

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

LAUDO ARBITRAL

ASOINCON S.A.S.

Vs

GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A.S.

Radicación: 15666

10 de junio de 2019
Bogotá D.C., Colombia

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C. 10 de junio de 2019

Surtida como se encuentra la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal Arbitral profiere en derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre Asoincon S.A.S. por una parte y Grupo Empresarial OIKOS S.A.S. por la otra, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO

Asoincon S.A.S por una parte y Grupo Empresarial OIKOS S.A.S. por la otra., suscribieron 5 contratos de Obra Civil identificados así:

1. Contrato Civil de Obra No. 180322, denominado "*Mano de Obra e Instalación de Redes Generales de Acueducto y Red Contra Incendio*"A
2. Contrato Civil de Obra No. 180283, denominado "*Instalación de Alcantarillado Sanitario y Aguas Lluvias*".
3. Contrato Civil de Obra No. 180273, denominado "*Instalación de Alcantarillado y Aguas Lluvias (2)*"
4. Contrato Civil de Obra No. 180187, denominado "*Movimiento de Tierras e Instalación de Geotextil*"
5. Contrato Civil de Obra No. 180382, denominado "*Instalación de Tubería Eléctrica Redes Generales*"

2. LAS PARTES

2.1. La convocante

La parte convocante en el presente trámite arbitral (en adelante "la convocante" o ASOINCON), es la sociedad **ASOINCON S.A.S.** sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Barranquilla y con N.I.T: 800.216.198-1.

2.2. La convocada

La parte Convocada en el presente trámite arbitral (en adelante “la convocada” o OIKOS) es la sociedad **GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A.S.**, sociedad comercial legalmente constituida, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. y con Nit 860074389-7

Para efectos de este Laudo la convocante y convocada se denominarán conjuntamente como las “Partes”.

3. El Pacto Arbitral

El presente proceso tiene como fundamento el pacto arbitral contenido en la Cláusula Décima Primera de los “Contratos Civiles de Obra No.180322, No.180273, No.180187, y No. 180382” que expresamente dispone.

“Cláusula Décima Primera – Cláusula Compromisoria: Toda diferencia que surja entre las partes por la interpretación del presente contrato, su ejecución, cumplimiento, terminación o las consecuencias futuras del mismo, no pudiendo arreglarse entre ellas, será resuelto por un Tribunal de Arbitramento cuyo domicilio será la ciudad de Bogotá, integrado por tres (3) árbitros que serán designados conjuntamente por las partes dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al envío de la comunicación por correo certificado que una de ellas le haga llegar a la otra solicitando la conformación del Tribunal; en caso de desacuerdo o falta de respuesta de la parte requerida la otra parte podrá solicitar la designación del árbitro a la Cámara de Comercio de la ciudad de Bogotá D.C., y el laudo deberá proferirse en derecho, dentro de un término no mayor a noventa (90) días a partir de la primera audiencia de trámite, sujetándose en un todo a la legislación vigente sobre arbitramento.”

4. Trámite del Proceso

Las siguientes fueron las actuaciones adelantadas durante el proceso arbitral:

- 4.1. **La convocatoria del Tribunal Arbitral:** El 7 de mayo de 2018, la convocante Asoincon S.A.S., a través de apoderado judicial, formuló demanda arbitral en contra de Grupo

Empresarial OIKOS S.A.S., ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. (en adelante, la "Demanda").

- 4.2. **Designación de los árbitros:** De conformidad con el pacto arbitral invocado, los árbitros LAURA MARCELA RUEDA ORDÓÑEZ Y LEONARDO CHARRY URIBE, fueron designados de común acuerdo por las partes y el tercer árbitro, doctor ANDRÉS ALBERTO GUZMÁN CABALLERO, fue designado mediante sorteo público de árbitros, realizado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, el 29 de mayo de 2018, árbitros que encontrándose dentro del término de ley, manifestaron sus aceptaciones a las designaciones.
- 4.3. **Instalación:** Previas las correspondientes citaciones por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá a los árbitros y a las partes, el día veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018) se llevó a cabo la audiencia de instalación, de lo cual da fe el Acta N° 1. En esta misma Acta y Audiencia se nombró como secretaria del Tribunal a la Doctora María Isabel Paz Nates y se inadmitió la demanda presentada.
- 4.4. **Admisión de la demanda y Contestaciones a la demanda:** Dentro del término concedido por el Tribunal arbitral, el apoderado de la parte convocante, subsanó la demanda y la misma fue admitida por Auto N° 3 de 13 de septiembre de 2018, notificado a la parte convocada el 8 de octubre de 2018.

La sociedad convocada, a través de su apoderado judicial, contestó oportunamente la demanda el siete (7) de noviembre de 2018, escrito del cual se dio traslado a la parte convocante por Auto N° 4 de 27 de noviembre de 2018, quien se pronunció sobre las excepciones propuestas y de la objeción al juramento estimatorio, mediante escrito fechado tres (3) de diciembre de 2018.

El seis (6) de diciembre de 2018 se surtió la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, sin que las partes llegaran a un acuerdo.

Encontrándose dentro del término de ley, ambas partes pagaron los honorarios fijados a su cargo.

- 4.5. **Primera audiencia de trámite:** El veinticinco (25) de enero de 2019 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite en la que el Tribunal se declaró competente para conocer de las pretensiones formuladas en la demanda y en la demanda de reconvencción, decisión que quedó en firme sin recurso, razón por la cual el Tribunal procedió con el decreto de pruebas.

II. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

1. Las pretensiones

1.1. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

En su Demanda, Asoincon S.A.S, formuló ante el Tribunal las siguientes pretensiones:

"I. DECLARACIONES Y CONDENAS

PRIMERO: Que se declare la existencia de los siguientes contratos:

- a) *Contratos de Obra No. 180322 denominado mano de obra e instalación de redes generales de acueducto y red contra incendio, el cual tuvo un precio de ochenta y ocho millones quinientos veintinueve mil quinientos trece pesos con veinticuatro centavos (\$ 88.529.513.24);*
- b) *Contrato Civil de obra No. 180283 denominado instalación de alcantarillado sanitario y aguas lluvias por valor de trescientos ocho millones seiscientos sesenta y mil quinientos sesenta y un pesos con cincuenta y un centavos (\$308.661.561.51);*
- c) *Contrato Civil de obra No. 180273, denominado instalación de alcantarillado y aguas lluvias (2) por valor de trescientos ocho millones seiscientos sesenta y mil quinientos sesenta y un pesos con cincuenta y un centavos (\$308.661.561.51);*

d) *Contrato Civil de obra No. 180187 denominado movimiento de tierras e instalación de geotextil por valor de novecientos dos millones setecientos unos mil novecientos ochenta y seis pesos moneda legal (\$902.701.986) y,*

e) *Contrato Civil de obra No. 180382 denominado instalación de tubería eléctrica redes generales por valor de ciento trece millones ciento sesenta y ocho mil cuatrocientos setenta y nueve pesos con cincuenta y siete centavos (\$113.168.479.57)*

*Todos suscritos entre **ASOINCON S.A.** y **GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A.S.**, representada legalmente por el señor Gabriel Díaz Ardila, o quien haga sus veces al momento de notificación, quienes pueden ser notificados en la carrera 16 A No. 78 – 55 Piso 6, correo electrónico de notificaciones judiciales: Dir.contabilidad@OIKOS.com.co, en la ciudad de Bogotá, D.C.*

SEGUNDO: *Que se condene a **GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A.S.**, a pagar la suma de **SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS MIL OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$69.600.089)** por concepto de retegarantías a la cuales está obligado devolver por terminación de los contratos No. 180322 denominado, mano de obra e instalación de redes generales de acueducto y red contra incendio, el cual tuvo un precio de ochenta y ocho millones quinientos veintinueve mil quinientos trece pesos con veinticuatro centavos (\$ 88.529.513.24); civil de obra No. 180283 denominado instalación de alcantarillado sanitario y aguas lluvias por valor de trescientos ocho millones seiscientos sesenta y mil quinientos sesenta y un pesos con cincuenta y un centavos (\$308.661.561.51); civil de obra No. 180273, denominado instalación de alcantarillado y aguas lluvias (2) por valor de trescientos ocho millones seiscientos sesenta y mil quinientos sesenta y un pesos con cincuenta y un centavos (\$308.661.561.51); civil de obra No. 180187 denominado movimiento de tierras e instalación de geotextil por valor de novecientos dos millones setecientos un mil novecientos ochenta y seis pesos moneda legal (\$902.701.986) y civil de obra No. 180382 denominado instalación de tubería eléctrica redes generales por valor de ciento trece millones ciento sesenta y ocho mil cuatrocientos setenta y nueve pesos con cincuenta y siete centavos (\$113.168.479.57).*

TERCERO: Que, de la suma final a indemnizar se condene a GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A.S a pagar a favor de mi cliente, los intereses moratorios.

CUARTO: Que se condene a GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A.S. a pagar a favor de mi representado las costas y agencias en derecho.”

2. Los hechos de la demanda

Los hechos que soportan las pretensiones formuladas por la parte convocante están relacionados y debidamente clasificados en el texto del escrito de demanda, que obra a folios 4 a 9 del Cuaderno Principal 1.

3. EXCEPCIONES PROPUESTAS

3.1. EXCEPCIONES PROPUESTAS CON LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En la Contestación a la demanda, Grupo Empresarial OIKOS aceptó algunos de los hechos, se opuso a otros e hizo aclaraciones en algunos. En cuanto a las pretensiones formuladas por la Demandante se opuso de manera expresa a todas, formulando las siguientes excepciones de mérito:

- a. Compensación como modo de extinguir obligaciones recíprocas.
- b. Excepción susceptible de declaración oficiosa.

III. ACTUACIÓN PROBATORIA

Durante el trámite arbitral se practicaron las siguientes pruebas

Pruebas decretadas y practicadas a solicitud de parte:

A. Documentales

a) Por la parte convocante:

- a. Se ordenó tener como pruebas, con el valor correspondiente, los documentos aportados por la parte convocante en la demanda (Folio 10 a 12 del Cuaderno Principal No. 1) y aquellos aportados con el escrito con el que se pronunció sobre la contestación de la demanda (Folio 162 a 163 del Cuaderno Principal No. 1).

b) Por la parte convocada:

Se ordenó tener como pruebas, con el valor correspondiente, los documentos referidos y aportados por la parte convocada con la contestación de la demanda (Folios 139 y 140 del Cuaderno Principal No. 1)

E. Interrogatorios de parte.

Por solicitud de las partes fueron decretados los siguientes interrogatorios

Parte solicitante	Interrogado	Fecha de práctica	Estado
Convocante	Representante legal del GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A.S	14 de febrero de 2019	Practicado
Convocada	Representante legal de la sociedad ASOINCON S.A.S.	14 de febrero de 2019	Practicado

D. Testimonios

Por solicitud de las partes fueron decretados los siguientes testimonios

Parte solicitante	Interrogado	Fecha de práctica	Estado
Convocante	Iván Rafael Herrera Arrieta.	8 de marzo de 2019	Desistido
Convocante	Germán Orlando Alférez Rubio	8 de marzo de 2019	Practicado
Convocado	Yovanny Tavares Henao	26 de marzo de 2019	Practicado
Convocado	Jhon Jairo Beltrán Cruz	8 de marzo de 2019	Practicado
Convocado	Milton Sandoval	26 de marzo de 2019	Practicado

IV. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LAS PARTES

Las partes, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista en el art. 33 de la ley 1563 de 2012, acudieron a la audiencia realizada para el efecto el 23 de abril de 2019. En ella hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones finales acerca de los argumentos de prueba obrantes en los autos y aportaron resúmenes escritos.

V. TÉRMINO PARA FALLAR

De conformidad con la cláusula compromisoria pactada por las partes, el término de duración del presente trámite es de noventa (90) días contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que deberá proferirse y notificarse incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición.

En el presente caso, la primera audiencia de trámite tuvo lugar el veinticinco (25) de enero de dos mil diecinueve (2019), por lo que en principio, el plazo para proferir el laudo y la providencia que aclare, corrija o adicione el mismo vencía originalmente el 25 de abril de 2019 no obstante, el proceso estuvo suspendido por solicitud conjunta de las partes así:

1. Entre el 14 y el 25 de marzo de 2019, ambas fechas inclusive. (12 días comunes).
2. Entre el 27 de marzo y el 22 de abril de 2019, ambas fechas inclusive (27 días comunes)
3. Entre el 24 de abril y el 9 de junio de 2019, ambas fechas inclusive (47 días comunes).

Teniendo en cuenta las suspensiones indicadas, el término del presente Tribunal se extiende hasta el 20 de julio de 2019.

VI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

De acuerdo con lo que ha quedado expuesto, la relación procesal existente en el presente caso se ha ajustado a los preceptos normativos pertinentes y a lo largo del desenvolvimiento de este trámite arbitral, no se vislumbra la estructuración de ningún defecto que enerve alguna causal que deje sin efecto todo lo actuado. En este sentido, los presupuestos procesales sobre demanda en forma, competencia y capacidad de las partes se encuentran plenamente cumplidos, razón por la cual se analizará y resolverá el fondo del asunto.

1. LA CONTROVERSIA A RESOLVER

De las pretensiones planteadas en la demanda y de las excepciones de mérito propuestas en la contestación de ésta, el Tribunal deduce que la controversia se concreta en determinar si ASOINCON tiene derecho a la devolución por parte de OIKOS de la suma que fue retenida por concepto de retegarantía con ocasión de los cinco contratos celebrados entre las partes, y/o si en el presente asunto operó el fenómeno de la compensación de obligaciones entre OIKOS y ASOINCON.

2. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

La Demandante propone cuatro pretensiones principales, siendo la última la condena en costas, por lo que el Tribunal se pronunciará sobre cada una de ellas en su orden.

2.1. La Primera Pretensión de la Demanda. Existencia de los Contratos.

El objeto de la controversia lo constituyen cinco contratos de obra celebrados entre las partes para un complejo de bodegas proyecto denominado "CENTRO EMPRESARIAL OIKOS MALAMBO" en el Departamento del Atlántico, entre los años 2014 y 2015.

Solicita la Demandante que se declare la existencia de los contratos de obra celebrados entre ASOINCON y el GRUPO EMPRESARIAL OIKOS y adjunta como pruebas documentales, los cinco contratos así¹:

- Contrato Civil de Obra No. 180283, celebrado el día 21 de octubre de 2014, tiene como objeto: *"INSTALACION DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y AGUAS LLUVIA"*. Con duración de 45 días y un valor de \$308.661.561,51
- Contrato Civil de Obra No. 180273, celebrado el día 21 de octubre de 2014, tiene como objeto: *"INSTALACION DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y AGUAS LLUVIA"*. Con duración de 45 días y un valor de \$308.661.561,51
- Contrato Civil de Obra No. 180187, celebrado el día 15 de agosto de 2014 su objeto es: *"MOVIMIENTO DE TIERRAS E INSTALACION DE GEOTEXTIL"*. Con duración inicial de 3 meses y un valor inicial de \$902.701.986,50
- Contrato Civil de Obra No. 180322, celebrado el día 12 de febrero de 2015, cuyo objeto es: *"MANO DE OBRA INSTALACION REDES GENERALES DE ACUEDUCTO Y RED CONTRA INCENDIO"*. Con duración inicial de 30 días y un valor de \$88.529.513.
- *Contrato Civil de Obra No. 180382, celebrado el día 12 de febrero de 2015, cuyo objeto es: INSTALACION TUBERÍA ELÉCTRICA REDES GENERALES"*. Con una duración inicial de 45 días y un valor inicial de \$113.168.749,57.

Por su parte la Demandada, al contestar la demanda acepta la existencia de los contratos pues de manera expresa señala: *"Mi mandante no se opone a esta*

¹ Folios 1 al 111 del Cuaderno de Pruebas del Expediente.

declaración de existencia de los cinco contratos allí indicados, pues efectivamente dichos contratos existieron”.

Adicionalmente al responder el hecho primero de la demanda dice: *“Es cierto, entre convocante y convocada, se celebraron los contratos indicados en este hecho, más sin embargo mi mandante se atiene al tenor literal de los mismos y no a las transcripciones parciales e incompletas que se hacen en este hecho”.*

De lo anterior claramente se colige que además de estar demostrado, no está es discusión dentro del presente proceso la existencia de los contratos celebrados entre las partes en controversia, razón suficiente para que el Tribunal declare probada la primera pretensión de la demanda.

2.2. La Segunda Pretensión de la Demanda. La Retegarantía y su Respectiva Excepción de Compensación.

Esta pretensión se constituye en el fondo de la controversia, pues las dos restantes son consecuenciales de la misma.

2.2.1. Posición de la Demandante

El apoderado de ASOINCON en su pretensión segunda solicita:

“Que se condene a GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A.S., a pagar la suma de SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS MIL OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$69.600.089) por concepto de retegarantías a las cuales está obligado devolver por terminación de los contratos No. 180322 denominado, mano de obra e instalación de redes generales de acueducto y red contra incendio, el cual tuvo un precio de ochenta y ocho millones quinientos veintinueve mil quinientos trece pesos con veinticuatro centavos (\$88.529.513,24); civil de obra No. 180283

denominado instalación de alcantarillado sanitario y aguas lluvias por valor de trescientos ocho millones seiscientos sesenta y mil quinientos sesenta y un pesos con cincuenta y un centavos (\$308.661.561,51); civil de obra No. 180273, denominado instalación de alcantarillado y aguas lluvias (2) por valor de trescientos ocho millones seiscientos sesenta y mil quinientos sesenta y un pesos con cincuenta y un centavos (\$308.661.561,51); civil de obra No. 180187 denominado movimiento de tierras e instalación de geotextil por valor de novecientos dos millones setecientos un mil novecientos ochenta y seis pesos moneda legal (\$902.701.986) y civil de obra No. 180382 denominado instalación de tubería eléctrica redes generales por valor de ciento trece millones ciento sesenta y ocho mil cuatrocientos setenta y nueve pesos con cincuenta y siete centavos (\$113.168.479,57)".

Sustenta su pretensión en que en todos los contratos se pactó en la cláusula tercera numeral 3.1 la forma de pago y que ésta condicionaba la cancelación de los saldos del precio de los contratos, de acuerdo a catorcenas según avances de obra y en los cuales, OIKOS descontó el 10% de cada uno de esos pagos, a título de retención en garantía, "*pagadero y/o retornable al contratista **sesenta (60) días posteriores de entrega, aprobada y recibida a entera satisfacción del contratante, la totalidad de la obra**".*

Afirma también que en dicha cláusula se contemplaba que en caso de reparaciones y arreglos que debieran efectuarse con posterioridad, se deducirían esos gastos contra las pólizas de garantía indicadas en el mismo contrato, esto es, las de estabilidad que fueron entregadas por ASOINCON.

Aporta como pruebas de su dicho, los contratos ya mencionados en el punto anterior, y las actas de finalización de todos ellos.²

² Folios 1 al 123 del Cuaderno de pruebas.

En el hecho cuarto de la demanda señala que el monto de las retegarantías ascendió a la suma de CIENTO OCHENTA MILLONES SETECIENTOS OCHENTA MIL NOVENTA Y SEIS PESOS CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$180.780.096,66)

En relación con este monto, relata dentro de los hechos del libelo que las partes celebraron un contrato de promesa de compraventa el día 18 de septiembre de 2015 en el cual ASOINCON prometió comprar la bodega B-25 del complejo empresarial en el cual se desarrollaron los contratos de obra, por un valor de MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA PESOS (\$1.277.677.960) y que como parte de pago de dicho contrato la Demandante autorizó descontar del valor de las retegarantías pendientes el 30%, es decir, la suma de CINCUENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL VEINTINUEVE PESOS (\$54.234.029) compensación ésta que fue aceptada por OIKOS.

Dentro de las pruebas de la demanda aportó la copia del contrato de promesa de venta³.

Adicionalmente afirma que OIKOS realizó unos pagos adicionales, quedando pendiente la devolución de SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS MIL OCHENTA Y NUEVE PESOS (69.600.089) que representan la cuantía de la demanda.

En sus alegatos de conclusión el apoderado de la Demandante sobre este punto de la retegarantía afirma que quedó demostrada la existencia de la cláusula y que de esta devienen las siguientes obligaciones y/o condiciones:

*“a) El plazo para el retorno es de **sesenta (60) días.***

³ Folios 124 al 136 del cuaderno de pruebas.

b) *El término correrá a partir de que la totalidad de la obra sea **entregada, aprobada y recibida a entera satisfacción de El Contratante**, podemos decir, desde la firma del acta final de entrega o liquidación.*

c) *Cuando haya reparaciones y arreglos que deban efectuarse con posterioridad a la entrega de la obra, estos costos se descontaran contra las pólizas de garantía indicadas en el contrato y con una condición especial: que se haya suscrito el acta de liquidación en donde conste que la obra fue entregada, aprobada y recibida a entera satisfacción del El Contratante”.*

Afirma que las obras fueron entregadas, aprobadas y recibidas a entera satisfacción del contratante, sin ningún tipo de glosa o reclamación, señala que esto quedó demostrado en la etapa probatoria y aceptado por la convocada. (Hace referencia a la declaración de la representante legal de OIKOS y los testimonios de Jhon Jairo Beltrán Cruz y Yovanni Tabares Henao).

Señala que también se demostró que dentro de los 60 días siguientes a la entrega de las obras, el contratista constituyó las pólizas de garantía, por lo que se hizo obligatoria la devolución de la retergarantía por parte de OIKOS. (Se apoya en la declaración de la representante legal de OIKOS y en la prueba documental consistente en las pólizas de seguros, y en los documentos aportados por el testigo ajustador de seguros Orlando Alférez en su declaración).

En relación con la oposición de la demandada argumentó que el hecho de que efectivamente se hayan efectuado reparaciones con posterioridad a la entrega de la obra, no significa que éstas fueran imputables al contratista, pues esto no se logró establecer en el proceso: *“en efecto, hubo reparaciones posteriores que fueron realizadas por nuestro representado, pero no por daños imputables a este, al menos no probados en este proceso y con serios indicios que corresponden a negligencia imputable a dos contratistas que trabajaron con posterioridad a nuestra representada”.*

Asevera que en el desarrollo del proceso, no se demostró por parte de OIKOS que existieran reclamaciones de compradores o de la copropiedad y menos aún que fueran imputables a ASOINCON, pues quedó demostrado que el proceso de construcción fue obra de varios contratistas que: *“inclusive, intervinieron con posterioridad a nuestro representado; no obstante, lo que se discutía en este proceso no era la responsabilidad contractual de mi representada respecto de la obra (estabilidad) sino el cumplimiento de un deber del contratista contentivo de entregar la obra contratada a satisfacción y, como consecuencia de ello, el ancimiento de la obligación condicional de pago del contratante demandando, es decir, la devolución del dinero (retegarantías)”*. (Hace referencia en este punto a las declaración del ajustador de seguros Orlando Alférez)

En relación con la compensación de obligaciones alegada por OIKOS, el apoderado manifiesta que ésta no cumple con los requisitos señalados en los artículos 1714 y 1715 del Código Civil y adicionalmente que quedó demostrado en el proceso que la Demandada presentó reclamaciones ante las compañías de seguros garantes para obtener el pago de las indemnizaciones por los daños presentados con posterioridad a la entrega de las obra *“lo cual contradice su afirmación de compensar obligaciones como medio de extinguir estas”*.

2.2.2. Posición de la Demandada

La Demandada por su parte, al contestar la demanda se opone a la declaratoria de esta pretensión y afirma que *“fue la convocante, quien incumplió con sus obligaciones de garantía, tal como se indicará en la excepción correspondiente”*.

En su respuesta a los hechos acepta que se pactó la cláusula 3.1. pero afirma que cuando el Demandante hace referencia a ella *“admite que la convocada incurrió en costos y gastos por concepto de reparaciones y arreglos posteriores, solo que*

no deben cobrarse con cargo a la retregarantía sino contra las pólizas de seguros prestadas”.

Acepta que las obras se terminaron, pero aclara lo siguiente: *“Es cierto que las obras se terminaron, pero aclaro que las mismas no fueron conforme a lo contratado y ellos solamente se vino a evidenciar con posterioridad a dicha terminación y firma de actas de finalización”.*

Agrega que: *“3.2. No es cierto que las obras se hayan concluido con el lleno de los requisitos contractuales, pues con posterioridad a su entrega, se recibieron reclamos por parte de los compradores y de la copropiedad, reclamos que fueron atendidos de manera parcial e imperfecta por el contratista hoy convocante, circunstancia que obligó a mi mandante asumir directamente los costos y gestión de la reparación integral de las obras”.*

No se opone al valor de las retregarantías, ni al acuerdo celebrado entre las partes en donde se ofreció un porcentaje de estas como parte de pago en la promesa de venta por ASOINCON, pero sí niega la presunta obligación de devolver el saldo reclamado, pues considera que este se compensa con los valores que OIKOS ha tenido que asumir para la reparación de los problemas presentados en la obra.

La Demandada propone la excepción denominada: *“Compensación como modo de extinguir obligaciones recíprocas”.*

Fundamenta su excepción en el hecho de haber recibido múltiples reclamaciones respecto de las cuales se ha visto compelido a cubrir su costo y gestión directamente, por cuanto ASOINCON si bien ha efectuado reparaciones en garantía de sus obras, estas han sido incompletas, señala que del informe post ventas realizado por el arquitecto Yovanni Tabares (prueba documental aportada

con la contestación)⁴ se ha establecido que los reclamos tienen relación con la defectuosa instalación de las tuberías de agua potable y red contra incendios.

También indica que contrataron a la empresa Hydrómera S.A.S. para verificar el funcionamiento del sistema de agua potable y de la red contra incendios. En el primero, el resultado es que *“no cumple con los requisitos mínimos de hermeticidad, según lo establecido en la norma AWWA – American Waterworks Association... por lo tanto HYDROMERA S.A.S. la califica como **NO APROBADA**...”*. En cuando a la segunda, encontró que *“... no cumple con los requisitos mínimos de hermeticidad según lo establecido en la normatividad NFPA 25 (National Fire Protection Association) Capítulo 10, por lo tanto HYDROMERA S.A.S. la califica como **NO APROBADA**”*. (Aporta como pruebas de la contestación estos informes)⁵

Asimismo relata que encomendó al fabricante de la tubería Durman Colombia S.A.S. la revisión de las fallas de las tuberías de presión, cuya respuesta fue: *“... podemos concluir que factores físicos ajenos a la calidad de los tubos PVC presión spap de 2” y 2 ½” RDE 21 suministrados al proyecto, determinaron las fallas registradas y estarían relacionadas con factores conexos al proceso de instalación, donde los ensambles no quedaron adecuadamente generando fuga y como consecuencia el agua a presión en espacios pequeños provocó el desgaste, progresivo de la pared tubular hasta perforarla de esa forma”*. (Prueba aportada con la contestación)⁶

Presenta así en la contestación una relación de los gastos en que ha incurrido, los cuales ascienden a la suma de SESENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$66.331.686) y advierte que esta cifra puede aumentar en la medida en que sigan llegando

⁴ Folio xx del cuaderno de pruebas

⁵ Folio xx del cuaderno de pruebas

⁶ Folio xx del cuaderno de pruebas

reclamaciones. (Aporta un CD con órdenes de trabajo y/o servicios y comprobante de egresos de los pagos efectuados).

En virtud de este valor, solicita al Tribunal que declare que operó la compensación de obligaciones (Art. 1625 No. 5 del C.C.) la cual opera por ministerio de la ley y cuyos requisitos se cumplen a cabalidad (Arts 1714 a 1723 del C.C.).

En sus alegatos de conclusión, el apoderado de la Demandada argumenta que el contenido de las pretensiones de la demanda, esta planteado como el de un proceso ejecutivo, pues no se solicita previamente la declaración de existencia del derecho perseguido, ni mucho menos la declaración de ninguna clase de responsabilidad, circunstancia que según su dicho le impide al Tribunal manifestarse sobre la misma por el principio de congruencia.

Incluye la excepción de contrato no cumplido afirmando que la causa eficiente de los daños que comenzaron a evidenciarse con posterioridad a la entrega de la obra tiene su génesis en el cumplimiento imperfecto de las obligaciones de ASOINCON *“quien estando a cargo de la instalación de tuberías y redes de agua lo hizo con múltiples errores, que aún no han parado de ser la causa de múltiples consecuencias adversas y la cascada de perjuicios que dicho incumplimiento imperfecto acarrió y continúa acarreando”*.

Concluye afirmando que de las pruebas testimoniales de Germán Alférez, Jhon Jairo Beltrán Cruz, Yovanni Tabares y Milton Saldoval se concluye en resumen que los daños tienen su origen en la mala instalación de la tubería.

Advierte en relación con el punto relativo a las pólizas de seguros que cuando el Demandante lee la cláusula de forma de pago de los contratos de obra, descontextualiza la convención contractual, pues erróneamente ha manifestado *“... que así haya incumplido pueda pedir la devolución de los dineros retenidos como garantía, pues tal posición implicaría que pasado dicho plazo el contratista*

afianzado quedaría eximido de toda responsabilidad, en cuyo caso tampoco operaría el amparo de estabilidad y calidad de la obra”.

2.2.3. Consideraciones del Tribunal

Lo primero que encuentra el Tribunal, es que en el presente proceso la Demandante no invoca ningún tipo de responsabilidad por parte de OIKOS, no está pidiendo la declaratoria de un incumplimiento de su parte, sino que básicamente solicita que se le reintegre el valor retenido por concepto de “retegarantías”; toda vez que en su criterio se dieron las condiciones para su devolución y la Demandada sin embargo se ha negado a ello.

Procederá entonces, el Tribunal a revisar las cláusulas del contrato que guardan relación con la retegarantía en cuestión.

Pactaron las partes en la cláusula tercera, relativa a la forma de pago, de los cinco contrato, en el numeral 3.1., lo siguiente:

“3.1. Saldo. El saldo, de acuerdo a cortes catorcenales parciales según el avance de la obra pagados 15 días después de recibida la factura y aprobada por la dirección de obra y/o interventoría. De cada uno de estos cortes parciales, se descontará el (10%) de retención en garantía, que será cancelado dentro de los sesenta (60) días después de entregada, aprobada y recibida a entera satisfacción de EL CONTRATANTE la totalidad de la obra y una vez se haya deducido los valores correspondientes a las reparaciones y arreglos que deban efectuarse con posterioridad y contra las pólizas de garantía de garantía indicadas en este contrato, siempre y cuando se haya suscrito el acta de liquidación, término que podrá acortarse a juicio del EL CONTRATANTE. En todo caso el saldo de anticipo deberá ser amortizado en su totalidad en la última acta de avance.”

Parágrafo 1º EL CONTRATANTE podrá en cualquier momento descontar, sin necesidad de requerimiento previo, privado o judicial, de cualquier suma que adeudare o debiere pagar a EL CONTRATISTA el valor que por cualquier concepto resultare a cargo de éste último.

Parágrafo 2º La elaboración de las actas de recibo parcial de obra no implica aceptación definitiva de los trabajos que en ellas se relacionen. El acta de liquidación definitiva de las obras se hará cuando EL CONTRATISTA haya terminado la obra contratada en su totalidad y entregado a satisfacción de EL CONTRATANTE. ...” (Se subraya).

Por su parte en el cláusula cuarta relativa al “Perfeccionamiento y Ejecución. – Plazo, Terminación del Contrato y Liquidación”, de los cinco contratos, en el numeral 4.4. se acordó:

“4.4. Liquidación del Contrato. – Sea cual fuere la forma y causa de terminación para la liquidación final del contrato y devolución del valor retenido a título de garantía, será necesario aparte de lo indicado en las cláusulas aquí estipuladas , el cumplimiento de lo siguiente:

4.4.1. Elaboración del acta de liquidación final donde se estipulen las cantidades totales y valores reales ejecutados y los valores pagados y adeudados.

4.4.2 Entrega de los informes al día solicitados por EL CONTRATANTE.

4.4.3 Actualización de los valores y plazos de pólizas ajustándolas al valor final del contrato (Costo de prima por cuenta de EL CONTRATISTA)

4.4.4 Pago de impuesto de timbre sobre el valor total final del contrato si hay lugar a ello (por cuenta y costo de EL CONTRATISTA)

4.4.5 Entrega de las respectivas pólizas y constancias de pago de primas correspondientes.

4.4.6 Entrega de paz y salvo de los trabajadores, paz y salvo de la obra, paz y salvo de casino, certificado y/o constancia de pago de aportes a la seguridad social, parafiscales y al FIC, firmado por el representante legal y revisor fiscal y/o contador, certificación expedida por el Ministerio de la protección social o quien haga sus veces, de que no hay procesos laborales en curso.

4.4.7 Entrega del manual de funcionamiento y mantenimiento de las obras, en este contrato donde se indique, entre otros tópicos, prácticas de mantenimiento, periodicidad de las mismas, etc. y en específico todas aquellas actividades, que garanticen la estabilidad en el tiempo de los trabajos ejecutados bajo el objeto de este contrato.

4.4.8 Planos record de las obras, instalaciones y/o equipos a que haya lugar con base al objeto del presente contrato.

4.4.9 Entrega de certificado de pruebas de calidad y garantías de equipos suministrados.

Parágrafo: En el evento en que EL CONTRATISTA sea requerido por EL CONTRATANTE, mediante comunicación escrita enviada por correo certificado a la dirección registrada para el efecto, y aquél no se haga presente para suscribir el acta provisional de obra o acta final de liquidación, dentro del los 15 días calendario siguientes al envío de la misma. EL CONTRATANTE quedará facultado para efectuar de manera unilateral la liquidación correspondiente; si además dentro de este mismo término EL CONTRATISTA no acredita el cumplimiento de los requisitos contemplados en el contrato para la liquidación del mismo, el valor de la rete garantía se retendrá hasta por un período igual al exigido para las pólizas que omitió constituir para amparar los

riesgos de estabilidad de la obra y de calidad e los bienes suministrados. En caso de verificarse el riesgo aplicará su valor a la reconstrucción y/o reposición de la obra y/o bienes suministrados, sin perjuicio de ejercer las acciones legales a que haya lugar. Si **finalizada** la obra y vencidos los términos contemplados para la vigencia de las garantías, quedare saldo de la rete garantía, su valor quedará a disposición de EL CONTRATISTA por el término de tres años, vencidos los cuales prescribirá a favor de EL CONTRATANTE. EL CONTRATISTA renuncia de manera expresa a toda clase de requerimientos que por la ley deba hacerle EL CONTRATANTE y en especial para la constitución en mora de cualquiera de sus obligaciones.

De manera expresa EL CONTRATISTA, acepta que cualquier suma de dinero que salga a deber a EL CONTRATANTE por concepto de la presente cláusula o de cualquiera otra de las aquí establecidas, pagará de manera incondicional a EL CONTRATANTE o a quien sus derechos represente, en la ciudad de Bogotá dentro de los treinta (30) días comunes siguientes a la fecha en que EL CONTRATANTE le indique el correspondiente valor. De no hacerse el pago dentro del término aquí indicado, la suma correspondiente producirá intereses comerciales de mora a la tasa más alta permitida por la ley. EL CONTRATANTE queda expresamente facultado para descontar de cualquier suma de dinero y por cualquier concepto que deba a EL CONTRATISTA los valores que llegare a deber éste último.”

Como primera conclusión encuentra el Tribunal que dentro de los contratos celebrados, OIKOS se blindó ante posibles incumplimientos del contratista, no solo con la constitución de los seguros establecidos en la cláusula novena, sino que además incluyó como garantía la retención del 10% de los saldos de los pagos parciales que iba recibiendo ASOINCON, lo que dicho sea de paso, es una práctica usual en este tipo de contratos de obra.

2.2.3.1. La Condición Suspensiva y el Plazo Acordado por las partes

Conforme el texto del contrato, los dineros retenidos a título de garantía son reembolsables al CONTRATISTA, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que la obra sea entregada, aprobada y recibida a entera satisfacción.
- b) Que se suscriba el acta de liquidación (condición que además tiene unos requisitos que deben cumplirse, entre otros, la entrega de las pólizas con sus valores y vigencias ajustados al valor final del contrato).
- c) Que venza el plazo acordado de 60 días después de cumplidas las dos anteriores.

El artículo 1530 del Código Civil define las obligaciones condicionales así: *“Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no”*.

Adicionalmente el artículo 1536 del Código Civil establece que: *“La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho”*.

Al respecto dice el profesor Ospina Fernández: *“la condición positiva consiste en acontecer una cosa ...”, “la condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho...”*⁷

En el presente caso, la condición establecida por las partes es pues, suspensiva positiva y sujeta a un plazo; por cuanto el derecho a recibir el reembolso de los

⁷ OSPINA FERNANDEZ, G. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis. Octava Edición, 2018. Pags. 226 a 229.

dineros retenidos, solo nace después de transcurridos 60 días desde que se ha entregado la obra a satisfacción y suscrito la respectiva acta de liquidación.

Es preciso entonces revisar si se encuentra probado en el proceso el cumplimiento de estas condiciones:

Dentro de las pruebas documentales aportó el demandante las siguientes actas de finalización de los contratos:

- Acta de finalización de fecha 25 de noviembre de 2015, del contrato 180283 *“INSTALACION DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y AGUAS LLUVIA”* con su respectiva acta de mayores y menores cantidades de obra. Da cuenta de la finalización del contrato el día 19 de octubre de 2015.
- Acta de finalización de fecha 9 de diciembre de 2015 del contrato 180187 *“MOVIMIENTO DE TIERRAS E INSTALACION DE GEOTEXTIL”* con su respectiva acta de mayores y menores cantidades de obra. Da cuenta de la finalización del contrato el día 25 de noviembre de 2014.
- Acta de finalización de fecha 3 de diciembre de 2015 del contrato 180322 *MANO DE OBRA INSTALACION REDES GENERALES DE ACUEDUCTO Y RED CONTRA INCENDIO”* con su respectiva acta de mayores y menores cantidades de obra. Da cuenta de la finalización del contrato el día 15 de julio de 2015.
- Acta de finalización de fecha 9 de diciembre de 2015 del contrato 180382 *INSTALACION TUBERÍA ELÉCTRICA REDES GENERALES”* con su respectiva acta de mayores y menores cantidades de obra. Da cuenta de la finalización del contrato el día 15 de julio de 2015.

No se aportó el acta de finalización del contrato 180273 *“INSTALACION DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y AGUAS LLUVIA”*. Pero al respecto, la Demandada no discute la existencia, ni validez de ninguna de las actas.

En preciso mencionar que la Demandada no se opone a la terminación de los contratos, sino a la terminación a satisfacción, pues afirma: *“es cierto que las obras se terminaron, pero aclaro que las mismas no fueron conforme a lo contratado y ello solamente se vino a evidenciar con posterioridad a dicha terminación y firma de actas de finalización”*.

En el interrogatorio de la representante legal de OIKOS, doctora Rocío del Pilar Acosta Moreno en relación con este mismo punto dijo:

“Dr. GUZMAN: pero doctora perdón, es una aclaración, ¿las obras están terminadas o no?”

SRA ACOSTA: Para nosotros haber entregado bodegas debe haber entrega de obra.

DR. GUZMAN: Osea ¿si están terminadas?

SRA ACOSTA: Tendría que sí, porque yo ya había entregado al 51 por ciento de obras y abro asamblea de compropietarios en marzo de 2016 tiene que haber recibido obras, puede que sí puede que no, no tengo ese nivel de detalle porque recuerdo que de todas maneras había pendientes de Asoincon que se estaban tramitando en ese momento, para marzo de 2010 y había pendientes en el curso por parte del contratista pero como pueden ser en zonas comunes uno sí puede hacer la entrega individual de las bodegas”.

Por otra parte en la declaración de Jhon Jairo Beltrán en relación con la terminación de las obras dijo:

“...digamos que se desarrolló la obra, nosotros mas o menos hacia el 2016 se terminó el proyecto a nivel de la primera etapa, es un proyecto por etapas, son 6 etapas, la primera etapa, si la memoria no me falla son 15 bodegas mas urbanismo correspondiente. Hicimos la asamblea de propiedad horizontal, la primera asamblea con al cual se hace la entrega

de las zonas comunes, si mal no estoy, eso fue hacia el primer trimestre del 2016... “

Así las cosas, el Tribunal con fundamento en las pruebas recaudadas concluye que los contratos terminaron y con ocasión de dicha terminación se suscribieron las actas de finalización.

Ahora bien, lo que no acepta la Convocada es la terminación a satisfacción, pero al respecto es preciso diferenciar dos situaciones, una es la terminación a satisfacción y otra es la ocurrencia de fallas con posterioridad a dicha terminación.

a. La Terminación a Satisfacción

En el presente caso, como se acaba de mencionar, el Tribunal con fundamento en las pruebas recaudadas constató que las obras efectivamente se recibieron a satisfacción en el momento en que se suscribieron las actas de finalización. Lo cual, es mérito suficiente para concluir que las condiciones para el nacimiento del derecho de devolución de la retagarantía se dan si también se verifica que venció el plazo de 60 días pactado.

De todo lo dicho, se da la primera condición y es que las obras, para el momento de celebración de las actas de finalización, se entregaron, se aprobaron y se recibieron a satisfacción.

En relación con la segunda condición, relativa a la liquidación, se encuentra probado que se elaboraron las actas de liquidación en donde se estipularon las cantidades totales, los valores reales ejecutados, los valores pagados y los valores adeudados y que no se hicieron observaciones en las mismas.

Dice al respecto el testigo Jhon Jairo Beltrán en su declaración:

“DR. MARCELES: En las actas finales de entrega que fueron suscritas por todos los que intervinieron, contratante y contratista, y que es el documento por excelencia para expedir el seguro de cumplimiento de estabilidad de la obra, ¿dejaron algún tipo de glosa, comentario, en donde decían que no estaban de acuerdo con que el contrato no terminó con el cumplimiento de los requisitos legales y con el cumplimiento técnico de las obras?”

SR BELTRÁN: en teoría no, porque si se firmó esa liquidez (sic) porque cumplía con todos los temas tanto documentales como técnicos” (se subraya)

Más adelante afirma:

“DR. MARCELES:...¿Usted puede decirnos si cuando se entregaron las obras se realizaron o se hicieron pruebas técnicas, por ejemplo, se hicieron unos ... o se hicieron algunos buscando la consolidación de la tierra o se hicieron las pruebas de la presión de la tubería?”

SR BELTRÁN: En el tema de movimiento de tierra si porque digamos desde el proceso constructivo para poder liberar técnicamente el material...cerrarlo con el pavimento se hacen unas pruebas de densidades ... cuando no cumplían tenían que hacerse un reproceso y volver a cambiar el material o lo que tuviera que hacer...

DR. MARCELES: pero en este caso cumplieron?

SR. BELTRÁN: si, las densidades cumplieron. En el tema de las pruebas de presión a las que hace referencia dado que el proyecto se energizó digamos que para poder hacer unas pruebas de tensión con equipos, digamos ya definitivos, uno necesita estar... energizado con energía definitiva porque si uno lo hace con energía provisional piredo

la garantía del equipo. Estas pruebas se hicieron posteriores digamos al proceso de terminación de los contratos que fue cuando les mencioné que hicimos las pruebas con IHM, que generaron de que había una baja presión en los equipos". (Se subraya).

De acuerdo con lo anterior y en virtud de lo acordado por las partes, si se suscribió el acta de liquidación es porque se estaba recibiendo la obra a entera satisfacción, de lo contrario, no habrían suscrito las actas o les habrían hecho algún tipo de observación o glosa. Situación que aquí no ocurrió como quedó demostrado.

En la declaración del testigo Jhon Jairo Beltrán dijo:

"SER. BELTRÁN... En el caso puntual de la firma Asoincon se presenta posventas en función de fugas en las redes de acueducto, de agua potable y de red contra incendio, fugas que digamos al momento que se presentan conjuntamente las atendemos porque obviamente ya el paque estaba operando".

DRA RUEDA: Ahí es donde le pregunto ¿Cuánto tiempo pasó entre, ya terminado el contrato, a ese momento? ¿Cuántos días? ¿cuántos meses?

SR. BELTRÁN: Estamos hablando de un par de meses, le calculo yo entre unos tres a seis meses que se empieza a identificar, claramente por qué, porque al estar la tubería enterrada pues no era que saliera de inmediato la fuga simplemente empezaba a aflorar y empezábamos a ver como ligeros ondulamientos en las vías, ya después era que ya se identificaba el tema". (Se subraya).

Más adelante dijo:

“DR. MARCELES: ¿Qué tiempo transcurrió entre esa firma de acta de entrega y la prueba con IHM?”

SR. BELTRÁN: No sé, supongo que no debió haber sido mayor a unos tres meses, pero no sabría decirle con precisión”. (Se subraya).

De manera que en el presente caso, se da la segunda circunstancia, es decir, que después de recibido a satisfacción se presentaron unas fallas.

b. La Ocurrencia de Fallas con Posterioridad a la Terminación

¿Cuál fue la intención de las partes en el evento de presentarse daños posteriores a la terminación?

En relación con la interpretación de los contratos, el Código Civil consagra:

“PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN. ART. 1618. - Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

“INTERPRETACIÓN LÓGICA. ART. 1620. - El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

“INTERPRETACIONES SISTEMÁTICA, POR COMPARACIÓN Y POR APLICACIÓN PRÁCTICA”. ART 1622. - Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.

O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”

En virtud de las normas transcritas el Tribunal para encontrar la verdadera intención de las partes interpretará la cláusula 3.1. Saldo, en armonía con el párrafo de la cláusula 4.4.1. relativa al acta de liquidación final, que dicen en lo pertinente:

“3.1. Saldo. El saldo, de acuerdo a cortes catorcenales parciales según el avance de la obra pagados 15 días después de recibida la factura y aprobada por la dirección de obra y/o interventoría. De cada uno de estos cortes parciales, se descontará el (10%) de retención en garantía, que será cancelado dentro de los sesenta (60) días después de entregada, aprobada y recibida a entera satisfacción de EL CONTRATANTE la totalidad de la obra y una vez se haya deducido los valores correspondientes a las reparaciones y arreglos que deban efectuarse con posterioridad y contra las pólizas de garantía de garantía indicadas en este contrato, siempre y cuando se haya suscrito el acta de liquidación, término que podrá acortarse a juicio del EL CONTRATANTE. En todo caso el saldo de anticipo deberá ser amortizado en su totalidad en la última acta de avance” (Se subraya).

“4.4.1. Elaboración del acta de liquidación final donde se estipulen las cantidades totales y valores reales ejecutados y los valores pagados y adeudados.

Parágrafo: ... si además dentro de este mismo término EL CONTRATISTA no acredita el cumplimiento de los requisitos contemplados en el contrato para la liquidación del mismo, el valor de la retegarantía se retendrá hasta por un período igual al exigido para las pólizas que omitió constituir para amparar los riesgos de

estabilidad de la obra y de calidad e los bienes suministrados. En caso de verificarse el riesgo aplicará su valor a la reconstrucción y/o reposición de la obra y/o bienes suministrados, sin perjuicio de ejercer las acciones legales a que haya lugar... (Se subraya).

De las cláusulas transcritas el Tribunal encuentra que la intención de las partes en relación con las retegarantías del contrato es la siguiente:

Los valores descontados al contratista a título de retegarantía, son el respaldo adicional a los seguros, ante cualquier incumplimiento, mientras el contrato no se termine y se entregue la obra a satisfacción y en consecuencia mientras no se suscriba el acta de liquidación, más sesenta (60) días.

Si se presentan daños con posterioridad a la terminación, estos valores de las reparaciones se deducirán con cargo a las pólizas que el contratista debió haber otorgado como requisito para la firma del acta de liquidación en sus amparos post contractuales; es decir con cargo al amparo de estabilidad de la obra y calidad de los bienes suministrados, lo cual es lógico pues la vigencia de esta cobertura solo empieza justo a partir del momento en que se recibe a satisfacción la obra. En todo caso, si el contratista no hubiese constituido las pólizas, en el contrato previeron que el valor de la retegarantía se podía retener por un término equivalente al de la vigencia que se exigía para los mencionados amparos postcontractuales.

Lo anterior significa que si los daños se presentan con posterioridad a la suscripción del acta de finalización, salvo que no se hayan otorgado las pólizas, la garantía será el seguro de cumplimiento en sus amparos de estabilidad y calidad de la obra, ya no los dineros retenidos a título de "retegarantía".

Así el Tribunal arriba a la conclusión de que se cumplió la condición de la cual pendía el derecho de ASOINCON a recibir el reembolso; sin embargo también la obligación de OIKOS estaba sujeta a un plazo de: "(60) días después de

entregada, aprobada y recibida a entera satisfacción de EL CONTRATANTE la totalidad de la obra y una vez se haya deducido los valores correspondientes a las reparaciones y arreglos que deban efectuarse con posterioridad y contra las pólizas de garantía de garantía indicadas en este contrato, siempre y cuando se haya suscrito el acta de liquidación, término que podrá acortarse a juicio del EL CONTRATANTE”.

Como no se indica que se trata de días calendario el Tribunal los contará hábiles, en consecuencia, desde la última liquidación, que tuvo lugar el día 9 de diciembre de 2015, los sesenta (60) días hábiles vencen el 8 de marzo de 2016.

Nótese como el informe de posventas elaborado por el arquitecto Yovanni Tabares es de julio de 2016⁸, las pruebas de Hydrómera SAS son respectivamente del 23 y 24 de julio de 2018⁹ y la respuesta de Durman tiene fecha 11 de agosto de 2016¹⁰ y de los correos cruzados entre las partes aportados como pruebas de la contestación de la demanda el más antiguo es de 14 de mayo de 2016.¹¹

De manera que se dio la condición y se cumplió el plazo, luego el Tribunal considera en principio que a más tardar el día 8 de marzo de 2016 OIKOS debió cancelar el saldo pendiente por concepto de las retegarantías.

No obstante lo dicho, antes de declarar probada la pretensión procede revisar si de dan los presupuestos de la excepción de compensación planteada por la Demandada.

Nota el Tribunal que cuando la Demandada propone su excepción de compensación y en sus alegatos cuando habla del contrato no cumplido, señala que quien verdaderamente incumplió el contrato fue ASOINCON y encamina su

⁸ Folios 172 a 195 del Cuaderno de Pruebas

⁹ Folios 196 a 245 del Cuaderno de Pruebas

¹⁰ Folios 246 a 253 del Cuaderno de Pruebas

¹¹ Folios 254 a 256

defensa a demostrar que después de entregada a satisfacción la obra, se presentaron fallas que considera son de responsabilidad de la contratista Demandante, es decir que por vía de excepción alega el presunto incumplimiento.

Ahora bien, la parte demandada aportó como pruebas en su contestación un CD que contiene las órdenes de servicio y/o de trabajo así como los comprobantes de egreso de los contratos que menciona en su relación de pagos realizados para arreglar las fallas en las obras presentadas con posterioridad a la entrega. Sin embargo ninguno de estos contratos y pagos es prueba suficiente de que tales fallas sean imputables directamente al CONTRATISTA.

Del Testimonio de Yovanni Tabares y su informe, de los informes de las pruebas realizadas por Hydrómera S.A.S. y del testimonio de Germán Alférez, no es posible establecer la causa directa de las fallas presentadas. Si bien, algunos testimonios como el de Jhon Jairo Beltrán y Milton Sandobal señalan que los daños de deben en su criterio a una indebida instalación de la tubería, es imperioso señalar que el primero es ingeniero ambiental y trabaja para OIKOS y el segundo es Ingeniero Industrial y trabaja para Durman que fue la empresa que suministró la tubería. En conclusión no existe una prueba técnica que demuestre que los daños presentados son imputables a ASOINCON.

Adicionalmente, no obran en el proceso pruebas de las reclamaciones presentadas por los copropietarios del complejo.

c. Requisitos jurídicos para la procedencia de la compensación como modo de extinción de obligaciones

Bajo los términos del articulado incorporado en el Título XVII del Código Civil se define la Compensación en su artículo 1714: "*Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse.*" Y a continuación se relacionan los

requisitos para su procedencia en el artículo 1517 que establece, que “la figura opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:

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

Lo que implica que para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras.

En principio, en el caso analizado, el punto a desentrañar con base en la definición del artículo 1714 del Código Civil, es establecer si nos encontramos frente a la existencia de deudas recíprocas exigibles entre las partes, como presupuesto para aplicar la compensación como modo de extinción de las obligaciones. Por lo que el presupuesto fundamental se centra en establecer si las obligaciones son exigibles en razón a que se encuentra debidamente probada su existencia o cumplido el plazo o acaecida la condición suspensiva.

De tal manera, que al no encontrarse en el expediente documento contentivo de la deuda a cargo de la parte CONVOCANTE o que del acervo probatorio se identifique su existencia o su exigibilidad, mal podría el presente Tribunal, decretar cumplidos los requisitos legales que dan lugar a la procedencia de la compensación legal, al no identificar la existencia de deudas recíprocas ni que las mismas sean de las definidas como de género, lo que impide concretar los parámetros señalados en el artículo 1715 del Código Civil.

Por otra parte, cuando el legislador se refiere a que las deudas deberán ser líquidas, se refiere a que las deudas deben ser ciertas y determinadas en su cuantía, lo que se aprecia cuando por una simple operación aritmética, permite

determinar la existencia recíproca de las deudas y su valor. De tal manera que la compensación no procedería cuando se enfrentan obligaciones originadas en el pago de una suma de dinero por una parte y por la otra, la ejecución de una tarea específica.

De otro lado no son claros los valores que según el demandado deberían ser compensados, pues no existió prueba alguna que determinara claramente el nexo causal entre el daño y el demandado, y el valor real de lo que supuestamente debería compensarse, así no sería posible valorar de forma clara y precisa el daño.

En virtud de lo anterior el Tribunal declaró probada la segunda pretensión de la demanda y negará la excepción denominada "*Compensación como modo de extinguir obligaciones recíprocas*" y "*Excepción suceptible de declaración oficiosa*".

2.3. La Tercera Pretensión de la Demanda

La Demandante solicita en su tercera pretensión lo siguiente:

"TERCERO: Que de la suma final a indemnizar se condene a GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A.S. a pagar a favor de mi cliente los intereses moratorios"

Por su parte en el juramento estimatorio señaló:

"Intereses moratorios. Los cuales corren desde la fecha de suscripción de las actas de terminación de los contratos...".

El Código Civil establece en el artículo 1615 lo siguiente: "*CAUSACIÓN DE PERJUICIOS. Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha*

constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención” (se subraya).

En relación con la mora en obligaciones de dinero el artículo 1617 del Código Civil prevé:

“INDEMNIZACION POR MORA EN OBLIGACIONES DE DINERO. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas” (Se subraya).

En principio, el deudor no está en mora si no se le ha reconvenido judicialmente; sin embargo la ley exceptúa de dicho requerimiento cuando se trata de una obligación a término así:

“ARTICULO 1608. MORA DEL DEUDOR. El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) *Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.*

3o.) *En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor*". (Se subraya).

De manera que como en el presente caso la obligación dineraria a cargo de la parte Demandada estaba sometida a un término, vencido este se presentó simultáneamente tanto la exigibilidad de la suma, como la mora.

El profesor Ospina Fernández afirma en su obra¹²:

"CASOS DE ESTIMACIÓN LEGAL. – Como ejemplos caracterizados de las estimación legal de los perjuicios, se suelen citar los siguientes: a) el de los intereses moratorios en las obligaciones de dinero; b) el de los perjuicios morales, y c) el de la indemnización por los accidentes de trabajo".

"LOS INTERESES LEGALES. – A imitación de la legislación francesa, nuestro Código Civil incurrió en el yerro de establecer un interés legal cuya tasa fijó en el 6% anual (arts. 1617 y 2232). Esta tasa rige en los asuntos civiles, a falta de estipulación convencional o de expresa autorización del interes corriente, en la mora de las obligaciones de dinero (art 1617); en las prestaciones mutuas (arts 964, 1746), etc.

Así las cosas, como quiera que se dejó dicho líneas atrás que el plazo de reintegro de las retegarrantías venció 8 de marzo de 2016, la mora se contará desde el día 9 de marzo de 2016, con un tasa del 6% anual por tratarse de un asunto civil.

¹² OSPINA FERNANDEZ, G. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis. Octava Edición, 2018. Pags. 130 y 131.

La liquidación es la siguiente:

FECHA - D/M/A	VALOR OBLIGACIÓN	TASA DE INTERÉS ANUAL	TASA MENSUAL	INTERES MENSUAL
9/04/16	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/05/16	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/06/16	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/07/16	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/08/16	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/09/16	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/10/16	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/11/16	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/12/16	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/01/17	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/02/17	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/03/17	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/04/17	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/05/17	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/06/17	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/07/17	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/08/17	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/09/17	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/10/17	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/11/17	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/12/17	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/01/18	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/02/18	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/03/18	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/04/18	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/05/18	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/06/18	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/07/18	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/08/18	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/09/18	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/10/18	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/11/18	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/12/18	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/01/19	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/02/19	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/03/19	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/04/19	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/05/19	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
9/06/19	69.600.089,00	6,00%	0,50%	COP348.000
10/06/19	69.600.089,00	6,00%	0,02%	COP11.600
				COP13.583.617

En virtud de lo anterior, el Tribunal declarará probada la tercera pretensión de la demanda.

I. EL JURAMENTO ESTIMATORIO

Como quiera que se condenará a la parte Demandada en el monto señalado por la Demandante en su escrito de demanda, no hay lugar a aplicar la sanción prevista en el artículo 206 del CGP.

II. COSTAS

El presente proceso se sujeta a la Ley 1563 de 2012, y en esta norma no se regulan las costas y agencias en derecho, razón por la cual ante el vacío normativo es procedente aplicar lo contenido en el artículo 365 del Código General del Proceso que reza:

“En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

- 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*

Además, se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

- 2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella. (...)*

Resultando vencida la Demandada se le condenará en costas en el 100% de las expensas y del total de las agencias en derecho que aquí se decretan así:

1. AGENCIAS EN DERECHO

El Tribunal fija como valor de las agencias en derecho, la suma de DOS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y UN MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS (\$2.691.780), que corresponde a los honorarios de un árbitro. Lo anterior, obrando dentro los límites determinados por el Acuerdo Número 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme lo establece el numeral 4º del artículo 366 del Código General del Proceso.

2. COSTAS

Como quiera que ASOINCON S.A.S. y GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A.S. consignaron el 50% que les correspondía de los gastos y honorarios decretados por el Tribunal, se condenará a GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A.S. a pagar a favor de ASOINCON S.A.S., la suma de: CINCO MILLONES CUATROCIENTOS DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS (\$5.418.670) ya incluido IVA en lo que aplica.

3. TOTAL COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

En consecuencia, la liquidación de costas y agencias en derecho a cargo de GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A.S. y a favor de ASOINCON S.A.S., corresponde a la suma de OCHO MILLONES CIENTO DIEZ MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$8.110.450) y así se dispondrá en la parte resolutive de este laudo.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida "Otros Gastos", se ordenará su devolución si a ello hubiere lugar.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral integrado para resolver las diferencias surgidas entre **ASOINCON S.A.S.**, como parte demandante, y **GRUPO EMPRESARIAL OIKOS S.A.S.** como parte demandada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de ley, y en cumplimiento de la misión encomendada por los compromitentes para tal fin,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda

SEGUNDO: Negar las excepciones denominadas: *“Compensación como modo de extinguir obligaciones recíprocas”* y *“Excepción suceptible de declaración oficiosa”*.

TERCERO: Condenar a GRUPO EMPRESARIAL OIKOS a devolver favor de ASOINCON S.A.S. identificada con el Nit. 800.216.198 - 1 la suma de SESENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS MIL OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$69.600.089) por concepto de las sumas retenidas por concepto de retegarantía por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Condenar a GRUPO EMPRESARIAL OIKOS a pagar a favor de ASOINCON S.A.S. identificada con el Nit. 800.216.198 - 1 la suma de TRECE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS DIECISIETE PESOS (\$13.583.617) por concepto de intereses se mora sobre la suma indicada en el artículo anterior.

QUINTO: Condenar a GRUPO EMPRESARIAL OIKOS a pagar a favor de ASOINCON S.A.S. identificada con el Nit. 800.216.198 - 1 la suma de OCHO

MILLONES CIENTO DIEZ MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$8.110.450) por concepto de costas y agencias en derecho, en un término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación de la presente providencia.

SEXTO: Declarar causados los honorarios de los árbitros y de la secretaria, por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder del Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal.

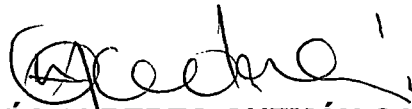
SÉPTIMO: Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes con las constancias de Ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia queda notificada en estrados.



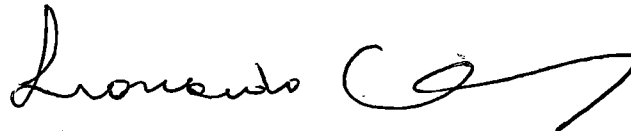
LAURA MARCELA RUEDA ORDÓÑEZ

Presidente



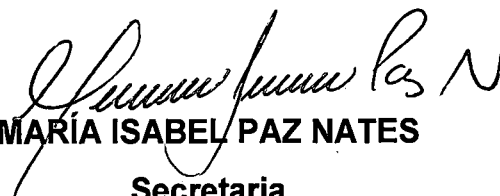
ANDRÉS ALBERTO GUZMÁN CABALLERO

Árbitro



LEONARDO CHARRY URIBE

Árbitro



MARÍA ISABEL PAZ NATES

Secretaria