

TRIBUNAL DE ARBITRAJE

DE:

TECNIA S.A.S.

CONTRA:

**CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. Y COLOMBIA CMF S.A., INTEGRANTES
DE LA UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO –UTSJ–**

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D. C., cuatro (4) de septiembre de dos mil quince (2015).

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1º. ANTECEDENTES

1. PARTES

1.1. Parte Convocante

Es **TECNIA S.A.S.** sociedad comercial legalmente constituida con domicilio principal en Bogotá, representada por **IVÁN RICARDO SÁNCHEZ ACEVEDO**, conforme al certificado expedido por la Cámara de Comercio¹, y por su apoderada judicial, según el poder que consta en el expediente.²

¹ Cuaderno Principal No. 1, folios 53 a 59.

² Cuaderno Principal No. 1, folio 57.

1.2. Parte Convocada

Está conformada por las sociedades integrantes de la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO –UTSJ–**, **CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A.** y **COLOMBIA CMF S.A.**, personas jurídicas legalmente constituidas con domicilio principal en Bogotá, representadas en su orden por **JORGE IVÁN CARREÑO ROJAS** y **CAMILO MOLANO KISHEL**, así como por su apoderado judicial según los certificados expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá y el poder respectivo.³

2. PACTO ARBITRAL

Las partes acordaron dicho pacto en la modalidad de cláusula compromisoria en la Cláusula 24 del Contrato de Obra Material bajo la modalidad de precios unitarios fijos suscrito el 15 de abril de 2013, cuyo texto es el siguiente:⁴

“24.1. Salvo lo relativo al cobro de títulos ejecutivos a favor de UTSJ, cualquier diferencia entre las partes relativa al Contrato y los documentos que lo integran se resolverá por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las Partes de la lista de árbitros inscritos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. A falta de acuerdo, designados directamente por el Director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de la Lista de Árbitros A.

“24.2. Si la controversia es de cuantía inferior a quinientos (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes, el Tribunal estará conformado por un (1) árbitro designado de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior.

24.3. El Arbitraje tendrá como sede Bogotá y se regirá por las normas legales vigentes. Los árbitros serán abogados colombianos y decidirán en derecho”.

3. TRÁMITE ARBITRAL

3.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria, **TECNIA S.A.S.** presentó el 8 de noviembre de 2013 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la

³ Cuaderno Principal No. 1, folios 60 a 63, 64 a 67 y 188 a 192.

⁴ A pesar de que en la cláusula 24 de los “Datos del Contrato” y a manera de cláusula compromisoria, se indica que “Cualquier controversia o diferencia entre las partes relativa con el contrato y los documentos que lo integran se resolverá previo agotamiento del trámite de conciliación y para ello se acudirá a cualquier centro de conciliación autorizado en la ciudad de Bogotá”, las partes han entendido adecuadamente que prima la cláusula 24 de los “Términos y Condiciones Generales”, en razón a que el numeral 2.3. de la cláusula 2 de este último advierte que, si se presenta alguna diferencia de interpretación, se aplican de manera prevalente éstos sobre los denominados “Datos del Contrato”.

Cámara de Comercio de Bogotá, una solicitud de convocatoria y demanda arbitral frente a la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO –UTSJ–**, conformada por las sociedades **CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A.** y **COLOMBIA CMF S.A.**⁵

3.2. Los árbitros designados oportunamente expresaron su aceptación⁶ y en audiencia del 27 de enero de 2014, el Tribunal se instaló, designó Presidente y Secretario.⁷

3.3. Por auto número 3 del 3 de abril de 2014, el Tribunal admitió la demanda arbitral subsanada, y ordenó notificar el auto admisorio así como correr su traslado por el término legal a la Parte Convocada, quien notificada el 2 de mayo 2014 la contestó el 30 de mayo de 2014 con expresa oposición a las pretensiones e interposición de excepciones perentorias⁸. En escrito separado presentó demanda de reconvenición, que fue admitida por auto del 25 de junio de 2014 y replicada por la Convocante, quien se opuso al *petitum* e interpuso excepciones de mérito⁹, las cuales replicaron ambas partes dentro del término legal.¹⁰

3.4. Surtido el trámite precedente, con auto No. 8 del 9 de septiembre de 2015 se ordenó subsanar la demanda de reconvenición con la inclusión del juramento estimatorio; presentada la demanda integrada el 1º de octubre de 2014, se tuvo por subsanada y se ordenó su traslado a la Parte Convocante – demandada en reconvenición-, quien reiterando la contestación y excepciones inicialmente presentadas, renunció al término de traslado y en su lugar solicitó fijar fecha para audiencia de conciliación.¹¹

⁵ Cuaderno Principal No. 1, folios 1 a 56.

⁶ Cuaderno Principal No. 1, folios 125 a 133.

⁷ Cuaderno Principal No. 1, folios 185 a 187.

⁸ Cuaderno Principal No. 1, folios 223 a 229.

⁹ Cuaderno Principal No. 1, folios 251 a 371.

¹⁰ Cuaderno Principal No. 1, folios 376 a 443.

¹¹ Cuaderno Principal No. 1, folios 444 a 482.

3.5. El 9 de febrero de 2015 en la audiencia de conciliación las partes no conciliaron las diferencias, y a continuación se fijaron los costos legales del arbitraje, que fueron consignados en su totalidad por las partes en los plazos legales, quienes, al tenor del artículo 58 de la Ley 1563 de 2012, reiteraron la aplicación de las normas del Código General del Proceso en los asuntos no contemplados por la misma.¹²

3.6. El 3 de marzo de 2015, durante la primera audiencia de trámite, el Tribunal de Arbitraje se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias planteadas en la demanda arbitral principal, la demanda de reconvención, sus contestaciones, excepciones interpuestas y las respuestas a éstas.¹³

3.7. Ejecutoriada la providencia de asunción de competencia, en la misma audiencia celebrada el 3 de marzo de 2015 se profirió el auto que decretó las pruebas solicitadas por las partes en sus debidas oportunidades procesales y se ordenó su práctica, a saber:

3.7.1. Documentales. Se tuvieron por tales, los documentos aportados por las partes en sus respectivos escritos.¹⁴

3.7.2. Testimonios. Se decretaron los testimonios de Jonhan Smith Guzmán Olaya, José Joaquín Forero León, Ricardo Salcedo Uscátegui, José Luis De Sola, Wbaldo Andrés Zamora Zamora, Bayron Enrique Penagos Romero, Javier Orlando Sánchez Acevedo, Michael Alirio Pardo Villada, Eder Mauricio Parra Bermúdez, Orlando Morales Párraga, José Javier Ruiz, Néstor Roncancio Busto, Armando Becerra

¹² Cuaderno Principal No. 1, folios 490 a 493.

¹³ Cuaderno Principal No. 1, folios 443 a 453.

¹⁴ Cuaderno Principal No. 1, folios 450 y 451 y Cuadernos de Pruebas Nos. 1, 2 y 3 (folios 1 a 488).

Suárez, Ángel Bermúdez, Esteban Moncada Cepeda, Elkin Armando Peña Velandia, Aldryn Gerardo Ariza Ortiz, Plinio Alexander Caro y César Augusto Vargas Cerquera, y de oficio el testimonio de Néstor Rocancio.

Las partes desistieron de los testimonios de Wbaldo Andrés Zamora Zamora, Elkin Armando Peña Velandia, Orlando Morales Párraga, Ángel Bermúdez, Plinio Alexander Caro, César Augusto Vargas Cerquera, Bayron Enrique Penagos Romero y José Luis De Sola, los cuales fueron aceptados por el Tribunal mediante autos 22, 23, 26 y 27.

Terminada la declaración del testigo Javier Ruiz, la apoderada de la Convocante lo tachó por sospecha, con oposición del apoderado de las Convocadas.¹⁵ Igualmente, el Testigo Jonhan Smith Guzmán fue tachado por el apoderado de la convocada con oposición de la contraparte.¹⁶

3.7.3. Interrogatorios de parte. Se decretó el interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad convocante. En lugar del testimonio solicitado, de oficio se decretó el interrogatorio de parte de los representantes legales de las sociedades convocadas.

En relación con el interrogatorio de parte del representante legal de la Convocante, en audiencia de 28 de mayo de 2015, la apoderada de TECNIA S.A.S. elevó solicitud en el sentido de que se practicara nuevamente la prueba para preservar la igualdad procesal de su representada en relación con las garantías ofrecidas a los representantes legales de las sociedades convocadas, especialmente

¹⁵ Acta 10.

¹⁶ Acta 16.

en lo atinente a la posibilidad de aportar documentos durante la diligencia.

De esta solicitud se dio traslado a la convocada quien se opuso a ella y en audiencia de 25 de junio de 2015, auto número 31, el Tribunal analizó todos los aspectos de inconformidad que motivaron esta solicitud de la Convocante y concluyó que, a la luz de la normativa vigente (artículos 203 y 221 del Código General del Proceso) la forma como se practicó el interrogatorio del representante legal de TECNIA S.A.S. garantizó los derechos de la parte y en ningún momento le conclucó facultades que se le hubiese permitido ejercer a los representantes legales de Constructora Muraglia S.A. y Colombia CMF S.A. Contra la decisión de negar esta solicitud ninguna de las partes interpuso recurso.

3.8. Practicadas todas las pruebas, se declaró cerrado el debate probatorio y se citó a los apoderados para la audiencia de alegatos de conclusión.¹⁷

3.9. El 28 de julio de 2015 tuvo lugar la audiencia de alegatos de conclusión. Los apoderados de las dos partes expusieron oralmente sus alegaciones y entregaron sus respectivas versiones escritas.¹⁸

3.10. El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo.¹⁹

4. LAS DEMANDAS Y SUS CONTESTACIONES

Se resumen las demandas arbitrales principal y de reconvenición subsanadas, sus respuestas y las excepciones perentorias, como fueron presentadas por las partes, así:

¹⁷ Cuaderno Principal No. 1, folio 597.

¹⁸ Cuaderno Principal No. 1, folios 601 a 711.

¹⁹ Cuaderno Principal No. 1, folio 600.

4.1. La demanda arbitral principal, su contestación, excepciones perentorias y su réplica

4.1.1. Las pretensiones de la demanda principal

La Convocante formuló las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO** conformada por las empresas **CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A.** incumplieron el contrato suscrito entre la **UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO - UTSJ y TECNIA S.A.S** del 15 de abril del 2013.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior se declare resuelto el contrato.

TERCERA: Que igualmente y a consecuencia del incumplimiento, se condene solidariamente en un 50% (cincuenta por ciento) a las empresas **CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A.** al pago de los perjuicios derivados del contrato que equivale a una suma igual o superior a cuatrocientos cincuenta millones de pesos (\$ 450.000.000.00 m/l).

CUARTA: Que se condene en costas y agencias en derecho a las empresas **CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A.**”

4.1.2. Los hechos de la demanda principal y su contestación

4.1.2.1. Como fundamento de su demanda la Convocante expuso, en resumen, los siguientes hechos:

La UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO (UTSJ), celebró contrato de obra para la construcción de 327 casas en el Municipio de Tocaima - San Jacinto – Cundinamarca y ésta, a su vez, subcontrató su construcción con TECNIA S.A.S. y CONGRESER S.A.S.

El 15 de abril de 2013 la UTSJ y TECNIA S.A.S., suscribieron el correspondiente contrato de obra y el documento denominado *términos generales*, en virtud de

los cuales esta última se obligaba para con aquella a realizar la obra de construcción bajo la modalidad de precios unitario fijos.

La UTDJ entregó un anticipo del 30% pero realizó una retención no pactada del 40% de cada facturación.

Por solicitud del Ingeniero Néstor Roncancio de la UTSJ, TECNIA S.A.S. se presentó a la obra el 17 de abril de 2013 con todo el equipo de personal y herramientas pero no pudo comenzar su trabajo porque aquella no tenía las terrazas listas, razón por la cual las actividades solo pudieron comenzar el 6 de mayo siguiente, día en el cual la convocada entregó las primeras terrazas para el efecto y se radicó el Plan Detallado de Trabajo para 163 casas.

El 14 de agosto TECNIA S.A.S. solicitó la prórroga del contrato y, aunque la UTSJ no se dio respuesta, materialmente se continuó con las labores, prorrogándose aquel automáticamente por el mismo tiempo inicial.

La UTSJ incurrió en varios incumplimientos consistentes en la falta de alistamiento del terreno y conformación terrazas, la entrega tardía de los materiales para la construcción, el suministro deficiente e insuficiente de agua para el lavado de la formaleta y curado de concretos, el deficiente suministro de energía eléctrica y el deficiente suministro de concreto.

Las anteriores situaciones irregulares que impedían la ejecución del contrato fueron puestas en conocimiento de la UTSJ por parte de TECNIA S.A.S. mediante varias comunicaciones en las cuales le solicitó el cumplimiento eficiente de sus obligaciones.

En virtud de las anteriores situaciones las partes adelantaron varias reuniones, como las que tuvieron lugar los días 10 y 16 de junio, y 13, 15 y 17 de agosto, en

las cuales TECNIA S.A.S. puso de presente las situaciones descritas, que estaban afectando el equilibrio económico y generaban bajo rendimiento, y la UTSJ se comprometió a cancelar los tiempos muertos causados por la falta de suministro de concreto e inclusive ofreció entregar la construcción de 64 casas más para que los contratistas pudieran recuperar parcialmente las pérdidas. No obstante, los incumplimientos por parte de la UTSJ se siguieron presentando y como continuaron los problemas de suministro de concreto, la falta de terrazas y de aceros para vigas de cimentación, el 22 de agosto de 2013 los contratistas suspendieron el armado y fundida de muros para dar tiempo y avanzar en las cimentaciones, lo cual representó un alto sobrecosto para ellos por el lucro cesante del alquiler de la formaleta y la nómina de personal de formaleteros.

Entre tanto, el 6 de junio, a raíz del bajo rendimiento de la obra y en retaliación a los varios comunicados que a la fecha TECNIA S.A.S. le había enviado, y que originaron el atraso de la construcción, el Director de obra, Ingeniero Orlando Morales, envió email al Ingeniero Néstor Roncancio, Gerente Nacional de Construcciones, con copia a TECNIA S.A.S. y CONGRESER, diciendo que los atrasos de la obra se debían a que los dos contratistas de estructura no estaban cumpliendo con los compromisos. El 11 de junio TECNIA S.A.S. envió comunicación al mencionado Ing. Néstor Roncancio en donde se explican sus imprecisiones. El 4 de agosto UTSJ informó a TECNIA S.A.S. que no le suministraría más concreto hasta tanto diera solución a tres puntos: avanzar con los remates de las casas, resanar novedades de hormigqueo de los muros y solucionar novedades en vigas y patios de algunas casas.

El mismo 4 de agosto TECNIA manifestó su sorpresa y extrañeza en la decisión de no seguir suministrándole concreto e hizo varias precisiones y solicitudes. El 5 de agosto de 2013 la UTSJ autorizó el suministro de concreto a TECNIA S.A.S. pero nuevamente se varó el equipo de producción de concreto y no se

pudieron fundir muros, lo cual fue puesto en conocimiento por la Convocante al día siguiente.

Ante la quiebra inminente de TECNIA S.A.S. por los reiterados incumplimientos de la UTSJ tuvo lugar otra reunión el día 9 de septiembre de 2013, en el curso de la cual la contratante propuso entregar la suma de \$25.000.000 al final de la obra como reconocimiento de perjuicios, la cual fue rechazada porque la cifra era muy inferior a los perjuicios ocasionados.

Una vez se realizaron todas las cuentas de la ejecución del contrato, de los préstamos y de las pérdidas, TECNIA S.A.S. radicó derecho de petición para la suscripción de un acta en la cual se pactaran compromisos para poder continuar con el contrato.

Igualmente se realizó otra reunión el 12 de septiembre de 2013 en la cual TECNIA S.A.S. sustentó sus exigencias en relación con el cumplimiento del contrato pero nunca llegó una respuesta formal. Otras reuniones infructuosas se produjeron los días 12 y 17 de septiembre siguientes.

El 12 de septiembre de 2013 TECNIA radicó derecho de petición y solicitó copia auténtica del contrato y de los términos generales porque solo conservaba fotocopia incompleta, pero no obtuvo respuesta.

El 24 de septiembre de 2013 la UTSJ notificó la “INTERVENCIÓN” de la obra y la contratación de terceros para los remates por un valor muy superior al inicialmente concertado, motivo por el cual el 25 de septiembre siguiente TECNIA S.A.S. puso de presente que el contrato es ley para las partes, que los incumplimientos de la UTSJ eran muy graves y que la intervención de la obra después de 15 días de la situación que se venía presentando pretendía darle un aparente manto de legalidad a unas decisiones arbitrarias e inconsultas.

El 1º de octubre de 2013 la UTSJ remitió a TECNIA S.A.S. un comunicado en el cual hizo una serie de afirmaciones falsas en todo contexto y decidió dar por terminado el contrato, a la cual se le dio respuesta con oficio del 9 de octubre siguiente, expresando la inconformidad de esta última compañía.

4.1.2.2. La convocada dio respuesta a los hechos de la demanda principal y de su pronunciamiento se destacan los siguientes planteamientos:

La UTSJ solo subcontrató con TECNIA S.A.S. y CONGRESER parte de las obras involucradas en el proyecto macro de construcción de 327 viviendas. Concretamente, con aquella las casas contratadas fueron 100 y no 163, como ahora lo pretende, de las cuales sólo entregó aproximadamente el 50% y en malas condiciones.

Las labores a cargo del contratista se pactaron como obligaciones de resultado, esto es, que la Convocante debía entregar como resultado final las casas fundidas y resanadas, después de haber realizado satisfactoriamente las distintas etapas correspondientes a la cimentación y levantamiento de las estructuras de las unidades de vivienda.

Sin embargo, por sus problemas de organización interna, inexperiencia y negligencia, TECNIA S.A.S. incumplió reiteradamente sus obligaciones en las distintas etapas de avance de la obra, lo que se tradujo en graves problemas de calidad, importantes retrasos y, finalmente, una obra inacabada.

La Convocante omite varias disposiciones relacionadas directamente con el objeto contractual y con la descripción de las actividades a cargo de cada parte. Igualmente, TECNIA S.A.S. no menciona que, mientras se terminaban las labores de construcción de las terrazas, sus empleados fueron utilizados para la

realización de otras obras y que la convocada fue remunerada por ello. Igualmente, la Convocante presenta verdades parciales y omite gran parte del contenido de las comunicaciones relacionadas.

La prórroga que se invoca no estaba permitida en el Contrato.

La UTSJ no incurrió en incumplimiento y, por el contrario, siempre cumplió con sus obligaciones o estuvo presta a cumplir.

La convocada siempre contó con asesoría topográfica y muestra de ello son los pagos efectuados a los profesionales en esta materia.

El suministro de materiales fue normal y adecuado. Desde luego, por causas no imputables a la UTSJ, como la situación social del sector, lluvia, problemas de las canteras, etc., se presentaron algunos retrasos aislados y esporádicos respecto del suministro de algún elemento, pero, en ningún caso, se tradujeron en la inactividad total del contratista. Una prueba contundente de ello se puede apreciar con el contratista CONCRESER, quien, pese a haber iniciado actividades un mes después de la Convocante, sí pudo cumplir a cabalidad con un objeto contractual idéntico y en la misma ubicación geográfica.

La convocada pagó a la Convocante lo que le debía pagar si se tiene en cuenta que, según el Contrato, las actividades o unidades de obra se remuneraban cuando estuviesen ejecutadas en un 100%, de forma tal que si una determinada labor no era culminada, no podía causarse la respectiva remuneración. Con todo, en la obra, la UTSJ decidió pagar el 70% del valor de las casas, pese a que éstas nunca fueron terminadas por la Convocante, con el fin de inyectarle capital a TECNIA S.A.S. para seguir operando y así evitar su colapso total en medio de la obra, lo cual hubiera traído retrasos suplementarios.

No es cierto que la UTSJ retuviera del valor de la facturación un 70% como erróneamente lo indica TECNIA S.A.S. e, incluso, sin que estuviese compelida a hacerlo, le devolvió retenciones en garantía para mejorar su flujo de caja y evitar su colapso y el abrupto abandono de la obra.

En la demanda se omite aclarar que los protocolos de trabajo no fueron impuestos unilateralmente por la UTSJ, sino que fueron acordados de manera conjunta.

En el Contrato la Convocante aceptó el régimen de multas, la pena establecida en la cláusula 17 y las terminaciones consagradas en la cláusula 14 de los Términos Generales del Contrato.

4.1.3. Las excepciones perentorias formuladas contra la demanda principal y su réplica

La convocada propuso las siguientes excepciones:

La convocada pagó sus obligaciones.

Excepción de inejecución.

Ineptitud sustancial de la demanda – incumplimientos graves de la convocante (cumplimientos parciales y tardíos).

Desconocimiento del principio de la buena fe (*venire contra factum proprium non valet*).

Sobre estas excepciones la parte Convocante se pronunció con escrito del 19 de agosto de 2014 con solicitud de pruebas adicionales.

4.2. La demanda arbitral de reconvencción, su respuesta, excepciones perentorias y su réplica

4.2.1. Las pretensiones de la demanda de reconvencción

La Convocante formuló las siguientes pretensiones:

“

A. Pretensiones principales: Reconocimiento del cumplimiento del Contrato por UTSJ - Reconocimiento del Incumplimiento del Contrato por Tecnia - Reconocimiento de la resolución del Contrato declarada por la Convocada – Pago de las multas, cláusulas penales y perjuicios causados a la Convocada –Activación de la garantía de construcción - Intereses de Mora- Condena en Costas:

1. *Se declare que las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**, integrantes de **La Unión Temporal Proyecto San Jacinto.**, de conformidad con lo establecido en el Contrato, cumplieron con sus obligaciones contractuales.*
2. *Se declare que la sociedad **Tecnia S.A.S.** incumplió gravemente el **Contrato**, por incurrir en yerros tales como la mora en el cumplimiento de sus obligaciones, la implementación de procedimientos inadecuados de construcción, la errónea implementación de equipos y personal, la indebida amortización del anticipo, entre otros.*
3. *Se reconozca que las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.** declaro (sic) válidamente la resolución del Contrato, toda vez que los incumplimientos de la **Tecnia S.A.S.** fueron tan graves como cuantiosos.*
4. *Como consecuencia de las anteriores pretensiones, se condene a **Tecnia S.A.S.** a pagar a las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo arbitral que así lo ordene, conforme a lo establecido en el **Contrato**, las sumas de dinero correspondientes a las multas, cláusulas penales y perjuicios causados a **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**, la cual estimo razonablemente, en la suma de Trescientos Noventa y Tres MILLONES Novecientos Mil Pesos Moneda Corriente (\$Col. 393.900.000 M/cte) o, en subsidio, aquélla que resulte probada dentro del proceso, junto con los intereses de mora causados, liquidados a la máxima tasa legal permitida hasta la fecha del laudo arbitral que a tal efecto se profiera.*
5. *Se condene a **Tecnia S.A.S.** a pagar a las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**, en caso de no efectuar el pago solicitado en la pretensión anterior, en el término de cinco (5) días siguientes al laudo que así lo disponga, intereses de mora a la máxima tasa legalmente permitida hasta cuando el pago se verifique.*

6. Se condene a **Tecnia S.A.S.** a la totalidad de costas procesales.

B. Pretensiones Subsidiarias de Primer Grado: Reconocimiento del cumplimiento del Contrato por la Convocada - Reconocimiento del Incumplimiento del Contrato por la Convocante - Terminación del Contrato por expiración de su término de duración – Pago de las multas, cláusulas penales y perjuicios causados a la Convocada – Activación de la garantía de construcción - Intereses de Mora - Condena en Costas:

En subsidio de las anteriores pretensiones principales, atentamente solicito se sirva el Tribunal acceder a las siguientes pretensiones:

1. Se declare que las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**, de conformidad con lo establecido en el Contrato, cumplieron con sus obligaciones contractuales.
2. Se declare que la **Tecnia S.A.S.** incumplió gravemente el **Contrato**, por incurrir en yerros tales como la mora en el cumplimiento de sus obligaciones, la implementación de procedimientos inadecuados de construcción, la errónea implementación de equipos y personal, la indebida amortización del anticipo, entre otros.
3. Se reconozca la terminación del **Contrato** por expiración de su término de duración.
4. Como consecuencia de las anteriores pretensiones, se condene a **Tecnia S.A.S.** a pagar a las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo arbitral que así lo ordene, conforme a lo establecido en el **Contrato**, las sumas de dinero correspondientes a las multas, cláusulas penales y perjuicios causados a **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**, la cual estimo razonablemente, en la suma de Trescientos Noventa y Tres MILLONES Novecientos Mil Pesos Moneda Corriente (\$Col. 393.900.000 M/cte) o, en subsidio, aquella que resulte probada dentro del proceso, junto con los intereses de mora causados, liquidados a la máxima tasa legal permitida hasta la fecha del laudo arbitral que a tal efecto se profiera.
5. Se condene a **Tecnia S.A.S.** a pagar a las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**, en caso de no efectuar el pago solicitado en la pretensión anterior en el término de cinco (5) días siguientes al laudo que así lo disponga, intereses de mora a la máxima tasa legalmente permitida hasta cuando el pago se verifique.
6. Se condene a **Tecnia S.A.S.** a la totalidad de costas procesales.

C. Pretensiones Subsidiarias de Segundo Grado: Prestación del Servicio - Declaratoria del mutuo disenso tácito –Pago de las multas, cláusulas penales y perjuicios causados a la Convocada – Intereses de Mora - Condena en Costas:

En subsidio de las anteriores pretensiones, atentamente solicito se sirva el Tribunal acceder a las siguientes pretensiones:

- 1. Se declare que las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**, de conformidad con lo establecido en el Contrato, cumplieron con sus obligaciones contractuales.*
- 2. Se declare que la **Tecnia S.A.S.** incumplió gravemente el **Contrato**, por incurrir en yerros tales como la mora en el cumplimiento de sus obligaciones, la implementación de procedimientos inadecuados de construcción, la errónea implementación de equipos y personal, la indebida amortización del anticipo, entre otros.*
- 3. Se reconozca que del comportamiento de las Partes se desprende su deseo de terminar el contrato.*
- 4. Como consecuencia de las anteriores pretensiones, se condene a **Tecnia S.A.S.** a pagar a las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo arbitral que así lo ordene, conforme a lo establecido en el **Contrato**, las sumas de dinero correspondientes a las multas, cláusulas penales y perjuicios causados a **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**, la cual estimo razonablemente, en la suma de Trescientos Noventa y Tres MILLONES Novecientos Mil Pesos Moneda Corriente (\$Col. 393.900.000 M/cte) o, en subsidio, aquella que resulte probada dentro del proceso, junto con los intereses de mora causados, liquidados a la máxima tasa legal permitida hasta la fecha del laudo arbitral que a tal efecto se profiera.*
- 5. Se condene a la **Tecnia S.A.S.** a pagar a favor de las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**, en caso de no efectuar el pago solicitado en la pretensión anterior en el término de cinco (5) días siguientes al laudo que así lo disponga, intereses de mora a la máxima tasa legalmente permitida hasta cuando el pago se verifique.*
- 6. Se condene a la **Tecnia S.A.S.** a la totalidad de costas procesales.*

D. Pretensiones Subsidiarias de Tercer Grado: Prestación del Servicio – Enriquecimiento sin Causa – Intereses de Mora - Condena en Costas:

En subsidio de las anteriores pretensiones, atentamente solicito se sirva el Tribunal acceder a las siguientes pretensiones:

- 1. Se declare que las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**, de conformidad con lo establecido en el Contrato, cumplieron con sus obligaciones contractuales.*
- 2. Se declare que **Tecnia S.A.S.** incumplió gravemente el **Contrato**, por incurrir en yerros tales como la mora en el cumplimiento de sus obligaciones, la implementación de procedimientos inadecuados de construcción, la errónea implementación de equipos y personal, la indebida amortización del anticipo, entre otros.*

3. Se declare que la (sic) **Tecnia S.A.S.**, a pesar de haber incumplido gravemente con sus obligaciones contractuales, recibió pagos por parte de las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**, por un monto superior a DOSCIENTOS SETENTA MILLONES DE PESOS (\$ 270.000.000).
4. Que con motivo de la realización de tales pagos, **Tecnia S.A.S.** se enriqueció patrimonialmente sin justificación alguna, con el correlativo empobrecimiento de las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**
5. Se condene a **Tecnia S.A.S.** a restituir los pagos referenciados en el numeral 3, a las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**
6. Se condene a la **Tecnia S.A.S.** a pagar a favor de la **Convocada**, en caso de no efectuar el pago solicitado en la pretensión anterior en el término de cinco (5) días siguientes al laudo que así lo disponga, intereses de mora a la máxima tasa legalmente permitida hasta cuando el pago se verifique.
7. Que se condene a la **Tecnia S.A.S.** a la totalidad de costas procesales.”

4.2.2. Los hechos de la demanda de reconvención y su contestación

4.2.2.1. Como fundamento de su demanda la convocada expuso, en resumen, los siguientes hechos:

El 15 de abril de 2013 CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A., integrantes de La Unión Temporal Proyecto San Jacinto (UTSJ), celebraron un contrato de obra con TECNIA S.A.S.

En términos generales, el Contrato estableció lo siguiente: que su objeto era la ejecución de la obra consistente en la construcción de 100 casas por parte por el contratista; los aspectos técnicos y logísticos quedaron previstos en el documento denominado “Datos del Contrato” y en sus Anexos; el contratista debía ejecutar la obra de manera independiente; el contratista debía contar con la estructura técnica y administrativa necesarias; previa facturación del contratista, la UTSJ debía pagarle sus honorarios pactados bajo la modalidad de precios fijos unitarios, dentro de los cuales se entendían incluidos todos los

costos; si el contratista se apropiaba del anticipo o lo destinaba para fines diferentes de la obra, incumplía gravemente sus obligaciones contractuales; el contratista tenía que asistir a reuniones de Comité de Obra y de Gerencia de Proyecto; el contratista facultó a la UTSJ para descontar el monto de las multas y cláusulas penales; igualmente el contratista facultó a la UTSJ para terminar el contrato unilateralmente a su libre discreción con una antelación no menor a 30 días sin indemnización alguna, o cuando incumpliera sus obligaciones contractuales.

La Convocante asumió, como obligación de resultado, los siguientes compromisos: ejercer la dirección técnica y administrativa de la obra y cumplir con la correcta aplicación de las especificaciones técnicas; prestar los servicios en la forma y el tiempo convenidos en el cronograma establecido y presentar periódicamente planes de recuperación de tiempo; explicar y socializar los planos y especificaciones técnicas; responder por la calidad y estabilidad de la obra. Y, en relación con las viviendas, debía efectuar la localización y replanteo; excavación, dados y vigas; concreto ciclópeo; relleno con material seleccionado; relleno en material tipo sub-base; vigas de amarre concreto; placa de contrapiso; viga de cubierta; y pantalla en concreto.

El contratista incurrió en diversos incumplimientos que dieron lugar a varios llamados de atención por parte de la UTSJ, tales como el que tuvo lugar el 3 de agosto del 2013, derivado de errores que comprometieron seriamente la integridad estructural de las viviendas, vulnerando la estabilidad de las obras, así como los que constan en las Actas Nos. 9 del 16 de julio, 18 del 23 de julio y 19 del 6 de agosto de 2013 y en varias comunicaciones, como las del 3 de agosto y 16 de septiembre de 2013 y el informe de Laboratorio Contecon.

El contratista también incumplió el cronograma acordado en actas de comité y la programación de obra diaria, a pesar de lo cual, con el único propósito de

facilitar la terminación de los trabajos, la UTSJ le hizo pagos por un valor del 70% del valor de las casas, pese a que las mismas nunca fueron terminadas al 100%.

Los incumplimientos de TECNIA S.A.S. llevaron a que la UTSJ incurriera en numerosos sobre costos ocasionados por aquella, tales como la terminación de las casas, el acabado en marmolina de los muros de las mismas, las labores de aseo, la custodia de materiales abandonados por la Convocante, etc.; y a que se le generara a la convocada un grave desequilibrio financiero porque no pudo entregar el proyecto conforme a los cronogramas establecidos y no pudo recibir los oportunos pagos del Findeter, por lo que tuvo que apoyarse en créditos onerosos frente a terceros.

4.2.2.2. Del pronunciamiento de la convocada sobre los hechos de la reconvención se destaca lo siguiente:

El 15 de abril de 2013 las partes suscribieron dos documentos, por un lado el Contrato de Obra y por el otro el documento denominado Términos y Condiciones Generales.

El resumen de los términos del contrato efectuado en la reconvención es parcializado y “descontextualizado”. El objeto del mismo se encuentra transcrito en la demanda y se puede leer en los dos documentos: Contrato de Obra y Términos y Condiciones Generales, en donde se encuentran descritos los aspectos técnicos y logísticos que comportan obligaciones para las dos partes.

El tema referido a la facturación de los honorarios se encuentra descrito en los dos documentos mencionados. La cláusula 14 del documento Términos y Condiciones Generales establece exactamente el aspecto referido a la

terminación del contrato por incumplimiento y el procedimiento que las dos partes tenían para hacerlo.

La dirección técnica y administrativa de TECNIA era respecto de sus actividades contractuales no de la obra en general, por cuanto para la construcción de las casas existían diferentes actores, y los planes y demás soportes técnicos tenían que ser entregados por la UTSJ.

TECNIA podía hacer recuperación de tiempo siempre y cuando la pérdida y la misma recuperación dependieran directamente de ella, pero en la ejecución del contrato tal pérdida de tiempo provino de la UTSJ y a pesar de que en muchos correos y escritos se le hicieron propuestas para recuperar tales tiempos, ello no fue posible.

TECNIA hizo todo lo que estuvo a su alcance para lograr una adecuada ejecución de sus actividades pero fueron los incumplimientos de la UTSJ los que afectaron el contrato, a pesar de las advertencias técnicas realizadas en todo momento sobre la calidad del suministro del concreto.

El cronograma de trabajo no se encuentra en el documento Datos del Contrato sino anexo en el Plan Detallado de Trabajo presentado por TECNIA y no se pudo cumplir por los incumplimientos de la UTSJ.

TECNIA sí entregó las obras a satisfacción bajo las condiciones técnicas requeridas para sus actividades y fue la UTSJ quien no cumplió sus actividades de conformidad con las condiciones técnicas exigidas.

TECNIA no incurrió en incumplimientos y por eso nunca hubo un trámite de multas o de imposición de la cláusula penal. El oficio del 3 de agosto de 2013, que es el único de su clase, debe ser examinado detalladamente y cualquier

error que haya comprometido la integridad estructural de las viviendas fue advertida desde un comienzo, en especial en lo relacionado con la inadecuada forma en que se suministraba el concreto, pero la UTSJ hizo caso omiso.

Sobre los ejemplos que la convocada presenta en las supuestas Actas de reclamo se afirma: no tienen firma de ninguna de las partes y denotan que fueron elaboradas bajo el mismo formato recientemente; TECNIA sí arregló los vanos de los muros, modificando la formaleta y los negativos; los remates de los muros no estaban contratados y TECNIA no podía asumir ese costo directo con las deficiencias que tenían por un concreto segregado con un excesivo tiempo de colocación que generaba juntas frías; en el acta No. 19 no dice nada en relación con TECNIA; sí se hicieron varios Comités de Obra pero la UTSJ nunca levantó actas o entregó actas para la aprobación y firma.

No es cierto que existan varios comunicados y llamados de atención. El comunicado del 3 de agosto de 2013 se contestó al día siguiente; el comunicado del 16 de septiembre de 2013, no se encontró anexo a la demanda de reconvención; el informe de Laboratorio Contecon se desconocía por parte de TECNIA y como ésta no tuvo oportunidad de asistir, el mismo no cumple con los requisitos de la prueba ni del debido proceso para controvertirlo.

Los cronogramas presentados en especial por TECNIA en el documento Plan Detallado de Trabajo fueron incumplidos por la UTSJ y las programaciones transcritas en el texto de la demanda de reconvención no tienen firma y no fueron entregadas a TECNIA para revisarlas y suscribirlas.

La UTSJ no canceló los valores relacionados.

La relación de sobrecostos es especulativa, no está probada y las labores señaladas no estaban pactadas en el contrato.

4.2.3. Las excepciones perentorias formuladas contra la demanda de reconvencción y su réplica

La Convocante propuso las siguientes excepciones:

1. Las empresas constructoras MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A. Integrantes de la Unión Temporal San Jacinto - UTSJ no cumplieron el contrato suscrito con TECNIA S.A.S. Las empresas constructoras MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A., integrantes de la Unión Temporal San Jacinto – UTSJ no probaron el cumplimiento del contrato suscrito con TECNIA S.A.S.
2. Las empresas constructoras MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A. integrantes de la UTSJ no pagaron sus obligaciones contractuales a cabalidad - realizaron retenciones por fuera de lo autorizado en el contrato/ley - impidieron a TECNIA S.A.S. facturar la totalidad de la obra ejecutada.
3. Las empresas constructoras MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A. integrantes de la UTSJ no cumplieron con su obligación de tener un equipo de topografía incumpliendo su obligación de entregar terrazas listas y demarcadas.
4. Las empresas constructoras MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A. integrantes de la UTSJ no suministraron los materiales de manera normal, adecuada y a tiempo, causando tiempos muertos.
5. Las empresas constructoras MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A. integrantes de la UTSJ no cumplieron con su programación y/o cronograma diario de trabajo.

6. Las empresas constructoras MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A. integrantes de la UTSJ no suministraron a tiempo, ni en condiciones técnicas adecuadas el concreto – generó juntas frías, porosidad y afectó el monolitismo estructural de las viviendas.

Sobre estas excepciones la parte convocada se pronunció con escrito del 21 de agosto de 2014 con solicitud de pruebas adicionales.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Según ya se señaló, las partes, en la audiencia celebrada el 28 de julio de 2015²⁰, presentaron en forma oral sus alegatos de conclusión y entregaron al finalizar sendos escritos²¹. A las argumentaciones de las partes se refiere el Tribunal al analizar y decidir cada una de las pretensiones y excepciones, y sus fundamentos fácticos, jurídicos y probatorios.

6. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR

Iniciado el proceso después del 12 de octubre de 2012 con la presentación de la demanda arbitral el 8 de noviembre de 2013, se regula por la Ley 1563 de 12 de julio de 2012²², y como reiteraron las partes, en casos de remisión o vacíos por el Código General del Proceso.²³

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite *“al cual se adicionarán los días de*

²⁰ Cuaderno Principal No. 1, Folios 599 y 600.

²¹ Cuaderno Principal No. 1, Folios 601 a 711.

²² “ARTÍCULO 119. VIGENCIA. Esta ley regula íntegramente la materia de arbitraje, y empezará a regir tres (3) meses después de su promulgación. Esta ley sólo se aplicará a los procesos arbitrales que se promuevan después de su entrada en vigencia. Los procesos arbitrales en curso a la entrada en vigencia de esta ley seguirán rigiéndose hasta su culminación por las normas anteriores.”

²³ Cuaderno Principal No. 1, folios 490-493.

suspensión” -e “interrupción por causas legales”- , sin que tales solicitudes puedan exceder los veinte (120) días.

La primera audiencia de trámite inició y culminó el 3 de marzo de 2015, y por solicitud conjunta de las partes, el Tribunal decretó la suspensión del proceso, así:

Acta	Fecha de suspensión	Días
Acta No.10 – Auto No 18	Entre el 19 de marzo y el 13 de abril de 2015 (ambas fechas incluidas)	15
Acta No. 13 – Auto No 21	Entre el 17 de abril y el 3 de mayo de 2015 (ambas fechas incluidas)	10
Acta No. 14 – Auto No 25	Entre el 5 y 27 de mayo de 2015 (ambas fechas incluidas)	9
Acta No. 16 – Auto No 29	Entre el 3 y el 17 de junio de 2015 (ambas fechas incluidas)	9
Acta No. 18 – Auto No 32	Entre el 26 de junio y el 27 de julio de 2015 (ambas fechas incluidas)	20
Acta No. 19 – Auto No 33	Entre el 29 de julio y el 3 de septiembre de 2015 (ambas fechas incluidas)	25
Total		88

Habiéndose terminado la primera audiencia de trámite el 3 de marzo de 2015, y suspendido el proceso durante ochenta y ocho (88) días hábiles (equivalentes a 139 días calendario) por decisión conjunta de las partes, el término legal vence el 14 de enero de 2016, y, por lo tanto, el Tribunal, se encuentra en la oportunidad para proferir el laudo.

2º. CONSIDERACIONES

Para su decisión en derecho, el Tribunal analizará los siguientes aspectos de la controversia:

- I. Los presupuestos procesales.
- II. De la tacha de sospecha respecto de algunos testigos.
- III. Las pretensiones la demanda arbitral principal y las excepciones interpuestas.

- IV. Las pretensiones de la demanda arbitral de reconvención y las excepciones propuestas.
- V. Las costas.
- VI. Del juramento estimatorio
- VII. De las pólizas constituidas.

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.

Los “presupuestos procesales”²⁴ concurren a plenitud en el proceso.

Las partes acreditaron su existencia y representación legal, han comparecido por sus representantes legales y sus apoderados judiciales, ostentan capacidad jurídica tanto sustancial como procesal, y, en desarrollo del derecho fundamental de acceso a la justicia, su libertad contractual o de contratación, *rectius*, autonomía privada dispositiva, están autorizadas por el ordenamiento jurídico para acudir al arbitraje en procura de lograr la solución de sus controversias contractuales y de acordar un pacto arbitral para el efecto²⁵ (artículos 116 de la Constitución Política; 8° y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996; 3° de la Ley 1285 de 2009 y Ley 1563 de 2012).

El Tribunal es competente para juzgar en derecho las diferencias contenidas en las demandas arbitrales, sus contestaciones y excepciones perentorias por concernir a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, susceptibles de disposición, transacción y *estricto sensu* de naturaleza patrimonial, derivados de la celebración y ejecución del Contrato de Obra Material bajo la modalidad de precios unitarios fijos suscrito el 15 de abril de 2013.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de Agosto de 1954.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-059 de 1993; C-544 de 1993, T-538 de 1994; Sentencia T-04 de 1995, C-037 de 1996; T-268 de 1996; C-215 de 1999; C-163 de 1999; SU-091 de 2000, y C-330 de 2000.

En idéntico sentido, el Tribunal, juez natural del contrato por expresa disposición constitucional y específica habilitación de las partes, se instaló legalmente, asumió competencia, decretó y practicó pruebas, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso, no observa causa de nulidad en la actuación y el laudo en derecho es oportuno.

II. DE LA TACHA DE SOSPECHA RESPECTO DE ALGUNOS TESTIGOS

La Parte Convocante en audiencia del 18 de marzo de 2015 tachó de sospechoso al testigo José Javier Ruíz Álvarez, por carecer de credibilidad al haberse beneficiado de su retiro con los pagos recibidos de la Convocada en virtud de “tiempos muertos”, adicionales por resanes, adicionales por patio y la construcción de cincuenta y dos viviendas (52), expresar que no recibió pérdidas y ser deudor incumplido de TECNIA S.A.S. A esta tacha se opuso la Convocada.

La Convocada, por su parte, en audiencia del 28 de mayo de 2015 formuló tacha de sospecha respecto del testigo Jonhan Smith Guzmán Olaya, por haberse reunido “preparando la audiencia” con la apoderada de la Convocante antes de su iniciación. A la tacha presentada se opuso la Convocante.

El legislador contempla la tacha por sospecha de los testigos cuando estén en circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad por parentesco, dependencia, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas (artículo 211 del Código General del Proceso, que reproduce el artículo 217 del C. de P.C.).

No obstante los motivos de sospecha, ha dicho la jurisprudencia de tiempo atrás que el testimonio debe apreciarse por el juez de manera más estricta con las

demás pruebas y el marco de circunstancias concreto (art. 211 CGP)²⁶, pues *“la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se aprecie con Mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquél por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha”*²⁷, y ésta, *“no descalifica de antemano —pues ahora se escucha al sospechoso—, sino que simplemente se mira con cierta aprehensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha, haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de Mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después —acaso lo más prominente— halla respaldo en el conjunto probatorio”*, de donde, es menester demostrar que *“la propia versión testifical no permite concederle, por ningún motivo, credibilidad; en una palabra, demostrar, con la labor crítica inherente, que lo declarado por el testigo, antes que enervar la desconfianza con que se lo mira de comienzo, acabó confirmándolo. Porque, insístase, lo sospechoso no descarta lo veraz”*²⁸.

Bajo estas premisas, el juzgador debe recibir la declaración, considerar las causas de la sospecha, determinar el grado de convicción del testimonio y, en general, analizarlo *“en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”* (Artículo 211 C.G.P.), para precisar si la ocurrencia de alguna de las razones disciplinadas en el ordenamiento, *verbi gratia*, el parentesco, la dependencia, el interés y relaciones con las partes o sus apoderados, afectan la credibilidad o veracidad del testigo.²⁹

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Civil, Sentencias de 11 de Febrero de 1979, 30 de Noviembre de 1999. G.J. t. CCLXI. Vol. II, pág. 1231, 19 de Agosto de 1981 y 22 de Febrero de 1984.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Civil, Sentencias de 19 de Septiembre de 2001, Exp. 6624; 26 de Octubre de 2004, Exp. 9505 y 28 de Julio de 2005, Exp. 6320.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de Febrero de 1980.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Civil, Sentencias de 11 de Febrero de 1979, 30 de Noviembre de 1999. G.J. t. CCLXI. Vol. II, pág. 1231, 19 de Agosto de 1981 y 22 de Febrero de 1984.

Por lo tanto, es menester apreciar el marco de circunstancias específico, sin que por si misma la simple presencia de alguna de las causas normativas de sospecha en el declarante comporte desestimar su credibilidad, siendo preciso que su dicho no corresponda a la verdad de lo declarado, por contrario a la realidad, ora por exponerse en forma sesgada, parcial o carente de objetividad para provocar un yerro en el juzgador.

En el caso concreto, no encuentra el Tribunal que las relaciones que existieron entre el testigo José Javier Ruíz Álvarez y la Convocada, la ejecución de los trabajos remunerados o su condición de deudor de la Convocante, desestimen su declaración, la cual habrá de ser valorada y apreciada con los restantes elementos probatorios decretados y practicados en proceso.

En sentido análogo, la reunión previa presenciada por la Convocada entre el testigo Jonhan Smith Guzmán Olaya y la apoderada de la Convocante antes de iniciar la audiencia, de suyo y ante sí, no permite inferir que se le estuviere preparando para su declaración, tampoco falta de imparcialidad en su dicho.

Por lo tanto, se declarará infundada la sospecha.

III. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ARBITRAL PRINCIPAL Y LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS

1. Las pretensiones de la demanda arbitral principal

Según ya se ha reseñado, la demanda arbitral principal solicita declarar el incumplimiento por la parte demandada del contrato suscrito el 15 de abril de 2013, su resolución, y en consecuencia, condenar solidariamente en el 50% a las sociedades integrantes de la Unión Temporal San Jacinto, CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A., a pagar perjuicios

en una suma igual o superior a \$450.000.000, las costas y agencias en derecho (pretensiones primera a cuarta).

El incumplimiento, en síntesis, se predica de las obligaciones de alistamiento y conformación de terrazas, así como del suministro de diversos materiales, tales como el agua, la energía eléctrica, el hierro y el concreto:

- a) La obligación contractual de entregar el terreno alistado y con terrazas a los constructores para realizar sus actividades se inobservó por la Unión Temporal; la falta de terrazas generaron seis (6) interrupciones en la excavación y paralizaron las labores durante treinta y cinco (35) días acumulados y su entrega tardía atrasó la construcción de las cimentaciones. Este incumplimiento se originó, entre otras deficiencias, por fallas e insuficiencia del equipo móvil, ausencia de personal topográfico para nivelar las terrazas y de material para conformarlas.

- b) La prestación de suministrar en forma oportuna los materiales necesarios se inobservó al entregarse tardíamente las instalaciones hidrosanitarias y eléctricas, necesarias para armar las formaletas y vaciar el concreto, lo que impactó en trece (13) días la obra, con el personal parado. De otra parte, la falta de hierro para las vigas de cimentación y cubierta, mallas para las placas del piso, accesorios de las instalaciones eléctricas e hidrosanitarias, cemento, agua, arena y aditivos para el concreto, causaron atrasos en la obra, sobrecostos y tiempos “muertos”; la falta de hierro, en seis (6) días y las deficiencias en la producción de concreto en treinta y tres (33). Asimismo, se pone de presente que la demandada debía entregar los materiales, hierro, cemento, alambre, agua e icopor al extremo de cada manzana y los entregó en patios o contenedores a distancias superiores a las acordadas, y algunos como el hierro no se entregaron debiéndose

buscar en arrumes con incremento del personal para seleccionarlo y trasladarlo.

- c) El suministro de agua para el lavado de la formaleta y curado de concretos fue deficiente, insuficiente y limitado a un tanque de PVC para almacenarla; el de energía eléctrica e iluminación insuficiente, y no se instalaron dispositivos móviles para operar las herramientas eléctricas.

- d) La obligación de suministrar y entregar el concreto se inobservó por diferentes factores: la insuficiente capacidad de producción por equipos deficientes que fallaron; la entrega del concreto para cimentaciones no al lado de las casas sino a distancias mayores debiéndose trasladar en carretillas; la del concreto para muros por ausencia de un sistema de colocación apropiado y en oportunidad. Todo ello impuso realizar las primeras fundidas “a mano”, con baldes para el vaciado, durante hasta doce (12) horas continuas de trabajo; después, se implementó un sistema de volqueta y grúa “que causó segregación en el concreto y juntas frías en los muros”, y tomó entre 6 y 7 horas para fundir los muros, llevando a la imposibilidad de fundir diariamente; este sistema no garantizaba “el monolitismo estructural”, generó “hormigueos y juntas frías en los muros” e imperfectos “resanados por TECNIA, con un sobre costo”.

El *petitum* se sustenta, en síntesis, en la celebración del Contrato de Obra para construir cien (100) casas, mediante un sistema de construcción industrializado, por \$4.112.833 cada una, la entrega de un anticipo inicial descontado en cada factura en el 30%, la retención arbitraria por concepto de “retegarantías” no pactadas del 40% de cada factura, el incumplimiento de las obligaciones ya mencionadas, y los perjuicios causados.

En su alegato de conclusión, la parte demandante confronta las actividades y compromisos contraídos por la demandada con lo que estima realmente ejecutado por ella, para reiterar los incumplimientos cuya declaración pretende, al no tener un equipo de topografía en la obra; la no construcción de terrazas en tiempo oportuno, suficientes y con las especificaciones técnicas; utilizar sistemas artesanales para hacer los vértices; obligarla al cargue, acarreo y disposición de los desechos; no entregar el concreto, roca y material de relleno junto a cada casa; materiales de acero, varillas, flejes y alambres para realizar la placa de contrapiso, y vigas de cubierta, el acero, varillas, flejes, alambres y mallas electro soldadas junto a cada manzana para las mismas, ni al extremo de cada manzana para los muros de concreto; la realización por la convocada de instalaciones eléctricas, de agua y sanitarias imperfectas, horizontales y con tubería de diametro superior a los muros; no garantizó agua suficiente e incumplió las normas legales para el transporte y colocación del concreto, además de lo cual entregó concreto segregado y causó hormigueos y segregación.

Relaciona en el siguiente cuadro las obligaciones incumplidas por la UTSJ:

Actividad	Por parte de la UTSJ	La UTSJ Cumplió o No cumplió
Localización y replanteo	La topografía y materialización de vértices de las viviendas. Previo al replanteo por parte del contratista.	<p>✓ LA UTSJ NO TUVO EQUIPO DE TOPOGRAFÍA EN LA OBRA PARA REALIZAR SUS PROPIAS ACTIVIDADES.</p> <p>✓ LA UTSJ NO CONSTRUYÓ LAS TERRAZAS EN EL TIEMPO CORRECTO.</p> <p>✓ LA UTSJ UTILIZÓ SISTEMAS ARTESANALES PARA HACER LOS VÉRTICES.</p> <p>✓ LA UTSJ ENTREGÓ TERRAZAS INSUFICIENTES, POR ESA RAZÓN LOS CONTRATISTAS NO PUDIERON AVANZAR APROPIADAMENTE EN SUS TRABAJOS.</p> <p>✓ LA UTSJ ENTREGÓ TERRAZAS QUE NO TUVIERON LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS REQUERIDAS.</p>

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE TECNIA S.A.S. CONTRA CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. Y COLOMBIA CMF S.A.,
INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO –UTSJ–**

Excavación de dados y vigas	El cargue, acarreo y disposición de los desechos producto de la excavación.	✓ LA UTSJ OBLIGÓ A TECNIA A REALIZAR EL CARGUE, ACARREO Y DISPOSICIÓN DE LOS DESECHOS.
Concreto ciclópeo	El concreto y la roca, entregado junto a cada casa.	✓ LA UTSJ NUNCA ENTREGO EL CONCRETO Y LA ROCA JUNTO A CADA CASA.
Relleno con material seleccionado	El material seleccionado será entregado junto a cada casa.	✓ LA UTSJ NUNCA ENTREGO EL MATERIAL DE RELLENO JUNTO A CADA CASA.
Relleno en material tipo sub-base	El material tipo sub-base entregado junto a cada casa.	✓ LA UTSJ NUNCA ENTREGO EL MATERIAL DE RELLENO PARA SUB BASE JUNTO A CADA CASA.
Vigas de Amarre Concreto	Los materiales a saber: Aceros, varillas, flejes y alambres, entregados en acopios al extremo de las manzanas.	✓ LA UTSJ NUNCA ENTREGÓ LOS MATERIALES DE ACERO, VARILLAS, FLEJES Y ALAMBRES EN LOS ACOPIOS AL EXTREMO DE CADA MANZANA, PARA REALIZAR LAS VIGAS DE AMARRE DE CONCRETO.
Placa de Contrapiso	El concreto y materiales entregados junto a cada casa. La Instalación de las acometidas eléctrica, de agua y de desagües, materiales y herramientas asociados a esta actividad.	✓ LA UTSJ NUNCA ENTREGÓ EL CONCRETO Y LOS MATERIALES JUNTO A CADA CASA, PARA LA REALIZACIÓN DE LA PLACA DE CONTRAPISO.
Viga de Cubierta	Los materiales a saber: Aceros, varillas, flejes, alambres y malla electro soldada entregados en acopios al extremo de las manzanas	✓ LA UTSJ NUNCA ENTREGÓ LOS ACEROS, VARILLAS, FLEJES, ALAMBRES Y MALLAS ELECTRO SOLDADA JUNTO A CADA MANZANA, PARA REALIZAR LAS VIGAS DE CUBIERTA.
Pantalla en Concreto (Muros Sist IND)	Los materiales a saber: Aceros, varillas, flejes, alambres y malla electro soldada entregados en acopios al extremo de las manzanas. Instalación de las acometidas eléctrica, de agua y de desagües, materiales y herramientas asociados.	<p>✓ LA UTSJ NUNCA ENTREGÓ EL ACERO, VARILLAS, FLEJES, ALAMBRES Y MALLA ELECTRO SOLDADA AL EXTREMO DE CADA MANZANA PARA REALIZAR LOS MUROS DE CONCRETO.</p> <p>✓ LA UTSJ HIZO INSTALACIONES ELÉCTRICAS, DE AGUA Y SANITARIAS IMPERFECTAS, HORIZONTALES Y CON TUBERÍA DE DIÁMETRO SUPERIOR A LOS MUROS.</p> <p>✓ LA UTSJ NO GARANTIZÓ AGUA SUFICIENTE TODO EL TIEMPO DE LA OBRA.</p> <p>✓ LA UTSJ INCUMPLIÓ LA NORMATIVIDAD LEGAL VIGENTE PARA EL TRANSPORTE Y COLOCACIÓN DEL CONCRETO.</p> <p>✓ LA UTSJ ENTREGÓ CONCRETO SEGREGADO.</p> <p>✓ LA UTSJ CAUSÓ HORMIGUEOS POR SEGREGACIÓN DE CONCRETO.</p> <p>✓ LA UTSJ CAUSÓ JUNTAS FRÍAS POR GRANDES ESPACIOS DE TIEMPO ENTRE FUNDIDA Y FUNDIDA DE MUROS.</p>

Destaca la falta de dirección, administración y planeación de la obra según demuestra la ausencia de Comités de Obra, así como dicha falencia en la compra y suministro de los materiales, equipos y maquinaria; el desconocimiento de la normativa técnica de construcción, planeación, dirección y administración de obras civiles, en particular el Decreto 926 del 19 de marzo de 2010 - Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente NSR 10-, la norma NTC 3318 y las normas ISO; la falta de alistamiento del terreno y conformación de terrazas por inobservancia de reglas técnicas en el relleno, conformación, compactación, verificación de los niveles de la terraza y marcación de sus ejes verticales, lo que generó seis (6) interrupciones en la excavación con treinta y cinco (35) días de interrupción; la falta de materiales para la construcción de las casas al no entregarse oportunamente, carecer de abastecimiento, almacenamiento, almacenista y tapiero para su control, no suministrar los flejes ni el hierro figurado y materiales para las vigas de cimentación, mallas electro soldadas para placas de piso, hierro para vigas de cubierta, accesorios de las instalaciones eléctricas e hidrosanitarias, cemento, agua, arena y aditivos para el concreto, agua para el lavado de la formaleta y curado de concretos, energía eléctrica, al igual que la entrega, transporte y colocación del concreto en contra de lo dispuesto en el Capítulo 5.9 y el Capítulo 5.10 del Decreto 926 del 19 de marzo de 2010, al efectuarse desde la maquila al punto de fundición en volqueta y desde el punto de fundición a la formaleta en balde izado por retroexcavadora, lo que generó las siguientes consecuencias: “a. Segregación del concreto. b. Hormigueos. c. Deficiente monolitismo estructural”, y concluye que la Unión Temporal “causó segregación del concreto, por el indebido transporte y colocación del concreto”, “causó hormigueos en los muros por la segregación del concreto” y “causó juntas frías por los prolongados tiempos entre cada fundición de los muros”.

En torno a los “remates y resanes”, expresa:

“La construcción industrializada en formaleta al ser un proceso de ejecución con un proceso sincronizado, garantiza entre otros que el acabado es de mejor calidad, es decir, no requiere mampostería especial o gasto en recubrimientos de muros, cuando los muros tienen que hacerse resanes como los indicados en el oficio del Ingeniero **Iván Ricardo Sánchez** del 7 de julio de 2013 y el archivo fotográfico del 3 de agosto presentado por el señor **Michael Pardo** y la respuesta al oficio dada por el mismo Ingeniero **Iván Ricardo Sánchez** y el testimonial del Ingeniero **Javier Orlando Sánchez**, quiere decir que el proceso de construcción fue realizado en malas condiciones, la presencia de hormigueos y juntas frías por la segregación del concreto que como se dijo está en contravía de las normas de sismo resistencia, también son contrarias a las normas **NTC 396, NTC 550, NTC 673** y en especial la **NTC 3318**, de las cuales los testimoniales de **Néstor Roncancio, Eder Parra y Michael Pardo**, mostraron ignorancia total.

“El constructor, en este caso **TECNIA** no podía hacerse responsable económicamente de la realización de resanes de unos muros que salieron con mala calidad, por la pésima calidad del concreto y es así como la misma **UNIÓN TEMPORAL** lo reconoce y les ofrece pagarles la realización de los resanes, pero por un valor muy por debajo del costo, por esa razón **TECNIA** le dijo que no, y terminó la **UNIÓN TEMPORAL** contratando esa labor a otro tercero por un valor muy superior al inicialmente cobrado por **TECNIA**.

“Realmente quien sabe construir con sistema industrializado sabe que no hay resanes, que simplemente se presentan los remates que son el relleno de los huecos que deja la estructura y un lijado superficial, por eso es tan revolucionario, no necesita estuco y menos marmolina, que fue lo que utilizó la **UNIÓN TEMPORAL** para tapar las consecuencias del concreto segregado”.

Sobre los incumplimientos de la Unión Temporal Proyecto San Jacinto, TECNIA S.A.S. dirigió múltiples comunicaciones, correos electrónicos, y derechos de petición; además, la demandada se comprometió a reconocer los tiempos muertos por falta de suministro de concreto, traer un hidrowall, instalar un transformador, colocar tableros para la herramienta, un herrero para controlar el suministro y distribución de acero, observar un sistema de fundición, compromisos todos inobservados; también ofreció cancelarle una suma de \$25.000.000 como reconocimiento de perjuicios al finalizar la obra, el 4 de agosto de 2013 informó la suspensión del suministro de concreto, luego el 5 de agosto lo autorizó, y posteriormente comunicó por memorando del 24 de septiembre de 2013 la intervención de la obra y la contratación con terceros de los remates de las casas por un valor superior al inicialmente concertado, y el 1º de octubre de 2013 decidió terminar el contrato.

2. La contestación y las excepciones formuladas por las Convocadas

La Parte Convocada, al oponerse a las pretensiones, interpuso las denominadas excepciones de pago, inejecución, ineptitud sustancial de la demanda - incumplimientos graves (cumplimientos parciales y tardíos) y desconocimiento del principio de la buena fe (*venire contra factum proprium non valet*); destaca el incumplimiento del Contrato de Obra por TECNIA S.A.S., cuya obligación conforme al numeral 9.1. de los Términos Generales del Contrato, era construir y entregar un resultado consistente en cien (100) casas fundidas y resanadas a un precio total global de \$413.000.000, unitario de \$4.130.000, ejecutar las actividades previas, la cimentación y levantamiento de sus estructuras, y de las cuales sólo entregó una cantidad aproximada al 50% de las casas y en malas condiciones, por su deficiente organización, falta de experiencia y negligencia; si bien al inicio las terrazas no estaban listas, mientras se concluía su alistamiento TECNIA S.A.S. realizó otros trabajos remunerados; tuvo asesoría y apoyo de una comisión topográfica con cuatro topógrafos diversos; el suministro de materiales fue normal y adecuado, presentándose retrasos aislados de algún elemento por causas ajenas; en los comités de obra semanales se evaluaron las alternativas y sus soluciones; el otro contratista pudo concluir las obras; a TECNIA S.A.S. se le cancelaron las actividades en cuantía de \$271.590.371,77 no obstante que según el contrato debía pagársele por unidad terminada; la pésima calidad de sus trabajos, la incapacidad para completarlos en el término pactado, los problemas operativos con su personal, la pesada y paquidérmica estructura, la mala planeación del equipo operativo, la ineficiencia, inexperiencia, y falta de liderazgo del personal encargado de su organización en cabeza de Andrés Zamora, y la mala calidad de las herramientas utilizadas; además, los protocolos de trabajos, la utilización de la grúa, volquetas y baldes fueron acordados por las partes según consta en los Comités Nos. 1 y 16 del 2 de abril y 16 de julio de 2013.

En su alegato de conclusión la Parte Convocada reitera el incumplimiento de TECNIA S.A.S. respecto de su obligación de entregar cien (100) viviendas fundidas y rematadas como consta en la comunicación enviada por la Unión Temporal el 24 de septiembre de 2013; su fracaso a diferencia del otro contratista que tenía la misma obligación en el mismo terreno, con idénticos materiales que le proporcionaba la Unión Temporal, y bajo la misma dirección de los ingenieros de la Unión Temporal, a pesar de los tropiezos e inconvenientes normales por circunstancias adversas, imprevistos, tropiezos afrontados por la misma, Concreser y Esteban Moncada, quienes a diferencia de TECNIA S.A.S. cumplieron sus obligaciones y tenían el personal, los implementos, el conocimiento y la experiencia; TECNIA S.A.S. “nunca pudo superar la curva de aprendizaje de sus formaletas y sus cuadrillas de trabajadores nunca tuvieron el rendimiento necesario para cumplir”, “no sólo no entregó 70 de las casas que estaba obligada a fundir, sino que, además, únicamente remató 20 de ellas. Así las cosas, de 100 casas en perfecto estado que debía entregar sólo entregó 20 rematadas y las 50 restantes presentaban graves problemas de acabados: juntas frías, hormigoneos, desplomes, mayores grosores, desportilladuras, taches a la vista, desaseo, etc.”; la contratista se dedicó a construir un proceso judicial; hubo descuentos permitidos, y la retención en garantía se restituyó con el pago de las facturas y cuentas de cobro con pagos por “\$271.590.371, de un contrato cuyo valor, con adicionales, era de \$456.100.000, es decir, se pagó alrededor del 60% de un contrato en el que se presentaron estos incumplimientos tan graves”, por “casas que no entregó fundidas y rematadas”.

Consideraciones del Tribunal

1. La demanda arbitral principal pretende la declaratoria de incumplimiento por las sociedades que conforman la Unión Temporal Proyecto San Jacinto del Contrato de Obra suscrito el 15 de abril de 2013, su consecuencial resolución y condena al pago de perjuicios.

Desde esta perspectiva, la demanda contiene el ejercicio de la acción de resolución de contrato, cuya procedencia está sujeta a los siguientes requisitos o presupuestos concurrentes: (i) la existencia y validez de un contrato bilateral; (ii) el cumplimiento o disposición a cumplir de una parte; y (iii) el incumplimiento o renuencia a cumplir de la otra parte.

En efecto, de conformidad con los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio en los contratos bilaterales o de prestaciones correlativas³⁰, el incumplimiento o renuencia a cumplir de una de las partes y el cumplimiento o disposición a cumplir de la otra, otorga acción para exigir su cumplimiento o resolución con indemnización de perjuicios, es decir, la obligación misma (***prestación in natura***) o su equivalente pecuniario (subrogado, ***aestimatio pecunia***) con la plena reparación de daños, ya de manera principal (Artículos 1610 y 1612 del Código Civil), ora accesoria y consecuencial (Artículos 1546 y 1818 del Código Civil), bien en forma autónoma e independiente. Sobre los requisitos de esta acción la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

“Acudiendo a los antecedentes doctrinales, la jurisprudencia de la Corte, salvo la sentencia de 29 de noviembre de 1978, al fijar el verdadero sentido y alcance del art. 1546 del Código Civil, en más de un centenar de fallos ha sostenido que constituyen presupuestos indispensables, para el buen suceso de la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita, los siguientes: a) que el contrato sea bilateral; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o que haya estado dispuesto a cumplirlas, y c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponde”.³¹

Los requisitos del cumplimiento e incumplimiento, disposición o renuencia a cumplir de la acción resolutoria, también conciernen a la legitimación en la causa activa y pasiva. La *legitimatío ad causam* o interés legítimo, serio y actual del “titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico” (U. Rocco, *Tratado de derecho procesal civil*, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), exige plena coincidencia “de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la

³⁰ Luís CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil y comparado*, Volumen V, Tomo 10, apartado 157, volumen V, tomo décimo, Editorial Jurídica de Chile y Editorial Temis S.A., Bogotá, 1992.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de noviembre 5 de 1979.

persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva) (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185)” (CXXXVIII, 364/65), “es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste” (cas. civ. sentencia de 14 de agosto de 1995 exp. 4268), debe verificarse por el juzgador “con independencia de la actividad de las partes y sujetos procesales al constituir una exigencia de la sentencia estimatoria o desestimatoria, según quien pretende y frente a quien se reclama el derecho sea o no su titular” (cas. civ. sentencia de 1° de julio de 2008, [SC-061-2008], exp. 11001-3103-033-2001-06291-01), “pues es obvio que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional cuya característica más destacada es la de ser definitiva” (casación de 3 de junio de 1971, CXXXVIII, págs. 364 y siguientes).

La acción de resolución de contrato sólo puede ejercerse por el contratante cumplido o presto a cumplir, nunca por el incumplido o renuente al cumplimiento. Por esto la “legitimación –dice la Corte- para impetrar la resolución o el cumplimiento del contrato por uno de los contratantes, supone necesariamente el cumplimiento de sus obligaciones contractuales o el allanarse a cumplirlas” (sentencia de 17 de mayo de 1995, CCXXXIV-688), de donde “si el demandante de la resolución de un contrato se halla en mora de cumplir alguno de los compromisos que del pacto surgieron para él, carece de derecho para obtenerla, puesto que precisamente la ley autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso” (G.J., T. CXLVIII, 1ª parte, pág. 202), o sea, “...el titular de la acción resolutoria indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden y, por el aspecto pasivo incuestionablemente debe dirigirse la mencionada acción contra el contratante negligente, puesto que la legitimación para solicitar el aniquilamiento de la convención surge del cumplimiento en el actor y del incumplimiento en el demandado u

opositor ...” (G. J. Tomo CLIX, págs. 309 y ss.)” (Sentencia del 14 de diciembre de 2010, Exp. 41001-31-03-001-2002-08463-01).

Sin embargo en tratándose de prestaciones sucesivas o de cuyo cumplimiento pende el de la otra parte, cuando “...el demandado fue quien determinó, con su hecho, el incumplimiento del contrato del que surge la acción resolutoria, puede ejercitarla legítimamente el otro contratante, sin que para ello obste que a su vez haya dejado de cumplir después con sus obligaciones...” (CC,130), pues “[e]n los contratos bilaterales en que las recíprocas obligaciones deben efectuarse sucesivamente, esto es, primero la de uno de los contratantes y luego las del otro, el que no recibe el pago que debía hacersele previamente sólo puede demandar el cumplimiento dentro del contrato si él cumplió o se allanó a cumplir conforme a lo pactado, pero puede demandar la resolución si no ha cumplido ni se allana a hacerlo con fundamento en que la otra parte incumplió con anterioridad” (CLVIII, 299; CCXXXIV, 688 y cas, civ. 4 de septiembre de 2000, Exp. 5420).

Asimismo, ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

“[...] la jurisprudencia vigente de la Corporación considera que el cumplimiento tardío o extemporáneo de la obligación no impide que el contratante cumplido pueda ejercer la acción resolutoria del contrato, particularmente cuando el plazo pactado –y desatendido– se pueda considerar *esencial*, esto es, en aquellos casos en los que la ejecución de la prestación con posterioridad a una cierta oportunidad sea ya inútil al acreedor en cuanto que su interés en el derecho de crédito ha sido definitivamente lesionado, o cuando el incumplimiento genera una frustración del fin práctico perseguido por las partes en el negocio, o, por último, cuando se pueda observar un razonable interés en la resolución del contrato.

“*Contrario sensu*, si las circunstancias del caso concreto permiten concluir que la ejecución retardada de las obligaciones del contratante demandado no presenta características como las anteriormente mencionadas, en cuyo caso, se precisa, se puede considerar que el incumplimiento no tiene la gravedad o la entidad como para ser considerado un *incumplimiento resolutorio*, criterios como la equidad o la prevención del abuso del derecho, y la aplicación del principio de conservación de los contratos, hacen aconsejable que no se deba estimar la pretensión resolutoria en esas condiciones puesta a consideración de la administración de justicia.

“Lo anteriormente señalado, sin perjuicio de que, en otros supuestos de hecho, la aceptación del acreedor respecto del pago tardío realizado por el deudor, pueda ser válidamente considerada como una “subsanación” o “purga” del incumplimiento –o de la mora, en su caso–, o, incluso, como una renuncia tácita a la facultad de resolver el contrato” (Sentencia del 18 de diciembre de 2009, Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01).

En cuanto al incumplimiento para la terminación del contrato por resolución, el ordenamiento jurídico no califica su trascendencia, significación, importancia, grado o magnitud. Empero, la doctrina y la jurisprudencia, con acierto precisan que “no todo incumplimiento autoriza la resolución, sino que es menester que sea importante, o en otras palabras, de no escasa importancia”.³² Sobre dicho particular, la jurisprudencia de la casación civil, señala:

“En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra”³³.

La calificación de la trascendencia del incumplimiento está reservada al juez del contrato “limitado por el principio de razonabilidad y por la idea de que la prestación incumplida debe ser de suficiente entidad como para quitar interés al acreedor respecto de la ejecución ulterior”³⁴ y sin restringirse a su constatación u ocurrencia material, debe efectuarla de manera objetiva conforme al marco de circunstancias concreto³⁵,

³² Antonio RAMELLA, *La Resolución por Incumplimiento*, 2da. Reimpresión, Ed. Astrea, p. 52; Fernando FUEYO LANERI, *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, págs. 301, 302, 303 y 30, indicando: “Estimo que la resolución no puede proceder siempre, cualquiera que sea la importancia, entidad o trascendencia de lo incumplido. Descarto, pues, dicha posición extrema e intransigente que fue la que imperó en Chile”. Louis JOSERRAND, *Curso de Derecho Civil Positivo Francés*, T. II, Vol I, N° 384: “(...) no es una inejecución cualquiera la que abre el derecho a pedir resolución; se precisa que ella sea también suficientemente grave para que, en la idea de las partes, tenga que desempeñar el papel de una verdadera condición resolutoria (...)” Vid. Juan MIQUEL, *Resolución de los Contratos por Incumplimiento*, Segunda Edición actualizada, Editorial Depalma, pág. 140; Renato SCOGNAMIGLIO, *Teoría General del Contrato*, Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, págs. 266 a 268; José MELICH-ORSINI, *La Resolución del Contrato por Incumplimiento*, Editorial Temis, Bogotá, 1979, págs. 161, 162, 170, 171 y ss.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de septiembre 11 de 1984.

³⁴ Juan MIQUEL, *Resolución de los Contratos por Incumplimiento*, Segunda Edición actualizada, Editorial Depalma, pág. 140.

³⁵ Renato SCOGNAMIGLIO, *Teoría General del Contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, págs. 266 a 268, expresa: “Así, nos parece que no se debe tener en cuenta para la determinación de la entidad del incumplimiento, la apreciación subjetiva que el contratante pueda hacer de su propio interés, pues entonces se tomaría un elemento de juicio vago y equívoco, como es la voluntad presunta del interesado. Con dicho fin se debe considerar, en cambio, y este parece ser el sentido más correcto de la norma, la entidad del incumplimiento, considerado objetivamente, esto es, a la vista de repercusión sobre el equilibrio de las prestaciones. Pero esto no significa que deba procederse a una valoración del incumplimiento en abstracto, desde un punto de vista, como tal, lejano de la realidad; el juicio debe conducirse (y ello resulta inequívocamente de la referencia de la norma al interés del otro contratante) teniendo en cuenta la influencia efectiva del incumplimiento sobre la situación contractual concreta. Y apenas hay para qué agregar, luego de todo lo dicho, que para determinar la gravedad del incumplimiento en orden a la resolución, nada significa el elemento subjetivo de la conducta del incumplido (la magnitud de su dolo o de su culpa). “(...) se ha afirmado que, delante de una pluralidad de deberes contractuales, ha de considerarse relevante el incumplimiento de uno

para determinar si es de tal gravedad que frustre la función práctica o económica del negocio jurídico en consideración a su naturaleza y sus finalidades.

La gravedad del incumplimiento exige analizar el comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato, incluso, con posterioridad a su ocurrencia. *Verbi gratia*, cuando la prestación asumida por una de las partes exige la actividad o el cumplimiento precedente de la otra, entretanto ésta no cumpla su deber de conducta no se estructura el incumplimiento. Idéntica conclusión se impone en la hipótesis del incumplimiento de una obligación temporalmente anterior, donde es menester su cumplimiento por la parte a quien es exigible.³⁶ Igualmente, la conducta del acreedor ostenta singular importancia en la apreciación de esta exigencia. *Ad exemplum*, la tolerancia al incumplimiento del deudor, la aceptación de la prestación aún por conducta concluyente sin protesta y el comportamiento contrario a la reserva efectuada, fenecen toda consecuencia adversa.³⁷

principal, siempre que no sea de escasa entidad, al paso que está llamado a permanecer irrelevante el incumplimiento de una obligación accesoria, a menos que repercuta sobre el buen desenlace de la prestación principal; e incluso se ha establecido que, frente a una prestación parcial o tardía, es necesario considerar, sobre todo, si en esa forma es igualmente útil dentro del marco de la ejecución del contrato, y si la tutela del interés de la otra parte, que de ese modo recibiría un perjuicio limitado, puede realizarse también por otra vía. La valoración de la gravedad del incumplimiento debe hacerse, además, con relación al momento en que debe cumplirse la obligación (el interés del acreedor en el cumplimiento puede, en efecto, variar por el advenimiento de cualquiera circunstancia). Fuera de ello debe tenerse presente, para decidir sobre la entidad del incumplimiento, la conducta del acreedor, que provocando o tolerando la inobservancia de una cláusula contractual específica, demuestra no tener ya interés en su respeto”.

³⁶ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de octubre 7 de 1976, advierte: “(...) hay que precisar si en la convención se indicó el orden como debían ejecutarse (...) En este orden de ideas, cuando en el contrato bilateral se señala el orden en que deben cumplirse las obligaciones contraídas por las partes, cada una de ellas debe ajustarse, en la ejecución de las mismas, a la forma y al orden convenidos”. En el mismo sentido, anota: “En los contratos bilaterales en que las recíprocas obligaciones deben efectuarse sucesivamente, esto es, primero la de uno de los contratantes y luego las del otro, el que no recibe el pago que debía hacersele previamente sólo puede demandar el cumplimiento dentro del contrato si el cumplió o se allanó a cumplir conforme a lo pactado, pero puede demandar la resolución si no ha cumplido ni se allana a hacerlo con fundamento en que la otra parte incumplió con anterioridad” (negrilla CLVII, 299; CCXXXIV, 688 y cas. civ. 4 de septiembre de 2000, exp. 5420).

³⁷ Renato SCOGNAMIGLIO, Teoría General del Contrato. Traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, págs. 266 a 268, expresa: “(...) se ha afirmado que, delante de una pluralidad de deberes contractuales, ha de considerarse relevante el incumplimiento de uno principal, siempre que no sea de escasa entidad, al paso que está llamado a permanecer irrelevante el incumplimiento de una obligación accesoria, a menos que repercuta sobre el buen desenlace de la prestación principal; e incluso se ha establecido que, frente a una prestación parcial o tardía, es necesario considerar, sobre todo, si en esa forma es igualmente útil dentro del marco de la ejecución del contrato, y si la tutela del interés de la otra parte, que de ese modo recibiría un perjuicio limitado, puede realizarse también por otra vía. La valoración de la gravedad del incumplimiento debe hacerse, **además, con relación al momento en que debe cumplirse la obligación (el interés del acreedor en el cumplimiento puede, en efecto, variar por el advenimiento de cualquiera circunstancia).** Fuera de ello debe tenerse presente, para decidir sobre la entidad del incumplimiento, la

Otro tanto acontece en presencia del incumplimiento de ambas partes, toda vez que el concepto tradicional de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, “... es afirmativo y contundente en ubicar el fenómeno de la resolubilidad o del cumplimiento del contrato únicamente en cabeza de la parte que ha estado puntual para atender las prestaciones a su cargo”, y, por tanto, “[c]ierra este camino para resolver el contrato bilateral o exigir su cumplimiento, si se está frente a una situación sustancial definida de desatención recíproca o simultánea” (CLXXX, 110). De esta manera, no resulta jurídicamente atendible una pretensión de resolución contractual fundada en el mutuo incumplimiento de las partes” y sin perjuicio de que éste estructure un negocio jurídico extintivo (“mutuo disenso), cuando “los actos u omisiones en que consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato...’ ” (CLVIII, 217), [...] sin que haya lugar, desde luego, a resarcimiento de ninguna clase ya que, como es bien sabido, este tipo de prestaciones indemnizatorias requieren de la mora (artículo 1615 del Código Civil) y en el supuesto de incumplimiento recíproco objeto de análisis, esa situación antijurídica no puede configurarse para ninguno de los contratantes de conformidad con el artículo 1609 *ibidem*” (cas. civ. 7 de marzo de 2000, Exp. 5319).³⁸ (Sentencia de 18 de diciembre de 2009, Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01).³⁹

conducta del acreedor, que provocando o tolerando la inobservancia de una cláusula contractual específica, demuestra no tener ya interés en su respeto” (Se subraya).

³⁸ “En el mismo sentido, Sent. Cas. Civ. de 1° de diciembre de 1993, exp. No. 4022 y Sent. de Cas. Civ. 17 de febrero de 2007, exp. 0492-01”.

³⁹ Precisó la Corte en la sentencia del 18 de diciembre de 2009, exp. 41001-3103-004-1996-09616-01, que “en atención a lo establecido en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, en concordancia con el artículo 871 del Código de Comercio, mientras el contrato no se haya extinguido por las causales legales o por el consentimiento de las partes, los deberes de prestación que del mismo hayan surgido conservan vigencia y exigibilidad, y deben ser ejecutados de buena fe” (sentencia sustitutiva de 18 de diciembre de 2009, exp. 41001-3103-004-1996-09616-01). Por lo tanto, los contratantes podrán perseverar y solicitar el cumplimiento del contrato sin reparación de daños ni perjuicios, desde luego que el acto dispositivo conserva eficacia obligatoria mientras no se extinga en legal forma, es decir, impera el principio de conservación y eficacia obligatoria del contrato, según corresponde a la certidumbre, seriedad y regularidad del tráfico jurídico, tanto cuanto más que se celebra para su cumplimiento y obliga a éste mientras no termine por las causas legales o por decisión de las partes. Empero, es factible como ha dicho de antaño la Corte, que el recíproco incumplimiento constituya una hipótesis de “mutuo disenso tácito, en cuyo caso, tiene la virtud de extinguir las obligaciones contractuales, al tenor del inciso primero del artículo 1625 del Código Civil (Sentencia de 16 de julio de 1985, G.J. CLXXX, p. 125 y ss.), y en tal hipótesis, “la intervención, pues, del Juez se impone para declarar lo que las partes de una u otra forma han reflejado: desatar el vínculo para volver las cosas al estado que existía al momento de su celebración” (*ibidem*), dentro de éstas las restituciones correspondientes (Sentencia de 1 de diciembre de 1993, G. J. CCXXXV, p. 707 y ss.). En suma, frente al incumplimiento recíproco, las partes del contrato tienen mecanismos o vías ordinarias para solucionar la problemática, o sea la terminación del contrato por “mutuo disenso” si su comportamiento claro e inequívoco la comporta o, en caso contrario, su cumplimiento, naturalmente, en uno u otro caso, sin resarcimiento de daños.

Por otro lado, frente a la resolución o al cumplimiento puede oponerse la excepción de contrato no cumplido con relación directa de causalidad⁴⁰, pues no puede exigirse el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato bilateral, o su terminación, en uno y otro caso con reconocimiento de perjuicios, si no se ha cumplido o estado presto a cumplir las propias (art. 1609, C.C).

2. Situada la cuestión litigiosa planteada en la demanda arbitral principal en el ámbito de la acción resolutoria por incumplimiento, considera el Tribunal que el contrato de obra material o construcción bajo la modalidad de precios unitarios celebrado por la UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO y TECNIA S.A.S. el 15 de abril de 2013, es existente, válido, además de bilateral o de prestaciones correlativas, pues reúne sus elementos esenciales, presupuestos de validez y genera obligaciones a cargo de ambas partes.

Su objeto consistió en ejecutar cien (100) casas dentro del Proyecto San Jacinto ubicado en la calle 1 con carrera 7 del Municipio de Tocaima -Cundinamarca-, incluyendo dentro de su alcance las actividades propuestas, *“todos los trabajos, servicios, instalaciones, montajes y labores requeridos para su ejecución”*, las *“obras accesorias provisionales o definitivas”* necesarias a juicio de la UTSJ o la interventoría, entrega de la obra ejecutada con las cantidades aprobadas, suministrar la mano de obra, herramientas y equipos necesarios, así como respecto de cada unidad de vivienda las actividades de localización y replanteo, excavación de dados y vigas, concreto ciclópeo, relleno con material seleccionado, relleno en material tipo sub-base, vigas de amarre concreto, placa de contrapiso, viga de cubierta, y pantalla en concreto (Cláusulas 3 y 4, Datos del contrato y Términos y Condiciones Generales del Contrato de Obra bajo la modalidad de precios unitarios fijos).⁴¹

⁴⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 28 de abril de 2005.

⁴¹ Cuaderno de Prueba No. 1, folios 10 a 40 y Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 309 a 341.

En el alcance del contrato se listan “las actividades que debe desarrollar cada parte para la ejecución del contrato”: la UTSJ en localización y replanteo debía realizar la *“topografía y materialización de vértices de las viviendas. Previo al replanteo por parte del contratista”*; en excavación de dados y vigas, el cargue, acarreo y disposición de los desechos producto de la excavación; en concreto ciclópeo entregar el concreto y la roca junto a cada casa; en relleno de material seleccionado entregar el material *“junto a cada casa”*; en relleno de material tipo sub-base, entregar el material *“junto a cada casa”*; en vigas de amarre de concreto, entregar los materiales, aceros, varillas, flejes y alambres acopiados *“al extremo de las manzanas”*; en placa de contrapiso, entregar el concreto y materiales junto a cada casa, instalar las acometidas eléctricas, de agua y de desagües, materiales y herramientas asociados a esta actividad; en la de viga de cubierta, entregar los materiales, aceros, varillas, flejes, alambres y malla electro soldada acopiados *“al extremo de las manzanas”*, también en la actividad de pantalla en concreto (Muros Sist IND), junto con la instalación de las acometidas eléctricas, de agua y de desagües, materiales y herramientas asociados. A su vez, TECNIA S.A.S. debía ejecutar cada una de las actividades descritas con su personal, materiales, herramientas, formaletas y equipos conforme a lo acordado (Cláusulas 4 de los Datos del Contrato y de los Términos y Condiciones Generales.

La UTSJ, asumió en particular las obligaciones de suministrar al contratista en forma oportuna los diseños y planos necesarios para ejecutar el contrato, realizar oportunamente los movimientos de tierra para el alistamiento de los lotes, la topografía para materializar los vértices de las viviendas, suministrar los materiales e instalar las redes eléctricas, de agua y de desagües según el plan detallado de trabajo, la iluminación y energía eléctrica para la operación de las herramientas eléctricas, el agua para desarrollar las actividades, como el lavado de las formaletas, curado de pantallas, etc. (Cláusula 11, Datos del contrato, y

10 Términos y Condiciones Generales del Contrato de Obra bajo la modalidad de precios unitarios fijos).

Por su parte, TECNIA S.A.S., contrajo en particular, entre otras, las “*obligaciones de resultado*” de ejecutar y entregar la obra en los términos, condiciones y bajo las especificaciones técnicas pactadas; presentar un Plan Detallado de Trabajo con la información mínima acordada antes de iniciar la obra, los planes de recuperación de tiempo, reportes semanales de personal y maquinaria, actividades, avances de obra y programación de la semana siguiente, entregar un reporte final de la obra al finalizarla, mantener los repuestos e insumos para el buen funcionamiento de su equipo, responder por la calidad y estabilidad de la obra conforme a los artículos 2060 y 2061 del Código Civil, prestar los servicios en la forma y tiempo convenidos, obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales evitando retrasos y aportar toda su experiencia y conocimiento técnico (Cláusula 9, Términos y Condiciones Generales del Contrato de Obra bajo la modalidad de precios unitarios fijos).

El valor acordado por unidad de vivienda “*debidamente entregada y aprobada por la interventoría*” se estableció en \$4.130.000, el total de las 100 en \$413.000.000 y se estipuló un anticipo del 30% por \$123.385.002 con destinación exclusiva (Cláusulas 7, Términos y Condiciones Generales del Contrato de Obra bajo la modalidad de precios unitarios fijos); el pago se efectuaría dentro de los ocho (8) días siguientes a la presentación de la factura que se emitiría “*realizada la obra a satisfacción de UTSJ*” (Cláusulas 8, modificada con Otrosí No. 1 del 15 de abril de 2013); los honorarios incluían todos los costos directos, indirectos, administración, imprevistos y utilidades (Cláusula 6.2, Términos y Condiciones Generales del Contrato de Obra bajo la modalidad de precios unitarios fijos).

El contrato contempló la posibilidad de designar interventor, comités de obra y gerencia de proyecto, así como cláusulas de confidencialidad, multas y penal

pecuniaria, indemnidad, seguros, garantías, responsabilidad ambiental, renuncia a reconvención judicial, y se acordó que el mismo “*sólo puede ser modificado mediante acuerdo escrito firmado por ambas partes*”, entre otras (Cláusulas 11 y 12, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 26, Términos y Condiciones Generales del Contrato de Obra bajo la modalidad de precios unitarios fijos).

En el documento de Términos y Condiciones Generales del Contrato, las partes acordaron que la vigencia del contrato sería la “*necesaria para el cumplimiento del Objeto*” y para efectos de las pólizas la “*estimada en el documento DATOS DEL CONTRATO*” (Cláusula 5, Términos y Condiciones Generales del Contrato de Obra bajo la modalidad de precios unitarios fijos); a su vez, en el documento Datos del Contrato, Cláusula 1 (sic) Vigencia, se señaló que la duración “*para la ejecución de las 100 casas será de 3 Meses y medio, contados a partir del inicio de la obra, día en el cual las partes suscriben el acta de inicio*”, y “*si por necesidades de la Obra, la vigencia requiere ser ampliada, tal ampliación debe realizarse mediante comunicación escrita enviada por UTSJ al CONTRATISTA. UTSJ puede suspender el contrato en cualquier momento, y sin estar obligado a revelar causa alguna, dando notificación con un mínimo de tres (3) días de anticipación al CONTRATISTA, sin que se cause ningún tipo de indemnización a favor del CONTRATISTA*” (Cláusula 5.2, Términos y Condiciones Generales del Contrato de Obra bajo la modalidad de precios unitarios fijos); se estableció también que la UTSJ podía terminar unilateralmente el contrato “*en cualquier tiempo y a su libre discreción, con una antelación no menor a treinta (30) días calendario a la fecha en que se pretende que el Contrato termine y sin que haya lugar a reconocimiento de ninguna indemnización a favor del CONTRATISTA*”, o “*cuando estime que el CONTRATISTA incumplirá sus obligaciones contractuales*”, y también cualquiera de las partes “*puede terminar este Contrato de inmediato, con efectos retroactivos, mediante notificación por escrito a la otra parte*” si se incumple cualquier disposición que no haya sido subsanada a satisfacción dentro de los 15 días siguientes a la notificación del escrito, o la otra parte se torne insolvente o incumpla cualquier declaración o garantía o se determine que es falsa o engañosa (Cláusula 14, Términos y Condiciones Generales del Contrato de Obra bajo la modalidad de precios unitarios fijos).

3. En relación con los incumplimientos que la Convocante atribuye a los integrantes de la UTSJ, en los distintos oficios remitidos por ella y en la prueba testimonial recaudada resulta evidente que, en efecto, la Unión Temporal Proyecto San Jacinto al instante de iniciar las obras no puso a disposición de TECNIA S.A.S. las terrazas debidamente alistadas.

No obstante, el real impacto de este retraso sobre la ejecución del contrato es ambiguo para efectos de este laudo, toda vez que en el período en el cual se presentó la señalada demora, el personal de TECNIA S.A.S. fue destinado a la realización de otras labores dentro de la obra, que fueron en su momento reconocidas y remuneradas al contratista.⁴²

Adicionalmente, en cuanto a las afirmaciones de la demandante de que en el curso de la ejecución del contrato no se le suministraron de manera oportuna y en el sitio convenido los elementos y materiales a su cargo, tales como el concreto, roca, material de relleno, material tipo sub-base, aceros, varillas, flejes, hierro figurado, alambres, malla electro soldada, y hubo errores en las instalaciones de acometidas eléctricas, de agua y de desagües, así como escasez del agua necesaria para la elaboración y el curado de concreto, limpieza de la obra y herramientas, energía eléctrica, y que la producción, suministro, transporte y entrega del concreto fue deficiente e irregular, la prueba documental y testimonial arrimada al proceso coincide en cuanto a la efectiva ocurrencia de este tipo de incidentes.

No obstante, la gravedad y el impacto real de estas situaciones sobre los procesos constructivos no resulta clara. Mientras que en la contestación de la demanda y en los testimonios de los señores Michael Alirio Pardo Villada⁴³, Néstor Iván

⁴² Ver al respecto Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 91 a 93: informe diario de avance de TECNIA, donde obra que entre el 29 de abril y el 2 de mayo laboraron en las denominadas actividades preliminares, baños y casino (que no formaban parte del objeto contractual); Cuaderno de Pruebas No. 4, folio 3: factura 96, relativa a actividades preliminares de obra, y mismo cuaderno, folio 24, comprobante de egreso 36 y copia de depósito de cheque correspondiente. Igualmente, Cuaderno de Pruebas 6, folios 043 a 055, el Testimonio de Néstor Iván Roncancio, del 18.03.15, mas exactamente folio 047 vuelto.

⁴³ Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 211 a 254.

Roncancio Bustos⁴⁴, Esteban Moncada Cepeda⁴⁵, Eder Mauricio Parra Bermúdez⁴⁶ y José Javier Ruiz Álvarez⁴⁷ se resta trascendencia a los problemas que se presentaron en la obra de la Urbanización San Jacinto de Tocaima con los suministros de materiales e insumos, calificándolos incluso de inconvenientes normales en las obras que se construyen fuera de Bogotá, los testigos Jonhan Smith Guzmán Olaya⁴⁸, Ricardo Salcedo Uscátegui⁴⁹ y José Joaquín Forero León⁵⁰ asignan a estos problemas un papel determinante en la problemática que afirma TECNIA S.A.S. haber sufrido en el curso de las labores a su cargo.

Por otra parte, es evidente que el transporte y el suministro de concreto se realizó de manera rudimentaria y artesanal, mediante carretillas, volquetas, izada de baldes con una retroexcavadora, uso de canaleta, etc., y con un procedimiento contrario a las normas técnicas consagradas en los numerales C.5.9⁵¹ y C.5.10⁵² del Decreto 926 del 19 de marzo de 2010, “por el cual se establecen los requisitos de carácter técnico y científico para construcciones sismo resistentes NSR-10”.⁵³

⁴⁴ Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 043 a 055.

⁴⁵ Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 134 a 152.

⁴⁶ Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 096 a 114.

⁴⁷ Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 019 a 042.

⁴⁸ Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 260 a 273.

⁴⁹ Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 203 a 210.

⁵⁰ Cuaderno de Pruebas No. 6, folios 115 a 133.

⁵¹ “C.5.9 — TRANSPORTE: C.5.9.1 — El concreto debe transportarse desde la mezcladora al sitio final de colocación empleando métodos que eviten la segregación o la pérdida de material. C.5.9.2 — El equipo de transporte debe ser capaz de proporcionar un abastecimiento de concreto en el sitio de colocación sin segregación de los componentes, y sin interrupciones que pudieran causar pérdidas de plasticidad entre capas sucesivas de colocación”

⁵² “C.5.10 — COLOCACIÓN: C.5.10.1 — El concreto debe depositarse lo más cerca posible de su ubicación final para evitar la segregación debida a su manipulación o desplazamiento. C.5.10.2 — La colocación debe efectuarse a una velocidad tal que el concreto conserve su estado plástico en todo momento y fluya fácilmente dentro de los espacios entre el refuerzo. C.5.10.3 — No debe colocarse en la estructura concreto que haya endurecido parcialmente, o que se haya contaminado con materiales extraños. C.5.10.4 — No debe utilizarse concreto al que después de preparado se le adicione agua, ni que haya sido mezclado después de su fraguado inicial, a menos sea aprobado por el profesional facultado para diseñar. C.5.10.5 — Una vez iniciada la colocación del concreto, ésta debe efectuarse en una operación continua hasta que se termine el llenado del panel o sección, definida por sus límites o juntas predeterminadas. C.5.10.6 — La superficie superior de las capas colocadas entre encofrados verticales por lo general debe estar a nivel. C.5.10.7 — Cuando se requieran juntas de construcción, éstas deben hacerse de acuerdo con C.6.4.1 — La superficie de las juntas de construcción del concreto deben limpiarse y debe estar libre de lechada. C.5.10.8 — Todo concreto debe compactarse cuidadosamente por medios adecuados durante la colocación, y debe acomodarse por completo alrededor del refuerzo y de la instalación embebida, y en las esquinas del encofrado”.

⁵³ Modificado por Decretos 2525 del 14 de julio de 2010, 092 del 17 de enero de 2011 y 350 de 2012

Plantea la demandante que dicho procedimiento de producción, transporte, suministro y entrega del concreto causó segregación, hormigueos en los muros, juntas frías, deficiente monolitismo estructural y la necesidad de efectuar resanes a los muros. Por el contrario, la demandada atribuye estos defectos a la falta de experiencia de TECNIA S.A.S. en los sistemas de construcción industrializados con formaleta, y sus errores de conducta, a cuyo respecto remite al informe de interventoría del Ingeniero Hernán Serralde aportado por Néstor Roncancio en su testimonio, al archivo fotográfico anexo y al informe del Laboratorio Contecon Urbar, a los que se opuso la Convocante por no haberlos conocido ni constar en los mismos de qué muros fueron extraídos los núcleos, aunque prueban un estado del concreto poroso proveniente de la mala calidad del concreto entregado por la Unión Temporal Proyecto San Jacinto.

Es decir, respecto de la presencia de desperfectos en los muros de concreto fundidos por TECNIA S.A.S., no hay discusión entre las partes. La divergencia concierne exactamente a su causa, que la Convocante atribuye a la deficiente producción, transporte, suministro y entrega del concreto, y las Convocadas, a la falta de experiencia y a los yerros cometidos por la sociedad contratista durante el proceso de fundición.

En efecto, las pruebas arrimadas al proceso acreditan de manera uniforme la ocurrencia de problemas en la fundición de las casas que construyó la Convocante, tales como hormiguelo y segregación del concreto, juntas frías, deficiente monolitismo estructural y la necesidad de efectuar resanes no previstos en la técnica de construcción industrial con que debían construirse las casas en el Proyecto Habitacional San Jacinto.

De ello dan fe no solo los escritos de demanda y contestación, así como la reconvencción y el escrito que en respuesta a esta radicó la Convocante el 30 de julio de 2014; también resulta patente la existencia de estos problemas

constructivos en varias comunicaciones que se cruzaron TECNIA S.A.S. y la UTSJ y sus miembros.

Al respecto constituyen particular evidencia las siguientes comunicaciones: (i) correo electrónico dirigido al Ingeniero Néstor Roncancio el 8 de julio de 2013, y su carta anexa⁵⁴, donde se manifiesta que las demoras en el suministro de concreto y el procedimiento de producción y transporte del mismo han generado “juntas frías” y “segregación” que “no garantizan el monolitismo estructural”; (ii) correo electrónico dirigido al Ingeniero Néstor Iván Roncancio el 1º de octubre de 2013, junto con comunicación anexa dirigida a los representantes legales de las integrantes de la UTSJ⁵⁵, donde, en relación con los resanes se analizan las causas de la segregación del concreto, el hormiguo y las juntas frías, así como de la consiguiente pérdida de monolitismo e integridad estructural; (iii) correo electrónico de UTSJ al Ingeniero Néstor Iván Roncancio, de 6 de junio de 2013⁵⁶, donde se ponen de presente, entre otros, los problemas que presentan los muros que construía TECNIA S.A.S.; (iv) correo de 11 de junio de 2013, de Iván Ricardo Sanchez al Ingeniero Iván Roncancio, así como la carta adjunta⁵⁷, donde TECNIA S.A.S. reconoce que inicialmente se presentaron problemas con la modulación de las casas y se expresa en los siguientes términos “... por ejemplo faltaron algunos módulos, luego los acabados no fueron los que se esperaban, encontrándose demasiados detalles en la formaleta que impiden asegurar muros en condiciones aceptables, por tal razón (...) hemos tomado la decisión de cambiar la formaleta...”; (v) correo electrónico de Michael Pardo a Javier Sánchez, de 4 de agosto de 2013, junto con sus comunicaciones anexas⁵⁸, donde se ponen de presente las zonas con vacíos en los muros, los desplomes, los problemas de modulación y antepechos, las desportilladuras en los muros al desencofrar, las diferencias de espesor en los muros construidos y los muros previstos en los planos, el hormigoneo y los “pésimos terminados de cuchillas”; (vii) correo electrónico de Iván Ricardo

⁵⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 152.

⁵⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 224.

⁵⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 235.

⁵⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 239 a 244.

⁵⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 245 a 252.

Sánchez Acevedo para el Ingeniero Néstor Roncancio el 4 de agosto de 2013, junto con la comunicación anexa⁵⁹, donde se señala que *“la causa de los hormigueos no es exclusivamente originada en el vibrado del concreto, también lo es la segregación ocasionada por el transporte artesanal con volqueta que si se revisa con el documento ACI de transporte de concreto es inadecuado y origen de segregación, un concreto segregado al colocarse ocasiona hormigeros”*. En la misma comunicación, TECNIA S.A.S., sobre cada una de las fotografías adjuntas, incorpora un letrero en el que manifiesta que las zonas con vacíos en los muros, la modulación de dinteles y antepechos, o el espesor de muros, habían sido solucionados al cambiar la formaleta y el material de los negativos; respecto de los demás defectos se afirma que están en proceso de modificación. Igualmente, dan fe de la ocurrencia de problemas en la construcción de las casas objeto del contrato entre la UTSJ y TECNIA S.A.S. los distintos testigos que comparecieron al proceso, como ocurre con el señor Javier Orlando Sánchez Acevedo (empleado y socio de la demandante), quien se refiere ampliamente a la aparición de hormigoneo, juntas frías y otros problemas en las casas construidas por TECNIA S.A.S.

Ahora bien, en cuanto al origen específico de las dificultades que se presentaron con el transporte, suministro y vertido del concreto, es claro que mediante comunicación fechada el 29 de abril de 2013 TECNIA S.A.S. remite el plan detallado de trabajo, los procedimientos constructivos y ambientales, el plan de calidad, emergencias y procedimientos de seguridad industrial, y los formatos de control.⁶⁰

En el Plan Detallado de Trabajo, precisa un tiempo de ejecución de dieciocho (18) semanas, la construcción simultánea de dos casas, el personal requerido, la programación, recursos técnicos, equipos, herramientas y materiales, el desglose del trabajo por frente y disciplina. El numeral 2, hace referencia a las actividades

⁵⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 255 a 266.

⁶⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 41 a 77.

“predecesoras y sucesoras”, aclara “que la mayoría de las tareas demandan la interacción de TECNIA y de la UTSJ, por lo que se hace de vital importancia una permanente comunicación y una excelente planeación”, y enuncia las tareas, sub-tareas y el responsable. A la UTSJ, el alistamiento previo del terreno, establecer niveles de terrazas, colocar estacas en los vértices de las viviendas, suministrar el concreto y roca, hierros, alambre, mallas, varillas, ganchos, material de relleno, instalar la tubería de desagüe, hidráulica y de instalaciones eléctricas; y a TECNIA, entre otras, materializar las líneas de replanteo, excavación de los dados, vigas y placa de contrapiso, colocar el concreto, armar hierros de viga con varillas de amarre de las mallas de muros, las formaletas de vigas, fundir el concreto, desencofrar las vigas, su curado, rellenar y compactar, armar formaleta en forma de ajedrez y nivelar, fundir la placa de contrapiso (media placa de casa), curado de placa, replanteo de muros, instalar mallas y separadores de disco, armar los hierros de las vigas de cubierta, aplomar muros, “Detalles de muros” y “Curado de muros (aplica agua y mallas)”.

Los procedimientos constructivos expresan actividades, materiales, herramientas, el responsable y su duración. En trazo y nivelación, se parte “de los vértices de las casas, materializados por el personal de la comisión topográfica”, y se verifican las escuadras aplicando el teorema de Pitágoras (3.4.5); en cuanto a las vigas de amarre en concreto, se indica que “el concreto será trasladado por medio de las carretillas al punto de aplicación y será aplicado en la viga además se debe vibrar utilizando el vibrador para evitar que queden espacios vacíos”, al día siguiente se retira el “encofrado o formaleta y se verifica que haya quedado bien fundida sin vacíos y que el acero no haya quedado a la vista”, luego se cura rociando “agua 3 veces al día durante 7 días de la semana”; en instalación de formaleta de muros y su fundición, se describe el procedimiento, el vertido de concreto “sobre la parte superior de los muros a los puntos de vertimiento preseleccionados, este proceso se llevará a cabo por medio de una torre grúa”, y una vez fundidos los muros “se

debe lavar con hidrolavadora la formaleta para retirar los residuos de concreto y evitar que se fragüe y la dañe”.⁶¹

En este contexto, para el Tribunal es claro que el procedimiento utilizado para el suministro, entrega y vertido del concreto, no sólo se acordó por las partes, pues así consta en los procedimientos constructivos elaborados por TECNIA S.A.S., sino que tales aspectos, así como el relacionado con el transporte del mismo hasta el sitio de la obra, se implementaron durante la ejecución del contrato y así se desarrollaron las labores encargadas al contratista. Por consiguiente, de aceptarse el planteamiento de la demandante en cuanto que dicho procedimiento, ciertamente contrario a las normas técnicas, fue la causa de la segregación, hormigueos y juntas frías determinantes de los resanes, es claro que se trata de una metodología y unos procedimientos en principio consentidos y aceptados, por lo que la Convocante no puede ahora cuestionar procedimientos o metodologías que en parte están originadas en su propia conducta, tanto más cuanto que por su profesión no sólo debía conocer sino cumplir las normas técnicas.

A este propósito, se recuerda que las reglas, normas o directrices del arte, ciencia o profesión (*Lex artis*), según criterios o procederes usuales en cierto tiempo y lugar, el conocimiento, avance, progreso, desarrollo y estado actual (*Lex artis ad hoc*), imponen al profesional en su ejercicio y en el ámbito de su profesión un deber de diligencia y cuidado de mayor exigencia acorde a la *lex artis*, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo y las reglas de experiencia, respecto de los cuales el profesional no puede invocar su inobservancia. Por

⁶¹ En las Actas del Comité No. 1 del 2 de abril de 2013 y 16 del 16 de julio de 2013, que la demandante cuestiona por carecer de firmas y, en su concepto, de mérito probatorio, se indica: “Para el vaciado del concreto, se concluye utilizar PH y como segunda opción una torre grúa pequeña”. “La UTSJ se compromete a entregar para el viernes 05-07-2013, la torregrua (telehandier) y una volqueta adicional, para optimisar (sic) la fundida del concreto”; “se traerán los baldes de concreto que permitan fundir de forma rápida y eficiente los muros de las viviendas”, “Se define el sistema de fundida para los muros con el siguiente esquema: 4 baldes de concreto, 2 volquetas de 1,5 M3, una canaleta de zinc y un telehandier.”

esto, la falta de diligencia o cuidado, la negligencia, desidia, imprudencia e inobservancia de los patrones o estándares objetivos de comportamiento exigibles según la situación, posición, profesión, actividad u oficio del sujeto, comporta un escollo insalvable para pretender la reparación de un daño, porque en esta hipótesis, el hecho obedece también a la conducta de parte. Por demás, tal aspecto quebrantaría los deberes secundarios de conducta, y la buena fe, lealtad, probidad y corrección exigible en el tráfico jurídico.

Consecuencialmente cuando un profesional con su propia conducta lesiona, tolera o patrocina la vulneración de las reglas técnicas que está obligado a observar en el ejercicio de su profesión, desde luego no puede pretender la declaración de incumplimiento de su contraparte ni reparación de daño alguno. Y, si en el presente asunto, TECNIA S.A.S. debía conocer y cumplir las reglas técnicas inherentes al transporte, suministro, depósito y colocación del concreto, a cuya inobservancia atribuye la segregación, hormigueos en los muros, juntas frías, deficiente monolitismo estructural y la necesidad de efectuar resanes, se impone que no puede reclamar esta circunstancia como un incumplimiento ni un daño como consecuencia del quebranto de las normas técnicas imperantes en su profesión.

En conclusión, en relación con los incumplimientos que la parte Convocante imputa a los integrantes de la Unión Temporal Proyecto San Jacinto, el Tribunal encuentra que en relación con algunas de las conductas que aquella le censura a las Convocadas no resulta clara la trascendencia que dichos inconvenientes hayan tenido para el desarrollo de la labor contratada, más aún porque la contratista, si bien hizo llamados de atención al respecto, continuó con la ejecución del encargo que se le hizo (caso de la entrega de las terrazas o las deficiencias en el suministro de algunos insumos), mientras que en relación con los problemas que se afirma fueron originados en el inadecuado sistema de transporte y suministro del concreto, el material probatorio obrante en el

expediente indica que los efectos negativos que dicha situación haya generado en el resultado constructivo pueden atribuirse a los comportamientos de las dos partes, y no resulta admisible que TECNIA S.A.S., profesional de la actividad de la construcción, que propuso unas metodologías y unos procedimientos para el efecto, y que ejecutó sus labores en el contexto que las partes fueron estableciendo durante el desarrollo del contrato, posteriormente reclame por la inobservancia de normas técnicas o reglas de conducta que ella, como profesional, se repite, igualmente debía atender.

4. Por otra parte, según ya se ha señalado, la pretensión de terminación del contrato con indemnización de perjuicios exige no solo acreditar el incumplimiento de la parte demandada, sino también que quien presente la correspondiente acción resolutoria sea contratante cumplido o allanado a cumplir, tal y como se ha explicado suficientemente con antelación.

Si bien en el asunto que ocupa la atención del Tribunal es claro que hubo incumplimientos de la Unión Temporal Proyecto San Jacinto, que se presentaron desde la iniciación del contrato, *v.gr.*, lo relacionado con el alistamiento de las terrazas para que TECNIA S.A.S. pudiera empezar a desarrollar su labor o los retrasos e inconvenientes surgidos en la entrega de los materiales e insumos necesarios para que el contratista llevara a cabo su encargo, respecto de los cuales, según ya se ha indicado, resulta discutible su transcendencia, también es cierto que en el expediente están acreditados varios incumplimientos de la Convocante, tales como la falta de entrega de la totalidad de las cien (100) viviendas encargadas, debidamente fundidas y rematadas, así como diversos aspectos puntuales de la actividad contratada, que, en concepto del Tribunal, no se derivan directamente de omisiones o incumplimientos previos de la UTSJ sino de la propia capacidad y aptitud profesional del constructor, tales como las zonas con vacíos en los muros, los desplomes, la defectuosa modulación de dinteles y antepechos, las desportilladuras en los muros al desencofrar, el espesor de

algunos muros mayor o menor al determinado sobre planos, los errores en la modulación de la formaleta, los problemas en los remates de los muros, hierros expuestos, problemas con el terminado de las cuchillas, patios sin terminar, entre los aspectos más relevantes, todos destacados por la UTSJ en diversas comunicaciones y documentos allegados al proceso⁶², y varios de ellos aceptados explícitamente por TECNIA S.A.S. como derivados de los problemas presentados con la formaleta originalmente utilizada, mientras que respecto de otros se indica que estaban en proceso de realizarse las modificaciones correspondientes para la fecha de las respectivas comunicaciones.⁶³

La circunstancia anteriormente mencionada también impide que el Tribunal pueda dar prosperidad a la pretensión de resolución contractual, pues, se reitera, para acudir exitosamente a esta acción, el juez debe encontrar acreditado, como uno de los requisitos de la acción, que el demandante sea contratante cumplido o allanado a cumplir, lo que, según se ha expuesto, no ocurre en el asunto *sub examine*.

5. En *gratia discussione*, esto es, si se considerara acreditado el incumplimiento de las sociedades que integran la Unión Temporal Proyecto San Jacinto, así como el cumplimiento de la aquí Convocante –o, por lo menos, que su incumplimiento se habría originado en inejecuciones previas de su contraparte contractual-, es pertinente destacar que en el curso del proceso la Convocante ha alegado la existencia de perjuicios de distinta naturaleza que ella habría sufrido como consecuencia del incumplimiento de la parte convocada, pero tales perjuicios, con las características exigidas para que se puedan considerar como daños resarcibles –esto es, con el carácter de personales, ciertos, directos e injustos, no encuentran prueba idónea en el proceso. Recuérdese a este respecto que es carga del demandante en un trámite de esta naturaleza,

⁶² Comunicación fechada el 3 de agosto de 2013, dirigida por Michael Alirio Pardo Villada a TECNIA S.A.S., con el registro fotográfico adjunto. Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 125 -142.

⁶³ Correo electrónico de Iván Ricardo Sánchez Acevedo para el Ingeniero Néstor Roncancio el 4 de agosto de 2013, junto con la comunicación anexa. Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 255 a 266.

acreditar la existencia de los daños que alega haber sufrido y también demostrar la cuantía de los mismos.⁶⁴

La parte Convocante manifestó haber sufrido perjuicios en cuantía no inferior a \$450.000.000,00, que posteriormente, por requerimiento del Tribunal, discriminó, en distintas partidas, en las que se destacan reclamaciones por lo que se ha denominado como “tiempos muertos”, por \$230.485.232; sobrecostos por cambios en las placas, por \$12.923.838; gastos realizados y pagados en ejecución de las obras, retención y resanes, por \$44.457.294; incremento en la nómina, por \$23.894.360; daños sufridos por las formaletas dada la falta de agua para la limpieza, por \$70.000.000; utilidad dejada de recibir, por \$10.729.100; intereses de créditos, por \$7.138.920; y una partida final, correspondiente al valor de la inversión y reinversión de los dineros pagados por TECNIA S.A.S. y no cancelados por la convocada, por \$49.971.256.

Pues bien, en el expediente brillan por su ausencia las pruebas que acrediten los perjuicios que la Convocante afirma haber padecido. Se allegaron al plenario las facturas que TECNIA S.A.S. remitió a la Unión Temporal Proyecto San Jacinto para cobrar algunos de los valores arriba mencionados (caso de los “tiempos muertos”, o los sobrecostos de las placas de concreto, así como lo atinente a los gastos realizados y pagados en la ejecución de las obras, retención y resanes).⁶⁵ Igualmente, se incorporó la certificación que bajo la gravedad de juramento rindió el representante legal de TECNIA S.A.S., ingeniero Javier Orlando Sánchez Acevedo, sobre el valor de los “tiempos muertos”, con fecha 23 de octubre de 2013.⁶⁶ Finalmente, obra en las actuaciones una certificación expedida, también bajo la gravedad de juramento, por la Compañía Empresarial de Servicios Temporales “CESTEMPO S.A.S.” de 30 de octubre de 2013, en la que informa que el valor de la nómina de TECNIA S.A.S. en el proyecto San

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 13 de julio de 2014. Expediente 0800131030092007-00103-01. Es reiteración de la jurisprudencia consolidada de la Corte sobre la materia.

⁶⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, fls. 187, 202 y 230.

⁶⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, fls. 98 a 100.

Jacinto, entre los días 21 de abril y 5 de octubre de 2013, ascendió a la suma de \$336.500.033.

Es claro para el Tribunal que ninguno de los documentos a que se ha hecho referencia tiene la virtualidad de servir de medio de prueba de los perjuicios que TECNIA S.A.S. reclama para que le sean resarcidos, toda vez que, por una parte, las facturas y la certificación emitidas por el representante legal de esa compañía son documentos provenientes de la propia sociedad que reclama las respectivas indemnizaciones, y, por la otra, la certificación de la empresa de servicios temporales da cuenta de todos los pagos realizados a los empleados vinculados por TECNIA S.A.S. durante la ejecución del Contrato de Obra, pero no acredita la relación que tales erogaciones puedan tener con alguna de las diferentes partidas reclamadas como perjuicios en la demanda.

Recuérdese, en relación con el primer aspecto antes reseñado que a nadie le es permitido constituir “su propia prueba”, pues dicho proceder contradice los principales postulados sobre los que está edificado el derecho probatorio. En relación con este tema ha señalado la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“En el mismo sentido, la Corte [Sentencias de casación de 4 de abril de 2001, Exp. No. 5502; 22 de abril de 2002, Exp. No. 7082; 29 de agosto de 2002, Exp. No. 6932; 31 de octubre de 2002, Exp. No. 6459; 28 de marzo de 2003, Exp. No. 6709; 23 de marzo de 2004, Exp. No. 7533; 25 de abril de 2006, Exp. No. 1037-01] ha reconocido que, en principio, “*a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte, pues ello sería tanto como admitir que el demandado, ‘mutatis mutandis’, pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal*” (Sent. Cas. Civ. de 4 de abril de 2001, Exp. No. 5502).

“También los precedentes citados reflejan que de modo general no puede tomarse como prueba lo que las partes declaran en su favor, todo a partir del deber que gravita sobre aquéllas de asumir la carga de probar, para así evitar que el proceso se convierta en un espacio de encuentro para simples versiones y no, como debe ser, el escenario para despejar

la incertidumbre con los elementos reconstitutivos del pasado que sean legalmente admisibles, máxime si estos se encuentran en posibilidad de ser acopiados.

“3. Las anteriores premisas arrojan la conclusión preliminar de que incurre en yerro de derecho [Sent. Cas. Civ. de 25 de noviembre de 2004, Exp. No. 7246.] el juzgador cuando en lugar de obtener la prueba del equivalente monetario del daño a través de medios de prueba universales, seguros y contrastables, invoca nada más que el principio de equidad para justificar una condena en perjuicios a partir del sólo dicho de la parte favorecida con la indemnización”.⁶⁷

Y si bien es cierto que la Convocante presentó juramento estimatorio respecto de la cuantía de los perjuicios que manifiesta haber sufrido, y las Convocadas no plantearon objeción respecto de tal estimación, debe recordarse que dicho medio de prueba sirve para acreditar “la cuantía” de los daños mientras no se presente prueba en contrario, pero es evidente que en ausencia de prueba de los perjuicios sufridos, de poco sirve estimar bajo juramento su monto o cuantía. Ha sido constante en la tradición de la jurisprudencia nacional en materia de indemnización de perjuicios distinguir entre la prueba del daño (su existencia como hecho jurídico) y la de su cuantía (extensión y medida de los perjuicios), para efectos de separar debidamente tales aspectos de la controversia.⁶⁸ En consecuencia, como en el presente asunto no se acreditó la existencia de los perjuicios que la Convocante alega haber padecido, no puede el Tribunal suplir dicha inactividad probatoria por el juramento estimatorio en su momento presentado, el cual, se repite, se circunscribe a la cuantía o monto de los daños o perjuicios cuya existencia debe acreditarse en el proceso con los medios de convicción que la parte actora, titular de la carga correspondiente, allegue oportuna y regularmente al proceso.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 27 de junio de 2007. Exp. No. 73319-3103-002-2001-00152-01

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 9 de agosto de 1999 y de 25 de febrero de 2002, entre otras.

Por lo anterior, las pretensiones de la demanda arbitral, declarativas y de condena, no están llamadas a prosperar, y así se declarará en la parte resolutive.

6. Las consideraciones expuestas precedentemente para denegar las pretensiones de la demanda principal harían innecesario que el Tribunal se pronunciara sobre las excepciones perentorias formuladas por la parte convocada, consistentes en que ésta pagó sus obligaciones, en que la Convocante no ejecutó el contrato en la forma prevista, en la alegada ineptitud sustancial de la demanda por ausencia del requisito derivado del propio cumplimiento de sus obligaciones por el actor y en el desconocimiento del principio de la buena fe en su modalidad *venire contra factum proprium non valet*).

No obstante, el Tribunal observa que, independientemente de que no prosperarán las pretensiones de la demanda principal, las obligaciones canceladas por la Unión Temporal San Jacinto corresponden a items contractuales que no tuvieron discusión y no a las reclamaciones aquí formuladas. Igualmente, no encontró demostrado el Tribunal el solo incumplimiento del contratista sino también el de la Unión Temporal San Jacinto por lo que el alcance de las dos siguientes excepciones propuestas por la convocada dista mucho de la motivación con base en la cual ha resuelto el Tribunal la litis planteada por TECNIA S.A.S.. Finalmente, en cuanto a la última excepción, no encuentra el Tribunal un acto (comunicación, acta, acuerdo, etc.) proveniente del contratista que hubiere puesto de presente un entendimiento contrario a las reclamaciones que la Convocante vino a formular en sede arbitral. Por el contrario, en el expediente obran varias comunicaciones que revelan su distinto entendimiento en varios aspectos vinculados con la ejecución contractual. Tampoco existe un acto posterior, distinto de la demanda propiamente dicha, que entre en contradicción con uno anterior del actor del que pueda desprenderse un comportamiento ajeno a la buena fe contractual. En

estas condiciones, faltando dos de los tres presupuestos en que se funda el principio *venire contra factum proprium non valet* no puede prosperar la última excepción propuesta.

IV. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS

1. Las pretensiones de la demanda de reconvencción

La demandante en reconvencción solicita de manera principal declarar el cumplimiento por las sociedades Constructora Muraglia S.A. y Colombia CMF S.A., miembros de la Unión Temporal Proyecto San Jacinto, de sus obligaciones contractuales; el incumplimiento grave del contrato por Tecnia S.A.S. al “*incurrir en yerros tales como la mora en el cumplimiento de sus obligaciones, la implementación de procedimientos inadecuados de construcción, la errónea implementación de equipos y personal, la indebida amortización del anticipo, entre otros*”; reconocer su declaración válida de resolución del contrato por los incumplimientos graves de Tecnia S.A.S.; y condenarla a pagarles dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo, las sumas dinerarias correspondientes a multas, penal pecuniaria y perjuicios, estimadas en \$395.490.271 o la que se pruebe en el proceso con sus intereses de mora a la tasa máxima legal hasta la fecha del laudo, y en caso de no pagar en ese término, hasta la del pago, e imponerle las costas procesales.

En las primeras y segundas subsidiarias formula idénticas pretensiones de cumplimiento, incumplimiento y condena, solicitando en vez del reconocimiento de la validez de la resolución del contrato por los incumplimientos graves de TECNIA S.A.S., reconocer la terminación del contrato por expiración del término de su duración, o, en su defecto, reconocer “que del comportamiento de las Partes se desprende su deseo de terminar el contrato”; y, en las terceras

subsidiarias, a más de iguales pretensiones de cumplimiento e incumplimiento del contrato, declarar que no obstante haber incumplido TECNIA S.A.S. “gravemente con sus obligaciones contractuales, recibió pagos por parte de las sociedades Constructora Muraglia S.A. y Colombia CMF S.A., por un monto de Doscientos Setenta y Un Millones Quinientos Noventa Mil Trescientos Setenta y Un Pesos (\$271.590.371)”, que por estos pagos, “Tecnia S.A.S. se enriqueció patrimonialmente sin justificación alguna, con el correlativo empobrecimiento de las sociedades Constructora Muraglia S.A. y Colombia CMF S.A.” y condenarla a restituir tal cantidad con intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida hasta el pago total de no hacerlo dentro de los cinco días siguientes a la fecha del laudo, así como también a las costas del proceso.

Las pretensiones se sustentaron en la celebración por las partes el 15 de abril de 2013 del Contrato de Obra, cuyo objeto consistió la ejecución por la demandada de manera independiente, sin subordinación y con los propios medios, elementos de trabajo y personal, estructura técnica y administrativa, la construcción de 100 casas en el Proyecto San Jacinto situado en Tocaima según el documento “Datos del Contrato” que establece los aspectos técnicos y logísticos, por unos honorarios pactados bajo la modalidad de precios unitarios que incluyen todos los costos directos, indirectos, administración, imprevistos y utilidades necesarios para su oportuna y satisfactoria ejecución, anticipos cuya apropiación o destinación a fines diferentes comporta un grave incumplimiento de las obligaciones y cuya facturación debía realizar según los acordado; el contratista debía asistir a reuniones de Comité de Obra y de Gerencia de Proyecto, facultó a la UTSJ para descontar de lo adeudado el monto de las multas y de las penas, terminar el Contrato de manera unilateral, en cualquier tiempo y a su libre discreción, con una antelación no menor a treinta (30) días calendario y sin que haya lugar a reconocimiento de ninguna indemnización a favor del contratista, y cuando estimase que éste incumpliría sus obligaciones contractuales.

La demandada contrajo obligaciones de resultado, y en especial, las de ejercer la dirección técnica y administrativa de la Obra para conseguir la correcta aplicación de los planos y demás soportes técnicos en cumplimiento de las especificaciones establecidas en los Datos del Contrato y sus Anexos; presentar periódicamente planes de recuperación de tiempo respecto del Plan Detallado de Trabajo presentado, explicar y socializar con el Personal profesional, técnicos, operarios, contratistas y subcontratistas los planos y especificaciones técnicas bajo los cuales debía ejecutar la Obra, prestar los servicios en la forma y tiempo convenidos y según el cronograma de los Datos del Contrato; ejecutar y entregar la obra, en los términos y condiciones del contrato, y bajo las especificaciones técnicas establecidas en los Datos del Contrato; realizar las labores de localización y replanteo, excavación dados y vigas, concreto ciclópeo, relleno con material seleccionado, relleno en material tipo sub-base, vigas de amarre de concreto, placa de contrapiso, viga de cubierta y pantalla en concreto. No obstante, en la ejecución del contrato, TECNIA S.A.S. incurrió en varios incumplimientos y errores constructivos comprometiendo la integridad estructural de las viviendas y la estabilidad de las obras contratadas, los cuales le fueron puestos de presente en múltiples oportunidades, por ejemplo el 3 de agosto de 2013, al presentarse zonas con vacíos en los muros, desplomes, pésima modulación de dinteles y antepechos, desportilladuras en los muros al desencofrar, espesor de muros mayor o menor al determinado sobre planos, errores en la modulación de la formaleta, hormigoneos por falta o exceso de vibrado, pésimos remates de muros, hierros expuestos, pésimo terminado de cuchillas, patios sin terminar, los muros no quedaron sobre las vigas (error en replanteo de muros), desaseo; también le atribuye incumplimientos en los cronogramas acordados, programación diaria de obras según consta en las actas del comité números 4, 5, 7, 9, 18 y 19, comunicaciones del 3 de agosto con su registro fotográfico adjunto y 16 de septiembre de 2013 y en el informe de Laboratorios Contecon Urbar. Con todo, para facilitar la terminación de los

trabajos, se le pagó la suma de \$271.590.371,77 equivalente al 70% del valor de las casas, a pesar que no se terminaron en el 100%.

En su alegato de conclusión reitera el incumplimiento de la obligación contractual de TECNIA S.A.S. de entregar 100 viviendas fundidas y rematadas, según consta en la comunicación del 24 de septiembre de 2013⁶⁹, su fracaso donde cumplió el otro contratista Concreser S.A. con igual prestación, en el mismo terreno, con los mismos materiales, bajo la misma dirección y con análogos inconvenientes a los presentados, pues la Convocante “no sólo no entregó 70 de las casas que estaba obligada a fundir, sino que, además, únicamente remató 20 de ellas. Así las cosas, de 100 casas en perfecto estado que debía entregar sólo entregó 20 rematadas y las 50 restantes presentaban graves problemas de acabados: juntas frías, hormigoneos, desplomes, mayores grosores, desportilladuras, taches a la vista, desaseo, etc”, carecía de personal y experiencia, y no obstante recibió pagos por casas que no entregó fundidas y rematadas.

2. La contestación de la demanda de reconvención y las excepciones propuestas

La parte demandada en reconvención al oponerse a las pretensiones interpuso las excepciones perentorias consistentes en que las sociedades integrantes de la Unión Temporal “no cumplieron el contrato (...), no probaron el cumplimiento del contrato”; “no pagaron sus obligaciones contractuales a cabalidad - realizaron retenciones por fuera de lo autorizado en el contrato/ley - impidieron a Tecnia S.A.S. facturar la totalidad de la obra ejecutada”; “no cumplieron con su obligación de tener un equipo de topografía incumpliendo su obligación de entregar terrazas listas y demarcadas”; “no suministró los materiales de manera

⁶⁹ “En consecuencia con el abandono de obra por parte de Tecnia SAS del día sábado 07 de septiembre de 2013, el recurrente incumplimiento en los remates finales de las casas construidas y como se le anunció en comités de obra previos; me permito notificarle que a partir del 10 de septiembre de 2013 se inició la intervención por parte de la UTPJ a rematar y que el valor contratado fue de \$750.000.00”.

normal, adecuada y a tiempo, causando tiempos muertos”; “no cumplieron con su programación y/o cronograma diario de trabajo”; y “no suministro a tiempo, ni en condiciones técnicas adecuadas el concreto-generó Juntas Frias, porosidad y afectó el monolitismo estructural de las viviendas”.

En la contestación reiteró la realización de las actividades a su alcance como relata en su demanda, la entrega de las obras a satisfacción bajo las condiciones técnicas requeridas, y los incumplimientos de la UTSJ relativos al alistamiento del terreno y conformación de terrazas, falta de materiales para la construcción de las casas, suministro de agua y energía eléctrica, entrega del concreto en el lugar y oportunidad acordados; sobre las actas de comités de obra, los cronogramas y programación, invocó la carencia de firmas y de mérito probatorio de las mismas, el informe de Laboratorio Contecon nunca lo conoció, y no expresa el sitio de extracción de los núcleos pero demuestra la mala calidad del concreto; el desaseo que se observa en el registro fotográfico anexo al oficio del 3 de agosto de 2013 se arregló, “fue circunstancial y no habitual”; los correos electrónicos anexos a la demanda demuestran el incumplimiento de la UTSJ, por falta de bomba, terrazas para excavación, falencias del sistema de producción y colocación de concreto, suministro y traslado de materiales, energía eléctrica, falta de hierros para vigas de cimentación; la comunicación de 3 de agosto de 2013 se contestó el 4 de agosto de 2013, y además se presentaron errores en el diseño de instalación y distribución de la tubería eléctrica dentro de los muros, errores del diámetro de las tuberías hidráulicas, segregación de concreto “en casi la totalidad de las viviendas construidas” por el “*asentamiento del agregado grueso producto de la vibración generada por el transporte en volqueta*”, hormigueos, y juntas frías por “*un atraso en la colocación del concreto*”; recibió pagos no por \$271.590.371,77 sino \$212.894.425, valor del cual se amortizó \$63.868.342 del anticipo y retuvo sin autorización \$21.289.447 a título de una “retergarantía” no pactada y posteriormente devuelta, afectándose el equilibrio económico del contrato; el equipo topográfico no era para asesorarla sino para

conformar las terrazas que debían entregársele, la UTSJ no tuvo 4 equipos de trabajo, hubo interrupción entre el 17 de junio y el 25 de octubre de 2013, y retrasos en la entrega por falta de topografía; la UTSJ no suministró los materiales en la forma, tiempo y cantidades requeridas generando “tiempos muertos” por ausencia de terrazas, materiales, hierro, concreto, tampoco cumplió su programación y cronograma diario de trabajo al inobservar sus obligaciones de alistamiento del terreno y conformación de terrazas, suministro de materiales, instalaciones hidrosanitarias y eléctricas, agua, energía y entrega de concreto, lo que determinó que no se pudo cumplir con el cronograma del Plan Detallado de Trabajo; asimismo, al no suministrar a tiempo y en condiciones adecuadas el concreto, la UTSJ causó juntas frías, porosidad y afectó el monolitismo estructural de las viviendas; además, los protocolos de trabajo fueron impuestos, TECNIA *“nunca estuvo de acuerdo con el sistema implementado por la UTSJ para la colocación del concreto”*, los correos electrónicos que dirigió así lo demuestran; el transporte de concreto se hizo en volqueta y colocó con retroextracavadora, sistema *“anti técnico y demorado en exceso”* que generó *“defectos e imperfecciones en las viviendas”*, *“desplomes y mayor espesor de muros”*, *“segregación por transporte inadecuado del concreto”* y *“juntas frías”*.

En sus alegatos de conclusión, TECNIA S.A.S. iteró los argumentos de su respuesta y las excepciones interpuestas frente a la reconvención; denota confusión en los dos documentos contractuales suscritos por las partes, la dirección técnica y administrativa de toda la obra no estaba a cargo de la Convocante, sino sólo de las actividades planteadas, la UTSJ no tuvo un cronograma de trabajo, el único es el Plan Detallado elaborado por TECNIA S.A.S., quien cumplió el contrato; *“el incumplimiento de la UNIÓN TEMPORAL comprometió la integridad estructural de las viviendas, que no hubo monolitismo estructural, situaciones ampliamente advertidas desde un comienzo en varios comunicados por parte de TECNIA, se les hizo todas las recomendaciones y advertencias en especial sobre la inadecuada forma en que se suministraba el*

concreto que podía traer consecuencias, pero hicieron caso omiso, en lugar de implementar protocolos técnicamente adecuados, siguieron haciendo las cosas de manera equivocada y con instrumentos no técnicos”; el oficio suscrito por Michael Pardo el 3 de agosto, se contestó oportunamente; los informes de interventoría del señor Hernán Serralde, de Laboratorio Contecon Urbar, los comunicados del 19 de septiembre, 26 de septiembre, 16 de septiembre y 11 de octubre del año 2013, no fueron conocidos por TECNIA, “porque simplemente no existieron en esos momentos”; los correos electrónicos dirigidos y recibidos acreditan que no hubo terrezas, materiales, elementos, errores de diseño, segregación de concreto, juntas frías, hormigueos, el incumplimiento no sólo a TECNIA sino a FINDETER; no se acreditó el pago total, hubo retenciones ilegales, “tiempos muertos” con sobrecostos, etc., las condiciones de TECNIA S.A.S. y Concreser fueron distintas, ésta no experimentó perjuicios; el valor señalado como pagado por el señor Armando Becerra, Director Financiero de Muraglia, por \$292.818.338, es diferente del relacionado en la demanda por la suma de \$271.590.371,77; “TECNIA a través de esta apoderada manifestó que los pagos totales sumados realizados por la UNIÓN TEMPORAL a TECNIA si fueron por el valor de \$271.590.371,77, la suma presentada por el señor Becerra es inventada y dista de los valores presentados por su propio apoderado”.

Consideraciones del Tribunal

1. Al tenor de lo pactado en el contrato TECNIA S.A.S. asumió la prestación de resultado de ejecutar la construcción y entregar la obra contratada consistente en 100 casas o unidades de vivienda en los términos, condiciones y bajo las especificaciones técnicas pactadas (Cláusulas 3 y 4, Datos del contrato; Cláusulas 3, 4 y 9, Términos y Condiciones Generales del Contrato de Obra bajo la modalidad de precios unitarios fijos).⁷⁰

⁷⁰ Cuaderno de Prueba No. 1, folios 10-40 y Cuaderno de Pruebas No. 5, folios 309-341.

Para la demandante en reconvención, la falta de construcción y entrega de las cien (100) unidades de vivienda en el tiempo y condiciones acordadas, prueba el incumplimiento por tratarse de una obligación de resultado.

En las obligaciones de resultado o determinadas, la prestación es un *opus*, el resultado mismo, el deudor se compromete a un determinado y concreto logro constitutivo de su objeto, el cual debe alcanzar y obtener en interés del acreedor.⁷¹ Si la obligación es de resultado, la regla general es que corresponde al deudor probar su obtención o la causa extraña que le haya impedido lograrlo, aun cuando en las prestaciones negativas que son de resultado no le es exigible la prueba de una negación indefinida, debiendo el acreedor probar el hecho positivo de su contravención, mientras que si la obligación es de diligencia y cuidado, la prueba de su incumplimiento compete al acreedor sin que sea admisible su sola manifestación o la de no haberse logrado un resultado, a diferencia de las de resultado cuya ausencia, en principio, hace presumir su imputabilidad al deudor.⁷² En tanto en las prestaciones de medio, la carga probatoria (arts.177 C. de P. C – 167 del C. G. del P. y 1.757 ss. del C.C.) compete al acreedor y el deudor se libera probando ausencia de culpa (diligencia y cuidado) o el elemento extraño, en las de resultado se distingue, pues en alguno supuestos (obligaciones de resultado simples o atenuadas) el *onus probando* es del deudor bastando a su acreedor afirmar la no producción del

⁷¹ R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, édition Rousseau, Paris, 1922, t.5, n°1237, t.6, n°599; E. BETTI, *Teor. gen. delle obbligazioni*, 1, pp. 40 ss; PH. LE TOURNEAU., op. cit. note 34, n°23, p.7. *l'obligation de " procurer au créancier un résultat déterminé, coûte que coûte "* A. PLANCQUEEL., *Obligations de moyens, obligations de résultat* (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution), R.T.D.Civ.1972, p.334 ; A. TUNC., *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, J.C.P. éd.G, 1945, n° 449. ⁷¹ Corte Suprema de Justicia, 31 mayo 1938, XLVI, p. 572; 5 de marzo de 1940, XLIX, 177; Cas. Civ. 7 de junio de 1951, LXIX, 688; 27 de noviembre de 1952, LXXXIII, 728; 12 de julio de 1955, LXXX, 688; 30 de noviembre de 1955, XLIII, 178 ss; cas. 21 mayo 1968 CXXIV, p. 174. ; 11 de mayo de 1970, CXXXIV, 124; 30 de enero de 2001, no publicada; y 5 de noviembre de 2013, no publicada.

⁷² MAZEAUD-TUNC, ob. cit., 1, Nos 103-2, 103-6, pp. 116 y 119 ss 1, "la diligencia que impone una obligación de resultado es de un grado más o menos elevado, según las estipulaciones de las partes o las circunstancias del contrato"; "la diligencia requerida conducirá, casi con seguridad, al resultado deseado, lo cual justifica una presunción de culpa en caso de frustración de ese resultado; en tanto que en las otras obligaciones la diligencia constituye el solo objeto de la obligación, normalmente, porque su eficacia es mucho más aleatoria". La Corte Suprema de Justicia en Cas. Civ de 20 de junio de 1977, sentó el inexacto criterio de la presunción de culpa por la inejecución de ambas obligaciones: "sea la obligación de medios o de resultado, de dar o hacer o no hacer, genérica o específica, la culpa del deudor se presume de la inejecución o falta de pago, como sin lugar a dudas está dispuesto por el inciso tercero del artículo 1604 c.c., en el cual no se hacen distinciones.

resultado debido, pero en los casos expresamente dispuestos por la ley o regulados en el título, la diligencia y cuidado y el elemento extraño eximen al deudor, al contrario de las obligaciones de resultado cualificado o agravadas (v.gr. *de garantía*) donde el deudor debe probar una causa extraña de la que no sea responsable por ley o negocio jurídico, porque en oportunidades responde hasta de ciertos *casus* o de todos según la fuente de la relación, debiendo probar en concretas hipótesis fuerza mayor y en otras le basta el *casus*, no asumido legal o negocialmente (arts. 1880, 1893 2.075, 2.266, 2267, 2272 c.c. 1003, 1088, 1880, 1893 ss. 1914 ss. del C.Co).

2. Es evidente, y no lo controvierten las partes, que la totalidad de las cien (100) casas objeto del Contrato de Obra no fueron construidas ni entregadas.

No obstante para el cumplimiento de esta prestación en el alcance del contrato, se listaron “las actividades que debe desarrollar cada parte para la ejecución del contrato” (Cláusulas 4 de los Datos del Contrato y de los Términos y Condiciones Generales), y el Tribunal, como lo señaló al decidir las pretensiones de la demanda arbitral principal y las excepciones interpuestas en su contra, del análisis de las pruebas encontró que la Unión Temporal Proyecto San Jacinto al iniciar las obras no puso a disposición de TECNIA S.A.S. las terrazas debidamente alistadas, no suministró de manera oportuna y en el sitio convenido los elementos y materiales a su cargo, tales como concreto, roca, material de relleno, material tipo sub-base, aceros, varillas, flejes, hierro figurado, alambres, malla electro soldada, y hubo errores en las instalaciones de acometidas eléctricas, de agua y de desagües, así como escasez del agua necesaria para la elaboración y el curado de concreto, limpieza de la obra y herramientas, energía eléctrica, y que la producción, suministro, transporte y entrega del concreto fue deficiente e irregular.

En el mismo sentido, de la conducta asumida por ambas partes durante la ejecución del contrato, el Tribunal concluyó la falta de relevancia de los anteriores

incumplimientos, porque los contratantes con su comportamiento recíproco los toleraron, sin que ninguno pueda derivar de esta conducta un provecho, sustentar el incumplimiento de la otra parte y menos una reparación de daños.

3. Al inicio la UTSJ no tuvo terrazas listas ni las entregó, TECNIA S.A.S. entonces se ocupó de otras labores remuneradas, y posteriormente las recibió, construyó y ejecutó parcialmente la obra; el suministro de materiales y elementos, igualmente no se observó en el tiempo, forma y oportunidad, pero TECNIA S.A.S., los recibió, continuó con la ejecución de la obra y la culminó parcialmente; TECNIA S.A.S. no entregó las cien (100) unidades de vivienda rematadas y resanadas, pero la UTSJ, finalmente, no sólo recibió las obras ejecutadas en el estado en que se encontraban, sino que efectuó pagos respecto de ellas.

En efecto, como se expuso al analizar y decidir la demanda principal, las comunicaciones enviadas entre el 25 de abril y el 5 de septiembre de 2013 por TECNIA S.A.S. a la UTSJ, ponen de presente la ausencia de terrazas para iniciar los trabajos (correo del 25 de abril de 2013⁷³), la iniciación de las labores el 6 de mayo de 2013 al recibirse la primera terraza (comunicación de junio 4 de 2013⁷⁴), la carencia de mallas electro soldadas para los muros, instalación de tuberías hidráulicas y de desagüe, grúa o torre grúa para la colocación del concreto de los muros (correo del 6 de mayo de 2013⁷⁵), materiales (correo del 27 de mayo de 2013⁷⁶), deficiencias en la nivelación de terrazas, suministro de energía, cemento y concreto (22 de agosto de 2013); los avances y acciones tomadas por TECNIA S.A.S., compromiso y solicitudes (correo del 3 de junio de 2013⁷⁷); la comunicación fechada a 20 de junio de 2013, los inconvenientes presentados⁷⁸; la fechada el 8 de julio de 2013 solicita evaluar la forma de

⁷³ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 5.

⁷⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 9 a 13.

⁷⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 7.

⁷⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 8.

⁷⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 14 y 15.

⁷⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 17 a 19.

compensar las pérdidas por falta de entrega oportuna de terrazas entre 18 de abril y 30 de mayo de 2013, la insuficiente capacidad de producción de concreto que “se transporta con una volqueta”, fallas e insuficiencia de trompos y personal que generaron la suspensión y aplazamiento de la fundición también al no existir cemento, la entrega de concreto no junto a cada casa sino hasta una distancia de 50 metros, demora en el suministro de materiales, falta de hierro, traslado de materiales, la inadecuada producción, transporte y colocación de concreto para los muros, no por medio de una bomba como se acordó, sino mediante “grua PH, volqueta y balde” generando segregación y juntas frías, así como las propuestas de implementar una bomba estacionaria, cuadrillas par el suministro de concreto, garantizar el de los materiales y demás⁷⁹; el acta de reunión No. 12 del 10 de julio de 2013 (sin firmas, anexa por la demandante), los compromisos de cada parte, dentro de éstos los de “entregar a la UTSJ, los remates, con una solicitud formal por bitácora, y la UTSJ se compromete a registrar en la misma bitácora, el resultado de la supervisión de remates”, traer un hidrowflow, instalar transformador e infraestructura para entregar energía, poner la volqueta auxiliar para fundir muros, transportar materiales para colocarlos en cada terraza, arreglar los vanos de los muros, modificando la formaleta y los negativos, los paneles de la formaleta, “rematar los muros con las directrices de la tarea”, fundir 10 casas semanales de muros, entregarlas armadas para revisión”, entregar las terrazas 8 y 9⁸⁰, y en el mismo sentido, las fechadas a 22 de agosto de 2013⁸¹; 26 de agosto de 2013⁸²; 1º de septiembre de 2013⁸³, 5 de septiembre de 2013, entre otras.⁸⁴

Del mismo modo, los correos electrónicos del 16 de agosto de 2013⁸⁵ de Néstor Ivan Roncancio Bustos⁸⁶, su comunicación fechada el 9 de septiembre de

⁷⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 80 a 85; Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 30 a 35.

⁸⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, fol. 86.

⁸¹ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 53 y 54.

⁸² Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 55 y 56.

⁸³ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 58, 59 y 60.

⁸⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 62 y 63.

⁸⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 68 a 70.

⁸⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 68 a 70.

2013⁸⁷, las de TECNIA fechadas el 10 de septiembre de 2013 ⁸⁸, del 24 de septiembre de 2013 de la UTSJ⁸⁹, rechazadas por TECNIA S.A.S. mediante comunicación fechada el 25 de septiembre de 2013 y remitida por correo del 26 de septiembre de 2013⁹⁰, la de 1º de octubre de 2013 del Ingeniero Roncancio⁹¹, el correo electrónico de TECNIA S.A.S. fechado a 1º de octubre de 2013 que adjunta la comunicación fechada a “8 de septiembre de 2013”, ref: “Oficio del 1º de octubre de 2013⁹², y las sucesivas comunicaciones visibles en el Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 26 y ss., dirigidas a TECNIA S.A.S fechadas a septiembre 16 de 2013, septiembre 26 de 2013 y octubre 11 de 2013, en respuesta a los incumplimientos imputados a la UTSJ, que relacionan las actas de reunión, cronogramas, programaciones diarias, etc. y en el Cuaderno No. 4, folios 22 y siguientes, documentan las recíprocas imputaciones de incumplimientos entre las partes, y no obstante, los mismos, la ejecución del contrato.

Particular importancia reviste la comunicación fechada el 3 de agosto de 2013, dirigida por Michael Alirio Pardo Villada a TECNIA S.A.S. comunicándole la decisión de “detener el suministro de concreto para fundir muros, por las siguientes razones: 1. Los consecutivos compromisos generados desde hace 3 comités, que no se han cumplido, con respecto a entregar 22 casas rematas (sic), tarea que al día de hoy tres semanas después no se ha completado. 2. Una gran cantidad de resanes pendientes. 3. Las vigas de los patios siguen pendientes por fundir (casas 48 a 51)”. Adjunta un registro fotográfico con titulación en las fotografías de zonas con vacíos en los muros, deficiencias distancias entre flejes, “pésima calidad”, desplomes, “pésima modulación de dinteles y antepechos”, “desportilladuras en los muros al desencofrar”, “Espesor

⁸⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 71 y 72.

⁸⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 74 a 85.

⁸⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 87 y 88.

⁹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 89 y 90; Cuaderno de Pruebas No 3, folios 24 y 25, Memorando del 19 de septiembre de 2013, en el mismo sentido.

⁹¹ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 97 y 98.

⁹² Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 99 a 107. Cuaderno de Pruebas No 3, folios 9 a 23.

de muros mayor o menor al determinado sobre planos”, “Errores en la modulación de formaleta”, “Hormigoneos por falta o exceso de vibrado”, “Pésimos remates de muros”, “Pésimo terminado de cuchillas”, “Patios sin terminar”.⁹³.

A tal efecto, tiene la misma importancia tiene el correo electrónico del 4 de agosto de 2013, con el cual TECNIA S.A.S. adjunta la respuesta a la anterior comunicación⁹⁴, expresando “extrañeza y sorpresa” respecto de la comunicación recibida de la UTSJ, a lo que agrega: 1) Tiene más de 60 personas en la obra, desafiliarlas generaría un atraso adicional para la meta de cumplimiento de la UTSJ de entregar 100 casas rematadas para la primera semana de septiembre; 2) la causa de los hormigoneos, “no es exclusivamente originada en el vibrado de concreto, también lo es la segregación ocasionada por el transporte artesanal con volqueta que si se revisa con el documento ACI de transporte de concreto es inadecuado y origen de la segregación, un concreto segregado al colocarse ocasiona hormigoneos”; 3) el personal administrativo de la UTSJ en obra oculta la baja capacidad de producción y transporte inadecuado de concreto” que ha generado incumplimiento en los compromisos contractuales; 4) los tiempos de vaciado de los muros de 5 a 7 horas cuando se acordaron 2, ocupan los tiempos “destinados para las labores de aseo y remate”; 5) “TECNIA va a colocar el personal necesario para cumplir con los remates solicitados”; 6) Hoy, no se suministró concreto. “Amablemente invitamos a la UTSJ a facilitar el desarrollo de la obra y compromisos contractuales con TECNIA, recordando que una decisión drástica como la anunciada a medio día de hoy puede generar pérdidas altísimas a TECNIA un desequilibrio contractual. TECNIA se compromete en entregar 50 casas rematadas para la primera semana de septiembre, así mismo esperamos de la UTSJ el cumplimiento de sus compromisos contractuales en cuanto al suministro de concreto e insumos”.

⁹³ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 125 a 142.

⁹⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 126.

En correo del 6 de agosto de 2013, TECNIA S.A.S expresa que el “lunes 5 de agosto finalmente nos autorizaron fundir muros”, pero la maquila se varó; el 7 de septiembre de 2013, la UTSJ, adjunta un memorando indicando aumento de atrasos en el avance de la obra, el retiro sin justificación del personal dejando inconclusas las actividades⁹⁵, el cual es contestado por TECNIA imputando la causa a la UTSJ.⁹⁶

Para el Tribunal, los documentos anteriormente reseñados, apreciados en conjunto y dentro del marco de circunstancias y con sujeción a la sana crítica, son claramente demostrativos de que ambas partes en el curso de la ejecución del contrato, con su conducta o comportamiento concluyente e inequívoco, se imputaron incumplimientos, buscaron soluciones a los mismos, acordaron compromisos, los inobservaron y, en consecuencia, los patrocinaron y toleraron.

Ahora bien, según ya se ha destacado al resolver la demanda principal, la producción, suministro, transporte y entrega del concreto con carretillas, volquetas, izada de baldes, canaleta y retroexcavadora a la que TECNIA S.A.S. atribuye la segregación del concreto, hormigueos, juntas frías, deficiencias del monolitismo estructural y la necesidad de hacer resanes a los muros, fue deficiente y contrario a las normas técnicas consagradas en los numerales C.5.9 y C.5.10 del Decreto 926 del 19 de marzo de 2010, pero tal forma de proceder no sólo fue implementada por ambas partes sino establecida, en la mayoría de sus términos, en los documentos contractuales como consta en los procedimientos constructivos presentados por TECNIA S.A.S., que como profesional estaba en el deber de observar las citadas reglas técnicas.

Ante estos incumplimientos fruto del patrocinio y tolerancia de las partes, todas las pretensiones principales de la reconvención, de cumplimiento e incumplimiento, reconocimiento de la validez de la resolución declarada por el

⁹⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 150 y 151.

⁹⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 152 y 153.

incumplimiento grave y las consecuenciales de condenas a reparar daños devienen imprósperas.

4. Por lo mismo, las pretensiones subsidiarias de primer grado concernientes al cumplimiento e incumplimiento y de condena no tienen vocación de prosperidad.

5. La pretensión subsidiaria de primer grado número 3 orientada a “[q]ue reconozca la terminación del Contrato por expiración de su término de duración” está llamada a prosperar, porque en efecto el negocio jurídico de que se trata terminó al vencimiento del término de duración, independientemente de los incumplimientos alegados por los contratantes.

Es suficientemente conocido que los pactos incorporados por las partes en el contrato tienen la virtualidad de poner fin a la relación jurídica de manera definitiva, tal y como sucede cuando los intervinientes en los mismos fijan un término de duración o vigencia para el acuerdo de disposición de intereses.

Al respecto, la doctrina nacional reconoce que en los negocios jurídicos en los que se insertan dichas convenciones, *“es motivo de extinción el vencimiento del término convenido, de cuya facultad pueden hacer uso las partes precisamente por permitirlo el artículo 1501 del Código Civil, que les otorga la posibilidad de pactar aquellas cláusulas que estimen convenientes o modificar las que se presuman incorporadas, cuando sean susceptibles de ser renunciadas por mirar únicamente el interés individual.”*⁹⁷

Ahora bien, el término fijado por las partes no cumple el único rol de fijar el hito temporal de subsistencia de la relación jurídica, pues el mismo se constituye, a su vez, en el plazo para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes. Como ha sido destacado doctrinariamente, para el caso del contrato de

⁹⁷ Luís Carlos GAMBOA MORALES, *Extinción del Contrato*, en obra colectiva: *Derecho de las Obligaciones*, Tomo I, Editorial Temis y Universidad de los Andes, Bogotá, 2011. p. 710.

obra, la entrega de la edificación en el tiempo estipulado constituye, precisamente, una de las obligaciones a cargo del contratista.⁹⁸ En consecuencia, si el constructor no entrega los trabajos dentro del plazo acordado, o para la fecha de su vencimiento estos no se encuentran desarrollados totalmente, se sitúa en el campo del incumplimiento.

No obstante lo anterior, es posible que, a pesar del término fijado por los contratantes para la culminación del proyecto, con anterioridad al vencimiento del mismo o, incluso, después de que aquel haya expirado, las partes de mutuo acuerdo —expresa o tácitamente— o de manera unilateral —esto por el extremo comercial a cuyo favor ha sido establecido el plazo—, prolonguen la duración del contrato, de acuerdo con las circunstancias particulares que rodean la ejecución del acuerdo.

En ese sentido, se ha establecido que *“las partes pueden prorrogar por mutuo acuerdo el plazo final pactado. Esta prórroga puede ser expresa o deducida de los comportamientos de las partes. El plazo debe considerarse tácitamente prorrogado en el caso de que el dueño ordene trabajos adicionales, si luego sobreviene alguna controversia sobre el punto en lo que atañe a la extensión del plazo, éste debe ser fijado judicialmente.”*⁹⁹

En este punto, no se puede pasar por alto que la prórroga del contrato puede darse incluso tácitamente, aun cuando las partes hayan acordado alguna formalidad particular en relación con la misma, situación que, atendidas las circunstancias del caso concreto, encontraría fundamento en el deber de buena fe que debe guiar el comportamiento de las partes en la etapa de ejecución del contrato (art. 1603 C.C.), la doctrina de los actos propios y la confianza suscitada

⁹⁸ José Alejandro BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*, 14ª edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000. p. 487.

⁹⁹ Ricardo Luis LORENZETTI, *Contratos – Parte Especial*, Tomo II, Ed., Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, 2004. p. 84.

en las partes del convenio, que les impone el deber de actuar de manera coherente.

Así, por ejemplo, el artículo 29 de la Ley 518 de 1999, que incorpora al ordenamiento colombiano la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, establece que “[u]n contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.”¹⁰⁰

De esa manera, aun en defecto de la formalidad estipulada por las partes, el ordenamiento reconoce valor a las manifestaciones expresas o tácitas que éstas hagan, así como a la necesaria coherencia que deben observar en su comportamiento, de tal manera que no cabe duda que los contratantes quedan vinculados por la aplicación práctica que realicen del contrato y los efectos que se deriven de aquella.

En relación con la mencionada facultad que tienen las partes para fijar el término de ejecución del contrato, es menester señalar que, tratándose de un elemento accidental del acuerdo de voluntades, son los contratantes los llamados a estipularlo, sin perjuicio de que, como lo consagra el ordenamiento jurídico (arts. 1551 y 1608 C.C.), en ausencia de dicha estipulación se reconozca la existencia de un plazo tácito, cuando así se derive de las circunstancias de ejecución de las obligaciones adquiridas. Este último ha sido definido como aquel que “necesariamente resulta de la naturaleza del acto al que se obliga, esto es,

¹⁰⁰ En igual sentido, el artículo 2.1.18 de los Principios Unidroit, consagra la siguiente regla: “Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos.”

cuando la obligación, el deber o el derecho no es susceptible de cumplirse o ejercitarse inmediatamente, ya que las circunstancias permiten razonablemente inferir la época en que sucederá.”¹⁰¹

Por ello, en ausencia de una manifestación concreta de las partes sobre el hito temporal para el cumplimiento de sus obligaciones, son las circunstancias de complejidad de las obras, su naturaleza y las demás condiciones que afecten el desarrollo del proyecto las que deben ser tenidas en cuenta para establecer el momento en que debe hacerse entrega de la misma a quien la encargó.

Adicionalmente, conviene subrayar la existencia del “plazo de gracia”, definido por la doctrina como aquel término adicional que “*fuera del contrato y sin formar parte de él obtiene buenamente el deudor de su acreedor que no le exige el cumplimiento inmediato de su obligación teniendo derecho para ello.*”¹⁰²

Sobre esta última figura, el párrafo segundo de artículo 829 C. de Co., fija la regla según la cual, “[*]os plazos de gracia concedidos mediante acuerdo de las partes, con anterioridad al vencimiento del término, se entenderán como prórroga del mismo.*” Así las cosas, resulta determinante el momento en que se realice la concesión del término adicional, dado que, de acuerdo con la norma citada, si éste se otorga dentro del límite temporal inicialmente propuesto por las partes será tenido como un prórroga, mientras que si se hace con posterioridad, constituirá un nuevo plazo autónomo.

Finalmente, no se puede pasar por alto que el Código Civil reconoce a quien encargó la obra, la facultad *sui generis*, de origen legal, de dar por terminado unilateralmente el contrato en cualquier momento. La norma que establece dicha prerrogativa es el artículo 2056 del C.C., cuyo tenor literal señala que “*el que*

¹⁰¹ Álvaro PINILLA GALVIS, *Breves comentarios a las reglas vigentes para el cómputo de plazos o términos de origen legal*, Revista de Derecho Privado, Núm. 24, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013. p. 288.

¹⁰² Luís CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil y comparado*, Volumen VI, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1979.

encargó la obra, aún en el caso de haberse estipulado un precio único y total por ella, podrá hacerla cesar, reembolsando al artífice todos los costos, y dándole lo que valga el trabajo hecho, y lo que hubiera podido ganar en la obra.” De esa manera, en cualquier momento de la ejecución contractual, a pesar de que no se haya completado el término estipulado para la confección de la obra, el contratante podrá tomar la decisión de cesar los efectos del acuerdo, para lo que deberá realizar las erogaciones señaladas en el precepto normativo mencionado.

Descendiendo al estudio de la controversia, se observa en el plenario que con comunicación fechada a 12 de agosto de 2013 TECNIA S.A.S. solicitó prorrogar el contrato iniciado el 6 de mayo por un plazo adicional de 105 días calendario, *“determinando con claridad los compromisos de la UTSJ y haciendo el reajuste necesario en la administración para el cumplimiento de los tiempos e items planteados”*, por cuanto la *“ejecución de la obra depende de la puesta en obra de varios componentes que son responsabilidad de UTSJ a través de terceros o de ejecución directa, los cuales no se cumplieron”*, la UTSJ ha entregado el 60% de las terrazas y TECNIA ejecutado el 50% al 9 de agosto.¹⁰³

En correo electrónico dirigido a TECNIA S.A.S. del 16 de agosto de 2013 Néstor Ivan Roncancio Bustos, relaciona temas que dependen de cada una de las partes para corregir las rutas críticas, mejorar los tiempos y entregar el proyecto y expresa: “tengan en cuenta que tenemos 4.5 meses a partir de la fecha para terminarlo”, referencia ésta posiblemente realizada respecto de los compromisos de la UTSJ con Findeter.¹⁰⁴

En comunicación fechada a 9 de septiembre de 2013 de Néstor Ivan Roncancio Bustos en respuesta a las solicitudes realizadas en reunión del 9 de septiembre de 2013, expresa la devolución de la garantía en los cortes de obra sobre las

¹⁰³ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 77 y 78.

¹⁰⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 68 a 70.

actividades ejecutadas total y parcialmente; el valor cancelado de los muros industrializados por la no entrega de resanes (50%, acuerdo establecido en conjunto entre el contratante y Tecnia S.A.S.) no será cancelado hasta tanto no sean entregadas en su totalidad por Tecnia S.A.S y recibidas a satisfacción; indica que a partir de esa semana iniciaría labores un contratista externo con el fin de desatrasar esta actividad de la cual Tecnia S.A.S. era directamente responsable; señala que se reconocería el 50% del valor cobrado por este tercero descontándose de los cortes de obra; menciona que no se incrementará el valor de la unidad contratada, pero se reconocerán \$25.000.000, siempre y cuando se inicien labores a partir de la fecha de la comunicación, se entreguen totalmente fundidos los muros de las cien viviendas por tarde el 4 de octubre de 2013, y se entreguen resanados los muros de las cien viviendas con fecha límite el 20 de octubre de 2013.¹⁰⁵

Con sendas comunicaciones fechadas el 10 de septiembre de 2013, TECNIA S.A.S. contesta la anterior del 9 de septiembre de 2013 agradeciendo la actitud “que busca el resarcimiento de los perjuicios”, precisa que no acordó la retención del 50% del valor de los muros que impuso la UTSJ, agradece la propuesta de reconocer la suma de \$25.000.000 a título de perjuicios y expresa que continuará con los remates para la entrega de las primeras 70 casas; en la segunda comunicación, hace un recuento del estado de ejecución del contrato, su iniciación programada para el 18 de abril de 2013 con un lapso de 3.5. meses (105 días), hasta el 21 de agosto, indica que la UTSJ entregó terrazas para 74 casas y TECNIA ejecutó 60 casas completas y 74 cimentaciones parciales, por lo cual, “tuvimos que solicitar la prórroga del contrato, previa reunión en la que se volvieron a hacer compromisos para la ejecución eficiente de las obligaciones contractuales, prorrogándose por el tiempo igual al inicialmente pactado”; al 7 de septiembre, la UTSJ entregó hasta completar terrazas para 90 casas, TECNIA ejecutó 70 casas completas y 84 cimentaciones parciales; el 7 de septiembre de 2013 dirigió una

¹⁰⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 71 y 72.

comunicación que originó la del 9 de septiembre de 2013 del Ingeniero Roncancio, y solicita que “se suscriba acta de contrato adicional” en la que, entre otros, “se estipule la prórroga en tiempo del contrato”, así como el reajuste del precio unitario por cada una en \$1.650.000.¹⁰⁶

El 24 de septiembre de 2013, la UTSJ, en “consecuencia con el abandono de obra por parte de TECNIA SAS del día sábado 07 de septiembre de 2013, el recurrente incumplimiento en los remates finales de las casas construidas y como se anunció en comités de obra previos; me permito notificarles que a partir del 10 de septiembre de 2013 se inició la intervención por parte de UTSJ a rematar y que el valor contratado fue de \$750.000”¹⁰⁷, lo que es rechazado por TECNIA mediante comunicación fechada a 25 de septiembre de 2013 y remitida por correo del 26 de septiembre de 2013.¹⁰⁸

Con comunicación fechada el 1° de octubre de 2013, el Ingeniero Roncancio reitera que no comparte las pretensiones planteadas por TECNIA S.A.S. en diferentes comunicaciones, que es esa compañía “quien ha incurrido en reiterados incumplimientos”, que el plazo de gracia ofrecido “expiró hoy 01 de Octubre de 2013”, y como “la vigencia del contrato ha expirado”, exige el cumplimiento “de las obligaciones de terminación” y señala que las facturas serán pagadas según el contrato.¹⁰⁹

TECNIA S.A.S. con correo electrónico del 1° de octubre de 2013, adjunta una comunicación fechada a “8 de septiembre de 2013” (sic), ref: “Oficio del 1° de octubre de 2013”, memorando los antecedentes e incumplimientos, y aclarando desconocer una “comunicación sobre un plazo de gracia, tiempo de gracia que solamente se estila para la parte incumplida y en este caso es la UTSJ quien

¹⁰⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 74 a 85.

¹⁰⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 87 y 88.

¹⁰⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 89 y 90; Cuaderno de Pruebas No 3, folios 24 y 25, Memorando del 19 de septiembre de 2013, en el mismo sentido.

¹⁰⁹ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 97 y 98

incumplió sus compromisos. Creemos que se refiere a la comunicación del 9 de septiembre, misiva que es una propuesta”, y precisa: “La vigencia del contrato no ha expirado, por cuanto el día 14 de agosto se radicó oficio para la prórroga del contrato, para este momento TECNIA había realizado el 50% de la obra por causas imputables a UTSJ, por escrito no se dio contestación pero se continuó el contrato y su ejecución con una prórroga automática del mismo tiempo, es decir, el contrato tiene vigencia hasta el 6 de diciembre del año 2013”; desde “el día 17 de septiembre fueron ocupadas nuestras áreas de trabajo con personal nuevo de terceros que contrataron para ejecutar nuestro objeto contractual, sin embargo, nosotros continuamos resanado las casas, labor que se pudo hacer hasta el mediodía del 3 de octubre, fecha en la cual ya no dejaron entrar nuestro personal”.¹¹⁰

Del anterior recuento, así como de la valoración de la prueba documental recaudada, el Tribunal concluye que, no obstante las discrepancias de las partes, el Contrato de Obra efectivamente se extinguió por el vencimiento del plazo pactado, pues sea que el mismo se cuente desde la fecha en que TECNIA S.A.S. afirma haberse presentado a la obra (17 de abril de 2013) o desde que comenzó la ejecución efectiva del contrato –aceptada por ambas partes- (6 de mayo), el término de duración de tres meses y medio acordado en el Contrato, o el de ciento cinco días (105) pactado para la vigencia de las pólizas, o el de dieciocho (18) semanas señalado por TECNIA S.A.S. como el necesario para desarrollar las obras según el Plan de Trabajo, habrían vencido, a más tardar el 30 de septiembre de 2013, razón por la cual para el día 1° de octubre de ese año el contrato estaba extinguido por el vencimiento del término de duración.

En cuanto a la petición de prórroga planteada por TECNIA S.A.S. el 12 de agosto de 2013, lo cierto que es que la solicitud presentada en ese sentido nunca fue respondida afirmativamente y no existen conductas o manifestaciones de las integrantes de la UTSJ de las que se pueda desprender su intención de

¹¹⁰ Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 99 a 107. Cuaderno de Pruebas No 3, folios 9 a 23

extender el contrato con posterioridad al 1° de octubre, y menos por un período igual al inicialmente pactado.

6. Las pretensiones subsidiarias de segundo grado atañederas al cumplimiento e incumplimiento, al reconocimiento “*que del comportamiento de las Partes se desprende su deseo de terminar el contrato*”, y las condenas por tal virtud, tampoco prosperan.

Para que el comportamiento recíproco de ambas partes constituya un negocio jurídico extintivo de mutuo disenso, según la jurisprudencia, ‘... es menester que los actos u omisiones en que consiste la inejecución, sean expresivos, tácita o explícitamente, de voluntad conjunta o separada que apunte a desistir del contrato...’ (G.J., tomo CLVIII, pág. 217) o sea que se precisa, para que pueda consumarse esta forma de disolución virtual, que la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de ‘desistencia’ que constituye su sustancia...” (Sentencia del 18 de diciembre de 2009, Exp. Exp. 41001-3103-004-1996-09616-01), “es preciso que “la conducta de todas las partes involucradas sea lo suficientemente indicativa de esa recíproca intención de ‘desistencia’ que constituye su sustancia, y que obviamente no se verifica si una de ellas, a pesar de su propio incumplimiento de la obligación de concurrir al perfeccionamiento del contrato de venta prometido, entiende que ese proceder está justificado por la conducta negligente anterior observada por la otra, enunciados estos de cara a los cuales es ostensible que ninguna posibilidad existe, sin caer en el grave defecto de cambiar de oficio los términos petitorios del escrito rector en cuestión, de atribuirle a la parte actora en este proceso el propósito de desistir del contrato sin otras secuelas diferentes a las que, con carácter restitutorio, constituyen materia propia de la relación legal de liquidación que de ordinario surge de la extinción de los contratos que no pudieron llegar a alcanzar su finalidad normal” (Sentencia de 7 de marzo de 2000, exp. 5319, reiterada en la de 14 de diciembre de 2010, exp. 2002-08463-

01; 1° de diciembre de 1993, exp. 4022, 17 de febrero de 2007, exp. 0492-01, 1° de julio de 2009, Exp.11001-3103-039-2000-00310-01; y 18 de diciembre de 2009, exp. 1996-09616-01; Sentencia de 28 de abril de 2011, Exp: 41001-3103-004-2005-00054-01; Sentencia de 28 de febrero de 2012, Exp. 05282-3103-001-2007-00131-01).

El Tribunal no encuentra que del comportamiento de las partes durante la ejecución del contrato se desprenda su deseo de terminarlo, cuando menos de manera clara, inequívoca y concluyente, tanto cuanto más que TECNIA S.A.S. considera que se renovó o prorrogó por un término igual al inicial al continuar su ejecución después de su vencimiento, mientras que la UTSJ estima que el contrato terminó por vencimiento del plazo pactado. La conducta recíproca de las partes, en rigor solo demuestra la falta de relevancia de los incumplimientos de ambas, al patrocinarlos y tolerarlos conjuntamente, y por ello, la ausencia de un “mutuo disenso” o negocio extintivo de la convención.

Por lo anterior estas pretensiones serán denegadas.

7. Las pretensiones subsidiarias de tercer grado atañedoras al cumplimiento e incumplimiento, y condenas por tal razón, de igual manera y por las mismas razones expuestas, no prosperan.

8. Respecto de la pretensión dirigida a que se declare que no obstante “*haber incumplido gravemente con sus obligaciones*” TECNIA S.A.S. “*recibió recibió pagos por parte de las sociedades Constructora Muraglia S.A. y Colombia CMF S.A., por un monto de Doscientos Setenta y Un Millones Quinientos Noventa Mil Trescientos Setenta y Un Pesos (\$271.590.371)*”, si bien en el alegato de conclusión se acepta “*que los pagos totales sumados realizados por la UNIÓN TEMPORAL a TECNIA si fueron por el valor de \$271.590.371,77*”, al estar probado que los incumplimientos recíprocos de las partes fueron patrocinados y

tolerados por ésta, no puede accederse a esta declaración al sujetarse a la declaratoria del incumplimiento grave.

9. En cuanto hace a declarar que “*con motivo de la realización de tales pagos, **Tecnia S.A.S.** se enriqueció patrimonialmente sin justificación alguna, con el correlativo empobrecimiento de las sociedades **Constructora Muraglia S.A.** y **Colombia CMF S.A.**”, para el Tribunal es evidente que los pagos efectuados durante la ejecución del contrato, retribuyen las obras ejecutadas parcialmente, como fueron construidas, entregadas y recibidas, esto es, tienen causa y justificación patrimonial.*

La jurisprudencia civil ha admitido “*el enriquecimiento injusto como fuente de obligaciones civiles cuando tal fenómeno, que implica un desplazamiento patrimonial, se verifique sin causa jurídica que lo justifique, esto es, que no sea la consecuencia de un acto jurídico, sino de un hecho no jurídico, puesto que excluye toda idea de consentimiento contractual entre las personas entre quienes se produzca el desequilibrio de las prestaciones. En diversas sentencias de casación, especialmente en la fechada el 19 de noviembre de 1930, visible a páginas 471 a 476 del tomo XLIV de la G. J., ha determinado la Corte los elementos esenciales que integran jurídicamente el enriquecimiento torticero y ha delimitado el alcance y procedencia en el ejercicio de la acción destinada a impedirlo. (...) Después de enumerar como elementos constitutivos del enriquecimiento injusto la necesidad de que exista una ventaja patrimonial y un empobrecimiento correlativo como consecuencia de un acontecimiento o circunstancia que relaciona inmediatamente al sujeto activo con el pasivo en la pretensión de enriquecimiento, dice la precitada sentencia de esta Sala: “3° Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica”. En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la*

ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasicontrato, un delito o un cuasidelito, como tampoco por una disposición expresa de la ley “4° Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 6 de septiembre de 1940).

En consecuencia, estas pretensiones no prosperan.

10. Las consideraciones expuestas en precedencia al decidir las pretensiones son suficientes para declarar la improsperidad de las excepciones perentorias con el alcance de su formulación, consistentes en que las sociedades integrantes de la UTSJ no cumplieron el contrato, ni probaron el cumplimiento del contrato, según los incumplimientos relacionados en la demanda (primera); no pagaron sus obligaciones a cabalidad y realizaron retenciones por fuera de lo autorizado en el contrato y la ley, e impidieron facturar la totalidad de la obra ejecutada (segunda); no cumplieron sus obligaciones de tener un equipo de topografía entregar terrazas listas y demarcadas (tercera); no suministraron materiales de manera normal, adecuada y a tiempo, causando tiempos muertos (cuarta) y no cumplieron con su programación y/o cronograma diario de trabajo (quinta), pues la valoración conjunta de las pruebas del proceso acredita que ambas partes con su conducta patrocinaron y toleraron los incumplimientos recíprocos durante la ejecución del contrato, y las retenciones o descuentos por “retegarantías” que no están autorizadas ni previstas en el contrato, resultaron

consentidas o aceptadas al recibirse el pago sin reserva, y en todo caso, las sumas retenidas fueron pagadas posteriormente, careciendo estas conductas así de connotación y relevancia para estructurar un incumplimiento relevante y grave.

V. COSTAS

El Código General del Proceso, en el artículo 365, numeral 5º, reprodujo el numeral 6º del artículo 392 del Código de procedimiento Civil, según el cual *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

Para el Tribunal, la actuación de las partes y de sus apoderados en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, y recalca su buena fe en el manejo de la problemática planteada, circunstancia por la cual considera que cada parte debe asumir sus propios gastos del proceso.

Por lo tanto, el Tribunal se abstendrá de imponer costas.

VI. DEL JURAMENTO ESTIMATORIO

Precisa el Tribunal que, ante la falta de prosperidad de las pretensiones de la demanda arbitral principal, la prosperidad de la pretensión tercera subsidiaria de segundo grado y la negativa de las restantes, incluidas las de condena, no es pertinente sanción alguna por el juramento estimatorio de estas demandas, en la medida en que, por un lado, no observa temeridad, mala fe, ni dolo de

ninguna de las partes, y de otro, la improsperidad del *petitum* por circunstancias diferentes, hace nugatoria toda eventualidad al respecto.

Por lo tanto, el Tribunal se abstendrá de imponer costas.

VII. DE LAS PÓLIZAS CONSTITUIDAS

En su demanda TECNIA S.A.S. solicitó medidas cautelares¹¹¹ y con escrito del 3 de febrero de 2014 sustituyó la correspondiente petición¹¹²

Mediante Auto No. 4 del 3 de abril de 2014¹¹³, con fundamento en lo dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 32 de la Ley 1563 de 2012 el Tribunal dispuso que, previo a resolver tal solicitud de medidas cautelares, por la parte convocante se prestara caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda en \$450.000.00, para responder por las costas y perjuicios que pudieran derivarse de su práctica. En cumplimiento a dicha determinación, con escrito radicado el día 16 de mayo siguiente TECNIA hizo entrega de la Póliza de Seguro Judicial número 33-41-10100726, expedida por Seguros del Estado S.A.¹¹⁴.

Con escrito radicado el día 14 de mayo anterior¹¹⁵, la parte convocada se opuso al decreto de las medidas cautelares solicitadas por la parte Convocante y ofreció prestar caución para impedir su práctica.

En estas condiciones, por Auto No. 5 del 20 de mayo de 2014¹¹⁶ el Tribunal puso de presente que no resultaba necesario entrar a evaluar el cumplimiento de los requisitos formales de la caución presentada por la parte convocante, ni a

¹¹¹ Cuaderno Principal No. 2, folios 1 a 3.

¹¹² Cuaderno Principal No. 2, folios 67 a 71

¹¹³ Cuaderno Principal No. 1, folio 224

¹¹⁴ Cuaderno Principal No. 1, folios 241 a 243

¹¹⁵ Cuaderno Principal No. 1, folios 234 a 239

¹¹⁶ Cuaderno Principal No. 1, folio 244

resolver sobre la procedencia de algunas de las medidas cautelares solicitadas, dado que la parte convocada había ofrecido prestar contracautela para impedir su práctica. En consecuencia, en dicha providencia dispuso que la parte convocada prestara la caución ofrecida para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable a la Convocante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplir el fallo, por la suma de cuatrocientos cincuenta millones de pesos (\$450.000.000) moneda corriente.

El día 10 de junio de 2014 las sociedades convocadas presentaron la Póliza de Seguro Judicial número 11-41-101020442, expedida por Seguros del Estado S.A. en cumplimiento a lo dispuesto en Auto No. 3 del 20 de mayo de 2014¹¹⁷.

Por Auto No. 6 del 25 de junio de 2014 y teniendo en cuenta la caución prestada por la parte convocada, en los términos del artículo 590 de la Ley 1564 de 2012, el Tribunal tomó nota de la prestación de tal garantía y se abstuvo de decretar medidas cautelares en favor de la parte convocante¹¹⁸.

Teniendo en cuenta que no han de prosperar pretensiones que en su momento justificaron la solicitud de medidas cautelares y la prestación de la caución por la parte convocante y de contra cautela por la convocada, en los términos del numeral 4º del artículo 604 del Código General del Proceso, resulta del caso disponer la cancelación de ambas pólizas en virtud de la extinción del riesgo que amparaba la prestada por la convocada y al hecho de que no se decretaron las medidas cautelares cuya petición amparaba la entregada por la convocante.

3º PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir las controversias contractuales surgidas entre **TECNIA S.A.S.**, por una parte, y por

¹¹⁷ Cuaderno Principal No. 1, folios 299 a 302.

¹¹⁸ Cuaderno Principal No. 1, folio 303..

la otra, **CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A., INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO –UTSJ–** administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar infundada la tacha formulada a los testigos José Javier Ruíz Álvarez y Jonhan Smith Guzmán Olaya, por lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Declarar no probadas, y en consecuencia, denegar las excepciones perentorias interpuestas por **CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A., INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO –UTSJ–** frente a la demanda arbitral principal instaurada en su contra por **TECNIA S.A.S.** por las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: Negar todas las pretensiones de la demanda arbitral principal promovida por **TECNIA S.A.S.** contra las sociedades **CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A. INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO –UTSJ–**, por lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Declarar no probadas, y en consecuencia, denegar las excepciones perentorias interpuestas por **TECNIA S.A.S.** frente a la demanda arbitral de reconvenición instaurada en su contra por las sociedades **CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A., INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO –UTSJ–** por las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO: Declarar que el Contrato de Obra Material bajo la modalidad de precios unitarios fijos suscrito el 15 de abril de 2013, entre **TECNIA S.A.S.**, por una parte, y por la otra, **CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A. INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO –UTSJ–** terminó por expiración del término de su duración, por lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: Negar todas las restantes pretensiones de la demanda arbitral de reconvención promovida por **CONSTRUCTORA MURAGLIA S.A. y COLOMBIA CMF S.A. INTEGRANTES DE LA UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO –UTSJ–**, **TECNIA S.A.S.** frente a **TECNIA S.A.S.**, por lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO: Abstenerse de imponer condena en costas por lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO: Ordenar la cancelación de la Póliza de Seguro Judicial número 11-41-101020442, expedida por Seguros del Estado S.A. y constituida por **UNIÓN TEMPORAL PROYECTO SAN JACINTO –UTSJ–**, su desglose y entrega a la misma.

NOVENO: Ordenar la cancelación de la Póliza de Seguro Judicial número 33-41-10100726, expedida por Seguros del Estado S.A. y constituida por **TECNIA S.A.S.**, su desglose y entrega a la misma.

DÉCIMO: Declarar causados los honorarios de los árbitros y del secretario, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder de la Presidente del Tribunal.

DÉCIMO PRIMERO: Disponer que por la Presidencia del Tribunal se proceda a elaborar y presentar a las partes la cuenta final de gastos, ordenando la restitución de las sumas remanentes a que hubiere lugar.

DÉCIMO SEGUNDO: Disponer que por Secretaria se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes con las constancias de ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia quedó notificada en Audiencia.

ADELAIDA ÁNGEL ZEA

Árbitro presidenta

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ,

Árbitro

WILLIAM NAMÉN VARGAS

Árbitro

ROBERTO AGUILAR DÍAZ

Secretario