

TRIBUNAL ARBITRAL

**PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S.
-PROCOMSA S.A.S.-**

Vs.

EDOSPINA S.A.S. -EN REORGANIZACIÓN-

LAUDO

Bogotá, D.C., primero (1º) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Habiéndose cumplido el trámite correspondiente, con observancia de los requisitos legales, sin que se advierta causal alguna de nulidad y dentro de la oportunidad para hacerlo, se procede a proferir en derecho el Laudo que finaliza el proceso arbitral adelantado entre las sociedades **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. -PROCOMSA S.A.S.-**, de una parte, y **EDOSPINA S.A.S. EN REORGANIZACIÓN-**, de la otra.

I. ANTECEDENTES

1. El contrato origen de las controversias.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal arbitral tienen origen en el denominado “*CONTRATO No. CCM-026-13 DISEÑO, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS PARA FUENTES DE AGUA*”, celebrado el 28 de agosto de 2013, entre las sociedades **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.**, como Contratante, y **EDOSPINA S.A.S.** (hoy En Reorganización), como Contratista¹, el cual según la cláusula Primera tiene por objeto:

“I. CONDICIONES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS. PRIMERA: OBJETO Y ALCANCE DEL CONTRATO.- EL CONTRATISTA se obliga con EL CONTRATANTE a construir por el sistema de precios unitarios sin fórmula de ajuste (precios fijos), las obras civiles, relacionadas en el anexo No. 4 (Cuadro de cantidades y Valores Unitarios), las cuales hacen parte integral del presente contrato, de conformidad con el alcance del contrato, incluido el suministro total de los materiales, la mano de obra requerida y equipos

¹ Copia de este contrato se aportó con la demanda arbitral y obra a Folios 1 a 22 Cuaderno del Pruebas N° 1

*necesarios de acuerdo con los planos e información suministrada por **EL CONTRATANTE** durante todo el proceso, junto con los cambios que **EL CONTRATANTE** realice e informe con cinco (5) días de antelación al **CONTRATISTA**".*

2. El Pacto Arbitral

En la cláusula Trigésima del referido Contrato de 28 de agosto de 2013 está contenido el pacto arbitral, en la modalidad de cláusula compromisoria, la cual dispone:

***"TRIGÉSIMA: CLÁUSULA COMPROMISORIA (ARBITRAMIENTO)** Con la aceptación del presente Contrato por parte del **CONTRATANTE**, las partes acuerdan que en caso de surgir controversias entre ellos por causa o con ocasión del ejercicio, la ejecución o la interpretación de este Contrato, estas serán resueltas mediante el procedimiento de auto composición, tales como la negociación directa o la mediación. Para tal efecto las partes dispondrán de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas requiera a la otra por escrito en tal sentido, término que podrá ser prorrogado de común acuerdo. Evacuada la etapa de arreglo directo, las diferencias serán resueltas por un Tribunal de Arbitramento que se regirá por lo dispuesto en las normas colombianas, teniendo en cuenta las siguientes reglas:*

- 1. El Tribunal funcionará en Bogotá D.C, y sesionará en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.*
- 2. Estará integrado por tres (3) árbitros designados así uno por cada parte y el tercero por la misma Cámara de Comercio de Bogotá.*
- 3. El Tribunal decidirá en derecho.*
- 4. La organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas del citado Centro de Conciliación y Arbitraje.*

*La existencia de la cláusula compromisoria no podrá ser alegada por **EL CONTRATISTA** como excepción para no intervenir en aquellos procesos en los cuales deba responder de conformidad con este contrato."²*

3. Partes procesales

- 3.1. Parte Convocante:** Es **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.**, sociedad que de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 8 de abril de 2016 por

² Folios 17 y 18, Cuaderno de Pruebas N° 1.

la Cámara de Comercio de Bogotá y que se aportó con la demanda³, fue constituida mediante documento privado de 11 de agosto de 2011, inscrita el 17 de agosto siguiente con el nombre “*PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA POR ACCIONES SIMPLIFICADA*”, aclarada mediante Acta N° 26 de la Asamblea General de Accionistas de 2 de septiembre de 2015, cambiando su nombre por el actual. Se identifica con el NIT 900.465.934-4 tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá y su representante legal es el Gerente General, cargo que a la fecha de la certificación ocupa **Daniel Ricardo Espinosa Cuellar**, quien otorgó poder para este proceso (en adelante la “**Convocante**” o “**PROCOMSA**”)

3.2. Parte Convocada: Es **EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN** sociedad que de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido el 15 de abril de 2016⁴ por la Cámara de Comercio de Bogotá, fue constituida mediante Escritura Pública N° 5751 del 30 de octubre de 1967 de la Notaría 2ª del Círculo de Cali con el nombre “*EDUARDO OSPINA & CIA S.A.*” y ha sido reformada en varias oportunidades, ente ellas la realizada mediante Escritura Pública N° 7307 de 30 de noviembre de 1972 de la Notaría Segunda de Cali, en la que traslado su domicilio a Bogotá D.C., y por medio del Acta N° 71 de la Junta de Socios del 7 de diciembre de 2012 se transformó en Sociedad por Acciones Simplificada y adoptó su denominación actual. Se identifica con el NIT 890.303.642-9, tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., y su representante legal es el Gerente, cargo que a la fecha de la certificación ocupa **Iván Plazas González**, quien otorgó poder para este proceso (en adelante la “**Convocada**” o “**EDOSPINA**”).

4. Trámite procesal

4.1. La demanda arbitral: El 16 de mayo de 2016 PROCOMSA, por intermedio de apoderado especial solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la integración de un Tribunal Arbitral para dirimir sus controversias con EDOSPINA⁵.

4.2. Árbitros: En reunión de 14 de junio de 2016 realizada en el referido Centro de Arbitraje⁶, fueron elegidos como Árbitros, de común acuerdo, las doctoras **Laura Barrios Morales** y **Carolina Posada Isaacs**, quienes informadas de su designación aceptaron dentro del término legal.

Así mismo, las partes solicitaron al Centro de Arbitraje que la designación del tercer Árbitro fuera realizado por sorteo público, el cual se cumplió el 16 de junio

³ Folios 14 a 16, Cuaderno Principal N° 1.

⁴ Folios 17 a 20, Cuaderno Principal N° 1.

⁵ Folios 1 a 13, Cuaderno Principal N° 1.

⁶ Folios 51 y 52, Cuaderno Principal N° 1.

de 2016, donde fue designado el doctor **José Manuel Gual Acosta**, quien informado sobre su designación aceptó oportunamente.

4.3. Instalación: Previas las citaciones correspondientes, el Tribunal Arbitral se instaló el 26 de agosto de 2016, en sesión realizada en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá⁷; en la audiencia fue designado como Presidente el doctor **José Manuel Gual Acosta** y como Secretario el doctor **Pedro Orlando Garavito Valencia**, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo.

4.4. Admisión de la demanda: En la audiencia de instalación el Tribunal asumió competencia para adelantar los trámites iniciales del proceso arbitral, reconoció personería a los mandatarios judiciales e inadmitió la demanda, la cual fue subsanada con memorial de 31 de agosto de 2016⁸. Mediante Auto de 20 de septiembre siguiente el Tribunal tuvo por subsanada la demanda, la admitió y ordenó correr traslado de ella, en los términos del artículo 21 de la Ley 1563 de 2012⁹.

4.5. Vinculación de la convocada: El 5 de octubre de 2016 se notificó a la parte convocada el auto admisorio de la demanda¹⁰ y el 3 de noviembre siguiente su apoderado judicial radicó la respectiva contestación, donde se opuso a las pretensiones, se refirió a los hechos y solicitó pruebas¹¹. El 22 de noviembre de 2016 el apoderado de la Convocante recorrió el traslado de la contestación de la demanda y aportó pruebas.¹²

4.6. Audiencia de conciliación: El 24 de noviembre de 2016 se dio inicio a la audiencia de conciliación, la cual, por solicitud de las partes, se suspendió mientras adelantaban conversaciones para lograr una solución directa a sus controversias¹³, y el 30 de enero de 2017 se continuó con su desarrollo, oportunidad en la cual las partes manifestaron que a pesar de varios acercamientos realizados no fue posible llegar a ningún acuerdo, por lo cual el Tribunal declaró fracasada y agotada la etapa de conciliación y dispuso continuar con este trámite¹⁴.

4.7. Fijación y pago de los gastos del proceso: En la misma audiencia de 30 de enero de 2017, el Tribunal fijó las sumas a cargo de las partes para honorarios de sus integrantes y gastos del proceso. El 13 de febrero siguiente, dentro de la oportunidad prevista en el inciso primero del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, únicamente la Convocante pagó las sumas a su cargo y haciendo uso de la

⁷ Acta N° 1, folios 156 a 159 del Cuaderno Principal.

⁸ Folios 167 a 170, Cuaderno Principal.

⁹ Acta N° 2 Folios 174 a 175, Cuaderno Principal.

¹⁰ Folio 178 Cuaderno Principal.

¹¹ Folios 180 a 187, Cuaderno Principal.

¹² Folios 193 a 194, Cuaderno Principal.

¹³ Acta N° 4, Folios 195 a 197, Cuaderno Principal.

¹⁴ Acta N° 6, folios 204 a 208, Cuaderno Principal.

facultad prevista en el inciso segundo del citado artículo, también pagó el 14 de febrero siguiente las sumas que dejó de sufragar la Convocada.

El 12 de marzo de 2017 la Convocada aportó comprobante del reembolso que hizo a PROCOMSA de la partida de gastos y honorarios del Tribunal pagados en su nombre por aquella¹⁵, por lo que entiende el Tribunal que las partes se encuentran a paz y salvo por dicho concepto.

4.10. Primera Audiencia de Trámite: El 2 de marzo de 2017 se celebró la Primera Audiencia de Trámite que se desarrolló en la forma ordenada por el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012. En ella el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las cuestiones sometidas a su conocimiento por las partes, se fijó el término de duración del proceso arbitral en seis (6) meses, se resolvió sobre las pruebas solicitadas por las partes y se declaró finalizada la primera audiencia de trámite¹⁶.

4.11. Indicación de la cuantía y juramento estimatorio: Según el juramento estimatorio realizado en la subsanación de la demanda, el monto de las pretensiones de la parte convocante asciende a la suma de \$321.702.193,90¹⁷.

La Convocada, dentro del término de traslado de la demanda sólo manifestó que éste “*No procede*”¹⁸.

4.12. Audiencias: El Tribunal sesionó durante este proceso arbitral en 19 audiencias, incluyendo la de juzgamiento.

5. Términos del proceso

Toda vez que en el pacto arbitral las partes no establecieron el término de duración del proceso arbitral, según lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal, por Auto de 2 de marzo de 2017, lo fijó en seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las prórrogas o suspensiones que pudieran presentarse en su desarrollo¹⁹.

Como la primera audiencia de trámite se realizó el 2 de marzo de 2017, el término de este proceso se extendería, inicialmente, hasta el 1° de septiembre de 2017; sin embargo, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, para el cómputo del término del proceso se deben considerar los días en que éste haya estado suspendido y, en tal sentido, consta en el expediente que los apoderados de las partes, de común acuerdo, solicitaron la

¹⁵ Folio 223, Cuaderno Principal.

¹⁶ Acta N° 7, folios 210 a 219 Cuaderno Principal.

¹⁷ Folios 167 a 170, Cuaderno Principal.

¹⁸ Folio 185, Cuaderno Principal.

¹⁹ Acta N° 7.

suspensión del proceso entre las siguientes fechas: i) 28 de abril y 26 de junio de 2017: 60 días²⁰; ii) 19 de julio y 11 de agosto de 2017: 24 días²¹; iii) 3 de octubre y 1º de noviembre de 2017: 30 días; y iv) 10 y 15 de noviembre de 2017: 6 días²².

Así las cosas, las suspensiones decretadas suman 120 días, con lo cual el término de este proceso se extiende hasta el día 30 de diciembre de 2017, lo que significa que este Laudo se profiere dentro de la oportunidad legal.

6. Presupuestos procesales

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos necesarios para la validez del proceso y que las actuaciones procesales se han desarrollado con observancia de las previsiones legales. No se advierte causal de nulidad procesal, lo cual fue advertido por el Tribunal desde la primera audiencia de trámite y al finalizar cada una de las etapas procesales, tal y como lo ordena el artículo 132 del C. G. del P. El más reciente control de legalidad se realizó en audiencia de 9 de noviembre de 2017, una vez concluyó la etapa de alegaciones, frente a lo cual los apoderados de las partes no hicieron manifestación sobre vicio o irregularidad que debiera ser saneada hasta ese momento.

Por lo anterior, es procedente dictar Laudo de mérito, que según lo acordado en la cláusula compromisoria debe proferirse en derecho, para lo cual se tiene en cuenta que de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

6.1. Demanda en forma: En su oportunidad se verificó por el Tribunal que la demanda, una vez subsanada, cumplía las exigencias procesales y, por ello, la sometió a trámite.

6.2. Competencia: Del análisis que se hizo sobre el tema en el Auto proferido en la primera audiencia de trámite realizada el 2 de marzo de 2017, el Tribunal concluyó que las controversias de que dan cuenta la demanda y su contestación eran de naturaleza económica, susceptibles de transacción, tenían origen en el “*CONTRATO No. CCM-026-13 DISEÑO, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS PARA FUENTES DE AGUA*”, celebrado el 28 de agosto de 2013” y estaban amparadas por la Cláusula Compromisoria contenida en aquel, razón por la cual asumió competencia para conocer de tales diferencias, decisión que, luego de analizado el acervo probatorio, se mantiene incólume.

6.3. Capacidad: Del estudio de los documentos aportados por las partes al

²⁰ Acta N° 11 de 27 de abril de 2017, folio 249, Cuaderno Principal

²¹ Acta N° 13 de 18 de julio de 2017, Folio 278, Cuaderno Principal.

²² Acta N° 18 de 9 de noviembre de 2017, Folios 354 a 357, Cuaderno Principal.

expediente se observa que tanto la sociedad convocante PROCOMSA como la sociedad convocada EDOSPINA son sujetos plenamente capaces para comparecer a este proceso; su existencia y representación legal están debidamente acreditadas y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados, debidamente constituidos.

7. Pretensiones

La Convocante solicitó se profieran las declaraciones y condenas que relacionó en la demanda arbitral²³, así:

“(…)

1. Se sirva **DECLARAR** que la sociedad **EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN** incumplió el Contrato número CCM-026-13 para el Diseño, Suministro e Instalación de Equipos para Fuentes de Agua suscrito con la sociedad **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.** el veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013).
2. Como consecuencia de la anterior declaración, se sirva **CONDENAR** a la sociedad **EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN** a pagar a favor de la sociedad **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.** **VEINTIOCHO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (\$28,594,460.90)** a título de la sanción por incumplimiento a que se refiere el texto de la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato número CCM-026-13 para el Diseño, Suministro e Instalación de Equipos para Fuentes de Agua suscrito con la sociedad **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.** el veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013).
3. Como consecuencia de la primera declaración, se sirva **DECLARAR** la resolución del Contrato número CCM-026-13 para el Diseño, Suministro e Instalación de Equipos para Fuentes de Agua suscrito entre las sociedades **EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN Y PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.** el veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013).
4. Como consecuencia de la anterior declaración, se sirva **ORDENAR**

²³ Folios 3 y 4, Cuaderno Principal.

a la sociedad **EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN** a restituir la totalidad de los dineros que recibió de la sociedad **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.** con ocasión del Contrato número CCM-026-13 para el Diseño, Suministro e Instalación de Equipos para Fuentes de Agua suscrito las partes el veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013).

5. Como consecuencia de la declaración de resolución, se sirva **CONDENAR** a la sociedad **EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN** a pagar a favor de la sociedad **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.**, intereses comerciales de mora a la tasa máxima permitida por la Ley, liquidados sobre los valores recibidos de manos de mi mandante con ocasión del Contrato número CCM-026-13 para el Diseño, Suministro e Instalación de Equipos para Fuentes de Agua suscrito entre las partes el veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013), a partir de la fecha en que se realizaron cada uno de los desembolsos y hasta el día en que se produzca el pago efectivo.
6. Se sirva **CONDENAR** en costas a la sociedad **EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN**”.

8. Los hechos planteados en la demanda

Los hechos que soportan las pretensiones de la Convocante están relacionados en el texto de la demanda arbitral²⁴, así:

1. “El veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013) la sociedad **EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN**, en adelante **EDOSPINA**, y la sociedad **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.**, en adelante **PROCOMSA**, suscribieron el Contrato con número CCM-026-13 para el Diseño, Suministro e Instalación de Equipos para Fuentes de Agua (en adelante **EL CONTRATO**).
2. El objeto de **EL CONTRATO** fue la construcción "por el sistema de precios unitarios sin fórmula de reajuste (precios fijos), las obras civiles, relacionadas en el anexo No. 4 (Cuadro de cantidades y Valores unitarios)".
3. En cumplimiento del objeto de **EL CONTRATO**, **EDOSPINA** estaba obligado a:

²⁴ Cuaderno Principal N° 1, Folios 1 a 7 y 152 y 153, respectivamente.

- a. Ejecutar "los trabajos de obras civiles relacionadas con la ejecución del DISEÑO, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS PARA FUENTES DE AGUA de Ecoplaza Centro Comercial."
- b. Cumplir con la totalidad de la actividades [sic] del objeto del presente contrato incluidas en la propuesta 'OFERTA FO-CM-0001 del 05 de AGOSTO DE 2013'. Es de aclarar que el presente documento corresponde a la OFERTA No. 130403-01003 del veintiuno (21) de agosto de dos mil trece (2013) presentada por **EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN a PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.**

Lo anterior de conformidad con "los planos Estructurales expedidos por la firma DISEÑOS Y SISTEMAS LTDA." Y "los planos Arquitectónicos por la firma CONTEXTO URBANO S.A."

4. En ejecución de **EL CONTRATO, EDOSPINA** realizó planos estructurales que le fueron presentados a **PROCOMSA**.
5. Las partes de común acuerdo modificaron en cinco (5) oportunidades el término de duración de **EL CONTRATO** mediante igual número de otrosí, resultando de lo anterior que "(e)l Término de duración para la ejecución, desarrollo y cumplimiento de los servicios de construcción y todas las actividades que se desprendan del presente Contrato Civil de Obra es el día 23 de diciembre de 2014".
6. En ejecución de **EL CONTRATO, PROCOMSA** ha pagado a **EDOSPINA** lo siguiente:
 - a. Ciento veintitrés millones doscientos cincuenta y un mil novecientos ochenta y seis pesos (\$123,251,986.00) el diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013), y
 - b. Cuarenta millones de pesos (\$40,000,000.00) el primero (1 °) de julio de dos mil catorce (2014).
7. Durante el término para la ejecución de **EL CONTRATO, EDOSPINA** presentó a **PROCOMSA** dos alternativas para la solución de los múltiples problemas que se presentaron así:
 - a. El dieciséis (16) de enero de dos mil quince (2015), todo lo cual costa en un correo electrónico denominado "REPROGAMACION FUENTES ECOPLAZA".

- b. *El veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015), todo lo cual consta en un documento denominado "Propuesta de estabilización fuente de agua centro comercial Ecoplaza".*
8. *A la fecha de presentación del presente escrito de demanda arbitral, **EDOSPINA** no ha cumplido **EL CONTRATO** a satisfacción de **PROCOMSA**".*

9. Argumentos de defensa

En la contestación de la demanda la Convocada no formuló excepciones de mérito, sólo se refirió a los hechos, se opuso a las pretensiones e hizo algunas "*Consideraciones sobre el régimen especial de la Ley 1116*"²⁵

En las Consideraciones de este Laudo, el Tribunal se referirá a estos argumentos de defensa de la Convocada.

10. Pruebas decretadas y practicadas

El Tribunal considera útil y necesario, para el sustento de la decisión que adoptará en este Laudo, relacionar los medios de prueba solicitados por las partes y decretados en Auto de 2 de marzo de 2017 (Acta N° 7) y, en tal sentido, consta en el expediente que se practicaron las siguientes:

10.1. Pruebas solicitadas por la Convocante

10.1.1. Documentales: Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal que les corresponde, los documentos aportados por esta parte al proceso que relacionó en la demanda arbitral²⁶, al subsanar la demanda²⁷ y al descorrer el traslado de su contestación²⁸.

10.1.2. Interrogatorio de parte: Se decretó y practicó, en audiencia de 13 de marzo de 2017, interrogatorio al representante legal de la sociedad EDOSPINA, señor **Iván Plazas González**²⁹. El disco compacto que contiene la grabación de esta declaración así como su transcripción se puso a disposición de las partes y se agregó al expediente³⁰.

10.1.3. Declaración de terceros: A solicitud de la Convocante se decretó y

²⁵ Folio 184, Cuaderno Principal.

²⁶ Folios 7 a 9, Cuaderno Principal.

²⁷ Folios 167 a 170, Cuaderno Principal.

²⁸ Folios 193 a 194, Cuaderno Principal.

²⁹ Acta N° 8, Folio 229, Cuaderno Principal.

³⁰ Folios 246 y 253 a 256, Cuaderno de Pruebas N° 1.

recibió el testimonio del Ingeniero **Wilmer Gómez Mosquera**, en audiencia celebrada el 2 de marzo de 2017³¹. El disco compacto que contiene la grabación de esta declaración así como su transcripción se puso a disposición de las partes y se agregó al expediente³².

10.1.4. Dictamen Pericial Contable: Se decretó y practicó un Dictamen Pericial Contable, que fue rendido por la doctora **Ana Matilde Cepeda Mancilla**, en los términos solicitados en la demanda³³, para que determine, “*con base en la contabilidad de la sociedad EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN, la fecha y cuantía de los pagos que le realizó a la mencionada sociedad (...), PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S., con ocasión del Contrato Civil de Obra con número CCM-026-13 para el Diseño, Suministro e Instalación de Equipos para Fuentes de Agua suscrito entre las partes el veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013)*”.

El 4 de abril de 2017 se rindió el Dictamen Contable, el cual se agregó al expediente³⁴; dentro de su traslado los señores apoderados de las partes no presentaron solicitudes de aclaración o complementación al mismo.

10.1.5. Inspección Judicial: A solicitud de la Convocante se decretó una inspección judicial con intervención de perito Ingeniero, en el lugar del cumplimiento del Contrato Civil de Obra CCM-026-13 para que, según se solicitó en la demanda³⁵, se determinara “*si la sociedad EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN ejecutó de manera satisfactoria el objeto de EL CONTRATO, de conformidad con el texto del mismo y sus anexos, la OFERTA FO-CM-0001 del cinco (5) de agosto de dos mil trece (2013), los Planos Estructurales realizados por la firma DISEÑOS Y SISTEMAS LTDA Y EDOSPINAS y los Planos Arquitectónicos trazados por la firma CONTEXTO URBANO S.A*”.

Esta diligencia se practicó por el Tribunal el día 27 de abril de 2017³⁶, con la intervención del Perito Ingeniero **Luis Alberto Arias Martínez**, a quien se le dio posesión al comienzo de la diligencia³⁷. El día 27 de septiembre de 2017 la Convocante aportó una videograbación que se realizó en *Ecoplaza Centro Comercial – Mosquera*, el día de la inspección judicial allí practicada.

El respectivo dictamen fue rendido por el Perito Ingeniero el 9 de julio de 2017³⁸ en los términos ordenados por el Tribunal en Auto de 27 de abril de 2017, según cuestionarios formulados por los señores apoderados de las partes³⁹. Dentro del

³¹ Acta N° 8, Folio 228, Cuaderno Principal.

³² Folios 246 a 252, Cuaderno de Pruebas N° 1.

³³ Folios 7 y 8, Cuaderno Principal.

³⁴ Folios 262 a 457, Cuaderno de Pruebas N° 1.

³⁵ Folio 7, Cuaderno Principal.

³⁶ Acta 11, Folios 246 a 251 Cuaderno Principal.

³⁷ Folio 251, Cuaderno Principal.

³⁸ Folios 1 a 367, Cuaderno de Pruebas N° 2.

³⁹ Acta 11, Folios 246 a 250, Cuaderno Principal.

término de traslado de este dictamen el señor apoderado de la Convocante presentó solicitudes de aclaración y complementación, que ordenadas por el Tribunal⁴⁰ fueron rendidas el 11 de septiembre de 2017⁴¹, y durante su traslado, el señor apoderado de la convocante aportó una experticia elaborada por el Ingeniero **Alejandro Escandón Díaz**, con el fin de controvertir las respuestas contenidas en los literales a. y b., del dictamen rendido por el Ingeniero **Arias Martínez** y solicitó convocar a este último “*para interrogarlo sobre su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen, en particular respecto de las dos conclusiones señaladas*”. En la misma fecha, 20 de septiembre, esta experticia se puso en conocimiento del señor apoderado de la convocada. Por ser procedente la solicitud del señor apoderado de la Convocante, de conformidad con lo autorizado por el inciso quinto del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, concordante con el artículo 228 del C.G. del P., se convocó a audiencia que se realizó el 2 de octubre de 2017, en la cual este perito declaró sobre su idoneidad e imparcialidad y sobre el contenido del dictamen.

10.2. Pruebas solicitadas por la Convocada

10.2.1. Documentales: Se ordenó tener como pruebas, con el valor legal que les corresponde, los documentos aportados por esta parte al proceso que relacionó en la contestación de la demanda.⁴²

10.2.2. Interrogatorio de parte: Se decretó y practicó, en audiencia de 13 de marzo de 2017, interrogatorio al representante legal de la sociedad PROCOMSA, señor **Daniel Espinosa Cuellar**⁴³. El disco compacto que contiene la grabación de esta declaración así como la transcripción correspondiente se puso a disposición de las partes y se agregó al expediente⁴⁴.

10.2.3. Prueba Traslada: A solicitud de la parte convocada se ofició a la Superintendencia de Sociedades para que remitiera copia del Acta de la diligencia de Inspección Judicial practicada el 4 de diciembre de 2015 en las oficinas de EDOSPINA, dentro del Proceso Concursal N° 2934, en cumplimiento del Auto N° 2015-01-465235 de 27 de noviembre de 2015.

La respuesta correspondiente recibió el 13 de marzo de 2017, se puso a disposición de las partes y se agregó al expediente⁴⁵.

10.3. Pruebas de oficio

10.3.1. Por Auto de 2 de marzo de 2017, el Tribunal de oficio ordenó a la Convocante exhibir y aportar al expediente, copia de las facturas radicadas por

⁴⁰ Acta 14, Folios 291 a 293, Cuaderno Principal.

⁴¹ Folios 368 a 371, Cuaderno de Pruebas N° 2.

⁴² Folio 187, Cuaderno Principal.

⁴³ Acta N° 8, Folio 230, Cuaderno Principal.

⁴⁴ Folios 246 y 257 a 258, Cuaderno de Pruebas N° 1.

⁴⁵ Folios 165 a 202, Cuaderno de Pruebas N° 1.

EDOSPINA, las Actas de recibo de obra y los comprobantes de pago realizados con ocasión del contrato. Esta diligencia se inició el día 13 de marzo de 2017 y se continuó y cerró el 2 de octubre de 2017. Los documentos recaudados en la práctica de esta diligencia se pusieron a disposición de las partes y se agregaron al expediente⁴⁶.

10.3.2. Por Auto de 21 de septiembre de 2017 (Acta 15), el Tribunal, de oficio, según lo autorizado por el inciso quinto del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, concordante con el artículo 228 del C.G. del P., citó a declarar al perito de parte a una audiencia que se realizó el 2 de octubre de 2017, en la cual éste declaró sobre su idoneidad e imparcialidad y el contenido de su experticia⁴⁷.

11. Alegatos de conclusión

En la audiencia celebrada el 9 de noviembre de 2017⁴⁸ los apoderados de las partes presentaron sus respectivos alegatos de conclusión y un resumen escrito de los mismos. El señor apoderado de la Convocante ratificó los supuestos de hecho y de derecho en los que fundamenta las pretensiones contenidas en la reforma de la demanda; a su turno, el señor apoderado de la sociedad Convocada expuso los argumentos de defensa de los derechos de su representada.

II.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Sobre la competencia del Tribunal.

En Auto proferido en la primera audiencia de trámite, se señaló que la jurisdicción y competencia de este Tribunal Arbitral surgía, conjuntamente, del artículo 116 de la Constitución Política, según el cual, los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho en los términos en que determine la ley, y de la voluntad de las partes de someter a arbitramento esta controversia, según lo consignado en la Cláusula Trigésima del “*CONTRATO No. CCM-026-13 DISEÑO, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS PARA FUENTES DE AGUA*” de 28 de agosto de 2013.

Tal voluntad se desarrolló con la convocatoria del Tribunal y la presentación de la demanda arbitral y con su contestación, para que las controversias patrimoniales a que éstas se refieren fueran resueltas en el Laudo Arbitral. Para el Tribunal, las distintas controversias que fueron sometidas a su conocimiento

⁴⁶ Folios 203 245, Cuaderno de Pruebas N° 1.

⁴⁷ Acta N° 16, Folios 313 a 320, Cuaderno Principal.

⁴⁸ Acta N° 17, Folios 321 y 322, Cuaderno Principal.

y decisión se encuentran comprendidas en la cláusula compromisoria antes citada, porque conciernen directamente al “*CONTRATO No. CCM-026-13 DISEÑO, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS PARA FUENTES DE AGUA*” son todas de naturaleza patrimonial o económica y de contenido particular y concreto respecto de una relación jurídica contractual específica.

En lo que se refiere a los sujetos procesales, se encuentra que se trata de particulares, personas jurídicas con capacidad plena para comparecer al proceso, pues de los documentos aportados no se advierte limitación alguna y, además, han comparecido a este proceso por intermedio de sus representantes legales y apoderados debidamente constituidos.

Finalmente, concluido el debate probatorio y conocidos los alegatos de conclusión de las partes, el Tribunal no encuentra fundamentos fácticos ni legales que lo lleven a apartarse de la decisión adoptada en el Auto de 2 de marzo de 2017 (Acta 7), donde resolvió sobre su competencia, por lo cual debe en este Laudo confirmar esa decisión, aspecto que por demás no es objeto de controversia entre las partes.

2. Síntesis de la controversia.

La Convocante solicita en la demanda arbitral que el Tribunal declare que EDOSPINA incumplió el “*CONTRATO No. CCM-026-13 DISEÑO, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS PARA FUENTES DE AGUA*” celebrado con ella el 28 de agosto de 2013 y que, en consecuencia, se le condene a pagar en su favor la sanción por incumplimiento de que trata la Cláusula Vigésima Sexta del referido contrato y, además, se declare la resolución del mismo y que, en consecuencia, se condene igualmente a la sociedad convocada a devolver la totalidad de las sumas que ha recibido en ejecución del mismo, junto con intereses de mora.

A su turno la parte convocada se opone a la prosperidad de las pretensiones porque no admite que se haya presentado algún incumplimiento en ejecución del citado contrato.

3. El Contrato origen de las controversias y la regulación aplicable.

Según consta en el expediente⁴⁹, las sociedades **PROCOMSA**, como Contratante, y **EDOSPINA** (hoy En Reorganización) como Contratista, celebraron el 28 de agosto de 2013 el contrato que denominaron “*CONTRATO No. CCM-026-13 DISEÑO, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS PARA FUENTES DE AGUA*”, el cual según la cláusula Primera tiene por objeto y alcance:

⁴⁹ Folios 1 a 22 Cuaderno de Pruebas N° 1.

“I. CONDICIONES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS. PRIMERA: OBJETO Y ALCANCE DEL CONTRATO.- EL CONTRATISTA se obliga con EL CONTRATANTE a construir por el sistema de precios unitarios sin fórmula de ajuste (precios fijos), las obras civiles, relacionadas en el anexo No. 4 (Cuadro de cantidades y Valores Unitarios), las cuales hacen parte integral del presente contrato, de conformidad con el alcance del contrato, incluido el suministro total de los materiales, la mano de obra requerida y equipos necesarios de acuerdo con los planos e información suministrada por EL CONTRATANTE durante todo el proceso, junto con los cambios que EL CONTRATANTE realice e informe con cinco (5) días de antelación al CONTRATISTA”.

Por su parte, el Anexo No. 4 que obra en el expediente⁵⁰ es un cuadro de cantidades y valores unitarios, según se transcribe a continuación:

**ANEXO No. 4
CUADRO DE CANTIDADES Y VALORES UNITARIOS**

ITEM	CANT	DESCRIPCIÓN	COSTO UNITARIO	COSTO TOTAL	VALOR POR PRODUCTO
CHORROS DE AGUA LAMINAR SECUENCIAS CON CAMBIOS DE COLOR					
1	1,00	Motombomba SI HI 5 HP 1750 Rpm ref. 50200/220 volt de 170 GPM	\$3.492.122,78	\$ 3.492.122,78	\$ 118.892.126,18
2		Trampa en hierro fundido o6" x o4"x o4" cod. 39550			
3		Arrancador directo Siemens 11-16 A (220V) en caja plástica			
4	10,00	Válvula de Control Remoto Para Control Selenoide	\$1.068.987,34	10.698.873,40	
5	10,00	Cristal Jet con Cmbios de Color RGB, Consumo de 52 LTS/m, altura máxima 1,80 a 2,00 Mts Distancia Longitud 2,5 Mts	\$10.471.013,00	\$104.710.130,00	
FUENTE INTERACTIVA CHORROS EN ARCO CIRCULO CENTRAL					
6	4,00	Motombomba SI HI 5 HP 1750 Rpm ref. 50200/220 volt de 170 GPM	\$4.726300	\$18.905.200,00	\$ 38.652.035,04
7		Trampa en hierro fundido Ø6" x Ø 4"x Ø4" cod. 39550			
8		Arrancador directo Siemens 11-16 A (220V) en caja plástica			
9	16,00	Reflector P56 PP+FV LED Ultra Flat RGB, 12V/35W	\$1.234.177,19	\$19.746.835,04	
10	Chorro De Lanza Ø1" M-Salida 12 Mm Para Potencia De 4HP 19 Gpm 1,5 Altura En Arco				
EQUIPOS CHORRO CENTRAL 20 MTS					
11	2,00	Motombomba SI HI 10 HP 3500 Rpm ref. 50160/220 VOLT	\$12.820.793,50	\$25.641.587,00	\$ 33.844.118,68
12		Trampa en hierro fundido Ø6" x Ø 4"x Ø4" cod. 39550			
13		Arrancador directo Siemens 28-40 A (220V) en Tablero de Contactor			
14		Control de Velocidad Variable para Equipos de Potencia de 10 HP			
15		Chorro de Lanza Ø3" "Para Altura de Chorro hasta 20 Mrt, incluye Brida Ajustable			
16	8,00	Reflector P56 PP+FV LED Ultra Flat RGB, 12V/35W	\$1.025.316,46	\$8.202.531,68	

⁵⁰ Folios 21 y 22 Cuaderno de Pruebas N° 1.

EQUIPO DE FILTRACION PARA TANQUE DE EQUILIBRIO					
17		Filtro HR-30 (100 gpm) Completo para recirculación en 1 hora aprox.			\$3.043.941,00
18	1,00	Bomba – 2 hp – 1F – 115/230 C – Mod. SP2815X20	\$3.021.270,00	\$3.021.270,00	
19		Clorinador Pentair – Rainbow 320			
20	3,00	Inyector plástico	\$7.577,00	\$22.671,00	
TABLERO ELECTRICO PANTALLA DE AGUA PARA PROYECCION					
21	1,00	Tablero Eléctrico Programable con Variador de Velocidad	\$17.898.405,44	\$17.898.405,44	\$17.898.405,44
SUBTOTAL EQUIPOS				\$212.330.626,34	
22	1,00	DISEÑO INGENIERÍA HIDRÁULICA ELECTRICA	\$51.875.133	\$51.875.133,00	
		NACIONALIZACIÓN, IMPORTACION Y TRANSPORTE DE EQUIPOS			
		CAPACITACION , MONTAJE, INSTALACION Y PUESTA EN MARCHA Y OPERACIÓN DE EQUIPOS			
SUBTOTAL PROPUESTA SIN IVA				\$264.205.759,34	
DESCUENTO ESPECIAL POR GERENCIA EDOSPINA			6,70%	\$17.701.785,88	
TOTAL MENOS DESCUENTO				\$246.503.973,46	
IVA			16,00%	\$39.440.635,75	
TOTAL IVA INCLUIDO				\$285.944.609,22	

El Tribunal encuentra que, si bien el Contrato establece en su objeto y alcance que el Contratista se obligó a construir las obras civiles relacionadas en el Anexo No. 4, en dicho anexo no se relacionan obras civiles, sino que se especifican unos equipos que debían ser suministrados e instalados por el Contratista.

Se ve entonces la necesidad de entender a qué tipo de negocio jurídico corresponde el “*CONTRATO No. CCM-026-13 DISEÑO, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS PARA FUENTES DE AGUA*”, celebrado PROCOMSA, como Contratante, y EDOSPINA (hoy En Reorganización) como Contratista, el 28 de agosto de 2013, pues de su tenor literal, de las pruebas aportadas al proceso y de las obras ejecutadas, el Tribunal encuentra que ello no es del todo claro.

Para tal efecto, el Tribunal habrá de aplicar las normas de interpretación de los contratos, de que trata el Título XIII del Código Civil, dando prelación a las normas de interpretación subjetivas sobre las objetivas, con base en la intención de las partes sobre el sentido literal del texto, sin omitir, claro está, la buena fe como criterio imperativo de carácter mixto. Esta última, como regla de conducta que impone un actuar correcto, equilibrado, razonable y leal en la relación contractual y en su interpretación.

Así mismo, es necesario, para comprender el sentido del Contrato, interpretar algunos apartes que aparentemente presentan confusiones entre el tenor literal del texto del objeto del Contrato mismo y entre lo que sería el objeto intencional de la obra ejecutada y deseada por las partes.

Así las cosas, observa el Tribunal lo siguiente:

La cláusula segunda del Contrato, dispone:

“ALCANCE DE LOS TRABAJOS - EL CONTRATISTA ejecutará los trabajos de obras civiles relacionadas con la ejecución del DISEÑO, SUMINISTRO E INSTALACION DE EQUIPOS PARA FUENTES DE AGUA de Ecoplaza Centro Comercial, además, para el cabal desarrollo del objeto del presente CONTRATO, EL CONTRATISTA ofrece recepcionar, recibir y manejar con técnica y profesionalismo los materiales que por conducto del CONTRATANTE le entregaren los proveedores respectivos y los que por su cuenta suministre EL CONTRATISTA que serán de primera calidad y así lo garantiza”.

Al igual que en la cláusula primera, ésta se refiere a la ejecución de obras civiles; sin embargo, de la lectura integral de las obligaciones estipuladas en el Contrato, en una interpretación sistemática, y del análisis de las pruebas practicadas en el proceso, no hay evidencia de que EDOSPINA fuera la encargada de realizar obras civiles. Por el contrario, la prueba recaudada apunta a que EDOSPINA no adelantó obras civiles, estando las mismas a cargo de PROCOMSA.

Por otra parte, es importante anotar que cuando el Contrato se refiere en su cláusula vigésima tercera a la modalidad y valor del Contrato, se circunscribe a los precios de los equipos listados en el Anexo No. 4 (\$285.944.609), sin incluir obra civil alguna.

Revisada la oferta presentada por EDOSPINA a PROCOMSA el 21 de agosto de 2013⁵¹, la cual es la base del Contrato en estudio y hace parte integral del mismo, el Tribunal observa que el alcance de lo ofrecido consistió en suministrar los equipos allí cotizados y hacer la instalación mecánica, hidráulica y eléctrica para la puesta en marcha de una fuente seca, transitable o de suelo. Es importante resaltar que la oferta establece claramente que no contempla la obra civil ni los cálculos estructurales requeridos.

Sobre este tema el Ingeniero Wilmer Gómez, quien rindió declaración en el proceso manifestó lo siguiente:

“SR. GÓMEZ: Dentro de la ejecución de proyecto normal de Edospina, Edospina no hace ni diseño estructural, de lo que llevo en Edospina ni diseño de obras civiles, Edospina hace los diseños de los equipos como tal, que es el alcance del contrato básicamente; Edospina hace un diseño de bombas, un diseño de tuberías, pero lo que son los diseños de la estructura como tal, que son tanques, muros, diseño de centro comercial, piso, obra civil, Edospina no hace ese alcance.”⁵²

⁵¹ Folios 28 a 29 Cuaderno de Pruebas N° 1

⁵² Folio 248 reverso Cuaderno de Pruebas N° 1.

Más adelante, antes de finalizar su declaración, el testigo dijo respecto a este tema:

“DRA. BARRIOS: ¿La obra civil no la hacen ustedes en ningún proyecto o solo en este la encargaron?”

SR. GÓMEZ: Lo normalmente, lo que yo veo de Edospina, Edospina no hace obra civil, Edospina ha hecho dimensionamiento de obras civiles o acepta requerimientos, el cliente le dice, mire, yo necesito que el cuarto de máquina tenga 4 metros x 3 metros x 2 para instalar los equipos, pero lo normal es que Edospina no haga obra civil, sí, ningún proyecto.”

En este mismo sentido se pronunció también el representante legal de EDOSPINA, quien al absolver el interrogatorio de parte manifestó lo siguiente frente a la pregunta No. 3 del apoderado de la Convocante:

*“DR. BARRERA: **Pregunta No.3.** ¿Dígale al Tribunal, si de acuerdo con ese contrato Edospina debía ejecutar los trabajos de obras civiles relacionados con la ejecución del diseño, suministro e instalación de equipos para fuentes de agua de Ecoplaza Centro Comercial?”*

SR. PLAZAS: Las obras civiles están excluidas del alcance de Edospina tal como reza en el anexo 4, ahí no están especificadas obras civiles, el contrato se firmó como un contrato de precios unitarios por obra civil pero no hay una sola obra civil que tenga que hacer Edospina; más la instalación hidráulica, eléctrica. Le agrego que el corte de negocio de Edospina no es hacer obras civiles.

Más adelante manifestó:

“No, porque sencillamente nosotros llegamos a montar nuestras fuentes ya cuando la obra civil estaba hecha, y nosotros no somos ni avaladores de obra civil, ni constructores de obra civil, ni diseñadores de obra civil.

Así mismo debe resaltarse lo dicho frente a una de las preguntas del Tribunal:

“DR. GUAL: Hay algo que todavía no logro entender. Usted dice que, había un contrato de obra civil en el papel, eso es el papel, pero que ustedes no hacían eso porque no es lo que su empresa se dedica, ¿me puede aclarar eso, cómo es la cosa finalmente?”

SR. PLAZAS: Yo no sé por qué los constructores están acostumbrados a firmar contratos de obra civil y lo hace también Ecopetrol, y tal vez es un tema de impuestos, cuando usted hace un contrato EPC de suministro, usted tiene que pagar hoy 19%, antes 16%; cuando usted

firma un contrato con un constructor, el constructor dice, mi objeto es obra civil, anexe su contrato como obra civil, para qué, básicamente para no pagar el 16% en su momento, el 19% hoy del valor agregado sino una suma por la utilidad, el IVA sobre la utilidad, es básicamente eso y es una práctica de las constructoras.”

Por otra parte, obra en el expediente el documento denominado “*Formato de Acta de Reunión*”⁵³ en el que según lo allí descrito, el objeto de la reunión era la evolución de la obra de la fuente. De lo consignado en dicho formato de Acta se evidencia que el responsable del estado de la obra civil era ECOPLAZA mientras EDOSPINA era la responsable de lo relacionado con equipos y montaje.

Finalmente, cabe resaltar lo manifestado por el Perito Ingeniero en la audiencia en la que se le interrogó respecto a su dictamen y sobre este asunto dijo:

“SR. ARIAS: Cuando le entregan el plano de lo que se iba a construir, es que en este proyecto hay una particularidad, qué es, que Edospina tenía que hacer un suministro e instalación de una serie de equipos, pero con relación a este de obra civil no les correspondía, ellos simplemente llevaron fue un diseño y dijeron esta es la implantación de lo que necesito, de la rejilla que necesito que instalen y ellos llegaron a instalar sus equipos”.

De la lectura completa del Contrato y el análisis de las pruebas recaudadas durante el proceso, el Tribunal concluye que el Contrato origen de las controversias entre las partes no es un contrato de obra sino un contrato de suministro e instalación de equipos.

Por otra parte, cabe destacar que al contrato bajo estudio resultan aplicables sólo las normas del derecho mercantil, es decir el Código de Comercio, ya que se trata de un contrato ajeno a los de consumo (B2C) al ser de los que se suele denominar entre empresarios (B2b)⁵⁴.

El Contrato tiene una finalidad netamente mercantil, pues con la puesta en funcionamiento de una fuente, se busca que los visitantes permanezcan más tiempo en el Centro Comercial, lo cual guarda relación directa con la actividad profesional de ambas empresas, y excluye una relación de consumo.

No existe entonces una relación de consumo, pues PROCOMSA no es un consumidor final de la fuente de agua en el Centro Comercial.

Por lo anterior, mal podrían aplicarse las normas generales de protección de los débiles –consumidores– a un empresario de la construcción como PROCOMSA,

⁵³ Folio 157, Cuaderno Pruebas N° 1.

⁵⁴ ROPPO, Vincenzo. Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho europeo, en Rev. Der Priv, núm. 20, 2011, p. 177 y ss.

que definitivamente no se encuentra en una situación de debilidad por falta de conocimientos sobre el contrato de suministro, ni económico y tampoco carece de pericia, pues parte de su objeto social es la construcción de inmuebles⁵⁵.

Por otra parte, el contratista EDOSPINA tampoco podría tener una protección de consumidor, por cuanto es también un profesional de la actividad contratada.

De esta manera, el Tribunal concluye que ninguna de las partes puede considerarse, de acuerdo al artículo 5 de la ley 1480 de 2011, como un consumidor. Tampoco su relación contractual (contrato CCM-026-13) cumple los requisitos para que sea considerada como de consumo⁵⁶, toda vez que con el contrato se realiza una actividad que no satisface una necesidad ni propia ni privada, ni doméstica o empresarial desligada de su objeto social, no obstante lo amplio del concepto de consumidor en Colombia.

En consecuencia mal podría este Tribunal aplicar al caso en concreto del Contrato CCM-026-13 el Estatuto del Consumidor o Ley 1480 de 2011 (art. 5 núm. 3), ya que las partes se encuentran vinculadas mediante un contrato netamente de carácter mercantil con ánimo de realizar actividades empresariales ligadas a la satisfacción de su objeto social.⁵⁷

4. Análisis de cada una de las pretensiones de la demanda

4.1. Primera pretensión.

En esta pretensión, la Convocante solicita al Tribunal:

*“Se sirva DECLARAR que la sociedad **EDOSPINA S.A.S. – EN REORGANIZACIÓN** incumplió el Contrato número CCM-026-13 para el Diseño, Suministro e Instalación de Equipos para Fuentes de Agua suscrito con la sociedad **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. – PROCOMSA S.A.S.** el veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013)”.*

4.1.1. Fundamentos fácticos:

De la lectura de la pretensión primera de la demanda arbitral, el Tribunal encuentra que lo que pretende PROCOMSA es que se declare que EDOSPINA incumplió el Contrato CCM-026-13 celebrado entre las partes el 28 de agosto de 2013; sin embargo, en el *petitum* no se expone en qué consistió el supuesto incumplimiento de la Convocada.

⁵⁵ Certificado de existencia y representación legal, folio 14 vuelto Cuaderno Principal.

⁵⁶ RUSCONI, Dante. La noción de consumidor en la Ley 1480 de 2011 en José Gual – Juan Villalba (dir) AA VV., Derecho del consumo, Ibáñez, Bogotá, 2014, p. 77 y ss.

⁵⁷ VILLALBA, Juan. Introducción al derecho del consumo, UMNG, Bogotá, 2011, p. 82 a 93.

Así mismo, del examen de los hechos relacionados en la demanda como soporte de las pretensiones de PROCOMSA, que por demás fueron transcritos íntegramente en los antecedentes de este Laudo, tampoco se puede deducir en concreto cuáles fueron las obligaciones contractuales particulares que, supuestamente, incumplió EDOSPINA.

En efecto, en los hechos relacionados por PROCOMSA sólo se expone:

- a. Que el 28 de agosto de 2013 se celebró entre las partes el Contrato CCM-026-13 *“para el Diseño, Suministro e Instalación de Equipos para Fuentes de Agua”*.
- b. Que su objeto fue la construcción *“por el sistema de precios unitarios sin fórmula de reajuste (precios fijos), las obras civiles, relacionadas en el anexo No. 4 (Cuadro de cantidades y Valores unitarios)”*.
- c. Que en virtud del contrato, EDOSPINA estaba obligada a:
 - Ejecutar *“los trabajos de obras civiles relacionadas con la ejecución del “DISEÑO, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS PARA FUENTES DE AGUA de Ecoplaza Centro Comercial”; y*
 - Cumplir con las actividades objeto del contrato incluidas en su *“OFERTA FO-CM-0001 del 05 de AGOSTO DE 2013”*, pero que en realidad, según la parte convocante, corresponde a la *“OFERTA No. 130403-01003”* de 21 de agosto de 2013.

Todo lo cual debía cumplirse de acuerdo con los Planos Estructurales elaborados por la firma *DISEÑOS Y SISTEMAS LTDA.* y los Planos Arquitectónicos elaborados por la firma *CONTEXTO URBANO S.A.*

- d. Que en ejecución del Contrato, EDOSPINA elaboró *“planos estructurales que le fueron presentados a PROCOMSA”*.
- e. Que mediante 5 Otrosíes el término de duración del Contrato se amplió hasta el 23 de diciembre de 2014.
- f. Que en ejecución del Contrato, PROCOMSA le entregó a EDOSPINA las siguientes sumas:
 - \$123.251.986, el 17 de octubre de 2013
 - \$40.000.000, el 1º de julio de 2014
- g. Que en la ejecución del Contrato, EDOSPINA presentó a PROCOMSA dos

alternativas para la solución de “*los múltiples problemas que se presentaron*” así:

- El 16 de enero de 2015, según correo electrónico denominado “*REPROGAMACION FUENTES ECOPLAZA*”.
 - El 28 de octubre de 2015, según “*Propuesta de estabilización fuente de agua centro comercial Ecoplaza*”.
- h. Que a la fecha de presentación de la demanda, EDOSPINA, supuestamente, no había cumplido el Contrato a satisfacción.

Por su parte, EDOSPINA al contestar la demanda se opone a esta pretensión y manifiesta que ha cumplido a cabalidad con el objeto del Contrato, en la medida en que el anticipo fue amortizado debidamente a través de las facturas aceptadas por PROCOMSA y a través de las cuales se transfirió el dominio sobre los bienes y/o servicios prestados y suministrados por EDOSPINA dentro del objeto contractual.

4.1.2. Marco Contractual

Pasa entonces el Tribunal a analizar las estipulaciones contractuales con el fin de determinar el supuesto incumplimiento alegado por la Convocante, para lo cual encuentra necesario identificar, en primer lugar, cuáles fueron las obligaciones adquiridas por EDOSPINA al suscribir el Contrato.

En este sentido, la Cláusula Vigésima Primera, relaciona las obligaciones a cargo del Contratista, así⁵⁸:

VIGÉSIMA PRIMERA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA -
Adicionalmente a las obligaciones expresadas en otras cláusulas, EL CONTRATISTA se compromete a:

1. *Ejercer la vigilancia técnica y administrativa de los trabajos de construcción objeto de este Contrato, garantizando que se realicen con el cumplimiento de todos los requisitos técnicos y legales.*
2. *Hacer oportunamente los pedidos de materiales que sean necesarios; atender y responder por la programación de éstos, recibirlos y manejarlos, administrando los pedidos y demás bienes para cumplir con la ejecución del Contrato y respecto de los cuales EL CONTRATANTE le otorgue esta expresa facultad, así como llevar a cabo todas las pruebas de calidad necesarias con la anticipación suficiente a su instalación en la construcción.*
3. *Al hacer y administrar los pedidos, EL CONTRATISTA se*

⁵⁸ Folios 30 a 31, Cuaderno de Pruebas N° 1.

- responsabiliza de la oportunidad y del buen uso del suministro por parte del proveedor respectivo.*
- 4. Realizar en forma inmediata y directamente al proveedor o subcontratista, los reclamos por incumplimiento que sean del caso respecto de los pedidos a que se refieren los numerales 2 y 3. EL CONTRATISTA deberá informar a EL CONTRATANTE de cualquier reclamo que realice.*
 - 5. Ejecutar cualquier trabajo adicional o extra que se relacione con este Contrato, previa aprobación del CONTRATANTE respecto del valor presupuestado y del plazo para su ejecución.*
 - 6. Demoler, deshacer y rehacer a su costo, los trabajos que a juicio del CONTRATANTE no cumplan con las normas, especificaciones, calidades y cualidades por ellos requeridas.*
 - 7. Facilitar la inspección por medio del CONTRATANTE de los depósitos y/o talleres de EL CONTRATISTA o sus proveedores.*
 - 8. Una vez terminadas a satisfacción las actividades objeto de este Contrato, éste retirará a su costa todos los equipos de su propiedad o los que utilizó para realizar la labor y dejará en las mismas condiciones en que recibió los terrenos donde realizó la labor, entregando la obra limpia, completamente terminada y dispuesta para la continuación de otras actividades propias del proyecto, haciéndose EL CONTRATANTE responsable de los sobrecostos, perjuicios y en general del costo de la demora o entorpecimiento de las actividades generales de adelantamiento del proyecto de construcción.*
 - 9. Tomar las precauciones necesarias que sobre tráfico y movilización de maquinaria, materiales y equipos debe llevarse a cabo, incluidos los permisos y autorizaciones que la Secretaria de Transito establezca, para lo cual con la suscripción del presente Contrato EL CONTRATISTA exonera de toda responsabilidad a EL CONTRATANTE.*
 - 10. A cumplir con las medidas y reglamentos de la obra. Así como al cumplimiento de las normas respecto de los horarios de actividades que se permitan por el sitio y vecindario, lo cual para efectos del plazo de ejecución de actividades ya ha sido contemplado y no podrá ser alegado como motivo que justifique la extensión del plazo ni el régimen de costos de las obras que son objeto del presente Contrato.*
 - 11. Cumplir siempre con los requerimientos ambientales internos y que correspondan a los exigidos por la normatividad al respecto.*
 - 12. Asumir las pólizas y demás gastos que se causen como consecuencia de la suscripción del presente contrato. Todos los impuestos que se causen para la ejecución del presente Contrato serán por cuenta de EL CONTRATISTA.*
 - 13. Presentar la Programación detallada de obra en programa de Gantt o similar, efectuar los ajustes necesarios dentro del desarrollo del proyecto y presentar los controles necesarios.*

14. *Presentar el Flujo de Inversión General de Obra y de Manejo del Anticipo, con sus controles mensuales y actualizaciones necesarias.*
15. *Pagar los costos de indemnizaciones por daños imputables a su incumplimiento y a su cargo por deficiencia e inestabilidad e incongruencia de las obras ejecutadas.*
16. *Presentar los Certificados de Calidad de la lámina y conectores a utilizar en la fachada a instalar en el Proyecto.*
17. *La totalidad de los equipos deben ser protegidos para evitar contaminación de polvo y otros elementos propios de la obra. Dicha protección debe ser retirada solo hasta el inicio de la instalación.*
18. *Presentar Cronograma de obra donde se incluirán las actividades del Commissioning de acuerdo a los lineamientos del proyecto LEED.*
19. *Todas las demás indicadas en las especificaciones técnicas y los diferentes diseños y estudios del proyecto, los cuales hacen parte integral del presente contrato.*

Por lo tanto, las obligaciones de EL CONTRATISTA son de resultado pues su satisfacción depende de la oportuna, adecuada y completa construcción de la parte del proyecto que es objeto del presente Contrato”.

Como se puede apreciar al inicio de la cláusula bajo estudio, se menciona que las allí relacionadas serían las obligaciones de EDOSPINA, pero se advierte que son adicionales “a las obligaciones expresadas en otras cláusulas”.

Pasa entonces el Tribunal a identificar qué otras obligaciones particulares adquirió el Contratista en virtud del referido Contrato y observa que en su clausulado existen otras obligaciones expresas que adquirió EDOSPINA, entre ellas las siguientes:

En el capítulo I. referido a las “CONDICIONES PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO”, en lo que tiene que ver con el objeto del Contrato y los alcances de los trabajos, se acordó:

“PRIMERA: OBJETO Y ALCANCE DEL CONTRATO.- *EL CONTRATISTA se obliga con EL CONTRATANTE a construir por el sistema de precios unitarios sin fórmula de reajuste (precios fijos), las obras civiles, relacionadas en el anexo No.4 (Cuadro de cantidades y Valores unitarios), las cuales hacen parte integral del presente contrato, de conformidad con el alcance del contrato, incluido el suministro total de los materiales, la mano de obra requerida y equipos necesarios de acuerdo con los planos e información suministrada por EL CONTRATANTE durante todo el proceso, junto con los cambios que EL CONTRATANTE realice e informe con cinco (5) días de antelación al CONTRATISTA.*

SEGUNDA: ALCANCE DE LOS TRABAJOS - *EL CONTRATISTA ejecutará los trabajos de obras civiles relacionadas con la ejecución del DISEÑO, SUMINISTRO E INSTALACION DE EQUIPOS PARA FUENTES DE AGUA de Ecoplaza Centro Comercial, además, para el cabal desarrollo del objeto del presente CONTRATO, EL CONTRATISTA ofrece recepcionar, recibir y manejar con técnica y profesionalismo los materiales que por conducto del CONTRATANTE le entregaren los proveedores respectivos y los que por su cuenta suministre EL CONTRATISTA que serán de primera calidad y así lo garantiza.*

PARÁGRAFO PRIMERO: *Para la ejecución de las obras objeto de este Contrato, EL CONTRATISTA reconoce expresamente que conoce todas las actividades del proyecto y las circunstancias en que se han de ejecutar los trabajos objeto del presente Contrato”.*

Por su parte el Contratista igualmente se comprometió con el pedido, recepción y manejo de insumos, así:

“NOVENA: PROGRAMACION, PEDIDOS, RECEPCION y MANEJO DE LOS MATERIALES - *El presente Contrato incluye dentro de los servicios ofrecidos, la labor directa de realizar los pedidos de sus insumos, su recepción y manejo, siendo EL CONTRATISTA el directamente responsable por dicha gestión, incluida la programación de pedidos”.*

En el parágrafo de la Cláusula Novena, se contempló la facultad del Contratante para rechazar los trabajos cuando considerara que éstos eran deficientes, así:

“PARAGRAFO PRIMERO: TRABAJOS DEFICIENTES - *Cuando a juicio del CONTRATANTE y/o la Gerencia e Interventoría los trabajos a cargo de EL CONTRATISTA sean deficientes, EL CONTRATANTE los podrá rechazar y no aceptar para él abstenerse válidamente de hacer el pago correspondiente, así como podrá rechazar la totalidad o parte de la obra que no se hubiere entregado a satisfacción y EL CONTRATISTA, será responsable de los errores cometidos, en caso de ser así EL CONTRATANTE hará uso de las pólizas establecidas en el presente contrato, en el evento que EL CONTRATISTA no realice las correcciones según programa previamente concertado con EL CONTRATANTE, así como también será responsable de los atrasos que se produzcan como consecuencia de ellos y en general de los perjuicios que se causen al CONTRATANTE, y deberá reparar los trabajos deficientes dentro de la mayor brevedad posible, sin afectar el normal desarrollo del programa de trabajo.*

PARAGRAFO SEGUNDO: *Para efectos de poder determinar la*

responsabilidad de EL CONTRATISTA, se define que los errores cometidos serán entendidos como obra deficiente y esa es aquella que no está acorde con los planos aprobados y los procedimientos establecidos en obra por EL CONTRATANTE, GERENCIA Y/O INTERVENTOR”.

Dentro de este marco contractual, procede el Tribunal a analizar las pruebas practicadas para determinar si EDOSPINA incumplió o no el Contrato, teniendo en cuenta que la pretensión de la Convocante está enfocada en un incumplimiento general del Contrato y bajo el entendido del último párrafo de la Cláusula Vigésimo Primera que dispone que las obligaciones del Contratista son de resultado.

Cabe resaltar que las partes no establecieron dentro del Contrato las condiciones específicas en que debían funcionar los equipos.

4.1.3. Análisis probatorio.

Quedó probado que las partes suscribieron el 28 de agosto de 2013 el denominado “*CONTRATO No. CCM-026-13 DISEÑO, SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE EQUIPOS PARA FUENTES DE AGUA*”, que se encuentra bajo estudio.

Así mismo, obran en el expediente 5 otrosíes que modifican la Cláusula Vigésima del Contrato referida a su duración. En principio, el Contrato tenía un término de duración de sesenta días calendario, es decir que debía terminar a finales de octubre de 2013, pero en razón de los diversos otrosíes, este término fue ampliándose y, finalmente, en el otrosí No. 5 las partes acordaron que el término de duración iría hasta el 23 de diciembre de 2014.

De los documentos aportados al expediente, el Tribunal encuentra copias de diversas actas de reuniones y de entregas, una vez instalados los equipos por EDOSPINA. No obra prueba en el expediente que dé cuenta de los trabajos realizados por el Contratista en la primera etapa de ejecución del Contrato. De los documentos aportados como pruebas, concluye el Tribunal que la primera fase del contrato, es decir, el suministro y montaje inicial de los equipos, se llevó a cabo sin contratiempos y que los problemas comenzaron al momento de la entrega de la fuente.

Obra como prueba un formato de acta de reunión en donde como objetivos se señalan los siguientes: “*Radicación factura para pago condicionado y pruebas en los equipos a satisfacción*” y “*estado actual de la obra y pendientes*”. Según consta en este documento, todos los equipos se encuentran instalados y conectados por parte de EDOSPINA, pero se registran pendientes en la parte mecánica, eléctrica, civil y financiera. Según la nota incluida al final del documento “*SE HACE ENTREGA PARCIAL DEBIDO A FALTANTES DE LOS*

PENDIENTES MENCIONADOS ANTERIORMENTE”.

Se encuentra también como prueba el documento denominado “*ACTA DE ENTREGA FINAL DE PUESTA EN MARCHA*” de fecha 14 de febrero de 2014 en la que queda plasmada como observación que “*falta firma final por pendientes*”.

De la lectura del acta de reunión de fecha 4 de abril de 2014⁵⁹, se evidencia que PROCOMSA, frente a los equipos instalados por EDOSPINA, había formulado observaciones en reuniones anteriores (marzo 5 y 13) de las cuales no hay registro en el expediente. Según lo plasmado en el documento en estudio, continúan las observaciones por parte de PROCOMSA a los chorros de agua y a los laminares y se establecen por parte de EDOSPINA tres posibles problemas a resolver. Así mismo, se menciona un Otrosí al Contrato para la ampliación del término.

Hay registro de un acta de entrega final de equipos instalados de fecha junio 27 de 2014⁶⁰ en la que se plasma como observaciones que “*El Cliente no firma la presente acta debido a que queda pendiente la entrega de las rejillas*”.

Según consta en correo enviado por EDOSPINA a PROCOMSA el 31 de octubre de 2014⁶¹, EDOSPINA realizó una evaluación global de la estabilidad de la fuente, presentó un informe y una propuesta de solución.

De las pruebas aportadas al proceso se observa que a principios de 2015 las partes seguían discutiendo problemas y posibles soluciones con respecto al funcionamiento de la fuente en temas relacionados con los laminares, el salpique, los chorros laterales y las rejillas⁶², discusiones que se prologaron sin que las partes hayan podido llegar a una solución definitiva.

El 14 agosto de 2015 las partes se reunieron nuevamente según se puede verificar en acta aportada como prueba⁶³, con el fin de programar la entrega definitiva de los chorros y laminares. Se dejó constancia en el acta que “*una vez entregado (sic) los equipos a satisfacción se procederá con la liquidación teniendo en cuenta todos los costos incurrido (sic) en las demoras e incumplimiento a revisar entre las partes*”.

Según consta en documento preparado por EDOSPINA el 28 de octubre de 2015⁶⁴, el Contratista presentó una nueva propuesta de estabilización de la fuente que contemplaba mantener el nivel de agua del tanque de equilibrio, disminuir el salpique y programar los chorros, entre otras.

⁵⁹ Folio 109 Cuaderno de Pruebas N° 1

⁶⁰ Folio 153 Cuaderno de Pruebas N° 1

⁶¹ Folio 209 Cuaderno de Pruebas N° 1

⁶² Folio 234 Cuaderno de Pruebas N° 1.

⁶³ Folio 239 Cuaderno de Pruebas N° 1.

⁶⁴ Folios 241 a 245 de Cuaderno de Pruebas N° 1.

De las pruebas arriba referidas el Tribunal concluye que, si bien EDOSPINA suministró e instaló los equipos para el funcionamiento de la fuente de agua en el Centro Comercial Ecoplaza, PROCOMSA desde el inicio ha presentado observaciones y reparos y no ha recibido a satisfacción la fuente.

Reitera el Tribunal en este punto, que la Convocante no indicó al Tribunal ni a la Convocada, cuáles son los incumplimientos concretos por los que se le demanda, circunstancia que se repite cuando la Convocante, al solicitar la práctica de una inspección judicial con la participación de un Ingeniero Civil, limitó el cuestionario del perito a verificar si el Contrato se “*ejecutó de manera satisfactoria*”, sin indicar cuáles serían las razones por las cuales ello no sería así.

Pasa entonces el Tribunal a analizar los posibles incumplimientos en que hubiera podido incurrir EDOSPINA en ejecución del contrato, con base en las pruebas que obran en el expediente.

(a) El suministro y la instalación de los equipos.

En desarrollo de la prueba pericial practicada dentro del proceso, con ocasión de la solicitud de la Convocante, y para dar respuesta a su pregunta única, el perito Luis Alberto Arias Martínez, Ingeniero Civil, designado por el Tribunal, comparó en su dictamen los equipos requeridos contractualmente según el Anexo No. 4 del Contrato y los efectivamente suministrados e instalados por EDOSPINA, para concluir, que EDOSPINA suministró e instaló todos los equipos referidos en el Anexo 4, con excepción de las motobombas las cuales reemplazó por unas de especificaciones diferentes.

“Con relación al Anexo No. 4 del contrato CCM-026-13 suscrito el 28 de agosto de 2013, me permito manifestar, que se presentaron en algunos ítems, modificaciones o variaciones de marca, especificaciones y/o cantidades, las cuales se indicaran a continuación en el análisis de cada ítem de acuerdo con el aludido anexo del contrato. [...]”

- *Ítem 1, EDOSPINA no suministro e instaló 1 motobomba SI HI de 5HP y 1750 rpm ref. 50200/ 220 V y 170 rpm de conformidad con lo establecido en el Anexo No. 4 del contrato No. CCM-026-13, pero en su remplazo suministro e instalo 1 motobomba monoblock IHM de 5 HP MODELO 4X13- 5.0 TW 3500 rpm, pero posteriormente, desmonto la bomba IHM de 5 HP referida anteriormente y la remplazo por 10 motobombas marca Pedrollo de 0.5 HP modelo PKM 60.*

(...)

- *Ítem 6, EDOSPINA no suministro e instaló 4 motobomba SI HI de*

5HP y 1750 rpm ref. 50200/ 220 V y 170 gpm de conformidad con lo establecido en el Anexo No. 4 del contrato No. CCM-026-13, en su remplazo suministro e instalo 4 motobomba monoblock IHM de 5 HP MODELO 4X13- 1 O TW 3500 rpm.

[...)

- *Ítem 11, EDOSPINA no suministro e instalo 2 motobomba SI HI de 10 HP 3500 rpm ref.50160/ a 220V de conformidad con lo establecido en el Anexo No. 4 del contrato No. CCM-026-13, en cambio instaló 2 motobomba monoblock marca IHM de 10 HP modelo 5x13- 1 O TW, 3500 rpm.”*

Al ser interrogado el perito en audiencia, con respecto a este asunto señaló:

“DRA. BARRIOS: Yo tengo un par de inquietudes aquí mirando el dictamen, ingeniero, usted cuando hace una relación frente a lo que se hizo en la obra y usted fue y miró y el anexo 4 que era con lo que tenía que cumplir hay unas especificaciones que dice que se cambiaron, básicamente las que tienen que ver con motobombas. A mí me gustaría saber qué diferencia hay entre las motobombas que decía el anexo 4 y las que realmente se pusieron y qué efectos tiene ese cambio?”

SR. ARIAS: Con relación a ese tema la parte convocada, dentro de los documentos que están aportados, ellos sustentaron esos cambios basados en la relación de la curva de presión o altura versus caudal, cuando ellos hicieron las propuestas, ellos propusieron una serie de motobombas en una determinada... (Interpelado)

DR. GUAL: Ellos quiénes?

SR. ARIAS: La parte convocada, Edospina propuso, se hizo el contrato bajo una determinada bomba de una marca en particular con un caballaje, qué pasa, lo que hacen es cambiar la marca, el caballaje se mantiene inicialmente para qué, para conseguir realmente esa curva característica que le permitiera tener unas bombas adecuadas para la presión que requerían y el poder que requerían.

DRA. BARRIOS: Se puede entender que lo que decía en el contrato Edospina mira y dice esto no va a funcionar, entonces vamos a cambiar por estas otras especificaciones?

SR. ARIAS: Sí, eso fue lo que sucedió, ellos hicieron una propuesta donde colocaron unas determinadas características y marca, cuando se dan cuenta y hacen el análisis ellos hacen ese cambio, inclusive, ahí están los comparativos de la curva de presión y caudal.

DRA. POSADA: En esa misma línea, ingeniero, usted dice que efectivamente eso es lo que sirvió (sic), usted tiene algún documento o usted tuvo acceso a algún escrito o comunicación de parte de Edospina en la que Edospina le informe eso a Procomsa o es una deducción suya?

SR. ARIAS: No, lo que yo deduzco de la información que se le pidió a Edospina, ellos hacen una relación, yo conversé con ellos, les pregunté y les dije por qué hubo este cambio y ellos me comentaron qué era lo que había pasado, inclusive, me explicaban que cuando hacen una propuesta comercial dan unas especificaciones y ya después cuando arrancan el proyecto se van dando una serie de cambios y a eso obedeció inicialmente ese cambio de especificación de marca, porque ellos tenían inicialmente unas bombas marca Siemens y las cambiaron unas marca IHM. Qué sucede posteriormente, en una de las bombas cambian una por 10 bombas marca Pedrollo, porque esa bomba no les funcionó, que era la bomba que tenían para los chorros laminares.

DRA. BARRIOS: Y eso qué efectos económicos tiene, son más caras las que ponen después o es igual, cómo es la diferencia entre una y otra?

SR. ARIAS: Normalmente sí hay una diferencia económica, es poca, pero no es una cosa así que haya sido por economía, cambio de especificación por economía del proyecto no, simplemente se debió a cambio de especificación para que el caudal, la relación de presión y altura versus caudal le funcionara, inclusive, ellos, si me permiten un momento, vea, a folio 609 está el análisis de la ingeniería y detalle del cálculo.

DR. GUAL: 609 del dictamen?

SR. ARIAS: Sí, del dictamen, A-Z 2 de 3, ellos aportaron este cálculo, qué más aportaron, aportaron en folio 608, 607, folio 606 aportaron las curvas características de las bombas que requerían ellos realmente bajo ese análisis que hicieron y están las curvas características de las bombas que ellos habían planteado y analizado, a eso obedece ese cambio de especificación.”

Concluye el Tribunal, con base en el dictamen pericial elaborado en el proceso, y en las aclaraciones hechas por el perito en el curso de su interrogatorio, que EDOSPINA suministró e instaló los equipos especificados en el Anexo No. 4, con algunos cambios respecto a las motobombas, cambios que no sólo obedecieron a “la relación de la curva de presión o altura versus caudal” y que según cálculos de ingeniería mejorarían el proyecto con muy poca diferencia en materia económica, sino que tuvieron por objeto el suministro de otros equipos similares o equivalentes, “de marcas comerciales que se encuentran disponibles en el

*mercado y de reconocida calidad”.*⁶⁵

En este sentido, no encuentra el Tribunal que EDOSPINA haya incumplido.

(b) El funcionamiento de los equipos: el salpique.

En respuesta a la pregunta única formulada por PROCOMSA, manifestó también el perito que las fuentes presentaron salpique, punto al que finalmente terminó centrándose el debate en este proceso, y por ende concluyó que el objeto del Contrato se ejecutó parcialmente a satisfacción:

*“Además, debe tenerse en cuenta que los chorros centrales y laterales **producen salpique y el agua de estos chorros que no alcanza a drenarse o evacuarse por la rejilla central y circular periférica**, su exceso llega a las zonas contiguas a las fuentes secas que es necesario retirar con operadoras del servicio de aseo del Centro Comercial.*

*De manera similar, **algunos chorros laminares de la fuente seca en forma de "S" producen salpique**, por cuanto el chorro cae directamente en la superficie de la rejilla y no en la ranura en forma de "X" de la rejilla que permite que el chorro no colisione o en otros casos el chorro cae por fuera de la rejilla, generando salpique y que el agua llegue a las zonas contiguas a la fuente siendo necesario retirar con operadoras del servicio de aseo del Centro Comercial.*

(...)

*En consecuencia, de lo anterior, tal como se expuso, el objeto de EL CONTRATO se ejecutó parcialmente de forma satisfactoria de conformidad con el texto del mismo y sus anexos, la OFERTA FO-CM-0001 del cinco (5) de agosto de dos mil trece (2013), los Planos Estructurales realizados por la firma DISEÑOS Y SISTEMAS LTDA y EDOSPINA y los Planos Arquitectónicos trazados por la firma CONTEXTO URBANO S.A.”*⁶⁶ (se destaca).

Adicionalmente, respecto del funcionamiento de dichos equipos, el perito al responder la pregunta No. 5 de la Convocada, señaló lo siguiente:

*“(..) los equipos funcionaron, pero se presentaron deficiencias en los resultados esperados por PROCOMSA S.A.S. (...)”*⁶⁷

⁶⁵ Dictamen pericial, folios 18 y 19, Cuaderno de Pruebas N° 2.

⁶⁶ Dictamen Pericial, folio 15, Cuaderno de Pruebas N° 2.

⁶⁷ Dictamen Pericial, folio 21, Cuaderno de Pruebas N° 2.

Las deficiencias en los resultados esperados por PROCOMSA a que hace referencia el perito, se relacionan con el salpique generado por los chorros centrales de las fuentes, la colisión de chorros, el salpique producido como consecuencia de la caída de algunos chorros fuera de la rejilla y la irregularidad de la altura de los chorros laterales, las cuales son las deficiencias que ha aducido PROCOMSA para no recibir la fuente, según consta en actas y correos electrónicos aportados al proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, en respuesta a la pregunta 4 del cuestionario formulado por EDOSPINA, el perito indicó:

“PREGUNTA No. 4

¿Confirme si la obra civil a cargo de PROCOMSA tiene desviaciones con los planos de diseño respecto a; i) el tamaño del tanque de equilibrio; ii) la nivelación del suelo; y ii) las distancias entre los chorros?

REPUESTA/

La obra civil a cargo de PROCOMSA tiene desviaciones con los planos de diseño respecto a la distancia entre chorros y al tamaño del tanque de equilibrio de acuerdo con los planos de diseño elaborados y suministrados por EDOSPINA.

En cuanto a la distancia entre chorros, estos debían estar a 2,50 metros y algunos quedaron a menor o mayor distancia, a continuación, se indica la distancia de diseño según EDOSPINA SAS y la distancia a la cual quedaron construidos por PROCOMSA S.A.S., se aclara que la secuencia u orden de la distancia entre chorros va de la fuente seca circular No. 1 a la fuente seca circular No. 2”⁶⁸ (Énfasis agregado).

Por otra parte, en el análisis efectuado arriba a las obligaciones contractuales adquiridas por EDOSPINA, el Tribunal no encontró ninguna que tuviera que ver con el resultado que PROCOMSA esperaba tener con la fuente. El Tribunal reitera en este punto que el Contrato no reguló la forma en que la fuente debía funcionar, y mucho menos hizo relación a la caída de los chorros y al salpique que se esperaba.

Así lo manifestó el testigo Wilmer Gómez Mosquera, al ser preguntado si era requerimiento del contrato que no hubiera salpicadura:

“DR. BARRERA: Pero le pregunto lo siguiente, ¿era requerimiento del contrato que no hubiera salpicadura?

⁶⁸ Dictamen Pericial, folio 20, Cuaderno de Pruebas N° 2.

SR.GOMEZ: Contractualmente no hay nada expreso, contractualmente no hay nada escrito sobre cero nivel o un mínimo de nivel de salpicadura; contractualmente según el alcance es diseño y suministro e instalación de sistemas de fuentes”⁶⁹

Si bien las partes acordaron que las obligaciones del Contratista “*son de resultado pues su satisfacción depende de la oportuna, adecuada y completa construcción de la parte del proyecto que es objeto del presente Contrato*”, en ninguna de sus cláusulas definieron cuál era el resultado esperado una vez la fuente estuviera “*construida*”.

Y en este punto entonces, tal como quedó analizado anteriormente, e incluso fue concluido por el propio perito, debe insistirse en que el contrato que nos ocupa no fue de obra, sino uno de suministro e instalación de equipos:

*“Se debe precisar primero que todo de conformidad con el objeto del contrato, que los ítems, relacionados en el Anexo No. 4, **no corresponden a obras civiles, sino a suministro de equipos, elementos y materiales** para la correspondiente instalación o montaje mecánico, hidráulico, eléctrico y para la puesta en marcha de las fuentes de conformidad con el diseño de ingeniería hidráulica y eléctrico de EDOSPINA”⁷⁰ (Se destaca).*

Así las cosas, la obligación de resultado de EDOSPINA consistió, ni más ni menos, en suministrar e instalar unos equipos para la puesta en marcha de una fuente de agua, suministro e instalación que, como quedó analizado, fue cumplida.

Asunto distinto es determinar cómo pretendían las partes que la fuente, una vez instalados los equipos que la componen, operara, asunto que brilla por su ausencia en el Contrato y que le correspondía precisar con claridad y todo detalle a las partes en desarrollo del deber de regulación.

Así se ha reconocido por la jurisprudencia arbitral:

“Reconociendo que el contrato es un medio, más nunca fin, para la satisfacción de necesidades de muy variada índole y que por ello corresponde a las partes cumplir con responsabilidad las cargas de legalidad, claridad y diligencia o también denominados por la doctrina deberes secundarios o accesorios de comportamiento, en aras de lograr los fines perseguidos con el acuerdo dentro del marco de la función económica y jurídica que cada contrato contiene, es claro que son las propias partes las llamadas a regular en detalle y de manera eficiente el tema de los llamados riesgos, en particular de aquellos que

⁶⁹ Folio 249, Cuaderno de Pruebas N° 1.

⁷⁰ Folios 12 y 13, Cuaderno de Pruebas N° 2.

resultan evidentes e identificables y con mayor veras de esos que encierran un alto porcentaje de realización.

Es ese, entonces, un tema que en principio cae bajo el resorte exclusivo de los contratantes, quienes dentro de una amplia gama de posibilidades pueden regular el asunto de muy abundante manera. [...]”⁷¹ (Se destaca)

Sobre este punto, al ser preguntado el representante legal de EDOSPINA sobre el funcionamiento esperado de las fuentes, manifestó:

*“SR. PLAZAS: **Lo que ocurre aquí es que, en el alcance no está especificado que las fuentes funcionen de A, B, o C**, eso quiere decir que si el tanque tiene un volumen X, usted puede adaptar ese tanque para que las fuentes funcionen de una forma tal que la obra civil lo pueda hacer pero es diferente lo que el cliente en su momento requería, si el cliente desafortunadamente aquí, en la administración anterior básicamente se trataba de llegar a un acuerdo con el cliente y decirle, voy a tratar de cumplir sus expectativas y es un error contractual porque realmente uno debe entregar lo que está, no lo que no está; y, en esencia esa fue la posición cuando yo asumí la gerencia de Edospina y es, pues, mire, realmente si no está, que prendan los 10 chorros, que suba 20 metros, que baje 10, pues no, acomodemos los espectáculos a lo que tenemos como obra civil.*

DR. GUAL: ¿Usted tiene algún documento en el cual dijeron, mire, yo no voy hacer que... funcionen sino voy hacer solamente que el chorro funcione de tres formas y no más, tienen algo así o el contrato inicial fue funcionar los 10 chorros como está diciendo usted?

SR. PLAZAS: No, no, en el contrato no se especifica que los chorros funcionen con una frecuencia,... espectáculos, no existe.

(...)

No hubo una especificación técnica de los equipos, tienen que funcionar con una secuencia determinada, entonces, si se reunían, entiendo que se reunieron en varias ocasiones y básicamente siempre había una expectativa diferente y, los requisitos están planteados en el anexo 4, los requisitos están planteados en el contrato pero no muestra que exista una secuencia en la cual debe funcionar las fuentes”⁷² (Se destaca).

La finalidad de la fuente, tal como lo expone el perito en su dictamen, es la de

⁷¹ Laudo Arbitral de Teleupar S.A. ESP. contra Angelcom de 18 de mayo de 2005.

⁷² Folios 254 y 255, Cuaderno de Pruebas N° 1.

mostrar a los visitantes del Centro Comercial un espectáculo de juego de chorros de agua de diferentes formas, tamaños y colores⁷³.

Sin embargo, nunca se especificó, o al menos ello no fue probado por la Convocante, la duración de ese espectáculo, o la forma en que se haría, esto es, el número de secuencias que debía ejecutar, bien de manera individual, bien de manera simultánea.

Y siendo éste el resultado que esperaba, era una carga de ambas partes haber regulado en el Contrato, de manera íntegra, lo que se estaba contratando.

Ahora, en cuanto al tema del salpique, si bien tampoco nada se acordó al respecto, desde el punto de vista de la lógica y lo razonable, el Tribunal entiende que, dado que la fuente se construyó en un área transitable del Centro Comercial, y que se trató de una fuente que como su nombre lo indica, debía ser “seca”, lo ideal sería que el piso no permaneciera mojado, pues ello genera no sólo una incomodidad sino también un riesgo potencial para los visitantes.

De acuerdo con el dictamen pericial, *“actualmente se presentan algunas deficiencias, principalmente por salpique de los chorros que producen que el área adyacente a las fuentes secas les caiga o escurra agua, siendo necesario, estar evacuándola constantemente con personal de aseo del Centro Comercial, además de tener que generar un aislamiento con cinta, cuando están en funcionamiento las fuentes secas”*⁷⁴

Sin perjuicio de lo anterior, el perito también señaló que las fuentes secas o fuentes transitables *“cuando se encuentran en funcionamiento, generan algún grado de salpique que hace que la superficie perimetral o adyacente a los chorros tenga humedad”*, de lo cual concluye el Tribunal que no podía pensarse ni exigirse al Contratista, que el salpique fuera inexistente en absoluto.

Así mismo, el perito al ser interrogado en audiencia manifestó:

“DRA. BARRIOS: Sí, yo tengo la última.Cuál es la solución para que funcione, es difícil que funcione o se puede poner a funcionar?”

*SR. ARIAS: **No, las fuentes funcionan**, lo que son las dos fuentes circulares funcionan, no tiene ningún problema, el problema dónde viene, es en el grado de empozamiento o estancamiento del agua y con relación al grado de salpique, **esas fuentes naturalmente salpican** y así uno quisiera cambiar toda esa zona del piso donde no hay rejilla por una gran rejilla, ustedes pueden mirar ahí, **hay fuentes que tienen una gran rejilla y el chorro, al caer, también va a***

⁷³ Folio 10, Cuaderno de Pruebas N° 2.

⁷⁴ Folio 22, Cuaderno de Pruebas N° 2.

salpicar, es natural.⁷⁵ (Se destaca).

Por su parte el Ingeniero Alejandro Escandón, contratado por la convocante para controvertir el dictamen practicado dentro del proceso, expuso al ser interrogado en audiencia, lo siguiente:

DR. GUAL: Perdón, cuando la doctora le preguntó sobre la falla usted dijo que el diseño está mal planteado. Qué significa técnicamente para usted que el diseño esté mal planteado, dónde estuvo la falla, porque ahora me dice que el piso no hubiera importado, entonces qué es para usted como diseño estuvo mal planteado?

*SR. ESCANDÓN: No lo digo como diseño técnico como tal, **porque al final como diseño funciona, el chorro sale, el chorro está iluminado, el chorro regresa, los chorros de los jumping jet también salen y regresan, sino me refiero más al concepto de usar este tipo de fuentes en un área interior de un centro comercial donde transita la gente, a eso me refiero.***

DR. GUAL: Diseño mal planteado para usted significa, si le entendí bien, que no se debió hacer eso ahí, es así?

*SR. ESCANDÓN: **Yo considero que ahí ese tipo de fuente no debió hacerse** si el concepto técnico era que por ahí iban a transitar personas y que no se iba a mojar el área.⁷⁶ (Se destaca).*

Concluye el Tribunal, con base en las pruebas obrantes en el expediente, que (i) EDOSPINA suministró e instaló los equipos constitutivos de las fuentes contratadas, y (ii) de acuerdo con la prueba técnica recaudada, dichos equipos funcionan; solo que al parecer el número de secuencias que permite ejecutar la fuente no es satisfactoria para PROCOMSA y el grado de salpique, que por demás es natural en este tipo de fuentes, causa problemas en el área en la que transitan los visitantes del Centro Comercial.

Pues bien, tanto el Ingeniero Luis Alberto Arias Martínez, perito designado por el Tribunal, como el Ingeniero Alejandro Escandón Díaz, perito contratado por la Convocante, coinciden en que el problema surge desde la concepción del proyecto. Para ambos expertos, este tipo de proyectos –fuentes secas– deben ejecutarse en zonas abiertas y amplias, pues es normal que si hay movimiento de chorros de agua se presentarán salpiques y zonas húmedas.

Es importante resaltar lo expuesto en el dictamen presentado por la Convocante en el sentido que:

⁷⁵ Folio 325, Cuaderno de Pruebas N° 1.

⁷⁶ Folios 328 y 329, Cuaderno de Pruebas N° 1.

“(…) es imposible lograr que el punto de caída del chorro se mantenga constante y siempre va a suceder que caerá agua por fuera. Adicionalmente al caer los chorros sobre las rejillas, se produciría siempre salpicadura, que es inevitable que no moje el área circundante.

*Por las razones antes expuestas, pensamos que como solución, este tipo de fuente seca de la forma que se ha planteado, no es una solución para un área con transeúntes en el Centro Comercial dado que el sistema adolece de errores desde su concepción **las fuentes secas nunca funcionarán sin salpicaduras ni empozamientos.**”⁷⁷ (Se destaca).*

Desde la perspectiva de los Ingenieros Civiles, es normal que se presenten salpiques y frente al proyecto en cuestión ambos coinciden en identificar que el problema se presentó desde el inicio del proyecto en su concepción y diseño.

En igual sentido se pronunció el testigo Wilmer Gómez:

“DR. BARRERA: ¿Con un diseño apropiado de las rejillas se hubiera podido evitar el problema?”

*SR. GÓMEZ: **No, con un diseño apropiado de la obra civil y un diseño apropiado al tanque se hubiera evitado el problema;** con un diseño adecuado a la rejilla se mitiga el problema.”⁷⁸*

Pues bien, tanto la concepción del proyecto, como la obra civil –con las desviaciones y los efectos antes analizados– estuvieron a cargo de la Convocante.

En efecto, según lo establecido en el Contrato, los trabajos que debía realizar EDOSPINA debían ejecutarse de acuerdo con los planos e información suministrada por el Contratante (Cláusula Primera). Así mismo, quedó plasmado en el Contrato que el objeto del mismo se adelantaría conforme a los Planos Estructurales expedidos por la firma DISEÑOS Y SISTEMAS LTDA. y a los planos Arquitectónicos elaborados por la firma CONTEXTO URBANO S.A. (Cláusula Decima Segunda).

Entiende el Tribunal que, si los defectos de la fuente nacen, bien desde la concepción del proyecto, bien como consecuencia de las desviaciones de la obra civil, y ni unos ni otros estuvieron a cargo de EDOSPINA, la responsabilidad por las deficiencias presentadas en el funcionamiento de ella, mal podrian endilgarse a la Convocada.

En efecto, EDOSPINA cumplió con el suministro e instalación de equipos de

⁷⁷ Folio 303, Cuaderno de Pruebas N° 1.

⁷⁸ Folio 250, Cuaderno de Pruebas N° 1.

acuerdo con los planos entregados por PROCOMSA, y hasta donde lo dictaminaron los expertos la fuente funciona, por lo que no podría imputarse incumplimiento alguno en este sentido.

(c) Los deberes secundarios de conducta: el deber de información y el deber de colaboración de EDOSPINA.

Si bien hasta el momento no ha encontrado el Tribunal incumplimiento de parte de EDOSPINA, no ocurre lo mismo en cuanto a los deberes secundarios de conducta, sobre los que pasa a pronunciarse este panel arbitral.

Tales deberes, en palabras de autorizada doctrina, militan paralelos a las relaciones obligacionales, y tienen por objeto obtener la realización del interés común perseguido por las partes:

*“Dentro de este contexto, el carácter orgánico de la relación también se manifiesta en que al lado de las relaciones obligacionales en estricto sentido, existen otros deberes jurídicos, que se denominan **“deberes secundarios de conducta”, “deberes colaterales”, “deberes complementarios” o “deberes contiguos”,** tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que **aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud del principio de buena fe. (...):***

(...)

*“Los deberes a los que estamos haciendo alusión, dado que **tienen como finalidad la realización del interés común perseguido por las partes,** son impuestos tanto al acreedor como al deudor de la relación obligatoria, pero es en relación con la actividad de este último, en la que encuentran un mayor desarrollo. **Su carácter secundario o complementario se predica de la ejecución o cumplimiento del deber de prestación,** que, en todo caso, se sigue considerando como la finalidad principal perseguida por las partes.”⁷⁹ (Se destaca)*

Así las cosas, a pesar de que quedó acreditado que fue PROCOMSA quien decidió el tipo de fuente que quería, el lugar donde debía instalarse e incluso el tipo de piso que se usaría en el área de la fuente y sus adyacencias, era deber de EDOSPINA no sólo manifestar a PROCOMSA las implicaciones que tendría instalar la fuente que se le pedía, esto es, que la misma salpicaría, que este tipo de fuentes son propias de exteriores y no de interiores, que según su experiencia se requería una pendiente para el desagüe, etc., sino también la de informarse sobre qué expectativas tenía PROCOMSA con la fuente, para qué la quería, cómo

⁷⁹ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta” en Revista Universitas de 12 de noviembre de 2004.

quería que funcionara, etc. Todo esto a la luz de los deberes secundarios de conducta.⁸⁰

Y en este punto entra entonces a jugar un papel determinante el carácter de profesional que se predica de EDOSPINA.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, profesional es, dicho de una persona, aquel “*que ejerce una profesión*”, o que “*practica habitualmente una actividad, incluso delictiva, de la cual vive*”, o que “*ejerce su profesión con capacidad y aplicación relevante*”.

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal que fue allegado al expediente junto con la demanda⁸¹, EDOSPINA es una sociedad constituida en 1967 –hace 50 años–, dedicada a la “A) FABRICACIÓN, DISTRIBUCIÓN, ALQUILER, ARRENDAMIENTO Y COMERCIALIZACIÓN DE EQUIPOS PARA TRATAMIENTO DE AGUAS Y AFINES, [...], C) LA FABRICACIÓN, COMPRA, VENTA, IMPORTACIÓN, EXPORTACIÓN, ALQUILER, ARRENDAMIENTO Y COMERCIALIZACIÓN DE EQUIPOS PARA PISCINAS, YACUSIS, SPAS, COLUMNAS DE HIDROMASAJES, PARQUES ACUÁTICOS, FUENTES ORNAMENTALES [...] F) LA EJECUCIÓN Y CONTRATACIÓN DE OBRAS CIVILES COMO COMPLEMENTO DE LAS ACTIVIDADES SEÑALADAS EN LOS LITERALES A, B, C, D Y E; [...]”

No le queda duda entonces al Tribunal sobre el carácter de profesional que recae en EDOSPINA, quien durante 50 años se ha dedicado, entre otros, a comercializar equipos para tratamiento de aguas y afines, a fabricar equipos para parques acuáticos y fuentes, y a ejecutar obras civiles relacionadas con tales actividades.

Pues bien, esa profesionalidad le exigía a EDOSPINA, en desarrollo de la buena fe con la que se deben ejecutar los contratos, y los deberes secundarios de conducta que de ella se derivan y que se entienden incorporados a los contratos⁸², informar a PROCOMSA sobre las implicaciones que tendría el montaje de una fuente seca, igualmente conocidas como fuentes transitables o fuentes de suelo, como la solicitada por la Convocante y diseñada por terceros, de las salpicaduras que se podrían presentar, de la necesidad de incluir un desnivel para el desagüe ágil de las aguas, de los riesgos que para los visitantes podría presentar el piso elegido, de la inconveniencia de instalar la fuente en el interior del Centro Comercial, etc.

Tal como lo ha sostenido la jurisprudencia,

“[e]n el campo del derecho privado la responsabilidad del profesional

⁸⁰ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. Op. cit.

⁸¹ Folios 14 a 16, Cuaderno Principal

⁸² SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. Op. cit.

adquiere mayor relevancia en medio de relaciones jurídicas celebradas entre profesionales de su arte u oficio por cuanto se presupone que no hay nadie mejor para conocer los avatares de su propia actividad aquel mismo maestro de su oficio (lex artis); si no los conoce u omite conocerlas se entra en el terreno de la culpa profesional. En fin, “se exige un mayor nivel de cuidado a quien negocia en áreas en las que tiene experiencia o pericia[...] la racionalidad de esta regla es evidente, aquello que es perceptible para un profesional no lo es, necesariamente, para un lego, de ahí que, a ese respecto, se juzgue de manera más severa al primero”⁸³

A pesar de lo anterior, no obra en el expediente prueba alguna que acredite que EDOSPINA haya cumplido con ese deber y, por el contrario, a lo largo del proceso dicha parte confesó haberse limitado a ejecutar la obra que se le contrató, sin hacer comentarios o indagaciones adicionales, como si con ello fuera suficiente para tener por cumplido el contrato.

Así, en el curso de su interrogatorio de parte, el representante legal de EDOSPINA, manifestó:

“No hubo una especificación técnica de los equipos, tienen que funcionar con una secuencia determinada, entonces, si se reunían, entiendo que se reunieron en varias ocasiones y básicamente siempre había una expectativa diferente y, los requisitos están planteados en el anexo 4, los requisitos están planteados en el contrato pero no muestra que exista una secuencia en la cual debe funcionar las fuentes.

DR. GUAL: Y, qué era lo razonable...

SR. PLAZAS: Lo razonable es que funcione como debe a la obra civil, si la obra civil es una obra civil que soporta la cantidad de agua suficiente y necesaria, usted puede prenderlas todas al tiempo, **pero si la obra civil no está dentro de un parámetro para que funcionen todas pues sencillamente usted lo puede acomodar y se puede hacer y sigue siendo fuente, siguen siendo unas fuentes que usted suministró como fuentes.**

DR. GUAL: ¿Pero ustedes informaron eso antes de hacer la obra?

SR. PLAZAS: **Nosotros no, como no está en el contrato nosotros no hicimos ningún acuerdo de secuencia de funcionamiento.**

DR. GUAL: No, no, me refiero a informarles a ellos como contratista de las fuentes, decirles, miren, su fuente puede funcionar así, así, así,

⁸³ Laudo arbitral Cosacol contra Trasnorienté, 18 de junio de 2014.

porque simplemente... no da para más, ¿eso se lo informó?

SR. PLAZAS: No, porque sencillamente nosotros llegamos a montar nuestras fuentes ya cuando la obra civil estaba hecha, y nosotros no somos ni avaladores de obra civil, ni constructores de obra civil, ni diseñadores de obra civil.⁸⁴ (Se destaca).

Si bien en este caso estamos en presencia de un contrato celebrado entre dos profesionales⁸⁵, a la luz de lo cual, algunos autores consideran que el deber de información de cada uno de los contratantes se elimina, o al menos se atenúa⁸⁶, este Tribunal considera que dada la especialidad de EDOSPINA, en cuanto a las fuentes se refiere, y dado el fin propio del deber de información, éste se mantenía en cabeza de EDOSPINA y, por ende, no bastaba con que se limitara a “montar” sus fuentes, sin realizar indagaciones adicionales.

A este respecto, el tratadista Chichilla Imbett, sostiene:

*“Por su parte, el segundo supuesto en el que encuentra razón de ser el deber de información es el robustecimiento del consentimiento, robustecimiento que implica no solo comprender el mecanismo de la operación contractual a celebrar **sino que se extiende hasta la plena comprensión del contenido de los derechos y obligaciones que por tal virtud se adquieren y a la valoración de los riesgos que comporta el contrato.***

La información suministrada de forma clara, oportuna y transparente, determina el consentimiento, a través de la influencia que ejerce sobre el contratante en la toma de la decisión de contratar o no, y en caso de contratar bajo las condiciones que, según la información suministrada, sean favorables y protectoras de los intereses de ambas partes, así mismo en aquella situación en la que haya sido celebrado el contrato se puedan ejecutar las obligaciones teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon la relación contractual en particular respetando los cánones del principio general de la buena fe.⁸⁷

Lo anterior se conjuga con el deber de colaboración, según el cual, cada parte debe asegurarse de que con el contrato, su co-contratante pueda satisfacer sus propias expectativas:

“Como lo señalaba Betti la buena fe impone el deber de observar una

⁸⁴ Folios 254 y 255, Cuaderno de Pruebas N° 1

⁸⁵ Pues Procomosa es constructor también, según se deduce de su certificado de existencia y representación legal

⁸⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. “Tratado de responsabilidad civil”, Tomo I, Segunda Edición, Bogotá, Legis, 2007. Págs. 561 y 563.

⁸⁷ CHINCHILLA IMBETT, Carlos Alberto. “El deber de información contractual y sus límites”, en Revista de Derecho Privado N° 21, Universidad Externado de Colombia, 2011, Pág. 330 a 332.

*conducta leal, lo que se traduce en una actitud de cooperación encaminada a cumplir de modo positivo la expectativa de la otra parte y, en particular, a hacer todo cuanto sea necesario **para asegurar a la otra parte el resultado útil de la prestación***⁸⁸ (Se destaca).

En el caso bajo estudio, EDOSPINA confesó no haber tenido interés alguno en conocer las expectativas de PROCOMSA con la fuente, limitándose a ejecutar el trabajo que se le pidió:

SR. PLAZAS: Nosotros no dejamos como requisito que funcionara así o funcionara así porque finalmente nosotros sabemos que con 5 minutos podíamos tener unas buenas secuencias y con el tanque que estaba, 5 minutos una buena secuencia es un espectáculo de un buen tiempo más tiempo yo creo que no es bueno.

DR. GUAL: Sí, ¿pero eso fue informado?

*SR. PLAZAS: No, no fue informado porque no es un requisito, sencillamente puede ser una expectativa que al final el cliente diga, mira, yo quiero que funcione así, yo quiero que el chorro salte para acá, luego salte para acá, **es una expectativa, sencillamente es una expectativa**, las fuentes como tal ustedes las pueden prender, las fuentes funcionan, funcionan bien y funcionan durante un tiempo prudente que puede ser 5 minutos sin ningún problema.*⁸⁹ (Se destaca).

Esas omisiones a sus deberes de información y de colaboración, a juicio del Tribunal constituyen un incumplimiento contractual atribuible a EDOSPINA.

En conclusión, una vez examinadas las obligaciones a cargo de la Convocada y el grado de cumplimiento o satisfacción que se les dio a las mismas, el Tribunal ha encontrado probado, en lo que se refiere a la obligación principal y esencial del Contrato como lo era el suministro e instalación de los equipos que hiciera que la fuente funcionara dentro de parámetros razonables, que ésta se cumplió; por el contrario, el Tribunal encontró probado, en lo que se refiere al acatamiento a los deberes de información y de colaboración que se desprenden del propio contrato, que éstos fueron incumplidos por EDOSPINA. En razón de lo anterior, el Tribunal acogerá la primera pretensión de la demanda pero sólo en forma parcial y, así se declarará en la parte resolutive de este Laudo.

4.2. Segunda pretensión.

En esta pretensión, la sociedad convocante solicita al Tribunal:

⁸⁸ Tribunal Arbitral de GECSA contra Fiduoccidente de 23 de octubre de 2008.

⁸⁹ Folio 255 vuelto, Cuaderno de Pruebas N° 1

“Como consecuencia de la anterior declaración, se sirva **CONDENAR** a la sociedad **EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN** a pagar a favor de la sociedad **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.** VEINTIOCHO MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (\$28,594,460.90) a título de la sanción por incumplimiento a que se refiere el texto de la Cláusula Vigésima Sexta del Contrato número CCM-026-13 para el Diseño, Suministro e Instalación de Equipos para Fuentes de Agua suscrito con la sociedad **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.** el veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013).

Advierte el Tribunal que en los hechos de la demanda no se hizo referencia alguna al soporte fáctico de esta solicitud; sin embargo, del examen de esta pretensión, advierte también que la suma a que se refiere corresponde al 10% del valor del contrato entre las partes, monto que fue establecido como tope máximo de las multas que podrían imponerse al contratista en caso de retardo en el cumplimiento de la obligación.

En efecto, se acordó en el contrato que PROCOMSA podría imponer multas sucesivas al Contratista, así:

“VIGÉSIMA SEXTA: MULTAS -EL CONTRATANTE podrá imponer multas sucesivas por la mora en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por EL CONTRATISTA de acuerdo con los plazos señalados en el programa para la ejecución de los servicios materia de este Contrato, de la siguiente manera:

Adicionalmente a las sanciones a que se haga merecedor **EL CONTRATISTA** por el incumplimiento de lo establecido en este Contrato, las cuales quedan consignadas en la cláusula **vigésimo Quinta (XXV)** de este Contrato, **EL CONTRATANTE**, aplicará multas del uno por mil (0.1%) del valor total de este contrato, diario y sucesivo hasta cumplir un porcentaje máximo del diez por ciento (10%), por el incumplimiento parcial o total de las obligaciones contraídas, en especial por los siguientes eventos:

1. Por atraso parcial o total en el programa de trabajo que se concilie con la Gerencia e interventoría para la ejecución de las obras del objeto del presente contrato.
2. Por incumplimiento en el programa de utilización de maquinaria y equipos propuesto.
3. Por incumplimiento de sus obligaciones laborales.
4. Por no acatar las directrices impartidas por EL CONTRATANTE, GERENCIA Y/O INTERVENTOR.
5. Por mala calificación en la evaluación general de contratistas a los

ASPECTOS OPERATIVOS Y DE ORGANIZACIÓN (negritas en texto original. Subrayas añadidas).

El Tribunal encuentra que dicha estipulación contiene ciertas imprecisiones, a saber, (i) menciona que aplica en adición a las sanciones por incumplimiento de que trata la Cláusula Vigésimo Quinta del Contrato y (ii) indica que las multas podrán ser aplicadas por “*la mora en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el CONTRATISTA*”, pero a renglón seguido establece que esas multas lo serán por el incumplimiento parcial o total de las obligaciones.

En primer lugar, revisada la Cláusula Vigésimo Quinta referida, se observa que la misma no contiene sanción alguna a cargo del Contratista y, por el contrario, se refiere a las garantías (pólizas) que éste debía otorgar en favor del Contratante.

En segundo lugar, contempla como supuestos de aplicación dos figuras jurídicas distintas, esto es, la mora y el incumplimiento, a las cuales parecería darles un tratamiento idéntico.

Sin perjuicio de lo anterior, pasa el Tribunal a analizar la naturaleza de la sanción por incumplimiento establecida en la Cláusula Vigésima Sexta, en los siguientes términos.

Las penalidades en materia contractual se encuentran reguladas en el Código Civil, bajo el Título XI del Libro Cuarto, denominado “*De las obligaciones con cláusula penal*”⁹⁰, así como, de manera más limitada, en el artículo 867 del Código de Comercio.

Dispone el artículo 1592 del Código Civil que “[l]a cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal.” Y el 867 del Código de Comercio establece que “[c]uando se estipule el pago de una prestación determinada para el caso de incumplimiento, o de mora, se entenderá que las partes no pueden retractarse. Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero la pena no podrá ser superior al monto de aquella.”

De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia nacional, la cláusula penal puede cumplir varias funciones, a saber, (i) ser una estimación anticipada de perjuicios, (ii) servir de garantía y (iii) servir de apremio.⁹¹

Respecto de la función indemnizatoria, sostiene el tratadista José Armando Bonivento Jiménez que “[d]e las distintas funciones que puede cumplir la cláusula penal, dependiendo de los términos específicos en que se haya estipulado, importa

⁹⁰ Artículos 1592 a 1601.

⁹¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de las obligaciones*, Tercera Edición. Ed., Temis, p. 155. (1980)

destacar lo que es de interés directo en ese estudio, vale decir, la función indemnizatoria, que conduce a liberar al acreedor de la carga de probar la existencia y el monto del perjuicio que se reclaman en caso de presentarse el incumplimiento de la obligación principal, pues se presume –de derecho– que acaecido tal suceso condicional –el incumplimiento–, efectivamente se causan perjuicios, y que, en cuanto a su monto, corresponden al valor convenido en la respectiva cláusula penal.”⁹²

Por su parte, la función de garantía, consiste en servir “*de respaldo para el cumplimiento de la obligación principal. Esta función opera en verdad cuando un tercero, distinto del deudor principal, se obliga a pagar la pena en caso que éste no cumpla su obligación*”⁹³

Finalmente, la función de apremio, ha sido definida como “*la «coacción» económica que se ejerce sobre el deudor **para inducirlo a cumplir la prestación.** Se trata de una especie de sanción o multa que se pone en evidencia, sobre todo cuando se pacta que debe pagarse sin perjuicio de que el deudor cumpla la obligación principal o indemnice los perjuicios, lo que significa que dicha multa se adiciona o acumula con los otros conceptos.*”⁹⁴ (Énfasis agregado).

Sobre este mismo punto, sostuvo la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

“La jurisprudencia de esta Sala ha puesto de presente, igualmente, en múltiples decisiones, el temperamento polifacético de la cláusula penal. Así, en sentencia del 6 de marzo de 1961 señaló que «la finalidad de la cláusula penal es afirmar la ejecución de las obligaciones principalmente acordadas y por lo tanto ella no autoriza al deudor para exonerarse del cumplimiento de esas obligaciones». En sentencia de 7 de octubre de 1976 precisó que ella sirve distintas finalidades «tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios». Y en fallo de 7 de junio de 2002 añadió que: «se halla concebida, como pacto constitutivo de una obligación accesoria que, por serlo, accede a otras obligaciones derivadas de un contrato cuyo cumplimiento precisamente garantiza. Y puede cumplir distintas funciones, según sea el designio de las partes que convienen en ella, entre las que se destaca, no solo por su importancia sino por ser pertinente a este caso, la de servir de medio para prefijar la indemnización de perjuicios que deriva del incumplimiento de las obligaciones del contrato respecto del cual se pacta».

⁹² BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. Obligaciones. Primera Ed.. Ed. Legis, p. 336. (2017).

⁹³ SUESCÚN MELO, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo.* Tomo I. Segunda Edición. Ed. Legis, p. 43. (2005).

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 42.

Débase asentar, por consiguiente, a modo de corolario, que en el ordenamiento patrio no puede reducirse la cláusula penal, simplemente, a un pacto antelado de indemnización de perjuicios, habida cuenta que, además de entrañar la sanción de un acto antijurídico, ella cumple otras funciones tales como la de apremiar al deudor y, según algunos, la de caucionar el cumplimiento de lo convenido.”⁹⁵

De la forma como está redactada la Cláusula Vigésima Sexta antes transcrita, esto es, como una sanción diaria y sucesiva hasta completar un diez por ciento (10%) del valor del contrato, para el Tribunal es claro que la estipulación constituye una cláusula penal de apremio, pues su función no fue otra que la de compeler al Contratista a cumplir con ciertas obligaciones específicas, y no tasar anticipadamente los perjuicios que el Contratante pudiera llegar a sufrir como consecuencia del incumplimiento ni caucionar el cumplimiento de lo convenido.

Más aún, las partes expresamente intitularon la cláusula con la expresión “MULTAS”, expresión ésta que ha sido identificada por la jurisprudencia con las cláusulas penales de apremio:

*“De acuerdo con su texto, **las multas pactadas en el contrato cumplen una función de conminación**, de manera que no tienen el propósito de evaluar anticipada y convencionalmente los perjuicios sufridos por la demandante. [...] Así las cosas, **la multa estipulada constituye una especie de coacción económica impuesta al transportador para que se allane a cumplir cabal y oportunamente las obligaciones a su cargo, por lo cual debe entenderse que estamos ante lo que la doctrina ha denominado una cláusula penal de apremio**, más no, se reitera, destinada a la previa estimación de perjuicios derivados de la inejecución total del contrato por el transportista que fue el punto debatido en el proceso a iniciativa de Bavaria S.A.”⁹⁶ (Se destaca).*

Ahora bien, en relación con la procedencia o la oportunidad para la imposición de las multas, o cláusulas penales de apremio, ha sido entendido que ellas sólo proceden durante la vigencia del contrato. Esto por cuanto, se insiste, siendo su función la de conminar al contratante a satisfacer la prestación incumplida, ningún sentido tiene imponerlas una vez terminado el contrato, cuando ya le resulta imposible cumplir y, por ende, resulta innecesaria e inoportuna la conminación:

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, expediente 6800131030012001038901.

⁹⁶ Laudo Arbitral de Bavaria S.A. contra la Cooperativa de Transportadores del Oriente Antioqueño Cootransorán Ltda. y Aseguradora Grancolombiana S.E. (E.I.)

*“También es del caso señalar que **habiendo terminado prematuramente el contrato, la función de apremio que estaba llamada a cumplir la pena no tendrá un efecto práctico, pues, como se anotó, con ella se busca compeler económicamente al deudor para que cumpla bien y oportunamente las obligaciones a su cargo, lo que ya no se podrá lograr en nuestra hipótesis, por lo menos en lo relativo a las prestaciones distintas a las de entregar dinero**”⁹⁷ (se destaca).*

Este asunto ha sido ampliamente desarrollado por las altas Cortes, en especial por el Consejo de Estado, quien, en repetidas oportunidades, refiriéndose a las multas, ha sostenido que su imposición debe hacerse durante la vigencia del contrato:

*“La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual. Por consiguiente, **la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista. Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo**”⁹⁸ (énfasis añadido).*

Descendiendo al caso que nos ocupa, consta en el expediente que el término de duración del Contrato materia de este proceso, según fue modificado en varias oportunidades, venció el 23 de diciembre de 2014.

Sin embargo, no obra en el expediente documento ni prueba alguna que acredite que, durante su ejecución, el Contratante haya impuesto a EDOSPINA, o tan siquiera le haya informado de su intención de imponer las multas de que trata la Cláusula Vigésimo Sexta, en razón de los incumplimientos en ella

⁹⁷ Laudo Arbitral de la Compañía Central de Seguros S.A. y la Compañía Central de Seguros de Vida S.A. contra Maalula Ltda.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 10 de septiembre de 2014. C.P. Jaime Orlando Santofimio. Radicación N° 68001-23-15-000-1994-098263-01 (28875).

mencionada.

Así las cosas, independientemente de que los supuestos bajo los cuales podían imponerse las multas correspondieran a incumplimientos del Contratista, o a su mora, que se insiste, son figuras jurídicas distintas, lo cierto es que no se acreditó que las mismas hubieran sido impuestas durante la ejecución del Contrato, y que resulta inviable solicitar su aplicación, por parte del Tribunal, en este momento.

Corolario de lo anterior, es que el Tribunal no accederá a la pretensión segunda de la demanda.

4.3. Tercera pretensión:

En esta pretensión, la sociedad convocante solicita al Tribunal:

*“Como consecuencia de la primera declaración, se sirva DECLARAR la resolución del Contrato número CCM-026-13 para el Diseño, Suministro e Instalación de Equipos para Fuentes de Agua suscrito entre las sociedades **EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN Y PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.** el veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013)”.*

Como se puede apreciar, PROCOMSA pretende, que en caso de que prospere la primera pretensión referida al incumplimiento del contrato, se declare, además, y consecuentemente, la resolución del mismo.

Tal como se analizó al estudiar la pretensión primera, para el Tribunal quedó probado que EDOSPINA incumplió sus deberes secundarios de conducta y, en consecuencia, el Contrato en forma parcial, al no haber informado a PROCOMSA sobre los inconvenientes que podría presentar la fuente seca, transitable o de suelo cuya instalación se le solicitó y al no haberse informado sobre las expectativas que PROCOMSA tenía con la misma.

Valga reiterar, en la medida que la obligación principal y esencial del contrato como fue el suministro e instalación de los equipos que hiciera que la fuente funcionara dentro de parámetros razonables, se cumplió, más no así la obligación accesoria de resultado, como lo es la de información, el Tribunal resolvió acoger parcialmente la primera pretensión de la demanda, sin embargo, ello no tiene la entidad suficiente para motivar la resolución del Contrato, máxime cuando el mismo se encuentra ejecutado.

En efecto, ha sostenido la jurisprudencia nacional que no todo incumplimiento tiene el carácter de resolutorio, o en palabras más sencillas, no cualquier incumplimiento justifica la terminación de un contrato.

El incumplimiento resolutorio ha sido definido por la Corte Suprema de Justicia⁹⁹ como aquel “[D]e tales características que puede dar lugar a que se adopte una solución del mencionado temperamento o rigor. Por lo anterior, cuando se alude al señalado requisito se lo denomina como incumplimiento resolutorio¹⁰⁰, por cuanto no toda separación del programa obligacional por parte del deudor habilita a su contraparte para ejercer la mencionada facultad enderezada a que se decrete la extinción del contrato.”

En este caso ha quedado probado que la fuente seca, transitable o de suelo cuyo suministro se contrató funciona, si bien con algunas deficiencias, éstas se encuentran dentro de los límites normales del tipo de fuente contratada.

Adicionalmente, tampoco puede pasar por alto el Tribunal que EDOSPINA adquirió para PROCOMSA la totalidad de los equipos a que se obligó y realizó la instalación mecánica, hidráulica y eléctrica de los mismos en las instalaciones del Centro Comercial al cual estaban destinados.

En este punto reitera el Tribunal que si bien en el Contrato se señaló que éste era de resultado, en la demanda arbitral no se precisó cuál era entonces ese resultado esperado por PROCOMSA que supuestamente no pudo satisfacer EDOSPINA, como pudo ser que los equipos ofrecidos difirieran de los instalados, que su calidad fuera precaria y por ello no cumplieran la función deseada, que no se hubiera cumplido con la la instalación mecánica, hidráulica y eléctrica, que la fuente definitivamente no funcionara o que lo hiciera en forma deficiente, que los chorros de agua no se proyectaran con presión suficiente para llegar a las rejillas o, por el contrario, que las sobrepasaran, que lo uno y lo otro generaran salpiques, que el volumen y características de los salpiques superaran los esperados técnicamente, que no se produjera el desagüe o que la velocidad de evacuación o retorno del agua al tanque de almacenamiento no fuera la requerida para conservar éste en niveles tales que garantizaran que las motobombas mantuvieran la presión suficiente durante toda la duración del espectáculo; en fin, si lo que se pretendía era derivar una serie de consecuencias del incumplimiento, la parte actora debió precisar en detalle en qué consistió el mismo para que la sociedad convocada pudiera ejercer su derecho de contradicción y defensa, frente a un evento en particular o a muchos eventos que pudieran constituir un incumplimiento total o parcial de las obligaciones contractuales, pero que sobretodo le permitiera al Tribunal verificar su existencia en concreto, el grado de responsabilidad y las posibles implicaciones legales derivadas de ello.

⁹⁹ C. S. de J., Sala de Casación Civil. 18 de diciembre de 2009. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

¹⁰⁰ Díez Picazo, Luis. Los incumplimientos resolutorios. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2005. Clemente Meoro, Mario E. La facultad de resolver los contratos por incumplimiento. Tirant lo blanch. Valencia, 1998. Págs. 237 y ss. Ibáñez, Carlos Miguel. Resolución por incumplimiento. Astrea. Buenos Aires, 2006. Págs. 176 y ss. Dell’Aquila, Enrico. La resolución del contrato bilateral por incumplimiento. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 1981. Págs. 170 y ss, citado en la sentencia de que trata la nota de pie anterior

Así las cosas, y de asumir que el incumplimiento que se endilga al Contratista obedeciera sólo a la presencia de salpiques, pues en ello se centró la controversia al final del proceso, no habiéndose determinado por las partes el grado de salpique que sería tolerable, ni definidas previamente las secuencias que debía atender la fuente, ni la forma de las mismas, esto es, sucesivas, alternas, simultáneas, mal podría hablarse de un incumplimiento de tal entidad que autorizara a PROCOMSA a dar por resuelto el Contrato, según fue solicitado, máxime cuando, como quedó probado, las deficiencias de la fuente se originaron en su concepción y no en su instalación.

Lo que sí hubiera sido procedente, ante el incumplimiento de EDOSPINA, en cambio, si así se le hubiera pedido al Tribunal, sería la indemnización de los perjuicios que con sus omisiones le causó a PROCOMSA. Sin embargo, ello no sólo no fue solicitado en la demanda, sino que a lo largo del proceso tampoco se acreditó la cuantía a la que habría ascendido dicho perjuicio.

Así las cosas, como el único incumplimiento que ha encontrado probado el Tribunal se refiere a la desatención por EDOSPINA del deber de información con el que le correspondía actuar como profesional frente a su cocontratante y éste, por más que constituya un incumplimiento parcial del contrato, no tiene el impacto y entidad jurídica suficiente para llevar a la declaratoria de extinción del vínculo contractual entre las partes, habrá de denegarse la pretensión en estudio.

4.4. Cuarta pretensión:

En esta pretensión, la sociedad convocante solicita al Tribunal:

*“Como consecuencia de la anterior declaración, se sirva ORDENAR a la sociedad **EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN** a restituir la totalidad de los dineros que recibió de la sociedad **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.** con ocasión del Contrato número CCM-026-13 para el Diseño, Suministro e Instalación de Equipos para Fuentes de Agua suscrito las partes el veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013)”.*

En la medida en que esta pretensión es consecencial de la tercera pretensión, a la cual no accederá el Tribunal, por las mismas razones ya expuestas en el capítulo anterior ésta también habrá de ser denegada.

En efecto, mal podría el Tribunal ordenar la restitución de unos dineros pagados en desarrollo del Contrato que, como se verificó, EDOSPINA utilizó en la compra e instalación de la totalidad de los equipos a que se obligó, cuando la resolución del contrato no procede.

4.5. Quinta pretensión:

En esta pretensión, la sociedad convocante solicita al Tribunal:

*“Como consecuencia de la declaración de resolución, se sirva CONDENAR a la sociedad **EDOSPINA S.A.S. - EN REORGANIZACIÓN** a pagar a favor de la sociedad **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.**, intereses comerciales de mora a la tasa máxima permitida por la Ley, liquidados sobre los valores recibidos de manos de mi mandante con ocasión del Contrato número CCM-026-13 para el Diseño, Suministro e Instalación de Equipos para Fuentes de Agua suscrito entre las partes el veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013), a partir de la fecha en que se realizaron cada uno de los desembolsos y hasta el día en que se produzca el pago efectivo”.*

No habiendo lugar a resolver el Contrato ni, por ende, a ordenar restituciones mutuas, tampoco podrá accederse a esta pretensión, que tiene por objeto se condene a la convocada al pago de unos intereses de mora sobre una suma que no será reconocida en favor de la Convocante.

5. Los argumentos de defensa de la parte convocada.

Como se expuso anteriormente, la Convocada no formuló excepciones de mérito, sino que se limitó a indicar que, por encontrarse en un trámite de restructuración empresarial, el pago de cualquier suma a la que llegare a ser condenada, tendría que someterse a las reglas propias de dicho trámite.

En la medida en que a ningún pago será condenada la Convocada, ninguna relevancia tiene en este trámite la situación a la que se encuentra sometida EDOSPINA.

6. De la aplicación de los efectos contemplados en el artículo 206 del Código General del Proceso

El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014 y concordante con el numeral 7 del artículo 82 del Estatuto Procesal, establece:

“Artículo 206. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud

que se le atribuya a la estimación.

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

(...)

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

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

(...)

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

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

Como se puede apreciar, cuando con la demanda se pretenda el reconocimiento y pago de “una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras”, deberá realizarse en aquella una estimación razonada de la indemnización pretendida, tal y como se presentó en el escrito de subsanación de la demanda. Dicha valoración constituirá el máximo valor que podría reconocer el Tribunal en el Laudo, salvo que tal estimación fuera objetada por la parte contraria.

En la contestación de la demanda, el apoderado de la Convocada se limitó a señalar respecto de la estimación que ésta “No procede”, sin dar ninguna explicación sobre tal manifestación, razón por la cual, para el Tribunal esta afirmación no reúne los requisitos de una verdadera objeción, en los términos del artículo 206 del C.G.P. y, por ello, en principio, si alguna condena se hubiera proferido en favor de la Convocante, se hubiera tenido en cuenta la suma

estimada bajo juramento como el monto máximo de ésta.

Además de lo anterior, el Legislador ha previsto la posibilidad sancionar al demandante en caso de que incurra en inexactitudes en la estimación de los perjuicios en un monto que exceda el 50% del monto probado; en este caso se le podría condenar al pago de una sanción equivalente al 10% de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada; así mismo, en caso de falta de prueba de los perjuicios, se podrá imponer una sanción del 5% del valor pretendido en la demanda.

En el caso bajo análisis, encuentra el Tribunal que la no prosperidad de las pretensiones de la Convocante que se refieren al reconocimiento de sumas de dinero no obedece a la falta de prueba del perjuicio, sino a la inexistencia de un incumplimiento de tal entidad que pudiera abrirle paso a su reconocimiento, en el caso de la restitución de los dineros pagados (pretensión 4.4) y la improcedencia de las multas en este momento procesal (pretensión 4.2.).

Así las cosas, además de que la Convocante, en estricto sentido, no solicitó perjuicio alguno, más allá de la referida cláusula de multas, no se encuentran configurados los requisitos para la imposición de las sanciones antes mencionadas.

7. Costas

En la pretensión Sexta de la demanda, la sociedad convocante solicita al Tribunal condenar en costas a su contraparte.

El tema de la condena en costas está regulado por el artículo 365 del Código General del Proceso que, en lo pertinente para este trámite arbitral, dispone:

*“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, (...).
(...).*

*“2. La condena se hará en sentencia (...).
(...).*

“5. 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. (Se subraya).

(...).

“8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...).”

Según se analizó en capítulos anteriores de este Laudo, el Tribunal acogerá parcialmente la pretensión declarativa de la demanda de PROCOMSA, pero

ninguna de las pretensiones consecuenciales, al tiempo que además de que no se propusieron excepciones de mérito, no se han tenido en cuenta las denominadas “*Consideraciones sobre el régimen especial de la Ley 1116*” propuestas como mecanismo de defensa por EDOSPINA.

En consideración a lo anterior y con fundamento en lo establecido en el numeral 5 del artículo 365 del C.G. del P., el Tribunal no impondrá condena en costas a ninguna de las partes.

III.- DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir en derecho las controversias patrimoniales suscitadas entre las sociedades **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.**, de una parte, y **EDOSPINA S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, de la otra, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero: Declarar que la sociedad **EDOSPINA S.A.S. – EN REORGANIZACIÓN** incumplió parcialmente el Contrato número CCM-026-13 para el Diseño, Suministro e Instalación de Equipos para Fuentes de Agua suscrito con la sociedad **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.** el veintiocho (28) de agosto de dos mil trece (2013), por las razones y con base en las consideraciones de que trata la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, denegar las demás pretensiones de la demanda.

Tercero: Con base en las consideraciones expuestas a lo largo de esta providencia, denegar los argumentos de defensa esgrimidos por **EDOSPINA S.A.S. – EN REORGANIZACIÓN** en su escrito de contestación de la demanda.

Cuarto: Abstenerse de imponer sanción alguna a **PROMOTORA COMERCIAL DE LA SABANA S.A.S. - PROCOMSA S.A.S.**, derivada del juramento estimatorio efectuado en la demanda, con base en las consideraciones de la parte motiva de esta providencia.

Quinto: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia abstenerse de condenar en costas a las partes.

Sexto: Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo con las constancias de ley para cada una de las partes, y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Séptimo: Disponer que, en su oportunidad, se devuelva, para su archivo, el expediente contentivo de este proceso arbitral al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Notifíquese y Cúmplase.

JOSÉ MANUEL GUAL ACOSTA
Presidente

LAURA BARRIOS MORALES
Árbitro

CAROLINA POSADA ISAACS
Árbitro

P. ORLANDO GARAVITO VALENCIA
Secretario Tribunal

Tabla de Contenido

I. ANTECEDENTES	1
1. El contrato origen de las controversias.....	1
2. El Pacto Arbitral.....	2
3. Partes procesales	2
4. Trámite procesal	3
5. Términos del proceso	5
6. Presupuestos procesales	6
7. Pretensiones	7
8. Los hechos planteados en la demanda	8
9. Argumentos de defensa	10
10. Pruebas decretadas y practicadas	10
11. Alegatos de conclusión	13
II.- CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	13
1. Sobre la competencia del Tribunal.	13
2. Síntesis de la controversia.	14
3. El Contrato origen de las controversias y la regulación aplicable.	14
4. Análisis de cada una de las pretensiones de la demanda	20
4.1. Primera pretensión.....	20
4.1.1. Fundamentos fácticos:.....	20
4.1.2. Marco Contractual	22
4.1.3. Análisis probatorio.	26
4.2. Segunda pretensión.	42
4.3. Tercera pretensión:	48
4.4. Cuarta pretensión:	50
4.5. Quinta pretensión:	51
5. Los argumentos de defensa de la parte convocada.	51
6. De la aplicación de los efectos contemplados en el artículo 206 del Código General del Proceso.....	51
7. Costas	53
III.- DECISIÓN	54