídico que tiene el cómputo “DEL PLAZO RAZONABLE”, concepto jurídico indeterminado. En este campo deben recordarse los esfuerzos hechos por la Comisión Europea al tratar la materia relacionada con la Responsabilidad del Estado, por prisión provisional indebida, que la llevó a establecer el sistema de los siete criterios y de las reglas básicas para su aplicación, cuyo alcance no parece pertinente recordar ahora. También en los ordenamientos anglosajones, y en referencia especial al proceso penal, se habla del derecho al “SPEEDY TRIAL”, para aludir a la duración razonable del proceso o a la INTERDICCION DE DILACIONES INDEBIDAS.

A juicio del Tribunal nada impide que la filosofía que se deja brevemente expuesta informe también la conducta de las partes en materia contractual, con el fin de dejar en claro que cada una de ellas debe hacer, en el momento oportuno, todo lo que sea menester hacer para tratar de minimizar el monto de los perjuicios. No resulta, pues, de recibo, a la luz de la ley y el derecho, que el propietario de un bien que ha sido dañado por un tercero, deje pasar los días, los meses y hasta los años para ordenar la reparación del mismo, pudiendo hacerlo, simplemente porque su negligencia a actuar le puede reportar beneficios invocando el pago del lucro cesante.

4.1.5. También en relación con las pretensiones relativas al lucro cesante, la parte demandante solicitó, dentro del cuestionario formulado a los peritos Ingenieros, (numeral III del Capítulo de Pruebas de la demanda) que rindieran informe “sobre las licitaciones, contratos, obras, proyectos, etc. que Geofundaciones ha estado en dificultad o en imposibilidad para participar debido a la falta de los equipos..” y se solicita que se calcule el valor de tales contratos y la utilidad que hubiere obtenido la demandante.

En desarrollo de esta petición los peritos en su dictamen hicieron mención a cuatro licitaciones, algunas de las cuales tuvieron lugar después del vencimiento del período de inmovilización razonable que habrá de fijar el Tribunal, de manera que las eventuales pérdidas de estos negocios no son atribuibles al Consorcio.

<sup>66</sup> Luis Recasens Siches. Tratado General de la Filosofía del Derecho. pág. 7ª.

En todo caso, lo que es más importante resaltar en este aparte es que uno de los elementos esenciales del perjuicio resarcible es su carácter de cierto, es decir, que no haya duda sobre su ocurrencia, por tener plena certeza el juez acerca de su acaecimiento. De ahí que no sean susceptibles de reparación los daños meramente eventuales, especulativos o hipotéticos.

Obsérvese que los perjuicios que se tratan de probar en esta forma son absolutamente hipotéticos y eventuales, pues no existe medio probatorio alguno para demostrar que Geofundaciones hubiera obtenido los contratos correspondientes, pues para ello sería menester conocer y analizar las ofertas de quienes hubieren sido sus competidores en las licitaciones para comprobar que la propuesta de la demandante había sido la mejor. Para este ejercicio de ficción económica no se tienen los elementos de juicio indispensables, de manera que el Tribunal no puede reconocer esta clase de deméritos patrimoniales.

4.1.6. Finalmente, para la determinación de las condenas a que haya lugar, habrá de tomarse en consideración que Geofundaciones pidió la corrección monetaria de los valores que resulten probados, pero no solicitó el reconocimiento de intereses.

#### 4.2. Evaluación y cuantificación del daño

De acuerdo con los criterios explicados que conforman el marco conceptual que viene de describirse, el Tribunal procede a cuantificar los daños sufridos por Geofundaciones, cuya indemnización se demanda, para lo cual habrán de seguirse muy de cerca las conclusiones y razonamientos formulados en el dictamen rendido por los peritos Ingenieros Civiles, experticio éste que el Tribunal encuentra completo y bien fundamentado, sin que el mismo adolezca de errores graves, tal como quedó dicho al resolver las objeciones planteadas por la parte demandada.

##### 4.2.1. Daño Emergente

En este rubro ha de incluirse la totalidad de los equipos, utensilios, herramientas, etc. de Geofundaciones hundidos con el “Planchón Rómulo P.7”.

Dentro de estos bienes algunos fueron rescatados y otros no. La indemnización de los primeros habrá de corresponder con el valor de su reparación calculada por los peritos. De esta regla se excluye la Piloteadora R12, por cuanto la reparación de esta máquina excede el valor de reposición, de manera que en esta hipótesis, el resarcimiento se hará con base en este último valor.

En cuanto a los bienes no rescatados, la indemnización también tomará en consideración el valor de reposición indicado en el dictamen pericial.

Así las cosas, la reparación del daño emergente se descompone así:

##### a) Equipos rescatados y reparados

Grúa LS-108 HD Linkbelt	\$67'000.000,00
Vibrador FNV4150 Foster y	
Unidad Hidráulica (Power Pack) 1605 Foster	\$97'000.000,00
Desarenador CS 3000 Soilmec	<u>\$16'000.000,00</u>
Sub-Total	\$180'000.000,00

##### b) Equipo rescatado pero no reparado

En esta categoría se encuentra la Piloteadora R12 Soilmec. El Tribunal en este punto acoge el criterio de los peritos, según el cual el valor de reposición asciende a US \$353.915, suma ésta que habrá de convertirse a moneda legal colombiana a la tasa representativa del mercado de la fecha de esta sentencia, tal como se solicita en la demanda y como corresponde desde el punto de vista económico, toda vez que con

este monto se busca que la demandante cuente con los recursos necesarios para reemplazar la máquina por otra de iguales condiciones y características y en el entendido de que se trata de un bien importado.

La indemnización que corresponde a este rubro no será objeto de corrección monetaria por estar denominada en dólares de los Estados Unidos.

### c) Bienes no rescatados

EQUIPO	TIPO	VALOR REPOSICION
Balde	1500TG	\$ 17.036.828
Balde	900N	\$ 9.750.752
Broca Roca	900	\$ 10.000.000
Polipasto	50 ton	\$ 2.000.000
Tapa Balde	1500N	\$ 5.600.000
Tubería Desarenador	4 X 54 m	\$ 2.000.000
Transformador	75 KVA	\$ 4.000.000
Winche Hidráulico	2 ton	\$ 10.000.000
Equipo de oxicorte		\$ 700.000
Pulidora		\$ 450.000
Motobomba	4X16 hp	\$ 2.000.000
Máscaras		\$ 12.000.000
Caja de Herramientas	R-12	\$ 4.500.000
Caja de Herramientas	LS108 HD	\$ 10.000.000
Caja de Herramientas	Foster	\$ 2.000.000
Extensión eléctrica	3X10X40	\$ 100.000
Extensión eléctrica	3X8X50	\$ 180.000
Botella de Oxígeno		\$ 350.000
Cilindro de Gas		\$ 100.000
Grilletes	Crosby	\$ 2.500.000
Manguera de Succión	4X6	\$ 600.000
Barras		\$ 20.000
Palas		\$ 10.000
Macho		\$ 30.000
VALOR TOTAL		\$95.927.580

Total daño emergente (en pesos colombianos) \$275'927.580,00

Total daño emergente (en dólares Estadounidenses) US \$353.915,00

#### 4.2.2. Lucro Cesante

Para el cálculo de esta indemnización, el Tribunal acoge la fórmula N° 4 sugerida por los peritos, la cual, según el dictamen, “se realizó con base en el pasado que ha tenido cada uno de los equipos principales comprometidos en el naufragio...”, esto es, la Piloteadora SOILMEC, la Grúa LINK-BELT 108, el martillo vibratorio, cuya facturación conjunta mensual asciende a \$134'149.849, la cual comprende, además, los demás equipos auxiliares y accesorios. Sobre esta facturación mensual los peritos calculan una rentabilidad del 58% antes de costos administrativos y costos financieros. Debe hacerse hincapié en que de acuerdo con el dictamen esta rentabilidad se desprende de los balances contables de GEOFUNDACIONES, de manera que se basa en resultados operativos reales y no meramente especulativos. Ha de subrayarse, igualmente, que la mencionada rentabilidad no es neta, pues la compañía debe aún atender los costos a que se ha hecho mención. Sobre el particular no sobra transcribir las explicaciones de los peritos contenidas en el escrito de ampliación y aclaración del dictamen pericial:

“En el dictamen se aclara que la rentabilidad tenida en cuenta para la determinación del lucro cesante es antes de costos administrativos, costos financieros, etc.

“En una empresa de construcciones existe personal de planta de ingenieros, técnicos, mecánicos, contadores, secretarías, mensajeros, etc., y se cuenta con una o más

oficinas, bodegas, talleres, etc. Todo lo anterior refleja costos, los cuales se conocen como costos administrativos, los cuales debe sufragar la empresa permanentemente para que ella funcione. En el caso de GEOFUNDACIONES, cuando se le hundieron equipos en el Río Magdalena, la empresa siguió funcionando con los mismos costos administrativos, pero con menos equipos produciendo para la empresa. Por el hecho de que estaba recibiendo menos ingresos, no significaba que debería prescindir de sus empleados de planta, o de vender la oficina, o los talleres, etc. porque la empresa debía seguir funcionando.

“Las empresas de construcción recurren por lo general al sistema de arrendamiento financiero o a préstamos bancarios para la adquisición de equipos; los costos que esto genera se conocen como costos financieros. Cuando se hundieron los equipos en el Río, GEOFUNDACIONES debió continuar con el pago de las obligaciones bancarias en las que incurrió para la adquisición de esos equipos.

“Para la determinación del lucro cesante también se puede partir de la utilidad neta que GEOFUNDACIONES venía obteniendo en el subcontrato de pilotaje del puente Plato y sumarle todos los costos administrativos y financieros en los que incurrió. El anterior método arroja matemáticamente el mismo resultado que con el método empleado por los peritos, solo que el método utilizado para el dictamen es mucho más sencillo, ya que no hay que devanarse los sesos determinando cada uno de esos costos administrativos y financieros que deben restársele a la utilidad bruta para obtener la neta, para luego tener que volver a sumar los mismos valores a la utilidad neta, para determinar el lucro cesante.

“De esta forma se hace énfasis en que una rentabilidad del 58% antes de costos administrativos y financieros puede acercarse a una utilidad neta esperada del 6%. Si la rentabilidad fuera del 6% antes de costos administrativos y financieros, simplemente las empresas no podrían recurrir al sistema bancario para adquirir equipos, ni podrían tener instalaciones donde funcionar, ni podrían tener personal de planta, etc.”.

Las anteriores explicaciones, que el Tribunal encuentra claras, completas y convincentes, permiten acoger la rentabilidad del 58%, de manera que aplicado este porcentaje a la facturación mensual (\$134'149.849,00) arroja una rentabilidad mensual, aplicando el criterio atrás descrito, de \$77'806.912,00.

Con todo, el Tribunal habrá de limitar el lucro cesante al “período razonable de inmovilización” de los equipos, según los criterios antes expuestos y tomando en consideración los planteamientos de los peritos sobre los términos usuales para el rescate -teniendo en cuenta localización, reconocimiento del área, condiciones del río, cotizaciones, negociación y celebración del contrato y preparación y ejecución de las labores de recuperación de los equipos- así como los plazos normales para la reparación o importación de las maquinarias, o de ciertas piezas y repuestos, según el caso.

Con estos parámetros el Tribunal fija como “período razonable de inmovilización” un lapso de cuatro meses, que se descompone así: un mes para el rescate de los bienes y tres meses para su reparación o reposición.

Así las cosas, el lucro cesante correspondiente a los cuatro meses de inmovilización asciende a \$311'227.649,00.

#### **4.2.3. Actualización de la condena**

De acuerdo con lo solicitado en la demanda y en atención a la integridad de la indemnización, habrán de actualizarse los montos de las cantidades calculadas para daño emergente (con excepción del valor correspondiente a la reposición de la Piloteadora) y lucro cesante, con base en la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE, para el período comprendido entre la fecha del dictamen pericial (Noviembre 18 de 1.997), o de su aclaración (Enero 20 de 1.998),

según el caso y el 31 de Marzo de 1.998, la cual corresponde al último dato de variación del IPC disponible a la fecha de este laudo.

Dichos índices de aumento de precio al consumidor, durante el período relevante, son los siguientes:

Noviembre, 1997:	0,81%
<i>(índice correspondiente al período comprendido entre el 18 y el 30 de Noviembre de 1.997)</i>	0,324%
Diciembre, 1.997	0,61%
Enero, 1.998	1,79%
<i>(índice correspondiente al período comprendido entre el 20 y el 31 de Enero de 1.997)</i>	0,596%
Febrero, 1.998	3,28%
Marzo, 1.998	2,60%

Estos índices se obtienen de las publicaciones regulares del Departamento Nacional de Estadística, las cuales tienen el carácter de hecho notorio, como ha sido sostenido reiteradamente por la jurisprudencia.

Variación de precios al consumidor entre el 18 de Noviembre de 1.997 (fecha del dictamen pericial de los ingenieros civiles) y el 31 de Marzo de 1.998 (último dato oficial disponible): 8,604%

Variación de precios al consumidor entre el 20 de Enero de 1.998 (fecha de la aclaración del dictamen pericial de los ingenieros civiles) y el 31 de Marzo de 1.998 (último dato oficial disponible): 6,476%

En consecuencia, la actualización monetaria ha de calcularse así:

La actualización monetaria sobre los valores de reparación de los equipos rescatados y reparables (\$180'000.000,00), determinada con base en la aclaración del dictamen pericial de los ingenieros civiles de fecha 20 de Enero de 1.998, y hasta el 31 de Marzo de 1.998, asciende a la suma de \$11'656.800,00.

La actualización monetaria sobre los valores de reposición sobre los equipos no rescatados (95'927.580,00), determinada con base en el dictamen pericial de los ingenieros civiles de fecha 18 de Noviembre de 1.997, y hasta el 31 de marzo de 1.998, asciende a la suma de \$8'253.609,00.

La actualización monetaria sobre el monto determinado por el Tribunal por concepto de lucro cesante (\$311'227.649,00), determinada con base en el dictamen pericial de los ingenieros civiles de fecha 18 de Noviembre de 1.997 (teniendo en cuenta que dichos valores se presentaron en forma actualizada por los mismos a la fecha del dictamen), y hasta el 31 de Marzo de 1.998, asciende a la suma de \$26'778.027,00.

En conclusión, la totalidad de las indemnizaciones en moneda legal colombiana, incluida la correspondiente corrección monetaria, asciende a \$633'843.655,00.

De otra parte, la indemnización calculada en dólares de los Estados Unidos asciende a la suma US \$353.915.

#### **V.- PRETENSION QUINTA DE LA DEMANDA RESPECTO DE LA RESOLUCION DEL CONTRATO:**

En la pretensión Quinta se impetra por Geofundaciones que se DECLARE RESUELTO, "... el subcontrato" para la ejecución del pilotaje para la cimentación de la obra de la Construcción del Puente Plato sobre el Río Magdalena y sus accesos, en la carretera Carmen Bosconia, "por el incumplimiento de el Consorcio". Esta parte del petitum será despachada negativamente, pues para el Tribunal resulta claro, a la luz de la ley y el

derecho, y frente a un contrato de tracto sucesivo, que la fuente de la obligación de indemnizar no es el acto jurídico denominado CONTRATO, sino el hecho INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES que de él surgieron. En otras palabras: la responsabilidad contractual no es un efecto de la obligación contractual, como lo ha enseñado la doctrina clásica, sino fuente de una obligación distinta de la que dió vida al negocio jurídico. Dentro de esta perspectiva ha discurrido la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera. Así, el Profesor Alvaro Pérez Vives, enseña:

“El punto de partida para afirmar que una persona está obligada a indemnizar en virtud de responsabilidad contractual, es el incumplimiento de una obligación convencional; la culpa o el dolo del contratante incumplido, NO LA OBLIGACION PRIMITIVA EN SI MISMA.

“Es en virtud de esta culpa o dolo, como una de las partes quebrantó su obligación contractual y causó un perjuicio a la otra. Lo que ésta reclama no es ya el objeto de la obligación original, SINO OTRO DISTINTO, LA REPARACION PECUNIARIA, cuya causa es muy diferente. La causa de la obligación primitiva fue el acto jurídico; la de la indemnización, es la culpa o el dolo del contratante incumplido. PERO SERIA ABSURDO PRETENDER QUE el DOLO O LA CULPA SEA UN EFECTO DE LA OBLIGACION PRIMITIVA, ya que justamente constituyen la negación del objeto de tal obligación”<sup>67</sup>.

El jurista venezolano, Doctor Pedro Lairer, patrocinaba la misma filosofía jurídica, al destacar:

“... Los daños contractuales no nacen de la resolución judicial ni de la acción de ejecución, sino del INCUMPLIMIENTO TOTAL O PARCIAL del CONTRATO; se trata de tres acciones hermanas, puesto que nacen de un solo y único origen. Como hermanas, no pueden depender una de otra, sino que, demostrado el incumplimiento proceden todas las que se hayan intentado, o al menos la única que haya sido propuesta... La acumulación permitida por la ley no obedece a la finalidad de establecer ninguna subordinación de acciones, sino sólo a un propósito de economía procesal, a fin de que cuando el acreedor tenga interés no sólo en la reparación de daños, sino también en una declaratoria judicial de resolución, no se vea obligado a seguir dos juicios y pueda lograr ambos fines en uno solo... Autores y Tribunales sostienen con harta frecuencia que el acreedor, aunque haya aceptado el cumplimiento tardío de la estipulación contractual y no pueda por ello demandar ya la resolución judicial, no pierde por eso el derecho de ejercer la acción de daños y perjuicios que le hubiere ocasionado el retardo; y asimismo que tampoco pierde el derecho de demandar los perjuicios ocasionados por la falta de calidad estipulada en la cosa permitida y que recibió en cumplimiento de contrato. La razón de esto es muy obvia. Un contratante puede aceptar al deudor el cumplimiento tardío del contrato o bien la cosa de calidad inferior a la prometida, no porque ello no le cause perjuicios o quiera perdonarle, sino porque se los causaría mayores el incumplimiento absoluto, la falta de la especie o cosa. Este su legítimo interés en hacer que el daño sea el menor posible no puede tomarse como una renuncia a su derecho de reclamar ese daño menor que de todos modos tuvo que sufrir...”<sup>68</sup>.

La filosofía jurídica que se deja expuesta fue acogida en Colombia por el Honorable Consejo de Estado en Sentencias del 6 de Septiembre de 1.974, 17 de Mayo de 1.990 y 4 de marzo de 1.993, recordando en esta última, pero sin hacerla suya, la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que en sentencia de 30 de Abril de 1.920, dijo: “La acción alternativa que otorga a los contratantes el art. 1.546 del C.C., para el cumplimiento del contrato o para su resolución, es acción principal, a la cual está subordinada la de perjuicios provenientes del incumplimiento, por lo menos mientras el contrato no haya expirado; pues si no se obliga al cumplimiento del contrato al que no haya cumplido o si no se decreta contra él la resolución, no hay causa

<sup>67</sup> Alvaro Pérez Vives. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Temis 1.968. Pág. 11.

<sup>68</sup> Pedro Arismendi Lairer. Artículo publicado en el Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Tomo Iv. Octubre-Diciembre 4, Caracas, 1.939.

efectiva de la cual se deriven los perjuicios, salvo que en casos especiales la ley establezca la acción para éstos, sin subordinarlo a la efectividad o extinción del contrato, como parece lo hace el art. 1.610, para cuando no se cumpla la obligación de hacer.”<sup>69</sup>.

También la Corte de Casación de Venezuela, y frente a un contrato de tracto sucesivo, precisó:

“... un contrato cumplido con retardo, por ejemplo, el transporte de una mercancía, que recibida con retraso, y por ello vendida con pérdida o menor utilidad de la prevista, puede dar lugar a UNA ACCION AUTONOMA DE DAÑOS Y PERJUICIOS, pues resultaría absurdo pedir RESOLUCION o CUMPLIMIENTO de un contrato de transporte de mercaderías o de frutos ya distribuidos o vendidos. En un contrato de arrendamiento rural o urbano extinguido por vencimiento del plazo, recibida por el arrendador la cosa arrendada y el precio del arrendamiento, no se puede hablar de resolución del contrato, no procedería una acción pidiendo el cumplimiento”<sup>70</sup>.

En el caso sub-examine el Tribunal se encuentra, pues, frente a un contrato de tracto sucesivo, respecto del cual no cabe hablar de RESOLUCION sino de TERMINACION del mismo. Así pues, no es posible disponer que las cosas se restituyan al mismo estado que tuvieron si el acto jurídico no se hubiera celebrado. El Profesor Alvaro Pérez, sobre la materia enseña:

“c) En caso de RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO de un contrato de ejecución instantánea, las cosas se restituyen al mismo estado que tuvieron si el contrato no se hubiera celebrado (Art. 1.544). En los contratos de tracto sucesivo no puede hablarse propiamente de resolución sino de cesación. Estos contratos TERMINAN, no se resuelven; los franceses emplearon la locución RESILIACION para distinguir esa figura jurídica en virtud de la cual el contrato termina para lo futuro. PERO PERMANECE INMODIFICABLE EN CUANTO A LOS HECHOS ANTERIORMENTE REALIZADOS...”<sup>71</sup>.

## **VI.- DEMANDA DE RECONVENCION**

### **1.- Pretensiones 1ª y 2ª:**

En la demanda de reconvención el Consorcio solicita la declaración de incumplimiento del Subcontrato en razón de la defectuosa construcción del Pilote N° 8 de la Pila N° 13 del Puente Plato. Como consecuencia de esta declaración pide condenar a Geofundaciones a pagar en favor del Consorcio los costos de recuperación de dicho Pilote.

De los hechos probados, según se dejó atrás establecido, el Tribunal no encuentra demostrado el incumplimiento aludido, toda vez que quedó acreditado que fué la decisión del Consorcio de construir otro pilote adicional al N° 8 de la Pila N° 13 por razones de seguridad la causa de los mayores costos por tal concepto incurridos. Con todo, dicha decisión es sin duda providente y laudable del Consorcio, pero no es suficiente por sí misma para deducir responsabilidad de Geofundaciones.

A este respecto, el Tribunal toma en consideración los conceptos de los peritos ingenieros civiles, quienes al referirse a lo manifestado por la firma diseñadora del proyecto -Darío Farías G. y Cia. Ltda.- según la cual el Pilote N° 8 de la Pila N° 13 “podía tener longitudes ...” distintas a las previstas en el diseño, manifestaron lo siguiente:

<sup>69</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 30 de Abril de 1.920, XXXIII, 325

<sup>70</sup> Corte de Casación de Venezuela, Sentencia de 10 de Noviembre de 1.993.

<sup>71</sup> Alvaro Pérez Vives. Teoría General de las Obligaciones. Volumen 1. Parte Primera. Segunda Edición. Editorial Temis, 1.953. Pág. 65 y ss.

“Ante la probabilidad de que el pilote hubiere quedado construido con una longitud menor a la del diseño, y por lo tanto probablemente no cumplía con la necesidad de capacidad de carga, ni de empotramiento dentro del estrato componente de arcillolita, el ingeniero Farías recomendó sustituirlo” (fl. 11 del Dictamen).

De otra parte, en cuanto a la prueba para determinar la integridad del pilote, los peritos ingenieros conceptuaron que dicha prueba, “por el sistema de “pile integrity tester”, se trata de un sistema indirecto de medición, mediante el cual se puede estimar la forma que tiene el pilote (longitud y ancho). Por tratarse de un método indirecto, no se trata de una medida exacta y su precisión depende de otros parámetros ajenos a él, como es la velocidad de propagación de ondas de compresión en el concreto.”.

Con estas premisas concluyen que “ante las circunstancias que se presentaron, en opinión de los peritos ingenieros civiles, la decisión de construir u nuevo pilote fue acertada teniendo en cuenta la incertidumbre que existía (y aún existe) en cuanto a la longitud del Pilote N° 8 de la Pila N° 13. No es posible determinar con seguridad lo que sucedió con ese pilote, pero ante la incertidumbre es mejor tomar decisiones por el lado de la condición más estable para la cimentación del puente” (fl. 16 del Dictamen).

Es claro, entonces, dada la incertidumbre que los peritos ponen de manifiesto reiteradamente, que no existen elementos de juicio suficientes, claros y convincentes para concluir que el pilote N° 8 de la Pila N° 13 presenta defectos de construcción, lo que impide afirmar que hubiere incumplido las obligaciones que contrajo mediante el Subcontrato.

## **2.- Pretensión 3ª**

Con esta pretensión el Consorcio busca que se condene a Geofundaciones “por concepto de multas por el atraso o mora en el plazo contractual, en 25 días ...”, las que ascienden a un monto de \$1'250.000,00.

Sobre esta materia el Tribunal ya precisó, de acuerdo con la prueba que obra en el proceso, y al decidir las excepciones de culpa contractual y contrato no cumplido, que Geofundaciones no incurrió en mora que le fuere imputable, de manera que esta premisa sería suficiente para despachar desfavorablemente esta pretensión. Sin embargo, el Tribunal destaca adicionalmente que la Cláusula Décima Séptima prevé que para el establecimiento de multas por demora en la entrega de las obras - mecanismo que constituye, precisamente, los apremios económicos para constreñir al deudor a observar los plazos pactados- se requería que Geofundaciones incurriera en culpa grave, de lo que puede inferirse lo siguiente: a. Que con ello se quiso someter a la demandante a un régimen más flexible de responsabilidad, posiblemente por reconocerse la existencia de riesgos especiales o de imprevistos en la ejecución de los trabajos, como los que en efecto ocurrieron; b. Que dicha culpa grave implica una negligencia protuberante que está lejos de encontrarse probada, pues como se señaló anteriormente Geofundaciones ni siquiera incurrió en error de conducta constitutivo de culpa leve; y c. Que la culpa grave no se presume en este caso y, por tanto, debía probarla el Consorcio, lo que no hizo.

## **3.- Pretensiones 4ª, 5ª y 6ª:**

Con estas peticiones, transcritas anteriormente, el Consorcio persigue el reembolso, a cargo de Geofundaciones, del valor del rescate del equipo hundido de propiedad de esta última, así como el pago de los equipos de propiedad del Consorcio que naufragaron por estar a bordo del Planchón “Rómulo P.7” en la fecha del hundimiento. Pide, igualmente, la actualización monetaria de estos valores.

Sobre estas materias el Tribunal destaca que, de acuerdo con las consideraciones formuladas en esta providencia, el Consorcio es responsable por el incumplimiento de la obligación de suministrar y mantener un planchón seguro, lo que lleva de suyo que es éste el que debe soportar las consecuencias adversas derivadas del hundimiento del



“Rómulo P.7”. Por tanto, le correspondía al Consorcio sufragar, en últimas, las expensas necesarias para el rescate de los equipos de Geofundaciones como parte del resarcimiento íntegro al que esta obligado. Así mismo, es el Consorcio el que debe soportar las pérdidas ocasionadas por el naufragio de sus propios equipos. por tanto no prosperarán estas pretensiones formuladas en la Demanda de Reconvención.

## VII.- COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Para efectos de la liquidación de costas y agencias en derecho, el Tribunal tiene en cuenta:

### A.- Costas:

Los honorarios y gastos del proceso, según el Acta de Instalación del Tribunal son \$286'000.000,00;

Los honorarios totales de los peritos designados dentro del proceso son \$26'000.000,00;

Los gastos aprobados de los peritos ingenieros civiles son \$1'445.028,00;

Para un total de \$313'445.028,00

Esta suma fue cancelada por las partes en iguales proporciones durante el proceso; el Tribunal condenará al Consorcio al pago del 80% de la totalidad de la misma por concepto de costas, de conformidad con los resultados del proceso.

Teniendo en cuenta lo anterior, al descontar la parte ya pagada por el Consorcio, la condena en costas ascenderá a la suma de \$94'033.508,00.

### B.- Agencias en derecho:

El Tribunal fija, por concepto de agencias en derecho a cargo del Consorcio, la suma de \$64'000.000,00.

En virtud de lo que se deja expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## FALLA:

**PRIMERO.-** No prosperan las objeciones por error grave formuladas por el Consorcio a los dictámenes periciales rendidos por los ingenieros civiles y por los ingenieros navales.

**SEGUNDO.-** Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el Consorcio en la contestación de la demanda.

**TERCERO.-** Declárase que el Consorcio asumió, e incumplió, la obligación contraída con Geofundaciones de suministrar y mantener un planchón adecuado para los fines del Subcontrato.

**CUARTO.-** Declárase que el Consorcio asumió, e incumplió, la obligación de asegurar y mantener asegurados todos los equipos de Geofundaciones, por las razones expuestas en las consideraciones de este fallo.

**QUINTO.-** No se declara la resolución del Subcontrato, por las razones expuestas en los considerandos de este Fallo.

**SEXTO.-** Deniégase la pretensión Sexta de la Demanda, por las razones expuestas en las consideraciones de este Fallo.

**SEPTIMO.-** Condénase al Consorcio a pagar a Geofundaciones, por concepto de daño emergente y lucro cesante, las siguientes cantidades de dinero:

a.- Daño Emergente:

a.a.- Equipos rescatados y reparados: la suma de \$191'656.800,00

a.b.- Equipo rescatado pero no reparado: la suma que en pesos colombianos equivalga a US \$353.915, liquidados a la Tasa Representativa del Mercado correspondiente a la fecha del presente Laudo.

a.c.- Bienes no rescatados: la suma de \$104'181.189,00

b.- Lucro Cesante:

La suma de \$338'005.676,00

Las sumas atrás indicadas en moneda legal colombiana incluyen las actualizaciones a la fecha, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de este Fallo.

**OCTAVO.-** Deniéganse las demás pretensiones de la Demanda presentada por Geofundaciones.

**NOVENO.-** Deniéganse la totalidad de las pretensiones formuladas por el Consorcio en la Demanda de Reconvención.

**DECIMO.-** Condénase al Consorcio al pago a Geofundaciones de la suma de \$158'033.508,00, por concepto de costas y agencias en derecho.

**DECIMO PRIMERO.-** Protocolícese el expediente en una de las notarías del Círculo de Santafé de Bogotá.

**NOTIFIQUESE.**

**JULIO CESAR URIBE ACOSTA**  
Presidente  
**JORGE SUESCUN MELO**  
Arbitro

**Mª CRISTINA MORALES DE BARRIOS**  
Arbitro  
**LUIS ARTURO DE BRIGARD CARO**  
Secretario.

El Laudo fue notificado en audiencia a los señores apoderados de las partes, a quienes por Secretaría les fue entregada copia auténtica.

El Tribunal fijó la fecha del Lunes Cuatro (4) de Mayo, a la hora de las Nueve de la mañana (9:00 a.m.) para la audiencia en la cual resolverá sobre las solicitudes de aclaración, adición o corrección por error aritmético del laudo arbitral, si se presentaren. De esta fecha las partes quedaron notificadas en audiencia.

Para constancia se firmó el Acta por quienes intervinieron en la audiencia.

**JULIO CESAR URIBE ACOSTA**  
Presidente

**M<sup>a</sup> CRISTINA MORALES DE BARRIOS**  
Arbitro

**JORGE SUESCUN MELO**  
Arbitro

**LUIS ARTURO DE BRIGARD CARO**  
Secretario

**FERNANDO LONDOÑO HOYOS**  
Apoderado Geofundaciones

**FERNANDO SARMIENTO CIFUENTES**  
Apoderado Consorcio